Universidad Rey Juan Carlos

TESIS DOCTORAL

LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

Autor:

SERGIO MONTOYO GONZALEZ

Directora:

MONTSERRAT PEREÑA VICENTE

Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas

Escuela Internacional de Doctorado

2022

LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

INDICE

INTRODUCCIÓN 9

CAPÍTULO I.- Evolución doctrinal del concepto de capacidad jurídica y capacidad de obrar de la persona dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La influencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su concepción e interpretación. 19

I.1. La concepción de capacidad jurídica y de obrar de la persona en la doctrina civil 19

I.1.1. La capacidad, un término polisémico 19

I.1.2. La evolución de los conceptos de persona y personalidad y su reflejo en el Derecho de la persona 25

I.1.3. La capacidad jurídica y la capacidad de obrar en la doctrina civil 38

I.1.3.1. La concepción de la capacidad de la persona en la doctrina de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX 39

I.1.3.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947. Su impacto e influencia en la doctrina civil hasta la entrada en vigor de la reforma del Código civil de 1983 43

I.1.3.3. La doctrina inmediatamente anterior y posterior a la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de Código Civil en materia de capacidad de la persona 60

I.2. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona: su influencia en la doctrina civil 66

I.2.1. La problemática en torno a la capacidad de obrar como consecuencia de la aplicación de los principios promulgados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 67

I.2.2. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La problemática en la interpretación y aplicabilidad en torno al ejercicio de la capacidad jurídica 73

I.2.2.1. Interpretación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica 73

I.2.2.2. La prestación de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad 86

I.2.2.3. El debate surgido en torno a la interpretación del ejercicio de la capacidad jurídica realizada por la Observación General Nº 1 de Naciones Unidas, de 19 de mayo de 2014 97

CAPITULO II.- Evolución jurisprudencial en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona. Propuestas de reforma. 107

II.1. El desarrollo realizado por la jurisprudencia en materia de la capacidad de las personas a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 107

II.1.1. La interpretación jurisprudencial a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en materia de protección de la persona. Curatela *versus* tutela 108

II.1.2. La interpretación jurisprudencial de las causas de incapacitación en relación con los presupuestos emanados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 133

II.1.3. La interpretación jurisprudencial de otras cuestiones a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 142

II.2. La capacidad jurídica en las propuestas de reforma del Código civil..... 155

II.2.1. Propuestas de reforma de las instituciones de protección anteriores al primer Anteproyecto de la Ley 8/2021, de 2 de junio 160

II.2.2. La capacidad jurídica en el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad 177

CAPÍTULO III.- La capacidad de testar de la persona con discapacidad 205

III.1. Introducción 205

III.2. Evolución histórica de la normativa aplicable a la capacidad para testar .. 214

III.3. La capacidad testamentaria regulada en el artículo 665 del Código Civil y su problemática en la interpretación de los aspectos jurídicos que lo integran antes de su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Aspectos de su nueva regulación y significación como avance en el reconocimiento de la capacidad testamentaria de las personas con discapacidad..... 227

III.3.1. El alcance subjetivo y ámbito de aplicación del artículo 665 del Código Civil antes de su modificación por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre 238

III.3.2. La problemática jurídica de la restricción y limitación de la capacidad de testar en la sentencia de incapacitación..... 248

III.3.2.a. Supuesto en que la sentencia de incapacitación no se refería a la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad. Ámbito de aplicación natural del artículo 665 del Código Civil 252

III.3.2.b. Supuesto en que la sentencia de incapacitación contenga un pronunciamiento favorable sobre la capacidad de testar...... 259

III.3.2.c. Supuesto en que la sentencia de incapacitación contenga un pronunciamiento desfavorable sobre la capacidad de testar. Su problemática jurídica..... 269

III.3.3. El concepto y significado de las enfermedades mentales y alteraciones psíquicas que afectaban a la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio..... 277

III.3.3.1. La influencia de las enfermedades mentales dentro del ámbito testamentario. Su incidencia en torno a la capacidad testamentaria de la persona..... 277

III.3.3.2. Especial referencia a la capacidad de testador de edad avanzada . 290

III.3.3.3. La intervención de los facultativos a la hora de otorgar testamento en aplicación del artículo 665 del Código Civil antes de su reforma. Aspectos reseñables y problemática en su intervención 298

III.4. El juicio notarial de capacidad testamentaria 305

III.4.1. Aspectos relativos al juicio de capacidad realizado por el notario 307

III.4.1.1. Noción del juicio notarial de capacidad y su regulación legal 307

III.4.1.2. La concepción del juicio notarial de capacidad en la Jurisprudencia 317

III.4.2. La nueva concepción del apoyo dentro de los actos personalísimos. Apoyo versus actos personalísimos 332

III.4.3. La evolución de la función notarial en la apreciación del juicio de capacidad en materia testamentaria llevada a cabo por la Ley 8/2021. Del juicio de capacidad a la prestación de los apoyos y ajustes necesarios por parte del notario 341

III.4.4. La capacidad testamentaria tras la Ley 8/2021 y las formas testamentarias 356

III.5. El nuevo paradigma en la regulación de la capacidad testamentaria de las personas con discapacidad llevado a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio 366

III.5.1. Las líneas generales que conforman la Ley 8/2021, de 2 de junio. Contenido y significado 367

III.5.2. La regulación de la capacidad testamentaria llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio. El nuevo enfoque del artículo 665 del Código Civil como defensa de la capacidad de testar de las personas con discapacidad 380

CONCLUSIONES 393

BIBLIOGRAFÍA 401

ÍNDICE DE DOCUMENTACIÓN 422

WEBGRAFIA 424

JURISPRUDENCIA 425

INTRODUCCIÓN

En el Derecho civil, existen conceptos e instituciones jurídicas que, por su importancia, han dado lugar a numerosos debates e interpretaciones doctrinales, los cuales han estado acompañados a su vez de numerosos estudios y trabajos realizados por diferentes autores de diversas épocas. Un ejemplo lo encontramos en relación con el ámbito de la capacidad de la persona, que encuentra además una complicación añadida, puesto que nuestro Código Civil no contempla una definición de la misma, por lo que su estudio y construcción jurídica se deberá realizar desde la óptica y perspectiva planteada a lo largo de diferentes épocas por los civilistas.

En nuestro ordenamiento jurídico, el estudio de la capacidad de la persona se ha desdoblado tradicionalmente en dos esferas o capacidades, esto es, las llamadas capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Se podría decir, que a pesar de las interpretaciones jurídicas o discusiones que versaban sobre estas concepciones jurídicas referentes a la capacidad de la persona realizada por parte de la doctrina, esta dualidad era admitida por la mayoría de ella y convivía en una cierta armonía.

Un nuevo trabajo sobre la capacidad de la persona poco hubiera podido aportar a lo ya analizado anteriormente por la doctrina, si no fuese porque la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[1] (conocida como Convención de Nueva York), y de su Protocolo facultativo[2], aprobados ambos el día 13 de mayo de 2006, y ratificados por el Estado Español el día 3 de mayo de 2008, especialmente de lo regulado por su artículo 12, así como de la interpretación que de dicho artículo ha realizado el Comité de expertos sobre los derechos de las personas con discapacidad por medio de la Observación General Nº 1 de 19 de mayo de 2014, han supuesto un cambio de paradigma en esta materia, y han conseguido remover y sacudir de alguna manera la concepción adoptada por la mayoría de nuestra doctrina civil en materia de la capacidad de la persona, o por lo menos, de generar un nuevo debate en este sentido.

Antes de entrar a exponer nuestra hoja de ruta con la materia que va ser objeto de estudio, esto es, la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad, conviene exponer, ciertas consideraciones de carácter general en relación con la Convención, las cuales podemos sintetizar en las siguientes apreciaciones:

1. En primer lugar, conviene llamar la atención sobre el injustificado retraso por parte del legislador español en la elaboración de una normativa que recogiese esos principios o directrices para su aplicación dentro de nuestro ordenamiento, retraso que ha conllevado el sentimiento de una cierta inseguridad jurídica de la normativa a aplicar dentro del ámbito de la discapacidad, máxime cuando ciertas voces consideraban que el sistema de protección de las personas con discapacidad que se venía siendo aplicado por nuestro Código Civil era contrario al modelo que propugnaba la Convención, situándose en contraposición a lo expuesto, otro grupo de autores, que consideraban que las medidas de protección que contemplada no eran contrarias a los principios y espíritu que proclama

[1] La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se componen de un preámbulo y de 50 artículos.
[2] El Protocolo facultativo de dicha Convención está compuesto de 18 artículos.

la Convención, y que por tanto los mismos podían seguir aplicándose, sin perjuicio de una cierta flexibilización y modificación de ciertas figuras e instituciones aplicables a la materia, como era el caso por ejemplo, de un desarrollo de la institución de la curatela, o de otras figuras como la del guardador de hecho, dejando solamente el ámbito de la tutela legal en los supuestos en que la persona no pueda formar su propio proceso de toma de decisiones con los apoyos que necesite, o bien no pueda ni siquiera manifestar su voluntad.

En virtud de lo último que acabamos de exponer, se consideraba que no era necesaria una reforma legal de gran calado como se proponía desde otros ámbitos sociales y jurídicos, puesto que además, al haber sido ratificada la Convención en el año 2008 por parte del Estado español, la misma era de aplicación directa dentro de nuestro ordenamiento jurídico y pasaba a ser o formar parte del mismo, con plena eficacia, aplicabilidad directa y con carácter vinculante, y ello en aplicación de lo que recoge determinada normativa constitucional, como es, el artículo 96[3] de nuestra Carta Magna, así como de lo recogido en el artículo 1[4] apartado 5 del citado Código Civil y de lo regulado en los artículos 28, 29, 30 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Sin embargo, se ha optado por parte del legislador nacional, por elaborar una normativa propia y específica que regulase el ámbito de la discapacidad, y ello desde el prisma o enfoque que recogía la Convención, lo cual ha conllevado la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y que ha entrado en vigor el día 3 de Septiembre de 2021, habiendo sido publicada dicha Ley en el Boletín Oficial del Estado con fecha 3 de junio de 2021 (B.O.E. número 132). Esta Ley ha supuesto un importante y transversal cambio normativo, puesto que la modificación que lleva a cabo no queda reflejada solo en el ámbito del Derecho civil, sino que va mucho más allá, y ello como consecuencia de los textos legales que se han visto afectados por este cambio, como son la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, así como el Código de Comercio.

A pesar del retraso legislativo al que hemos aludido en la promulgación de una normativa propia reguladora y aplicable al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en estos años se han producido también interesantes avances

[3] El artículo 96 de nuestra Constitución Española establece, que: *"1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94."*.

[4] El artículo 1.5 del Código Civil establece que: *"Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado."*.

en este sentido mediante la promulgación de diversas leyes, así como de diversos pronunciamientos judiciales. Dentro del ámbito legal, y entre otras leyes, creemos conveniente señalar ejemplos representativos como la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[5], las cuales, han ido surgiendo como exponentes en la defensa y protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Por otro lado, también es conveniente hacer mención especial, a la gran labor que ha venido desarrollando nuestro Tribunal Supremo, desde la ratificación por parte del Estado Español en el año 2008 de la Convención, hasta la promulgación de la Ley 8/2021, y ello en el ejercicio de su función típica, y que no es otra que la de interpretar y adaptar la normativa existente a los principios de la Convención. Un ejemplo de lo expuesto, lo tenemos en la icónica Sentencia 282/2009, de 29 de abril, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías, y que será objeto de análisis y estudio en el presente trabajo.

2. En segundo lugar, la Convención ha conllevado un cambio en el enfoque y sistema aplicable al ámbito de la discapacidad, concibiendo un cambio de modelo con el anterior sistema aplicable a esta materia y que ha estado en vigor en nuestro ordenamiento desde la reforma del Código Civil del año 1983 hasta la promulgación de la Ley 8/2021. Dicho cambio ha consistido en la ruptura y modificación del modelo médico-rehabilitador por un modelo basado en los derechos humanos o modelo social de la discapacidad, donde ya no es posible sustituir, limitar o restringir la capacidad de obrar de la persona así como de sus derechos civiles, puesto que lo que deberemos buscar será el desarrollo de la voluntad de la persona para que la misma pueda realizar su propio proceso de toma de decisiones.

Es por ello, que este nuevo sistema se configura o tiene su eje principal en la voluntad de la persona, y donde la capacidad de la persona con discapacidad intelectual (puesto que esta reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, incide especialmente o va dirigida a un ámbito o esfera de la discapacidad intelectual y cognitiva de la persona), encuentra su representación en terminología propia derivada de la Convención, como es el ejercicio de la capacidad jurídica, la cual deberá ser ejercida en condiciones de igualdad que al resto de personas, y siempre atendiendo a los deseos, preferencias y creencias de la persona que la ejerce.

De acuerdo con lo reseñado, esto es, con esta nueva concepción de la capacidad de la persona así como la interpretación que se da a la misma, es donde arranca la justificación de este trabajo de investigación, puesto que el debate jurídico que se ha generado supone un paso más en la construcción jurídica en torno al concepto de capacidad de la persona.

3. Y en tercer y último lugar, es obligado señalar como la Convención ha instaurado y promocionado, como instrumento o medio idóneo para que la persona con

[5] Esta ley fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 2 de agosto de 2011 y publicada al día siguiente, e incidía especialmente en el modelo social, tuvo su fundamento en el compromiso que adquirieron los Estados Partes (artículo 4 de la Convención), en la adopción de medidas de toda índole para la salvaguarda y el ejercicio de derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, evitando con ello discriminación en cualquier sentido por motivos de discapacidad.

discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, un complejo y abierto sistema o red de apoyos y de medidas necesarias, para de este modo permitir que éstas personas puedan llevar a cabo actos o negocios jurídicos de gran transcendencia jurídica, como otorgar testamento, actos que hasta ese momento podían tener restringidos o incluso como consecuencia de la discapacidad que sufrían.

La reforma que ha llevado a cabo la Ley 8/2021 para la aplicación y adaptación de los principios recogidos en la Convención, ha sido una reforma ambiciosa dentro del ámbito de la discapacidad, lo que ha quedado demostrado en la nueva concepción de la capacidad de la persona. Esta nueva concepción y significado que se le ha atribuido, no ha quedado en un mero cambio terminológico, sino que supone un cambio mucho más profundo. Fruto de ello, ya no será posible limitar, restringir o vetar a una persona con discapacidad intelectual su capacidad para realizar actos como un testamento, circunstancia ésta que antes de la reforma se realizaba muchas veces de forma casi sistemática y desde un ámbito y espacio temporal que no era el idóneo.

A partir de ahora, se abre un escenario en el que se primará el desarrollo y respecto de la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad, basado ello en que la misma pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, con los apoyos necesarios o que requiera para ello, y de este modo poder garantizar el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas, y en consecuencia la realización de actos jurídicos o negocios *mortis causa* como es el testamento.

Para abordar el estudio y análisis de la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad, cuestión que ha resultado profundamente afectada por la Ley 8/2021, vamos a dividir o estructurar nuestro trabajo de investigación en tres partes o capítulos claramente diferenciados pero íntimamente interconectados, y en los que analizaremos cómo ha ido evolucionando el significado y concepción de esta materia.

En el primer capítulo de este trabajo, abordaremos el estudio de la cuestión general de la capacidad de la persona, analizada ésta desde su doble perspectiva o vertiente, esto es, la llamada capacidad jurídica y la capacidad de obrar, analizadas éstas desde el punto de vista de nuestra doctrina civil, así como del tratamiento que se le ha dispensado nuestra jurisprudencia.

Resulta obligatorio empezar este primer capítulo, con el análisis conceptual relativo a la capacidad de la persona, así como el problema terminológico que implícitamente ha venido acompañando a este concepto, y cuyos ejemplos más representativos los podemos encontrar en la evolución que han sufrido los mismos a lo largo de los años para señalar o referirse a las personas con discapacidad intelectual o cognitiva, señalando que alguno de ellos no siempre ha sido muy afortunados, puesto que llegaban a trasgredir o vulnerar la dignidad de la persona, como son el término imbécil, loco, incapaz, o bien y como uno de los últimos términos utilizados, el de modificación de la capacidad de obrar. Como la Convención reconoce, es necesario, que cambien no solo la cuestión terminológica y la normativa, sino que es necesario que esté acompañada de un cambio en la conciencia social, porque el simple cambio terminológico y normativo o legal, no es suficiente por sí solo para conseguir el respeto de la dignidad de la persona.

Antes de abordar el estudio de la construcción dogmática llevada a cabo por la doctrina de la capacidad de la persona en su doble vertiente, analizaremos la evolución

de los conceptos de persona y personalidad y su influencia en el Derecho de la persona, materia que aunque en un primer momento encuentre mejor su análisis y desarrollo en un trabajo diferente a este, dada su proximidad e interconexión con la materia tratada en el presente trabajo de investigación, es necesaria abordarla en lo que estrictamente aquí nos interesa y está relacionada.

Seguidamente, entraremos ya en el análisis que hace la doctrina de la capacidad de la persona con una metodología cronológica, siguiendo el estudio durante diferentes etapas o períodos temporales histórico-jurídicos, en los cuales, se ha ido realizando la construcción jurídica de este concepto. Estas etapas tendrán su justificación en diferentes hitos de carácter jurídico, y que han significado un cambio en el tratamiento de la materia por parte de la doctrina y de diversos autores civilistas. Para comenzar, analizaremos la concepción de la capacidad de la persona en la doctrina de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX. Continuaremos el estudio de la misma con el impacto que tuvo una sentencia a mitad del siglo XX, esto es, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947, y que supuso una nueva configuración en materia de la capacidad de la persona, especialmente en lo que suponía el concepto de graduación de la capacidad. Posteriormente, el estudio de la capacidad de la persona y su configuración ha quedado indudablemente configurada con la reforma de nuestro Código Civil en esta materia mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

Por último, y como parte final de este estudio de la doctrina española en materia de la capacidad de la persona, analizaremos la concepción más actual de esta figura en dos momentos temporales: un primer momento que podríamos fijar en el año 2003, momento en que se promulgó diferente e importante normativa en materia de capacidad de la persona, y se empezaba a sentar las bases y pilares en torno a un nuevo enfoque de la discapacidad de la persona, y por otro lado, el año 2006, año de aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que ha supuesto un cambio en el paradigma en el modo de abordar la cuestión de la capacidad de la persona.

El último de los momentos temporales de estudio nos servirá de unión y nexo para configurar el conjunto de los siguientes epígrafes. Como hemos anticipado el núcleo del debate surgido en relación con la capacidad de la persona, se ha producido a raíz de la promulgación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, concretamente, especialmente a partir de la interpretación que realiza el Comité de expertos sobre los derechos de las personas con discapacidad de la Organización de Naciones Unidas en la Observación General Nº 1 del año 2014 del artículo 12 de dicha Convención. Este debate surgido en torno a esta observación está polarizando en torno a dos visiones diferentes de la cuestión: por un lado, las voces que proclaman que existe una sola capacidad de la persona que comprende el ejercicio de la capacidad jurídica, y por ende, la supresión de la hasta ahora dualidad en torno a la capacidad jurídica y capacidad de obrar, distinción sobre la que se había construido la estructura jurídica de la misma por parte de la doctrina civilista; y por otro lado, los autores que defienden el mantenimiento de la clásica distinción en materia de capacidad porque es lo que realmente dice el artículo 12, en sus apartados 3 y 4, y en este sentido consideran que tanto la llamada capacidad jurídica y capacidad de obrar no quedan suprimidas, sino que las mismas alcanzan su plenitud con lo que expresa dicho artículo, y en consecuencia, siguen

plenamente vigentes y aplicables dentro de nuestro Derecho, sin incumplir por ello los presupuestos y el espíritu de la Convención.

Dentro de este itinerario cronológico en la evolución, concepción y estructura de la capacidad de la persona, y especialmente con lo expuesto anteriormente en relación con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no podíamos pasar por alto la construcción jurisprudencial que ha venido realizando nuestro Tribunal Supremo en relación con esta materia, especialmente, en cómo se han venido interpretando y aplicando los presupuestos de capacidad de la persona promulgados por la Convención en orden a nuestro Derecho interno, pues no podemos olvidar que ha sido este órgano judicial el encargado de realizar principalmente dicha función. Como hemos advertido, este estudio lo realizaremos a partir de la mencionada Sentencia 282/2009, en la cual se empezó a abordar la materia de una forma profunda y con una cierta conciencia de lo que pretendía la Convención.

A continuación, dentro ya del segundo capítulo del presente trabajo de investigación, pretendemos ahondar en la nueva concepción y significación que de la referida capacidad de la persona se ha realizado desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para ello, serán objeto de análisis diversas propuestas de reformas legislativas realizadas tanto desde diversos sectores de índole privada como de índole pública, en relación con esta materia, recogiendo en este sentido varios ejemplos representativos, como son, dentro del ámbito privado, la reforma del Código Civil propuesta por la Asociación de Profesores de Derecho Civil así como la propuesta articular del Real Patronato de la Discapacidad, y como ejemplo a destacar dentro del ámbito público, la efectuada por el Ministerio Fiscal, así como el análisis a su vez del Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 y de la versión de 14 de enero de 2019, especialmente del primero de ellos por haber sido uno de los analizados y estudiados por diversos sectores de índole jurídica y social, los cuales además en la materia testamentaria que nos ocupa no sufrieron diferencia en su regulación, pasando posteriormente por el Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 y la versión de 16 de marzo de 2021, hasta la Ley 8/2021, de 2 de junio. De este modo, podremos analizar cómo se ha concebido nuestra tradicional capacidad jurídica y capacidad de obrar por parte de diversos sectores doctrinales, dentro de la expresión del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. En este capítulo, prestaremos especial atención a las líneas jurisprudenciales que ha mantenido nuestro Tribunal Supremo en esta materia, y ello como principal línea de adaptación y aplicación práctica dentro de nuestro ordenamiento jurídico de los presupuestos y postulados que promulga la Convención.

Por último, y una vez analizada de forma general, la capacidad de la persona, tanto desde el ámbito o plano nacional de nuestro ordenamiento jurídico en sus diferentes etapas histórico-jurídicas, así como desde el punto de vista de los postulados y principios que se recogen en la Convención, nos adentraremos en el último capítulo en el estudio y análisis de una manifestación concreta de la capacidad de la persona con discapacidad intelectual, esto es, la llamada capacidad testamentaria o facultad para poder realizar testamento. Así, analizaremos de forma detallada todos los aspectos jurídicos que han conformado el artículo 665 así como su nueva y modificada versión recogida por la Ley 8/2021, puesto que además y a pesar de su escasa vigencia, este precepto ya está envuelto

en diversos y complejos debates doctrinales, como consecuencia de su aplicación práctica.

Para abordar esta materia, empezaremos analizando la evolución histórica normativa de la capacidad testamentaria, para de este modo poder empezar el análisis de la materia desde una base que nos permita posteriormente introducirnos en el estudio del artículo 665 del Código Civil, precepto puesto en conexión con los otros artículos que regulan esta capacidad testamentaria, esto es, los artículos 662, 663, 664 y 666 de dicho cuerpo legal. El citado artículo 665, ha dado la posibilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídica a la persona con discapacidad intelectual, de que su sucesión no se vea abocada a una sucesión legal o *abintestato*, a excepción de determinadas situaciones y supuestos que analizaremos con detenimiento, los cuales restringían e imposibilitaban a estas personas el poder ejercer su derecho de testar, y ello como consecuencia de determinados pronunciamientos que se recogían en este sentido en las sentencias antiguamente denominadas de incapacitación.

Asimismo, y siguiendo nuestra hoja de ruta, prestaremos atención a la influencia de las enfermedades que afectaba a la persona, así como su afectación, como el elemento que determinaba bajo la anterior normativa la posibilidad de que la persona con discapacidad pudiese otorgar o no testamento, situación ésta donde los informes de los facultativos tenían una gran trascendencia, incluso superior al juicio que pudiera realizar el notario, en el sentido de establecer si la persona estaba capacitada para otorgar testamento a pesar de su enfermedad, es decir, si poseía la suficiente capacidad natural de entender y querer el acto que estaba realizando.

Posteriormente, abordaremos el estudio de la capacidad de la persona pero desde la óptica notarial, aspecto este donde el notario ha desempañado desde su origen un papel determinante, esto último, especialmente ampliado en cuanto a sus funciones y encumbrado bajo el ámbito de aplicación de la nueva regulación. Tanto en la regulación ahora derogada en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, así como en la normativa introducida ahora por dicha Ley, la intervención del notario, se ha configurado como un aspecto trascendental a la hora de que la persona con discapacidad intelectual pudiese otorgar testamento. Este análisis, lo realizaremos desde una doble perspectiva: por un lado, la relativa al estudio de los aspectos que conforman el llamado juicio de capacidad que realiza este fedatario público para valorar y enjuiciar si la persona que pretende otorgar testamento tiene capacidad natural, es decir, si entiende el acto o negocio jurídico *mortis causa* que realiza, así como las consecuencia y efectos que se derivan del mismo; y por otro lado, desde la nueva configuración que le atribuye la Ley 8/2021 al mismo, como el apoyo institucional para que la persona con discapacidad intelectual pueda ejercer su capacidad jurídica y en consecuencia realizar este instrumento, para lo cual, el notario le prestará todos los apoyos que necesite y resulten necesarios, y de este modo que la persona con discapacidad conforme a su voluntad y pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

En relación con esto último que acabamos de exponer, uno de los puntos más conflictivos y problemáticos en su interpretación es si en la nueva redacción del artículo 665, es posible la prestación de estos apoyos a los que estamos aludiendo por parte de terceras personas o apoyos externos y distintos a los apoyos institucionales que presta el

notario, y sin que ello implique una vulneración de los principios de Derecho sucesorio así como la naturaleza jurídica de los llamados actos personalísimos, puesto que como todos sabemos la realización de estos actos, como es el caso que ahora no ocupa del testamento, no permite la intervención de ninguna persona, especialmente en la fase o etapa que se corresponde con la formación de la voluntad de la persona. Es por todo lo expuesto, que aspectos como los actos personalísimos, o el significado de estos apoyos, especialmente, cuando pueden ser los mismos prestados y por quién en función de la etapa de la formación de la voluntad en la que nos encontremos, serán objeto de una especial atención.

Otra de las cuestiones que abordaremos es la de si es posible que la persona con discapacidad intelectual pueda ejercer su derecho a testar, pero solo mediante a la forma del testamento abierto o notarial, o bien es posible y válido también la utilización de otras formas testamentarias como el testamento cerrado y el testamento ológrafo. Analizaremos, si este artículo, de manera implícita nos está obligando a utilizar solo la forma del testamento abierto o notarial, por ser esta la única que permite poder prestar los apoyos necesarios para que la persona con discapacidad intelectual pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, y por ende, ejercer su capacidad jurídica mediante el otorgamiento del pertinente testamento.

CAPÍTULO I

CAPÍTULO I.- Evolución doctrinal del concepto de capacidad jurídica y capacidad de obrar de la persona dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La influencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su concepción e interpretación.

I.1. La concepción de capacidad jurídica y de obrar de la persona en la doctrina civil

I.1.1. La capacidad, un término polisémico

La primera característica que podríamos destacar del término capacidad, son sus distintas acepciones y significados que se derivan del mismo. Esta idea de significado polivalente o polisémico, es apreciada por diversos autores como MIR JORDANO[6], que atribuye el expresado carácter de polivalente a la palabra capacidad, carácter que queda reflejado en las diferentes definiciones que del citado término también se recogen en el diccionario de la Real Academia Española (DRAE), hasta llegar después de la cuarta acepción, esto es, la relativa a la capacidad de obrar y a la capacidad jurídica. En cuanto a la definición que se realizar en relación con la primera de las capacidades, la misma queda concretada en la *"aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimento de una obligación"*; y en relación con la segunda en la *"aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones"*.

MIR JORDANO, presenta su concepción de la capacidad como la *"aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, o facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho"*. Asimismo, nos propone varios ejemplos en el uso polivalente o polisémico del término o el concepto de capacidad. Para ello parte de su primera acepción en relación con la propiedad de una cosa de contener otra u otras dentro de ciertos límites, como por ejemplo, la referencia que se pueda hacer al concepto capacidad en un contrato de compraventa o arrendamiento en relación con la capacidad que posea una dehesa para poder alimentar a un determinado número de cabezas de ganado, o en lo relativo al debido equilibrio que debe darse en un coto de caza para el mantenimiento del mismo en cuanto a las reses que puede soportar dicho coto; o por citar otro ejemplo, en la capacidad de un contendedor como un posible medio de transporte de mercancías; o como último ejemplo a señalar en relación a las acepciones relativas a la capacidad, tenemos la atribuida a determinados recipientes para el almacenamiento de determinadas especies y líquidos. Así podemos apreciar, como queda patente la esfera polisémica que engloba el concepto de capacidad, y en consecuencia, de las distintas capacidades que pueden darse dentro del ámbito del Derecho.

Dentro del ámbito de estudio del concepto de capacidad de la persona, y especialmente en el campo de la discapacidad, el cambio terminológico se hace aún más evidente. Una de las primeras diferenciaciones que debemos realizar dentro de este ámbito, es en lo concerniente a cuanto nos referimos al ámbito administrativo y al ámbito

[6] MIR JORDANO, R., *Capacidad. Conjugación de palabras, ideas y conceptos,* en la obra colectiva "Personalidad y Capacidad Jurídicas", 74 contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba (coords.) CASADO RAIGÓN, R. y GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., Tomo II, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pág. 882.

judicial, puesto que una cosa es la discapacidad o minusvalía que pueda sufrir una persona, ya sea esta física, sensorial, etc., y otra cosa muy diferente, y según señalaba el artículo 200 nuestro Código Civil, son las causas de incapacitación que como consecuencia de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico impiden a una persona su autogobierno.

Destacar, que esta problemática en la concepción terminológica del término capacidad dentro del ámbito del derecho, no solo la encontramos en su esfera civil, sino también en la esfera procesal. Dentro de esta última, cabe destacar la interpretación a este respecto que hace SAN PASTOR SEVILLA[7], que conmina a la utilización de una terminología más precisa y respetuosa con la persona, como modificación de la capacidad de obrar o demanda de modificación de la capacidad en defensa (o para la protección) de los intereses de esa persona en cuestión, en vez de expresiones como juicio, proceso, demanda de incapacidad o incapacitación, las cuales han sido muy criticadas. Esta autora nos pone como ejemplo la lo dispuesto por la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, donde se expresa que *"El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006"*.

Una de la normativa donde más claramente se puede apreciar este avance terminológico no lo encontramos dentro del propio ámbito civil, sino del ámbito del Derecho penal. Este cambió de terminología quedó representado en el segundo apartado del punto quince del único artículo que componía la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal[8], y en concreto, el artículo 25 de esta última Ley, quedando dicho apartado redactado en la forma siguiente: *"Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente."*.

[7] SAN PASTOR SERVILLA, Y., *Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma,* en la obra colectiva "La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad", PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (dir.) y PEREÑA VICENTE, M. (coord.), 1ª ed., Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2011, págs. 211-212.

[8] Esta ley fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 77 de fecha 31 de marzo de 2015, y entro en vigor el día 1 de julio de 2015.

Como consecuencia de esta redacción, la referencia que se hacía al incapacitado es sustituida por la de persona con discapacidad necesitada de una especial protección. Autores como BOTELLO HERMOSA[9] entienden que la prioridad del legislador ha sido la de ampliar la protección del Código Penal no solo a las personas que ostenten la condición de incapacitadas, puesto que como se recoge en dicho precepto se dice *"que tenga o no modificada su capacidad de obrar"*, sino a todas las personas que tengan discapacidad intelectual o mental en general, aún sin haber sido las mismas incapacitadas. Sin embargo, este autor nos alerta del vacío legal de importantes consecuencias jurídicas que se produce en relación con la redacción de dicha Ley, y en concreto, con la situación que puede producirse en los casos de personas que teniendo reconocida judicialmente su incapacidad no tengan en cambio acreditada ninguna discapacidad, circunstancia esta que de conformidad con la redacción que recoge el citado precepto conllevará a que todas las personas sobre las que pueda recaer una sentencia de incapacitación deban pasar con anterioridad por un procedimiento administrativo en que se le reconozca la condición de persona con discapacidad.

Sin embargo, este autor, considera que una de los posibles soluciones en relación a lo expuesto sería la de acudir a la vía civil, concretamente a través de lo dispuesto en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, la cual abordaremos más adelante en el presente trabajo de una forma más detenida, en el sentido de equiparar la sentencia de incapacitación a la resolución administrativa que otorga la condición de persona con discapacidad. Para esta equiparación, el autor se basa en dos argumentos: por un lado, porque si en la sentencia de incapacitación ya se le está reconociendo una enfermedad psíquica que le impide gobernarse por sí mismo, lo cual conllevará como mínimo un grado de discapacidad psíquica del 33%, no tiene sentido el inicio de un procedimiento administrativo para obtener un resolución que acredite dicho grado de discapacidad psíquica; y en segundo lugar, BOTELLO HERMOSA[10] señala que la referida falta de equiparación conllevaría en la práctica que las medidas de protección que se contienen en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, solo beneficiasen a las personas con discapacidad y no a las personas incapacitadas.

Un ejemplo representativo de lo expuesto, lo encontramos en que la persona con discapacidad que ha sido incapacitada judicialmente si pudiera constituir un patrimonio protegido, y en cambio, una persona incapacitada judicialmente que no haya pasado un procedimiento administrativo no pudiera constituir dicho patrimonio.

En esta perspectiva de capacidad y discapacidad, SÁNCHEZ DE LA TORRE[11], aprecia que la discapacidad es una forma de capacidad en que cada existencia se manifiesta. Señala, que la discapacidad no es la mera negación global, lo cual la haría

---

[9] BOTELLO HERMOSA, P.I., "Sustitución del término incapacitado por el de persona con discapacidad necesitada de una especial protección. ¿Acierto o desacierto del legislador de la Ley Orgánica 1/2015?, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCII, Marzo-Abril 2016, núm. 754, pág. 811.

[10] BOTELLO HERMOSA, P.I., "Sustitución del término incapacitado por el de persona con discapacidad…", op.cit. pág. 814.

[11] SÁNCHEZ DE LA TORRE, Á., *Discapacidad, condición humana y dignidad humana,* en la obra colectiva "Fundamentos de conocimiento jurídico. La Capacidad Jurídica", (coord. Sánchez de la Torre, Á.), Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 376.

convertirse en incapacidad, sino en un modo de modular en cada persona su propia capacidad, situación que lleva al autor a establecer dos presupuestos: por un lado, cada ser humano va a tener sus propios límites en el conjunto de sus capacidades; y por otro lado, cada ser humano ostenta unas potencialidades privilegiadas que exceden las capacidades globales que el conjunto de seres humanos suele poseer.

En relación con la terminología de capacidad de la persona a la que estamos aludiendo, ROCA TRIAS[12], establece una relación entre los conceptos de persona, capacidad jurídica y capacidad de obrar, y partiendo de la definición de persona como aquel sujeto cuyos actos pueden serle imputados, liga los conceptos de persona y voluntad, para posteriormente dar un paso más al hablar del sujeto de derecho, y en consecuencia referirse a la capacidad jurídica, concepto al que posteriormente habrá que sumarle el de capacidad de obrar.

Como es evidente, es necesario aclarar que el presente estudio relativo a la capacidad de la persona, queda delimitado dentro del campo de actuación de la persona física, por lo que en consecuencia, no entraremos o no abordaremos el estudio de la llamada capacidad de la persona jurídica[13], pues aunque la concepción de persona es atribuida terminológicamente hablando, tanto a la persona física como a la persona jurídica, según establece el propio Código Civil en su artículo 29, creemos necesario acotar el presente estudio en materia de capacidad de la persona al ámbito de la persona física, y por tanto, no extenderlo al de la persona jurídica, y ello por encontrar esta materia una mejor ubicación en otro tipo de trabajo diferente a este.

---

[12] ROCA TRIAS, E., *Comentario del Artículo 29 del Código Civil,* Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 224.

[13] En nuestra opinión creemos que no es muy acertada la ubicación de los preceptos que regulan a la persona jurídica dentro de nuestro Código Civil, esto es, el Capítulo II, dentro del Título II que trata del nacimiento y la extinción de la personalidad civil, recogido en el Libro Primero de las Personas, y que engloba los artículos 35 al 39 ambos inclusive, si bien habrá que añadir la reseña que se hace en relación al domicilio de dichas personas jurídicas en el artículo 41, el cual se ubica en el Título III. Demasiada importancia creemos que tienen los preceptos que engloban a este título para ubicarlo ahí. Además, en relación con el tema que nos ocupa en el presente trabajo, esto es, la capacidad, es interesante las observaciones del autor CAPILLA RONCERO, F., en *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Ed. Tecnos, S.A., 1984, págs. 88-97, y más concretamente en el epígrafe dedicado a la "capacidad de las personas jurídicas", en la que partiendo de la importancia de lo establecido en los artículos 37 y 38 del referido Código Civil, los cuales establecen respectivamente, que *"La capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y las de las funciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario"* y que *"Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como traer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme las leyes reglas de su constitución. La Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades, y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales"*. Manifiesta el citado autor la justificación de la personalidad jurídica (y de su capacidad) como el instrumento que respeta el sistema legal recogido en el Derecho privado en relación con los derechos subjetivos individuales, y en virtud de ello, que la capacidad de la sociedad para contratar, no es más que la traslación o transposición de la capacidad de los socios y de los administradores, en su caso. Además, y de acuerdo con los expresados artículos, la capacidad de la persona jurídica vendrá delimitada y regulada por el régimen jurídico propio del tipo de persona jurídica ante la que estemos. Por último, y en relación con la capacidad de obrar de las personas jurídicas es igualmente aplicable, si bien podemos añadir en este ámbito que en virtud de la figura jurídica de la "representación orgánica" la vinculación por las consecuencias que resulten de la actuado por uno de las personas debidamente legitimadas será extensible e imputable al resto, quedando esto claramente representado en el ejemplo según señala el repetido autor, de que los socios disidentes en un determinado asunto quedarán tan vinculados como los socios que votaron o se manifestaron favorablemente.

En relación a lo que acabamos exponer, conviene reseñar ciertos caracteres, por su proximidad terminológica, en la relación que existe entre el concepto de persona y de personalidad, conceptos íntimamente relacionados y que se complementan, pero que no deben ser confundidos o mezclados en ningún caso. Para exponer esta problemática y poder fijar así las líneas divisorias entre los mismos, nos parece muy acertada la relación que señala ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA[14], en el sentido de advertir que junto al concepto de persona aparece otro íntimamente unido a aquél, y que es el de personalidad. En este sentido, PUIG BRUTAU Y PUIG FERRIOL[15], censuran que se sigan confundiendo los términos de persona y personalidad, y ponen como ejemplo de ello los artículos 29 y 30 respectivamente de nuestro Código Civil, pues en los mismos se hace referencia al nacimiento como elemento que determina la personalidad y no de la persona.

Asimismo, PUIG BRUTAU y PUIG FERRIOL señalan que el concepto de persona queda ampliado, al no referirse solamente al hecho de ser humano, a determinados entes u organizaciones sociales a los cuales se les atribuye personalidad jurídica, y ello de conformidad con los presupuestos que establece el artículo 35 del Código Civil.

En este mismo sentido, DE CASTRO[16], señala que *"la distinción entre la persona como realidad existente y la personalidad como manifestación de la esencia de aquélla permita utilizar este término en sentido especialmente jurídico"*. Asimismo DE CASTRO expresa que *"la personalidad sería la cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica que corresponde al hombre (como tal) y que se reconoce o concede (traslativamente) a ciertas organizaciones humanas"*. Para finalizar, DE CASTRO recoge *"La distinción entre la situación de la persona, como centro y base de los distintos poderes que pueda atribuírsele, manifestada en la personalidad, y esos mismos poderes en sus diversas modalidades de derechos subjetivos y facultades, recuerdan a la distinción existente entre un status y los derechos y facultades en que se manifiestan"*.

No obstante, aparte de la interconexión a la que estamos aludiendo entre conceptos como personalidad y capacidad jurídica, hay autores que alertan de la separación que existen en los mismos, como por ejemplo CASTAN TOBEÑAS[17], que señala que dichos conceptos no deben mezclarse, pues si la persona es todo *"ser capaz de derechos y obligaciones"* la personalidad ha de concebirse como *"la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas"*. El autor acaba consagrando la expresión, *"se es persona"; "se tiene personalidad"*.

---

[14] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de familia y de la persona,* Tomo I, De la persona, Ed. Bosch, S.A., 2007, pág. 30.

[15] PUIG BRUTAU, J., y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos de Derecho Civil,* Parte General: Sujeto y Objeto del Derecho. Tomo I, vol. I, Primera Parte, Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1979, pág. 6.

[16] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España,* Tomo II, Derecho de la Persona, Parte Primera, La persona y su estado civil, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pág. 31.

[17] CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Primero. Introducción y Parte General. Volumen Segundo, Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las Cosas. Los hechos jurídicos. 14ª ed. Revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, J.L., Ed. Reus, S.A., Madrid, 1984, págs. 117-118.

A su vez, autores como STANZIONE[18], basan la distinción entre los conceptos de personalidad y capacidad jurídica desde la premisa de que *"la persona por su dignidad humana y jurídica obtiene una tutela, negativa y estática, mientas que por la personalidad recibe la cualidad jurídica de ser titular no sólo de derechos y deberes jurídicos, sino del posicionamiento de la persona en la comunidad jurídica como ser humano"*.

Antes de continuar con nuestro estudio en materia de capacidad de la persona, y para ir finalizando el presente punto, conviene recordar que la Convención emplea una terminología novedosa dentro del texto normativo que promulga, y de la que podríamos reseñar la representada por expresiones como el ejercicio de la capacidad jurídica, expresión que no recoge los conceptos utilizados por nuestra doctrina civil en relación con la capacidad de la persona, y que se desdoblan en las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar. En relación con lo expuesto, nos parece aventurado señalar, y según analizaremos más adelante, que la no utilización de conceptos propios de nuestro Derecho en esta materia, conlleven o puedan significar la eliminación de la clásica distinción entre las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar de la persona, y ello de acuerdo con lo que opina un sector de autores de conformidad con la interpretación que realizan de la Observación General Nº 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de la Organización de Naciones Unidas. Advertir, que este posicionamiento ya fue criticado por autores del siglo pasado como RESCIGNO[19].

Por tanto, la redacción terminológica plasmada en el texto que promulga la Convención en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica, no nos debe llevar a interpretaciones erróneas de los presupuestos o espíritu que promulga la misma. En nuestra opinión, semejante presentación no quiere decir que se esté eliminando la diferencia existente entre ambas esferas y que se pretenda aglutinarlas en la concepción unitaria a la que hemos hecho referencia, sino todo lo contrario, es decir, en la plenitud, consolidación y desarrollo de ambos conceptos, esto es, en el de llamada capacidad jurídica y la capacidad de obrar de la persona.

Asimismo, y sin que ello suponga un juego de palabras, queremos subrayar que la capacidad de la persona dentro del ámbito de la discapacidad debe entenderse en el sentido de que la persona no es "incapaz de", sino que es "capaz de", y que en este principio reinterpretado de forma positiva debe inspirarse toda la normativa en materia de la capacidad de la persona, por lo que la misma deberá estar orientada a prestar los

---

[18] STANZIONE, P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene Editore, Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell´Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, 1975, pág. 129.

[19] RESCIGNO, P., exponía; *"Nenneno può giustificarsi il tentativo di ridurre ad unità i due concetti, ritenendo superflua la nozione di capacità giuridica. Posta una <<tavola di valori>>, si é considerato fondamentale il concetto di capacità di agire e sussidiario il concetto di capacitá giuridica, che deriverebbe dalla religione, dal costume, dall'ordinamento familiare. Alla nascita della persona física ed al riconoscimento della persona giuridica, sempre secondo questa veduta, si collega l'acquisto della capacità mediata di agire. Si capovolge così il rapporto tra capacità giuridica e capacità di agire come relazione di realtà e possibilità, e si trascura il momento statico della soggettività di diritto" en "Capacità Di Agire. 1. La capacità giuridica, o soggettività di diritto, è l'attitudine alla titolarità di poteri e doveri giuridici."*, de la *Terza edizione* del *Novissimo Digesto Italiano*, II, Diretto Da ANTONIO A, y EULA, E., Editrice Torinese, 1957, pág. 862.

apoyos necesarios a la persona con discapacidad para que sea "capaz de" poder llevar a cabo los actos que conformen su personal y particular proyecto vital.

I.1.2. La evolución de los conceptos de persona y personalidad y su reflejo en el Derecho de la persona

Como primera aproximación al concepto de persona, creemos que lo más conveniente es empezar señalando la regulación que se hace en nuestro Código Civil en los artículos 29 al 34, ambos inclusive, del Capítulo Primero, referido a las "personas naturales" y que pertenece al Título II, "Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil", y ello del Libro I de dicho Código Civil.

Concretamente, en los artículos 29[20] y 30[21] del Código Civil -este último modificado por la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil-, se recogen los presupuestos que determinan la atribución de la personalidad. En la interpretación que de dichos artículos en su redacción antigua hacían autores como ALBALADEJO[22] y DE BUEN[23], reconocen, en el primer caso, que se es persona desde el mismo momento del nacimiento pero siempre y cuando se cumplan los requisitos de que se sea un ser vivo y con figura humana, pues *"a sensu contrario"* no se le atribuiría personalidad al nacido, y ello de conformidad con lo dispuesto artículo 30 del Código Civil. Asimismo, parece establecer dicho artículo otro requisito más en cuanto a la atribución o comienzo de la personalidad, al establecer la expresión de que *"el nacido viva veinticuatro horas"*. Sin embargo, el cumplimiento del expresado término temporal no implica más que una *"condicio iuris"*, pues si se cumple el mencionado plazo el derecho atribuye la personalidad desde el mismo momento de su nacimiento, pues como hemos apuntado antes y según recoge nuestro Código Civil se es persona desde que se nace.

En relación con los requisitos que se recogían en este artículo 30 del Código Civil para la atribución de personalidad al recién nacido, esto es, que tuviere figura humana y viviese veinticuatro horas, fue objeto de modificación por la Ley 20/2011, de 21 de julio. En su redacción antigua, la necesidad de poseer estos requisitos para la atribución de personalidad, estaba construida sobre la base de la tradición jurídica, y ello sobre la base y consideraciones prácticas de evitar de esta manera cuestiones litigiosas y procedimentales, especialmente las relacionadas con el Derecho sucesorio. Es discutible, como una modificación del Código Civil en aspectos tan sensibles como este, se produzcan por una disposición final de una Ley sin más. No obstante, creemos, que según la redacción del preámbulo de dicha Ley, especialmente a cuando se alude a que "*La*

[20] El artículo 29 del Código Civil: "*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.*".

[21] El artículo 30 del Código Civil: "*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*".

[22] ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, Volumen primero, Introducción y Derecho de la persona, Decimocuarta edición, Ed. José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1996, pág. 214.

[23] DE BUEN, D., *Derecho Civil Español Común*, Segunda edición, Ed. Reus S.A., Madrid, 1930, pág. 69.

Constitución de 1978 sitúa a las personas y a sus derechos en el centro de la acción pública. Y ese inequívoco reconocimiento de la dignidad y la igualdad ha supuesto el progresivo abandono de construcciones jurídicas de épocas pasadas que configuraban el estado civil a partir del estado social, la religión, el sexo, la filiación o el matrimonio", pueden proporcionar una cierta explicación a modificaciones jurídicas como la operada sobre este artículo.

En este sentido, autores como MOROTE SARRIÓN[24], en su planteamiento sobre una reinterpretación de la noción de persona, recoge las diversas teorías[25] existentes en relación con el comienzo de la personalidad, y se posiciona a favor de la teoría de la concepción como una alternativa válida a la teoría del nacimiento, aunque esta última ha sido preferida por la doctrina mayoritaria según hemos apuntado con anterioridad, y ello en aras de una mayor seguridad jurídica. Asimismo, MOROTE SARRIÓN[26] señala, que autores como PUIG BRUTAU, cuestionan el planteamiento del artículo 29 del Código Civil en favor de esta teoría de la concepción como el momento de atribución de la personalidad, pues apuntan según señala este autor que *"el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables"*.

Para evitar perdernos en un estudio que puede distorsionar el objeto del presente trabajo, y sin pretender a su vez ser este un trabajo de carácter histórico, creemos conveniente fijar un punto de partida histórico para una primera aproximación al concepto de Derecho de la persona. Para ello, nos introduciremos en la concepción que del referido término realizó el Derecho romano, y de este modo, poder adentrarnos en la evolución que el Derecho de la persona sufrió dentro del ámbito jurídico, cambio que estuvo marcado y de una forma transcendental por la abolición de la esclavitud.

En el Derecho romano, HERNANDEZ TEJERO[27], señalaba que los juristas romanos aplicaban el término persona al ser humano, pero sin identificar de una forma ordinaria dicho concepto con un ente capaz de derechos y obligaciones. No será hasta llegar al siglo III cuando se empezará a tomar conciencia de esta tendencia. Asimismo, el

---

[24] MOROTE SARRIÓN, J., "Una reinterpretación de la noción de persona a la luz de la Constitución y de los tratados internaciones" en *Revista General de Derecho*, año LVII, núm.676-677, enero-febrero 2001, págs. 107-108.

[25] MOROTE SARRIÓN, J., "Una reinterpretación de la noción de persona a la luz de la Constitución…", op.cit. págs. 112-117. No obstante, y sin perjuicio de la lectura de las teorías a las que alude el autor de una forma extensa en la referida cita, reseñaremos a continuación de una forma sistemática las mismas: "1. Teoría de la concepción: con su origen en los textos de la Patrística, recoge la idea de que el concebido tiene existencia independiente; 2. Teoría del nacimiento, la cual, influenciada principalmente por el pensamiento estoico, entendía que la vida no comenzaba sino a partir del nacimiento. Dicha teoría es la que como hemos apuntado sigue la mayoría de la doctrina civilista; 3. Teoría ecléctica, la cual coloca el origen de la personalidad en el nacimiento, pero al mismo tiempo se reconoce una protección al concebido para todos los efectos que a éste pudiesen favorecer; 4. Teoría de la viabilidad, la cual expresa que no basta que se produzca el nacimiento y que con posterioridad al mismo la persona nacida esté viva, sino que además es necesario que la misma resulte apta para vivir o lo que es lo mismo viable, en el sentido biológico del término; 5. Teoría psicológica, en la que se alude a que el individuo no puede ser considerado como capaz de derechos hasta que adquiere el sentimiento de su personalidad jurídica, momento que tiene que ser posterior a la de adquisición de su personalidad psicológica.".

[26] MOROTE SARRIÓN, J., "Una reinterpretación de la noción de persona a la luz de la Constitución…", op.cit. pág. 112.

[27] HERNANDEZ-TEJERO JORGE, F., *Lecciones de Derecho Romano,* Lección IX, 5ª ed., Ed. Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1989, pág. 63.

autor señala que no es posible afirmar la existencia de una teoría romana de la personalidad.

Como complemento a lo expuesto, IGLESIAS SANTOS[28] expresa como el sujeto de derecho dentro del Derecho en la época romana, aparte de la condición humana, debe estar revestido o poseer tres *"status"*, los cuales son: en un primer lugar, el *"status libertatis"* o estado de libertad, cuyo opuesto estaría representado por el estado de esclavitud; en segundo lugar, el llamado *"status civitatis"* o estado de ciudadano romano con ciudadanía plena, el cual atribuye poder ser parte en toda clase de derechos, y cuya posición contrapuesta sería la del extranjero o *"peregrinus"* en sus diversas modalidades; por último, y en tercer lugar, el *"status familiae"*, donde el hombre libre y ciudadano forma parte de una determinada familia, si bien, la posición que ocupe el hombre dentro de dicha familia será motivo para aumentar o disminuir su capacidad. No obstante, conviene señalar que dentro del Derecho romano existían diversos entes (asociaciones o fundaciones) de naturaleza distinta a la humana y a los que la ley reconocía capacidad jurídica.

En virtud de lo que acabamos de exponer, podemos obtener la conclusión de que en el Derecho romano no todos los hombres eran considerados como iguales, pues no todos ostentaban o poseían la plena capacidad jurídica necesaria o capacidad en Derecho requerida, dado que esta venía configurada por la posesión de las condiciones o status a los que hemos aludido anteriormente. A su vez, y dada la situación de esclavitud a la que también nos hemos referido, queda patente la distinción que en el Derecho romano se hacía entre las personas y los esclavos, atribuyéndoseles a estos últimos la consideración de cosas, a diferencia del sujeto de derecho del Derecho romano y que, venía representado en la suma del concepto de persona más los estados o situaciones que recaían sobre dicha persona.

De lo expuesto se desprende que el término persona en el Derecho romano no está relacionado con el término capacidad, si bien el mismo sí está circunscrito a la concepción natural de hombre. No es suficiente poseer la cualidad de hombre para tener capacidad jurídica en el Derecho romano.

Tratar el concepto moderno de persona *"per sonare"*, supone un paso más del concepto que de la misma se hizo dentro del Derecho romano. Según recoge SOLDEVILLA PÉREZ[29] y tomando como punto de partida la acepción inicial que se la atribuyó al concepto de persona, la cual no procede traerla aquí por quedar la misma fuera del ámbito del Derecho, los juristas utilizaron la misma para indicar o denominar *"al sujeto dotado de representación propia en el derecho"*. No obstante, el concepto de persona se convierte en el lenguaje moderno a que alude la obra de referencia en sinónimo de hombre, pero puntualizándose dicho concepto de persona bajo el amparo de otra definición construida en el ámbito filosófico, la cual queda representada en *"toda entidad que realiza un fin moral y emplea su actividad de un modo consciente"*, definición que si

[28] IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado,* 5ª Edición revisada y aumentada, Ed. Ariel, Barcelona, 1965, pág. 103.

[29] SOLDEVILLA PÉREZ, C., voz "Incapacidad" en *Enciclopedia Jurídica Española,* Tomo Vigesimocuarto, Ed. Francisco Seix, Barcelona, Publicación autorizada por R.O. de 4 de Junio de 1910, págs. 703-704.

la trasladamos al campo de actuación del Derecho quedaría recogida con las siguientes palabras: *"todo ente físico o moral, capaz de derechos y obligaciones"*.

En España, SÁNCHEZ ROMÁN[30], en su estudio relativo a la persona, indicaba que tres son los elementos que generan el Derecho. Dichos elementos los clasificaba el autor en personas, cosas y hechos. En relación con el primer elemento, esto es, el relativo a la persona o sujeto del derecho, el autor lo define desde una triple concepción o significados, los cuales, quedan representados en una definición en sentido vulgar, en sentido filosófico, y por último, en sentido jurídico. En cuanto al sentido vulgar, establece que la persona es sinónimo de hombre, si bien hace constar el autor que dicha definición quedaría incompleta, puesto que existen entes que son denominados personas por creación del propio Derecho y que no son hombres. Igualmente señala el autor que la expresada definición en el expresado sentido vulgar dentro del Derecho romano quedaría incompleta puesto que dentro del mismo existían hombres que no eran personas, como por ejemplo los esclavos. En segundo lugar, el autor señala el sentido filosófico, el cual queda representado en que no solo el hombre es persona, pues el referido concepto puede ser aplicado sobre una colectividad cualquiera. Y por último, y como definición de la persona más aplicable a nuestro campo de estudio, SÁNCHEZ ROMÁN entiende el sentido jurídico de la misma en *"toda entidad física o moral, real o jurídica y legal, susceptible de derechos y obligaciones, o de ser término subjetivo en relaciones de derecho"*.

A su vez, autores como ARAMBURO Y MACHADO[31] resalta que es necesario para acercarnos de una manera correcta al concepto de persona dentro del ámbito jurídico, la condición *"sine qua non"* de la libertad, la cual, se configura como condición esencial para el Derecho. Será a partir de esta premisa donde podemos establecer que la relación jurídica sólo puede producirse o darse entre personas que sean racionales y libres. Por lo tanto, como una de las primeras connotaciones que debemos atribuir a la persona en el ámbito del Derecho es el atributo de persona libre, complementado asimismo con el de racional.

En esta misma línea argumentativa, RUIZ SERRAMALERA[32], desde una valoración intrínseca del significado de persona, atribuye a la misma los referidos rasgos de libertad y racionalidad, y ello con independencia de la posición que ocupe dicha persona dentro de los correspondientes órdenes naturales de que forma parte, incluido el orden moral. En relación con este, hace constar la posición de privilegio que le corresponde al hombre y de carácter excluyente en cuanto a las demás entidades reales, donde asimismo, la voluntad de la persona será el motor de la actividad que realice.

Llegado este momento, es inevitable no abordar el estudio en relación con el concepto de persona realizado por DE CASTRO. El concepto de persona es situado por

[30] SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil,* Tomo Segundo, 2ª edición reformada, corregida y aumentada, Parte General, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1911, pág. 110.
[31] ARAMBURO Y MACHADO, M., *Estudio de las causas que determinan, modifican y extinguen la capacidad civil,* Imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, 1894, págs. 1-2.
[32] RUIZ SERRAMALERA, R., *Derecho Civil. Derecho de la persona,* Ed. Fotoprint, S.A.L., Madrid, 1985, págs. 6-7.

DE CASTRO[33] como piedra angular y considerado de gran importancia. Este autor, vuelve a la antigua clasificación señalada por Gayo, que comienza tratando lo relativo al Derecho de la persona, y señala que el Derecho de la persona ostenta dos rasgos, uno de índole positiva y otro de índole negativa: el primero está configurado sobre la base de que el expresado Derecho de la persona constituye una institución jurídica e independiente, con su propio significado y principios particulares, y ello como oposición a la dogmática pandectista alemana; y el segundo, versa sobre no configurar a la persona y las relaciones jurídicas que la afectan como algo dependiente de las instituciones jurídicas contenidas en la parte especial.

DE CASTRO[34] señala, que el concepto de persona no ha tenido un ambiente favorable para su reconocimiento jurídico durante la historia (Grecia, Roma, el Renacimiento Italiano), y asimismo acaba destacando el flaco favor que hizo la Revolución Francesa al Derecho de la persona, pues la misma extendió la consideración de que la regulación y defensa de este tipo de derechos quedará amparada bajo la esfera política y constitucional, y por ende, separa dicha materia de los respectivos Códigos civiles.

DE CASTRO[35], subraya que la doctrina no ha seguido una misma línea en relación con el Derecho de la persona, por lo que será la concepción de los distintos autores los que conformen diferentes tendencias en el modo de comprender o entender a la persona. Estas tendencias podrían quedar resumidas en las siguientes: la que aglutina la teoría derivada del *"status"*, es decir, el hombre en relación a su estado, o dicho en otras palabras, la negación de persona a una persona que no posea ese estado*;* otra tendencia o dirección, la encontraríamos en la que considera *"el "status" como la cualidad jurídica que determina la posibilidad de tener derechos"*; a su vez, otra dirección teórica la encontramos en la atribución al concepto de persona de sujeto de derecho, ya sea en su vertiente tanto activa como pasiva, y ello como consecuencia de la necesidad que acompaña al derecho subjetivo de tener un sujeto; y por último, la tendencia que entiende a la persona como elemento de la norma jurídica, es decir, equiparando a la persona con el sujeto gramatical de la oración, aquello de que se predica algo.

DE CASTRO[36], resalta que la persona no es una creación del Derecho, y señala que la persona es el hombre como todo, compuesto tanto por el cuerpo como por el alma, y establece una interconexión del concepto persona con una de las distintas cualidades que la conforman y que consta reflejada en su dignidad como ser racional que es, y advierte asimismo, que el concepto de persona jurídica ha dificultado enormemente la atribución de un significado o la formación de una estructura conceptual de persona. Esta dificultad la encontramos reflejada en el tratamiento conjunto que realiza el Código Civil cuando regula los preceptos relativos a la persona física (el hombre) y la persona jurídica bajo el mismo Título, esto es, el Título II del Libro primero de dicho texto legal.

---

[33] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España,* Tomo I y II, 1ª ed. (reimpresión de la edición del Instituto de Estudios Políticos de 1952), Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pág. 9.
[34] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España.*…, op.cit. págs.10-11.
[35] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España.*…, op.cit. págs. 22-23.
[36] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España.*…, op.cit. pág. 27.

Vistas las diferentes tendencias y teorías reseñadas en los párrafos precedentes en cuanto al concepto de persona, DE CASTRO[37] nos ofrece una relación de consideraciones jurídicas erróneas como consecuencia de la aceptación y aplicación de las teorías mencionadas, las cuales, de una manera sistemática quedan representadas en primer lugar, en el error en relacionar la personalidad con el estado civil de la persona, pues el hombre es persona con independencia del *"status"* que posea; segundo, en identificar el concepto de capacidad jurídica con la persona, pues aun sabiendo de la importancia de la misma no es la única, y por ende, el ser persona no es solo la posibilidad de poseer derechos; tercero, la identificación de la persona con el sujeto de derechos subjetivos, pues no se tiene en cuenta la aptitud o capacidad de la persona, sino el planteamiento de que no se es persona si no se es sujeto de algún determinado derecho, es decir, que una persona sin bienes no es persona.

El reseñado planteamiento haría que la personalidad estuviese disminuida o aumentada por el número de derechos que se posean o no; y en cuarto y último lugar, en referencia a la doctrina normativista, le critica su total abstracción, pues la misma hace desaparecer a la persona y, no tiene en cuenta que la norma, al referirse a la persona, toma una consideración especial y ha de ser interpretada teniendo presente esa realidad previa, que no es otra que la persona.

Como culminación de la argumentación precedente, llegamos a concepto de persona elaborado por DE CASTRO[38], quien partiendo del concepto de persona humana y en consecuencia del reconocimiento de su situación jurídica dentro del ámbito del Derecho, amplia dicho concepto hasta abarcar a las personas jurídicas, y por ello, puede afirmarse *"que son personas el hombre y traslaticiamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica"*. Por último, destacaremos, la división que en relación a la persona hace el autor, cuando expresa que la cualidad de la persona tiene dos facetas o ámbitos, la activa y la pasiva; en cuanto a la primera faceta, viene sustanciada como miembro nato en la comunidad jurídica que es el sujeto; y respecto a la segunda, como parte de la sociedad organizada jurídicamente y de la que forma parte, y por tanto sometido a deberes y obligaciones jurídicas, y en virtud de ello, a la consiguiente responsabilidad.

El concepto elaborado por DE CASTRO, ha sido recogido y aceptado por diversos autores, los cuales han reconocido una acertada definición terminológica en relación con el concepto de persona. A modo de ejemplo, podemos citar a CASTIELLA RODRÍGUEZ[39], quien así lo afirma por los dos motivos siguientes: por un lado por la identificación que se recoge en la aludida definición en cuanto a persona y hombre; y en relación con el segundo de los motivos, el autor aprecia la conexión que existe entre el concepto de persona con el concepto de pertenencia a una determinada comunidad. En relación con este último motivo, CASTIELLA RODRÍGUEZ[40] señala asimismo la

[37] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España.*…, op.cit. pág. 29.
[38] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España.*…, op.cit. pág. 30.
[39] CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., *La persona, el estado civil y el registro civil. Parte Primera. La persona en General* en la obra colectiva "Instituciones De Derecho Privado", (coord. Gral. DELGADO DE MIGUEL, J. F. y Coord. MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á.), Tomo I Personas, Vol. 2º, 1ª ed. Ed. Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003, págs. 20-21.
[40] CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., *La persona, el estado civil y el registro civil...*, op.cit. pág. 21.

concepción de humanidad que promulgan autores como SPAEMANN, pues el hombre ocupa un puesto en su comunidad no por el previo cumplimiento de unas determinadas facultades o propiedades cualitativas, sino como consecuencia de ser un miembro engendrado y no cooptado de la humanidad.

CASTIELLA RODRÍGUEZ[41], en su estudio del concepto de persona, parte y en la misma línea argumentativa que DE CASTRO, de la clasificación trimembre ofrecida por Gayo, estos es, personas, cosas y acciones, la cual es criticada por SAVIGNY, autor que propone su sustitución por una clasificación más amplia o cuatripartita conformada por cosas, obligaciones, familia y sucesiones, y propuesta su sustitución en evitar el tratamiento diferenciador y prioritario de lo concerniente a la persona, agrupándola dentro del ámbito de la familia. CASTIELLLA RODRÍGUEZ, señala que al final se obtiene un sistema mixto, el cual, deviene en una clasificación construida por el Derecho de cosas, el Derecho relativo a las obligaciones y contratos, el Derecho de familia (en el cual se ubicaría lo relativo al Derecho de la persona, con la prioridad inherente que le es propia) y por último el Derecho de sucesiones.

Siguiendo el recorrido de autores que adoptan el planteamiento erigido por DE CASTRO, podemos citar a ALONSO PÉREZ[42], el cual, nos avisa del peligro de no reconocer la pertinente y necesaria autonomía en relación con el Derecho de la persona, y por ende, que el mismo quede reducido o limitado a la abstracción de sujeto de Derecho. Además, este último autor recoge la concepción del concepto de persona en relación con DE CASTRO, al señalar que *"don Federico ve a la persona como un ser ético, teleológico, perfecto en sí mismo y portador de una dignidad inalienable, pero al servicio del bien común. Solo a la persona, natural o jurídica, se reserva la titularidad de derechos subjetivos"*[43].

A continuación, en relación con el último inciso expresado en el párrafo anterior, y según hemos señalado con anterioridad en cuanto a abordar determinados aspectos puntuales del llamado Derecho de la personalidad, y ello como materia interconectada con el Derecho de la persona, pero sin entrar en un estudio profundo del mismo, puesto que esta materia quedaría reservada y mejor ubicada en otro trabajo de investigación diferente a este, autores como ALBALADEJO[44] y DÍEZ-PICAZO[45], desde una perspectiva civil, afirman que el comienzo de la personalidad comienza con el nacimiento y no con la concepción, y ello basado en los presupuestos argumentativos de que el feto carece de vida independiente por formar parte de la madre, y asimismo en la eventualidad y probabilidad del hecho del nacimiento. A su vez, y según opina el segundo de los autores, el influjo de la tradición romanista queda patente, siendo por tanto este el criterio adoptado en nuestro Código Civil, y en particular en su artículo 29.

---

[41] CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., *La persona, el estado civil y el registro civil...*, op.cit. pág. 18.

[42] ALONSO PÉREZ, M., "Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el Derecho civil de España", en *Anuario de Derecho Civil,* Tomo XXXVI, Fascículo III, julio-septiembre, Madrid, 1983, pág. 1.118.

[43] ALONSO PÉREZ, M., "Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona…", op.cit. págs. 1.120-1.121.

[44] ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo I, Vol. 3º, Artículos 17 al 41 del Código Civil, 2ª ed., Ed. Edersa, Madrid, 1993, pág. 764.

[45] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo I, Artículos 1 a 41, Ed. Edersa, Madrid, 1978, págs. 807-808.

DE COSSIO Y CORRAL[46], desarrolla el estudio del concepto de la personalidad centrando el mismo en amplios periodos de tiempo-culturales, entre ellos, el período greco-romano, el segundo, el relativo a la edad media, y por último y para finalizar, el período relativo a la edad moderna. En relación al primero de los periodos aludidos, esto es, el período greco-romano, titulado por el autor como mundo antiguo[47], establece que no solo en Roma, sino en todo el Derecho antiguo, *"la personalidad jurídica no es un atributo reconocido a toda criatura humana, sino que ésta es sólo un ser capaz de recibirla, mediante la concesión total o parcial de los atributos de la civitas"*. En esta reflexión queda reflejada una sinopsis bastante clara del concepto de la personalidad en dicho periodo.

En cuanto al segundo de los periodos referidos o edad media[48], y siguiendo el pensamiento del autor citado, el cual, proclama la transcendental importancia del cristianismo, no solo en los últimos siglos del Imperio romano, sino su establecimiento y desarrollo durante la edad media en toda Europa, lo cual hace que la concepción que se tiene del hombre pase de entenderse de animal ciudadano (concepción propia de la antigüedad) a animal religioso. Como como último de los periodos culturales-temporales a los que se refiere DE COSSIO Y CORRAL en su estudio de la evolución del concepto de la personalidad, esto es, la edad moderna[49], podríamos resumir en síntesis su planteamiento a la evolución que se produce en el hombre, entendido este ya no como animal ciudadano, o hombre religioso, sino como animal racional, esto es, el hombre como algo no sujeto a una serie de valores absolutos, y sí como un ser individual que es capaz de conseguir sus propios fines sin la necesidad de la cooperación social o favores divinos.

Otros autores, como BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO[50], aparte de indicar que el ser humano es reconocido como persona ante cualquier ordenamiento jurídico, atribuye a la persona los derechos fundamentales que le son propios, los cuales podemos representar, entre otros, por derechos relativos a la vida, igualdad, libertad, derecho al honor y la fama, a la intimidad personal y la imagen, estos últimos estrechamente relacionados con los que le preceden. Dichos derechos, son de alguna manera recogidos también por DE CASTRO[51], bajo la descripción de diversas teorías que conforman el derecho o los derechos sobre la propia persona, sobresaliendo en nuestra opinión y dentro del elenco que de las mismas hace dicho autor, la relativa a la teoría del Derecho de la personalidad, la cual se desdobla en dos direcciones; la primera de ellas, corresponde a la consideración de la personalidad como una afirmación en sí misma de la dignidad de un ser racional y que actúa libremente, poniendo como límites temporales a este derecho el del nacimiento de la persona como comienzo y, el de la muerte de la misma, como

[46] DE COSSIO Y CORRAL, A., "Evolución del concepto de la personalidad, y sus repercusiones en el Derecho privado", en *Revista de Derecho Privado,* Tomo XXVI, enero-diciembre, Madrid, 1942, pág. 749.
[47] DE COSSIO Y CORRAL, A., "Evolución del concepto de la personalidad, y…", op.cit. pág. 750.
[48] DE COSSIO Y CORRAL, A., "Evolución del concepto de la personalidad, y…", op.cit. pág. 756.
[49] DE COSSIO Y CORRAL, A., "Evolución del concepto de la personalidad, y…", op.cit. pág. 760.
[50] BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R., *Derecho de la Persona,* Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1976, págs. 195-196.
[51] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los llamados derechos de la personalidad" en *Anuario de Derecho Civil,* Tomo XII, enero-marzo, Madrid, 1959, pág. 1.251.

extinción del derecho de la personalidad; y como segunda de las direcciones aludidas y sistematizada brevemente, la plasmada en la consideración de la persona como objeto, si bien indica este último autor que, en cuanto se abarca la protección de su contenido, la misma se manifiesta en una pluralidad de facultades o derechos.

Encontramos una definición muy concreta y acertada por parte de BELTRÁN DE HEREDIA[52] de los expresados derechos de la personalidad en su estudio de la construcción jurídica de los mismos, los cuales, y si se tienen en cuenta el poder o facultad del sujeto, *"podrán ser considerados como aquellos derechos que atribuyen el goce de las facultades corporales y espirituales que son atributos esenciales de la naturaleza humana, condición fundamental de su existencia y actividad, o simplemente el goce de nosotros mismos y de lo que con nosotros está unido indisolublemente";* o bien, y expresado con otras palabras según recoge el autor, el derecho que tiene la persona a ser fin en sí misma y a afirmarse y desarrollarse como tal. Por último, este autor atribuye tres características propias a estos derechos de la personalidad:

La primera de ellas sería la esencialidad[53], en el sentido de que sin la misma se produciría una personalidad insatisfecha o incompleta, puesto que dichos derechos no son atributos o adornos de la misma, sino que configuran su esencia misma.

La segunda relativa a la inherencia[54] de la persona, es decir, son derechos llamados también personalísimos, lo cual permite su distinción dentro de la esfera patrimonial.

Y como tercera y última característica, podemos apuntar que los derechos de la personalidad, presentan el rasgo de la extrapatrimonialidad[55], pues los mismos abarcan bienes ideales y no patrimoniales, y por ende fuera del comercio de los hombres y, asimismo, sin la posibilidad de valoración en dinero. No obstante, en relación con lo que acabamos de apuntar tampoco se trata de un rasgo absoluto, pues en la violación de alguno de estos derechos, como por ejemplo el honor o la imagen, si se podría llegar o permitirse una indemnización o compensación económica como consecuencia de su transgresión. En relación con esta última característica de extrapatrimonialidad, se produce a su vez la concurrencia de una serie de rasgos más específicos, como son: su indisponibilidad, pues la persona carece de disposición alguna sobre los mismos; su irrenunciabilidad[56], con el significado que se desprende de dicho término y, como consecuencia propia del rasgo anteriormente mencionado, esto es, de su indisponibilidad; son asimismo inexpropiables e inembargables, es decir, este tipo de derechos no podrá ser objeto de expropiación forzosa ni de embargo, rasgos que también vienen asimismo complementados y conformados por los dos rasgos anteriormente señalados; y finalmente, como último rasgo a señalar, se aprecia su imprescriptibilidad, y ello motivado como consecuencia de que sobre los mismos no operan las reglas de la prescripción extintiva.

---

[52] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *Construcción Jurídica de los Derechos de la Personalidad,* en Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 29 de marzo, Madrid, 1976, pág. 21.
[53] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *Construcción Jurídica.*…, op.cit. pág. 89.
[54] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *Construcción Jurídica.*…, op.cit. pág. 97.
[55] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *Construcción Jurídica.*…, op.cit. págs. 101-102.
[56] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *Construcción Jurídica.*…, op.cit. págs. 106 y ss.

CAPILLA RONCERO[57], en el estudio que realizan del derecho de la persona, parten del carácter polisémico de la palabra personalidad, significado que queda reflejado en distintos textos legales, como por ejemplo, el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los artículos 29 y 32 del Código Civil, así como el artículo 10 de la Constitución. A su vez, el citado autor[58], y fuera de los límites existentes dentro del ámbito propio del derecho, considera la estrecha relación y consiguiente coincidencia del significado de los aludidos conceptos de personalidad, persona[59] y capacidad jurídica. Señala este autor que *"la noción de personalidad es la manifestación de la humanización del concepto técnico formal de persona"*, pues es esa esencia humana de la persona la que de alguna manera incorpora o introduce una serie de valores materiales que no pueden ser ignorados por el ordenamiento jurídico.

Dicho planteamiento como no podía ser de otra forma queda amparado o justificado por la concepción de dignidad que preside y proclama el artículo 10 de la nuestra Carta Magna, y ello como consecuencia de su transcendental importancia como principio fundamental que no solo deber ser defendido por la Constitución, sino por la obligación que subyace en el desarrollo y potenciación del mismo. Como recalca este autor, será la identificación de la persona en el sentido de designarlo como sujeto de relaciones jurídicas, las que lleven a dejar a un lado los valores implícitos que como ser humano deben ser objeto de defensa por parte del Derecho, y por ende, instrumentalizar a la persona, lo que hará que la misma quede como un mero titular de relaciones jurídicas.

En esta línea de planteamiento de que el contenido de la personalidad está constituido por los derechos fundamentales, consistiendo su protección en esto mismo, ROCA TRIAS[60], en el comentario que realiza del artículo 29 del Código Civil, señala que es por medio de la personalidad el sistema idóneo por el que es tratada la persona dentro del ámbito jurídico, lo que conlleva asimismo la atribución de un significado consistente en titularidad de derechos fundamentales, y en consecuencia, hará posible una separación en cuanto al tratamiento del concepto de la persona desde otros planteamientos o posiciones, como por ejemplo las basadas en las prioritariamente patrimoniales.

Conviene señalar y como uno de los elementos de interconexión del Derecho de la persona y de la capacidad de la persona, concretamente, de la capacidad de obrar, el que señala, RAMOS CHAPARRO[61], el cual y una vez superada la discriminación antigua existente a los diferentes estados civiles y de la familia, y a los que nos hemos referido anteriormente en el presente epígrafe, el estado civil no tiene cabida en la construcción jurídica de la persona, y ni siquiera en lo referente a su capacidad de obrar. El citado autor señala que la construcción abstracta será levantada por la Codificación mediante la

---

[57] CAPILLA RONCERO, F., voz "Personalidad", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, IND-PRO, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 4.871.

[58] CAPILLA RONCERO, F., voz "Personalidad",…, op.cit. pág. 4.872.

[59] En cuanto al concepto de persona, aclarar que el mismo no puede ser confundido o relacionado únicamente con el concepto de ser humano, y en consecuencia ser este titular o sujeto de derechos u obligaciones únicamente, pues, nuestro ordenamiento jurídico también reconoce a otro tipo de personas como titulares de estos derechos u obligaciones, como por ejemplo las personas jurídicas. Ello hará que no podamos afirmar como hemos señalado atribuir exclusivamente al concepto de persona el de ser humano.

[60] ROCA TRIAS, E., "Comentario del artículo 29…", op.cit. pág. 224.

[61] RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1995, págs. 115-116.

plasmación del postulado de que *"la persona es el sujeto de los derechos y las obligaciones"*, o bien y de una forma sustancial, de la que *"la persona es el ente con capacidad jurídica"*.

En lo ateniente a la noción real de la persona, RAMOS CHAPARRO[62] expresa de una forma sencilla, que *"la persona es el ser humano", y que la personalidad, como manifestación de la propia esencia humana, es la "naturaleza jurídica del hombre, como valor superior fundamental, supuesto individual dotado de capacidad jurídica y de capacidad de obrar según su grado de autogobierno, titular de derechos innatos, y miembro (en relación) de la comunidad jurídic*a*"*. Lo expuesto podría ser resumido y según señala el autor como una identificación de los referidos sentido vulgar y sentido jurídico respectivamente y a los que hemos hecho referencia en párrafos precedentes.

LETE DEL RÍO[63] sintetiza parte de las ideas expuestas hasta aquí. Comienza el estudio de la persona con su definición conceptual, plasmada dentro de la doctrina civilista como *"el ser humano capaz de derechos y obligaciones",* o bien, desde la óptica de *"sujeto activo o pasivo de una relación* jurídica*"*. De ambas definiciones iniciales, queda patente que la primera incide en el presupuesto básico de que todo ser humano es persona, afirmación la cual en tiempos más antiguos no se cumplía, como por ejemplo en el imperio romano (no todo hombre era considerado como persona, y en consecuencia eran considerados cosas según ya hemos apuntado con anterioridad), y no solo en esta civilización que hemos puesto de ejemplo, sino en otras muchas y diferentes civilizaciones donde la esclavitud[64] era una forma social aceptada, configurándose la misma como uno de los escalones o estadios más bajos de la sociedad. Asimismo, contempla desde una óptica formalista, la equivalencia entre persona y el concepto de capacidad jurídica.

En relación con la segunda de las definiciones antes reseñadas, queda identificada la persona como sujeto, en su doble vertiente, esto es, activa o pasiva de las relaciones jurídicas, y así, nunca la persona podrá ser objeto dentro de esa relación. Esto es así porque la persona es una realidad previa que existe con carácter previo al Derecho, y en consecuencia, será la destinataria de las normas jurídicas.

---

[62] RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad…,* op.cit. pág. 145.

[63] LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de la Persona,* 3ª edición, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1996, pág. 22.

[64] Mediante sendos instrumentos de ratificación publicados en el Boletín Oficial del Estado, números 296 y 219, de fechas 11 de diciembre de 2003 y 10 de septiembre de 2009 respectivamente, España ratifico la Convención de las Naciones Unidas celebrada en Nueva York el día 15 de noviembre de 2000 y su correspondiente Protocolo, así como el Convenio número 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, lo cual produjo varias reformas normativas y legislativas, como por ejemplo la realizada en el Código Penal Español, o la realizada mediante la Ley 4/2000, relativa a los derechos y libertades de los extranjeros en España. Actualmente, se dispone de la información proporcionada por el Ministerio del Interior en lo relativo a Prevención y Luchas contra la Trata de Seres Humanos en España, la cual, hemos consultado el día 17 de octubre de 2018 en la página de internet http://www.interior.gob.es/documents/10180/7146983/Balance_2017_Trata.pdf/153296b3-be9b-44be-921d-0b034f772a76. No obstante, los datos recogidos en dicha página son puestos en duda por diversos organismos europeos como consecuencia de no existir un procedimiento sistemático uniforme en el tratamiento de los mismos, circunstancia esta plasmada en el informe emitido en el mes de junio de 2018 por el Grupo de Expertos Contra la Trata de Personas del Consejo de Europa (GRETA).

LETE DEL RÍO[65], basando su planteamiento en una serie de textos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, y más concretamente en su artículo 1, así como de varios artículos de nuestra Carta Magna, como por ejemplo, los artículos 10 y 14 entre otros, hacen la razón de ser del presupuesto de que la "capacidad de la persona", y más exactamente en su esfera de capacidad jurídica, es igual en todos los hombres solamente por el hecho de ser persona, y no viceversa, es decir, no se es persona por poseer dicha capacidad jurídica. El autor, señala que persona se refiere a todo ser humano, ya sea hombre o mujer, y ello como consecuencia de su propia naturaleza y dignidad.

En este punto de desarrollo y estudio en el que nos encontramos dentro del presente epígrafe dedicado al estudio del Derecho de la persona, nos parece conveniente explicar el porqué de la ausencia de la noción de persona en la norma. Para ello, creemos acertado exponer lo recogido por GETE-ALONSO[66] en relación con dicha ausencia. Según expresa la autora como opinión bastante generalizada en nuestra doctrina, la norma surge de la realidad preexistente, por lo que puede ocurrir que no en todas las situaciones cree o desarrolle el concepto, y por tanto lo que regulará la norma es la institución jurídica. Por ello, señala dos características al recoger la concepción formal de que la persona es el sujeto de Derecho: por un lado la abstracción, esto es, la deshumanización, pues la persona aparece como el centro de imputación de derechos y deberes, sujeto de las relaciones jurídicas y actor dentro de la vida social como miembro que es de la comunidad de la cual forma parte; por otro lado, subraya la característica de patrimonialización, pues no es tanto el concepto de persona en sí, sino en cuanto esta actúa en el tráfico jurídico creando en virtud de ello diferentes y variadas relaciones jurídicas.

La autora sigue exponiendo que los textos civiles codificados no ayudan a que el concepto formal atribuido a la persona cambie, pues dentro de dichos textos aparece de una manera clara la relación o vinculación entre conceptos jurídicos como persona-contrato-patrimonio. Dicha vinculación existe como consecuencia del triunfo de los postulados (igualdad, libertad y fraternidad) de la Ilustración y que fueron ensalzados por la Revolución Francesa de 1789, la cual, tuvo su representación o plasmación jurídica en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente francesa con fecha 26 de agosto de 1789 y en el *Code* de 1804.

En relación con el último de los textos citados, el jurista suizo BÜRGE[67], señala que principios como el de la autonomía de la voluntad de la persona y de la propiedad privada son los dos pilares sobre los que se basa o se asienta dicho Código Civil francés.

Por último, GETE-ALONSO[68], actualiza o describe un renovado concepto de persona, el cual, implica tener presente todos los ámbitos en que la persona se desenvuelve, y para ello aprecia una doble concepción:

---

[65] LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de la…*, op.cit. pág. 23.

[66] GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C., *Tratado de derecho de la persona física,* Tomo I, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2013, pág. 64.

[67] BÜRGE, A., "Le code civil et son evolution vers un droit impregné d´individualisme libéral" en *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ.),* enero-marzo, núm. 1, Éditions Dalloz, Paris, France, año 2000, pág. 1.

[68] GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C., *Tratado de derecho de la…*, op.cit. pág. 68.

a) En un primer aspecto, la coexistencia entre la persona y las personas, representado por un concepto concreto e individual de la misma, con un concepto universal.

b) Y un segundo aspecto, la necesaria distinción entre el concepto estático de persona como sujeto que ocupa una determinada posición jurídica, y la dimensión dinámica o evolutiva de la persona, donde se tienen en cuenta tanto las circunstancias propias que posee la misma como su dimensión espacio-temporal y social. Por último, establece la interconexión entre este aspecto dinámico y lo que conocemos como estado civil de la persona, si bien, en relación con este último reconoce que se hace necesario una nueva reformulación.

No obstante, y dentro de este ámbito normativo al que hemos aludido en los párrafos precedentes, señala LASARTE ÁLVAREZ[69], que el Derecho de la persona es extensible no solo al Derecho civil en su conjunto, sino también como el conjunto normativo que opera dentro de la esfera de la capacidad de obrar de las personas físicas y su vinculación dentro de la sociedad de la que forman parte.

Tratando de sintetizar lo expuesto hasta el momento, y antes de abordar la cuestión de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, nos interesa aquí poner de manifiesto la importancia del concepto, así como de la institución jurídica que configura la noción de persona dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dicha importancia debería quedar reflejada en su estudio separado e independiente de otras instituciones jurídicas, como por ejemplo, de las instituciones que estén revestidas de un cierto carácter patrimonial. Con ello, conseguiríamos el debido enaltecimiento que viene implícito en su análisis, pues sin persona no hay Derecho.

No podemos obviar la importancia que ha supuesto el Cristianismo en la evolución del concepto de persona, importancia que asimismo ha sido reconocida por autores ya citados, como por ejemplo DE COSSIO Y CORRAL. Esta relevancia a la que estamos aludiendo puede de ser apreciada en el propio mensaje evangélico que promulga la doctrina cristiana mediante las fuentes veterotestamentarias, y ello, como consecuencia de que el hombre, como ser y criatura hecha a imagen y semejanza de Dios[70], está revestido de una dignidad[71] que es conocida por Él y nada ni nadie la puede eliminar.

Nuestro Código Civil, en su artículo 29, regula y trata a la persona física (como ser humano) y a la persona jurídica (con las denominaciones de ente, organización humana u organización social debidamente constituida entre otras) bajo un mismo Título (Título II del Libro primero). En dicho artículo se establece que el nacimiento determina la personalidad, atributo que es reconocido por nuestro Derecho tanto para la persona física como para la persona jurídica. Por ello, y para no desvirtuar el empleo de la

---

[69] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil,* Tomo Primero, 17ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 151.

[70] SAN JUAN PABLO II, Carta Apostólica *Mulieris Dignitatem*, sobre la Dignidad y la Vocación de la Mujer con ocasión del año Mariano, Roma, junto a San Pedro, el día 15 de agosto, solemnidad de la Asunción de la Virgen María, del año 1988, décimo de mi Pontificado, último párrafo, pág. 19.

[71] Ver Salmo 8 de la Santa Biblia Católica, cuya estructura comprende un estribillo en inclusión que enmarca todo el salmo y dos partes diferenciadas, una de ellas relativa a la grandeza de Dios (Sal 8 2b-3) y otra referente a la Dignidad del Hombre en medio de la creación (Sal 8 4-9), 7ª ed., corregida y revisada, Coeditan, PPC, Madrid, Sígueme, Salamanca, y Verbo Divino, Estella, Navarra, 2006, pág. 1.039.

terminología de persona en relación con la persona jurídica, y en aras de un esfuerzo por unir y no desunir, traemos a colación la ya aludida definición utilizada por DE CASTRO para un mejor entendimiento de dicha extensión del término de persona: *"son personas el hombre y traslaticiamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica"*.

I.1.3. La capacidad jurídica y la capacidad de obrar en la doctrina civil

Dentro de la doctrina civil clásica, se ha partido desde una doble perspectiva o separación entre el concepto de capacidad jurídica y de capacidad de obrar. Dicha distinción habían mantenido una estable y pacífica convivencia hasta la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. La Convención, parece haber dado un vuelco en la mencionada dicotomía. Ello ha provocado, como consecuencia inmediata, un enfrentamiento doctrinal, alimentado por la puesta en juego de visiones divergentes.

Los aludidos conceptos de capacidad jurídica *y* capacidad de obrar, no han sido conceptos que hayan sido consagrados o desarrollados por nuestro Código Civil[72], sino que los mismos fueron formulados y desarrollados por la doctrina civil clásica, como manifestación de los distintos aspectos de la capacidad de la persona. Dentro de los postulados consagrados por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y en concreto en su artículo 12, apartados 2º, 3º y 4º, sí se consagra el concepto de capacidad jurídica, y ello en alusión a la persona con discapacidad.

Sin embargo, la interpretación realizada por un grupo de autores de la Observación General Nº 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de la Organización de Naciones Unidas del año 2014 en relación con el empleo del término ejercicio de la capacidad jurídica dentro del artículo 12 de la Convención, y ello como representación de la capacidad que se le atribuye a la persona con discapacidad, ha creado un debate doctrinal en torno a si con esa expresión quedan fusionados los conceptos de capacidad jurídica y la capacidad de obrar de la persona, o si por el contrario, el empleo genérico que del término ejercicio de la capacidad jurídica se hace, conlleva la posible existencia de dichos términos y por ende, su reafirmación y plenitud de los mismos.

En virtud de lo expuesto, será necesario y obligatorio antes de abordar el estudio de la terminología propia y que recoge la Convención así como de la interpretación realizada de la aludida Observación, el análisis y estudio de la significación y evolución de las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar realizadas por nuestra doctrina

[72] A modo de ejemplo, y dentro del ámbito del Derecho sucesorio, el cual, será objeto de análisis dentro del presente trabajo de investigación en relación con la capacidad de la persona, la ausencia de conceptos como *"capacidad jurídica"* y *"capacidad de obrar"* dentro del texto del Código Civil pueden quedar equiparados a la ausencia de conceptos como el de la *"nuda propiedad"*, expresión jurídica que se refiere a la manifestación en que puede segregarse el pleno dominio de una propiedad respecto del usufructo. En el Código Civil, así como en la Ley Hipotecaria, no hay un solo artículo que contenga la expresión de *"nuda propiedad"*. A dichos efectos, solo hay un único reducto o ejemplo en relación con la misma dentro del artículo 107, apartado 2º de la Ley Hipotecaria, cuando se emplea la expresión "mera propiedad". Es decir, que determinadas construcciones jurídicas son desarrollados por la doctrina civil, y ello a pesar de la ausencia de dichas figuras en los correspondientes textos legales.

civil, para posteriormente poder plantear con las debidas garantías una interpretación correcta y satisfactoria en este sentido, la cual puede no ser coincidente con la manifestada por los partidarios de la eliminación de la clásica distinción entre las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Es por ello, que mediante el presente epígrafe abordaremos el estudio al que nos hemos referido en materia de capacidad de la persona mediante una clasificación en determinadas etapas históricas y que se han producido dentro de nuestro Derecho civil.

La primera de las etapas o momentos históricos al que nos estamos refiriendo será la interpretación que de los conceptos capacidad jurídica *y* capacidad de obrar hizo nuestra doctrina a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX. Dentro de la segunda etapa, será objeto de análisis la evolución doctrinal y el impacto de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947, y que supuso un antes y un después en la concepción de la capacidad de obrar, y en concreto en su graduación. Seguidamente, abordaremos como otro momento y relevante en relación con la capacidad de la persona, la relativa a la posición doctrinal antes y después de la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de Código Civil en materia de tutela.

Por último, será objeto de estudio el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como de la interpretación que del mismo se realiza por medio de la Observación General Nº 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de la Organización de Naciones Unidas del año 2014, si bien dicho estudio y constatada la importancia del mismo, la realizaremos mediante un epígrafe separado e independiente.

I.1.3.1. La concepción de la capacidad de la persona en la doctrina de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX

En su trabajo de 1894, ARAMBURO Y MACHADO[73] reconoce la distinción entre capacidad civil y capacidad de obrar, atribuyendo a la primera la *"facultad por la cual el hombre es sujeto de derecho; o lo que es lo mismo, la propiedad por cuya virtud el hombre puede exigir prestaciones y debe cumplir obligaciones"*, a lo cual añade que dicha capacidad es una circunstancia atribuida por igual a todos los hombres con independencia de sus condiciones o situaciones en que puedan encontrarse, por lo que la misma es algo inherente a la naturaleza humana. En relación con la capacidad de obrar, el autor atribuye a la misma la *"facultas agendi"*[74], es decir, *"la facultad de obrar, por*

[73] ARAMBURO Y MACHADO, M., *Estudio de las causas que determinan…*, op.cit. pág. 5-6.

[74] Podemos entender esta terminología propia del Derecho romano como la facultad de obrar o *"derecho subjetivo"*, y en consecuencia, en palabras de ALVAREZ SUAREZ, U., en *Apuntes de Derecho Romano,* 4ª Edición, Editados por la Delegación de Derecho del SEU, Madrid, 1943, págs. 121-122, el cual parte de una primaria definición de derecho subjetivo basada en *"el conjunto de facultades que el Derecho objetivo otorga a los particulares para que éstos alcancen sus fines propios dentro de la vida social"*, a la que matiza y complementa al otorgarle a dicho derecho subjetivo dos elementos, uno de carácter *"potencial"* que atribuye al particular dos clases de poderes según señala el nombrado autor, uno el *"poder de titularidad" y que otorga al particular la posibilidad de gozar determinados beneficios,* y otro que es el *"Poder de ejercicio o de actuación" que concede al particular la posibilidad de llevar a la vida práctica, de hacer reales, de ejercitar las facultades que lleva anejas el poder de titularidad, actuándolas, incluso modificando el contenido de estos facultades […].* El citado autor concluye que *"Para lograr ejercitar este*

cuya virtud el hombre tiene poder para ejecutar actos válidos y eficaces en la esfera del Derecho", y asimismo señala un cierto grado de razón como requisito inseparable para el ejercicio de las determinaciones voluntarias.

Otros autores como COLIN y CAPITANT[75], relacionan la capacidad con la realización de actos jurídicos, y expresan que no solo es necesario la voluntad de la persona para querer realizar un determinado acto jurídico, sino que además debe añadírsele que dicha persona ostente la capacidad requerida para la ejecución de ese acto. Los autores definen la capacidad jurídica como *"la aptitud para adquirir derechos y ejercitarlos",* atribuyendo dentro de la misma dos grados en relación con la capacidad, compuestos: por un lado con la *"capacidad de disfrute o aptitud para ser titular de derechos civiles"*; y por otro lado, la correspondiente a la *"capacidad de ejercicio o poder para utilizarlos y transmitirlos a terceros".*

En consecuencia, estos autores aprecian que hay dos tipos de incapacidades; una de disfrute, a la que le atribuyen un carácter excepcional y siempre en relación con uno o varios derechos, poniendo como ejemplo de la misma, la minoría de edad en relación con el testamento, donación o adopción, o la relacionada con los extranjeros, en referencia a la imposibilidad de fijar por estos el domicilio en el caso de Francia en tiempos pasados; y por otro lado, la referida a la incapacidad del ejercicio, o lo que sería nuestra capacidad de obrar, la cual a su vez queda dividida en dos, una de carácter natural y otra de carácter legal como incapaces.

SANCHEZ ROMAN[76], parte de una base donde el Derecho natural es la esencia jurídica, el derecho constituyente la potencia jurídica, y el Derecho positivo el acto o hecho jurídico, y la trasladan al ámbito de la capacidad, donde la capacidad jurídica es la esencia, la capacidad de obrar la potencia y el acto jurídico el hecho. De acuerdo con este esquema, para el autor es necesario que en el sujeto que participe en el acto en cuestión se den tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar, pues al ser la primera entendida como la aptitud que tiene el hombre de ser sujeto en las relaciones de derecho y, la segunda, definida como el poder de realizar actos con eficacia jurídica, su resultado como consecuencia de la suma de ambas, será definido por el mismo autor como la plena capacidad civil.

En relación con lo expuesto hasta ahora, podemos observar como el concepto de capacidad y personalidad están en una íntima unión pero sin llegar a ser sinónimos o idénticos, pues la capacidad que viene atribuida por el hecho de ser persona o de la propia existencia humana es la que importa dentro del ámbito del Derecho, en el sentido de que tener aptitud para ser titular de derechos y obligaciones es lo que determinará la capacidad de obrar, la cual, podrá ser más o menos limitada o restringida, y por consiguiente la misma podrá ser suplida mediante los diversos medios representativos y que en su caso nos ofrezca el ordenamiento jurídico.

---

poder de actuación, el Derecho objetivo exige que el particular posea lo que se denomina <<capacidad de obrar>>".

[75] COLIN A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil,* Ed. Reus S.A., Madrid, 1922, págs.169-170.

[76] SANCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil…,* op.cit. págs. 8-9.

Autores como VALVERDE[77], en su estudio de la capacidad jurídica *y* capacidad de obrar, parte de la necesidad de la existencia de un sujeto que tenga personalidad, como premisa fundamental de todo derecho subjetivo. En un sentido jurídico[78], señala que la persona es el sujeto de derecho, un ser inteligente y libre capaz de derechos y susceptible de obligaciones. Aprecia el autor que en la capacidad[79] hay que distinguir la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, o lo que es lo mismo, entre la capacidad de derecho y la capacidad de hecho, y en relación con la primera, coincide con otros autores[80], en considerarla como la aptitud que tiene el hombre de ser sujeto en las relaciones jurídicas, y en cuanto a la segunda, la considera como *"el poder de realizar actos con eficacia jurídica"*.

Para este autor, esta capacidad de obrar supone la existencia previamente de la capacidad jurídica, pero señala que esta pueda existir sin aquella, y ello basado en que no todos los hombres tienen el ejercicio de sus derechos. Por último, no indica que la suma de ambas capacidades tiene como resultado la llamada *"capacidad civil"*.

En este mismo sentido, DE BUEN[81] recoge un concepto de capacidad civil compuesto por dos manifestaciones; una primera, basada en la aptitud del sujeto para la atribución y goce de los derechos, y a la cual, se le atribuye la denominación de capacidad de derecho; y una segunda manifestación conformada por la aptitud del sujeto para el ejercicio de los derechos, y que denomina con la terminología de capacidad de obrar. Será la suma de ambas capacidades las que den como resultado el concepto de plena capacidad civil, y ello en la misma línea que la de otros autores que hemos mencionado con anterioridad. Cómo podemos observar sigue habiendo una clara separación o división entre la titularidad de los derechos que le corresponden a las personas humanas por tener dicha condición, y el raciocinio que deberemos de añadir para el ejercicio de la misma.

La línea argumentativa recogida en el párrafo anterior tiene su base en que no hay un concepto abstracto con el que nos refiramos a la capacidad, sino que por el contrario, lo que existen son una series de diversas capacidades de derecho concretas, y por lo tanto, no existe como tal una capacidad referida a derechos y obligaciones necesariamente determinadas, sino que serán la suma de esas capacidades concretas que pueda asumir la persona la que configurará y determinará que pueda intervenir o no en los actos jurídicos en los que participe.

El citado autor enumera una serie de capacidades concretas, como son la capacidad de contratar, la capacidad de testar, la capacidad de donar, etc. En conclusión y si partimos del concepto de que la personalidad es inalterable, pues no admite modificación o restricción[82] alguna, serán la suma de las diferentes y distintas capacidades concretas que posea el individuo, las que gradúen su capacidad.

---

[77] VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español,* Tomo I, Parte General, 2ª ed., Valladolid, 1920, pág. 198.
[78] VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil…*, op.cit. pág. 201.
[79] VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil…*, op.cit. págs. 211-212.
[80] Como por ejemplo, autores ya citados como SÁNCHEZ ROMAN.
[81] DE BUEN, D., *Derecho Civil Español…*, op.cit. pág.65.
[82] El artículo 32 del Código Civil en su edición interpretada por el Tribunal Supremo y realizada por MARTÍNEZ RUIZ, A., 2ª Edición, Tomo I, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1923, págs.. 255-256, establecía literalmente lo siguiente: *"La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas. La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más*

Lo expuesto en el párrafo anterior en relación con el elenco de capacidades concretas que puede poseer la persona, lo podríamos extrapolar al sistema de curatela que recoge hoy la Ley 8/2021, sistema que venía refrendado en la práctica procesal, puesto que en la mayoría de las sentencias que han sido dictadas en relación con la modificación judicial de la capacidad de una persona, aparte de establecerse el sistema de protección más idóneo para la misma, se deja regulado que elenco de actos puede o no puede realizar por sí solo la persona con discapacidad, estableciendo en el segundo de los casos la prestación de apoyos necesarios o ayudas en relación con esos actos en los que no posea la suficiente capacidad requerida y necesaria y en los que deberá concurrir con su tutor o curador, en su caso. En conclusión, se trata de la realización del llamado "traje a medida" en relación con la capacidad y que desde hace varios años lleva proclamando nuestro Tribunal Supremo mediante un conjunto de sentencias[83] que recogen los principios y presupuestos promulgados por la Convención de Nueva York.

Continuando por este itinerario dentro de la doctrina civilista, CLEMENTE DE DIEGO[84] reafirma la idea de que el hombre solamente por su propia existencia es poseedor o capaz de derechos y obligaciones, si bien, dicha existencia no es de suficiente entidad para poder ejercitar los mismos, porque para ello, será necesario tener una aptitud debida y a la que denominada capacidad de obrar, capacidad que deberá tener los elementos necesarios de conciencia y libertad, determinados por las circunstancias y condiciones que van surgiendo sobre la vida del hombre. El autor hace constar la necesaria observancia y graduación en función de estas circunstancias sociales que rodean al hombre.

El autor[85] hace un elenco de clasificaciones al entrar de lleno en la influencia de la enfermedad en la capacidad de obrar, y señala, en relación con las mentales, que pueden ser transitorias o permanentes, y dentro de esta última situación, dependiendo del grado de intensidad, esta puede originar una incapacitación bien de carácter total o bien de carácter parcial, por lo que serán los tribunales los encargados de establecer el grado de incapacidad, diferenciando dos criterios, uno de carácter jurídico y otro de ámbito técnico-científico.

Estos criterios, según el autor, se corresponden con la decisión judicial y el dictamen médico, lo que resume en las siguientes palabras: *"la base de decisión de éstos está indudablemente en el dictamen pericial científico, pero no se crea que se confunden*

---

que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones, cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero". En dicho texto normativo se establecía la dualidad absoluta entre los conceptos de personalidad y capacidad civil, señalado el carácter inalterado de la personalidad y modificativo de la capacidad, señalando asimismo que las alteraciones de la capacidad o restricciones de la personalidad, esto último criticado por DE BUEN (*Derecho Civil Español …*, op.cit. pág. 67), como una imprecisión técnica, no suponen un perjuicio de los incapacitados por más que los mismos estén privados de ejercitarlos, ya que son susceptibles de derechos, ejercicio que deberá ser realizado por los tutores de los mismos y como fiel cumplimiento de sus obligaciones atribuidas. Se hace constar, que el expresado párrafo 2º del meritado artículo fue derogado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

[83] A modo de ejemplo citaremos las STS número 341/2014, de 1 de julio y la número 244/2015, de 13 de mayo, cuyo ponente en ambas sentencias fue el Magistrado Ignacio Sánchez Gargallo.

[84] CLEMENTE DE DIEGO, F., *Curso elemental de Derecho Civil Español, Común y Foral,* Tomo 2.º, Parte General, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927, pág. 76.

[85] CLEMENTE DE DIEGO, F., *Curso elemental de Derecho…*, op.cit. pág. 89.

los dos criterios, jurídico y técnico, que deben preceder a la decisión judicial y al dictamen médico, porque jurídicamente lo que interesa es la aptitud de la persona para la gestión de los asuntos, y consiguientemente el grado y medida en que la enfermedad mental perturba al interesado y le quita aptitud para aquella gestión".

En palabras como las que acabamos de transcribir, queda plasmado de una forma clara, y en relación con los presupuestos jurídicos actuales en materia de discapacidad recogidos en la Convención de Nueva York, así como en la jurisprudencia[86], la importancia que han tenido los informes emitidos por los profesionales, esto es, médicos forenses, trabajadores sociales y demás informes preceptivos, los cuales, han sido una herramienta fundamental aparte de la propia exploración de la persona en el proceso, para poder tomar las decisiones más certeras y ajustadas en cuanto a la prestación de los apoyos que necesite dicha persona.

I.1.3.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947. Su impacto e influencia en la doctrina civil hasta la entrada en vigor de la reforma del Código civil de 1983

Hasta este momento, y como una compilación de los aspectos que hasta ahora hemos venido tratando, hemos analizado la complejidad que intrínsecamente conlleva el término capacidad como consecuencia de su carácter polisémico, esto es, de las distintas concepciones o definiciones que integran el mismo, y cuyo significado dentro del ámbito jurídico está íntimamente unido a los conceptos de persona y personalidad, y ello mediante la atribución a la persona humana de las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar, extremos estos últimos analizados hasta este momento por medio de la interpretación que de ellos hizo la doctrina civilista de finales del Siglo XIX e inicios del Siglo XX.

Sin embargo, la concepción que de estos conceptos venía realizando la doctrina civilista de la época, vuelve a obtener una nueva interpretación y concepción a raíz de la importante sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947. En esta sentencia, se desarrolló el concepto de graduación de la capacidad de la persona, produciéndose con ello un nuevo avance interpretativo y de concepción de esta materia por parte de la doctrina de la época. Debemos señalar, que cuando nos referimos a la graduación de la capacidad de la persona, nos estamos refiriendo al ámbito de la capacidad de obrar, pues la capacidad jurídica no admite ningún tipo de graduación, pues la misma es atribuida a la persona por su condición de persona humana desde su nacimiento y hasta su fallecimiento.

En este sentido, autores como DE CASTRO[87], señalan como uno de los caracteres propios de la capacidad de obrar, la posibilidad de atribuirle graduaciones, elemento este que marcará una insalvable diferencia con la capacidad jurídica, y ello, en el sentido de

[86] En la STS 341/2014, de 1 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Ignacio Sánchez Gargallo, queda patente la necesidad de establecer la correcta y necesaria graduación de la persona con discapacidad a la hora de establecer los apoyos más convenientes para el desarrollo de su proyecto vital. Es lo que conocemos como el famoso *"traje a medida"*.

[87] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil…,* op.cit. pág. 50.

que en esta última no se admite graduación alguna, pues la misma es igual e invariable a toda persona. Ejemplos demostrativos de la graduación de la expresada capacidad de obrar, los encontramos cuando nos referimos a menores de edad, incapaces, o en los relativos a la mujer casada y extranjeros, estos dos últimos lógicamente en relación a la época en que fueron tratados, y por tanto ya planteamientos evolucionados jurídicamente.

Asimismo, la graduación de la capacidad llevó a la doctrina de la época a establecer un sinfín de capacidades de obrar dependiendo del acto jurídico que se pretendía realizar, sin prestar atención a que cada acto en cuestión implica una mayor o menor capacidad o aptitud, y por lo tanto, no resultaba compatible con los criterios de la doctrina de la personalidad. Debemos advertir, que cuando utilizamos la expresión graduación, la misma se corresponde con la idea de que la capacidad de obrar quedará delimitada por el estado civil de la persona en cuestión, y ello, tanto en lo referente a su extensión, atribución de derechos y obligaciones y demás elementos, pero sin confundir la misma con el sentido estricto de graduación de la propia capacidad de obrar, procedimiento que creó polémica en la doctrina civilista, y que fue posteriormente resuelta por la entrada en vigor de la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

Es virtud de lo expuesto, queda patente la importancia que tuvo la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947 en este ámbito de graduación de la capacidad. Para el análisis de esta sentencia, resulta clarificador el comentario crítico que realizado el nombrado DE CASTRO[88] sobre dicha sentencia. En esta sentencia se desestimó inicialmente la demanda en relación con la declaración de nulidad de una escritura en la que intervenían dos hermanas, las cuales se solicitaba se declarasen incapacitadas para la administración de sus bienes. Apelada dicha sentencia ante el Alto Tribunal, fue declarado por el mismo la incapacidad de las hermanas así como el de proveerlas de un tutor a los solos efectos de la administración de sus bienes.

Dicha sentencia rompe la idea mantenida hasta ahora y admite la distinción entre la "imbecilidad" y la "demencia". En el considerando Tercero, establece el Alto Tribunal, *"que los medios legales de suplemento de capacidad de las personas que no pueden gobernarse por sí mismas deben ser adecuados a las situaciones que los imponen, sin incurrir en exceso ni en defecto, y a este criterio procura ajustarse nuestro Código Civil, el cual, aun partiendo del principio de unidad de la guarda, no sólo distingue la tutela que conjuntamente afecta a la persona y bienes de la que alcanza únicamente al patrimonio, sin que, además y con arreglo a las circunstancias que puedan darse en los distintos casos, autoriza la graduación de la misma con mayor o menor amplitud, como aparece en los artículos doscientos dieciocho y doscientos veintiuno".*

Este autor, y refiriéndose al aspecto civil que contiene esta sentencia, resalta el carácter innovador de la misma, puesto que al no ser regulado por el Código Civil de la época la tutela del imbécil, terminológicamente reseñado como oligofrenia[89] en la

[88] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Comentario a la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947", *Anuario de Derecho Civil*, año 1948, pág. 293.

[89] La *"Oligofrenia"*, consiste en la patología psíquica que consiste en una deficiencia mental grave. Su esencia es el impedimento del desarrollo de la inteligencia, dificultada para desplegarse, como consecuencia de alteraciones del tejido cerebral, sufridas durante el periodo intrauterino o en la primera infancia. Consulta realizada el día 17 de mayo de 2018 en el enlace https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/oligofrenia.

sentencia, el cual, es diferente al estado de demencia, permite que se aplique por analogía una tutela graduada e incompleta y, en el caso del que se ocupa la sentencia, establecer que unos *"imbéciles"* u *"oligofrénicos"* sean declarados *"incapaces para administrar sus bienes"* con provisión de un tutor *"a los solos efectos de tal administración"*. DE CASTRO, refiriéndose a autores como SÁNCHEZ ROMÁN, DE DIEGO, MUCIUS SCAEVOLA, MANRESA, COMÁS, PLANAS, DE BUEN, COLIN Y CAPITANT, CASTÁN Y ESCOBAR, objeta a la sentencia lo siguiente: *"1.º Que la tutela del imbécil, como la de toda clase de personas que padezcan perturbación o decadencia de sus facultades mentales está regulada en el Código Civil en la tutela de los locos y dementes; 2.º que la tutela del imbécil (como demente) es plena o absoluta o sea es guarda de la persona y de los bienes"*. Y en virtud de ello, discrepa con el criterio seguido por el Tribunal Supremo, exponiendo los siguientes motivos: *"a) El Código civil no adolece de omisión respecto a la tutela del imbécil, la regula como tutela del demente; b) Oligofrenia y locura son estados jurídicamente iguales, aun reconociendo su diferencia médica; c) No hay analogía entre el supuesto de imbecilidad y los de tutela parcial o graduada; al contrario, existen fundamentales diferencias"*.

Hemos querido poner de manifiesto con lo expuesto en los apartados precedentes, lo novedoso de esta sentencia, porque en la misma se observa un pronunciamiento muy adelantado a su época, pues rompen los rígidos presupuestos que existían en ese momento impuestos por la doctrina y el propio Código Civil al rechazar la graduación de los locos y dementes con carácter general. Esta sentencia, no solo marca una ruptura con los presupuestos rígidos a los que nos hemos referido, y por ende, marcando un antes y un después en la concepción a la que alude, sino que en el fondo del asunto, es un intento de querer buscar cual es el grado real de incapacidad de la persona.

A su vez, y para concluir el comentario a esta sentencia de 5 de marzo de 1947, nuestro Tribunal Supremo y según se recoge en el segundo párrafo del fundamento jurídico 7 de la sentencia 282/2009, reconoce en aquella una solución al vacío legal de la ley aplicable en esa época, pues no permitía la regulación de las consecuencias o efectos de la debilidad o atraso mental como algo distinto de los supuestos de demencia o locura, circunstancia esta que resolvió *"ajustando la extensión* de la *tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación, sentencia que fue seguida por las de 13 mayo 1960, 25 marzo 1961, 17 abril 1965 y 6 febrero 1968."*. Asimismo, se añade en este fundamente jurídico, que de conformidad con lo reforma del Código Civil del año 1983, fue introducido en nuestro ordenamiento un sistema de carácter proteccionista, pasando del tradicional y dual concepto de capacidad-incapacidad, a una situación personal y adaptable a las necesidades de protección de la persona en cuestión.

En relación con la cuestión de la graduación, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO[90] se planteó la cuestión de si era posible la graduación de la incapacidad dentro del Derecho positivo reflexionando sobre si la aludida graduación se enfoca en una proyección exclusivamente de índole personal, ignorando con ello los elementos que

[90] FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., "La incapacidad de los locos y dementes: ¿Es susceptible de graduación en nuestro derecho positivo?, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 1, Segunda Época, Tomo LIV (222 de la colección), enero 1.967, pág. 216.

conforman el patrimonio de los locos y dementes, o si dicha proyección puede hacerse únicamente desde el prisma de la administración de los bienes en cuanto a este tipo de enfermos. FERNANDEZ MARTÍN-GRANIZO[91] adopta un concepto asistencial amplío de tutela, al igual que la doctrina científica de la época. El autor indica en relación con dicha doctrina, que abundan los autores que al señalar los caracteres generales de las instituciones de guardaduría ponen de relieve su aspecto asistencial amplio, o bien definen la tutela en términos de generalidad y abstracción, comprendiendo dentro de ella tanto lo que afecta a la persona, como a los bienes, como a la protección en general del incapaz.

Otros autores como CLEMENTE DE DIEGO[92], también aprecia este carácter asistencial, al señalar a la tutela como carácter general, el abarcar todos los actos civiles que miran la persona y bienes del incapaz, y al afirmar asimismo que la tutela, *"es un poder protectivo no constituido directamente por la naturaleza, sino organizado por la ley para suplir el defecto de* capacidad*, ora de los menores…, ora de los incapacitados en general"*.

No obstante, la mayoría de los Códigos Civiles europeos de la época se decantan por una posición preferentemente patrimonial a la personal, lo cual reafirma el criterio que se seguía en nuestro Código Civil, y ello basándose en lo que establecía el artículo 199[93], esto es, que *"el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismo"*. El precepto dejaba claro que no existe, al menos, *"lege data"*, una tutela referida únicamente a la esfera de carácter personal, y además el mismo, entra en íntima conexión con lo establecido en el (ya derogado) artículo 213[94] del mismo cuerpo legal, que recogía que *"No se puede nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que proceda la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes"*.

Autores como FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, se plantea la cuestión de si la declaración de incapacidad de una persona, en relación con su esfera patrimonial, deber ser total dentro de ese ámbito, o por el contrario, puede ser parcial o graduable, y ello como por ejemplo ocurre con las personas denominadas sordomudas o pródigos según resulta del (derogado) artículo 213 del Código Civil. El autor, parte del análisis de la expresión *"[…] incapaces para administrar sus bienes"* que se recoge en dicho artículo, y llega a la conclusión de que el Código Civil de la época emplea el término administrar en su concepción o sentido más amplio, y por tanto, no solamente en el ámbito de los actos de conservación o explotación, sino también en los actos relativos a la disposición de los bienes, puesto que de otro modo llegaríamos a la situación ilógica de que una persona declarada demente o loca no pudiera administrar sus bienes, y sí estuviese

[91] FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., "La incapacidad de los locos y…", op.cit. pág. 217.
[92] CLEMENTE DE DIEGO, *Curso Elemental de Derecho Civil español, común y foral.* Tomo VII, Derecho de Familia, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927, págs. 516 y 514.
[93] Nos referimos a la redacción originaria dada en el Código Civil antes de la reforma del mismo producida por el artículo 1 de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, publicada el 26 de octubre de 1983 y que entró en vigor el 15 de noviembre de 1983.
[94] También en su redacción originaria antes de la reforma del mismo producida por el artículo 1 de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, publicada el 26 de octubre de 1983 y que entró en vigor el 15 de noviembre de 1983, y de su posterior derogación por la disposición derogatoria única 2.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, publicada el 8 de enero de 2000 y que entró en vigor el 8 de enero de 2001.

capacitado para venderlos o enajenarlos, o renunciarlos entre otros actos. En consecuencia, una persona que era declarada incapaz bajo la regulación de este artículo 213 (derogado), no solo no podía realizar actos relativos a la conservación o mantenimiento de los bienes que conformaban su patrimonio, sino que asimismo no podía disponer de ellos.

Siguiendo la exposición de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO[95], y en relación con el esclarecimiento de si la incapacidad de los locos y dementes es graduable o no a la vista de lo que establecía el (también derogado) artículo 218[96], expone la existencia de dos corrientes perfectamente diferenciadas entre los juristas de la época, las cuales, parten de la importante y revolucionaria sentencia que hemos citado del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947[97]. Por un lado, había una serie de autores[98] que entienden que la graduación de la incapacidad de estos enfermos únicamente era posible en los supuestos de oligofrenia, y otro grupo de autores[99] que defendían la tesis de la admisión de la graduación a todos los supuestos de enfermedad mental que se produjesen en la persona. La doctrina recogida en la referida sentencia marcará un cambio de orientación crucial en este ámbito, pues hasta entonces el Tribunal Supremo no se había pronunciado al respecto.

No obstante, otro sector de la doctrina[100], entendía que no es aplicable la expresada graduación a dicho colectivo de enfermos, y ello, sobre la base de la ausencia en los originarios textos normativos del concepto de graduación de la curatela en relación a los locos y dementes, y asimismo, en que dentro del aludido precepto normativo no se hace mención alguna a los mismos. Por último, reafirmaban su planteamiento añadiendo que la incapacidad de los enfermos mentales es plena y absoluta.

---

[95] FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., "La incapacidad de los locos y dementes: ¿Es susceptible…", op.cit. pág. 250.

[96] En su redacción originaria, antes de la reforma del mismo producida por el artículo 1 de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, publicada el 26 de octubre de 1983 y que entró en vigor el 15 de noviembre de 1983. Este artículo, en dicha redacción originaria establecía lo siguiente: *"La declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiera a sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos."*.

[97] Si bien dicha sentencia es aplaudida por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, el autor es asimismo crítico con ella, apuntando los siguientes aspectos discutibles que engloba la misma: Establece que no es rigurosamente exacto que el Derecho positivo comparado, y al que alude la referida sentencia, distinga entre estado de demencia y estado de debilidad mental, o al menos en el sentido al que se recoge en dicho pronunciamiento; La distinción que se promulga en la misma, no tiene apoyo tampoco en el Derecho histórico, bien porque no lo regulaba o si lo hacía lo equiparaba entre las diversas enfermedades mentales; en la repetida sentencia, se alude a la existencia de una laguna legal, la cual, en la opinión del citado autor no existe; tampoco se justifica la analogía con los estados de prodigalidad o sordomudez; y por último, el autor establece que no tiene sostenimiento la necesidad de ajustar la declaración de incapacidad al mayor o menor grado de intensidad del retraso mental, pues será la más o menos gravedad de la enfermedad mental la que produzca una mayor o menor restricción de la capacidad.

[98] El reseñado FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, cita a CASTÁN TOBEÑAS, BONET RAMÓN, SANTAMARIA etc., etc.

[99] El repetido FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, cita a LOPEZ GÓMEZ, AGÚNDEZ Y A RUIZ MAYO.

[100] FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, cita entre otros, a SANCHEZ, ROMÁN, PLANAS Y CASALS, VILLAR Y ROMERO, PUIG PEÑA, ALBALADEJO, ERCILLA, CLEMENTE DE DIEGO, MANRESA, NAVARRO ESTEVAN etc.

En opinión de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO[101], la posibilidad de graduación de la incapacidad se entiende, no solo en los supuestos de oligofrenia de acuerdo con la aludida sentencia de nuestro Tribunal Supremo, si no que la misma es perfectamente admisible en toda la esfera de las personas denominadas locos y dementes, y ello de acuerdo con una aplicación extensiva de los (derogados) artículos 213 y 218 del Código Civil, pues para el mismo, la ampliación de la incapacidad debe estar siempre clara, justificada y por supuesto recogida en la normativa legal, y ello como consecuencia de que la regla general básica y primaria que debemos observar dentro de la esfera de la capacidad, es que las personas son plenamente capaces.

Una vez analizado el impacto de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947 en materia de graduación de la capacidad de obrar, y siguiendo nuestro itinerario por la doctrina civil de la época en materia de capacidad de la persona, y antes de introducirnos en uno de los momentos jurídicos de gran relevancia en nuestro Derecho, esto es, en la promulgación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre que reformó el Código Civil, conviene dejar recogido el pensamiento de un elenco de autores civilista en relación con esta materia, para de este modo, poder observar si la promulgación del Código Civil supuso un mantenimiento de los principios rectores que regulaban este ámbito de la capacidad de la persona, o por el contrario, supuso un cambio de paradigma como consecuencia de las demandas de la doctrina y de las nuevas circunstancias no solo jurídicas, sino también de índole social, político, etc., en las que se promulgo dicho Código Civil.

Para ello, empezaremos recogiendo el pensamiento de CASTAN TOBEÑAS[102], que parte de establecer una relación de sinónimos entre los conceptos de capacidad y personalidad, referidos ambos como la aptitud para ser sujeto, tanto activo como pasivo de relaciones jurídicas. Pero aparte de esta primera concepción terminológica, CASTAN TOBEÑAS desarrolla dos acepciones de la idea de aptitud: una primera, como aptitud del sujeto para la mera tenencia y goce de los derechos, y por otro lado, una segunda aptitud relativa al ejercicio de esos derechos y, en consecuencia, para la realización de actos jurídicos.

La primera de las aptitudes descritas la podemos equiparar con expresiones terminológicas como personalidad, capacidad de derecho, capacidad de goce o bien, y en relación con otros autores, como capacidad jurídica. Y la segunda de dichas aptitudes, representada por la conocida terminología correspondiente a la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio. Dichas capacidades se corresponden con sendas posiciones estática y dinámica respectivamente, entendida la primera según dice FERRARA[103] y asimismo recoge CASTAN TOBEÑAS, como *"la posibi*lidad *de recibir los efectos del orden jurídico"*, y en relación con la segunda, con *"la adquisición de un derecho o una obligación, ya sea mediante su transformación, extinción o persecución en juicio"*.

[101] FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., "La incapacidad de los locos y dementes: ¿Es susceptible…", op.cit. págs. 255-256.
[102] CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral,* Tomo Primero, Introducción y Parte General, Volumen Segundo, Teoría de la relación jurídica, La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos, ed. 10ª Revisada y Ampliada, Ed. Reus, Madrid, 1963, pág. 135.
[103] FERRARA, F., Capacitá Giuridica e Capacitá D´Agire, núm. 98, en *"Trattato di Diritto Civile Italiano"*, vol. I, Dottrine Generali, Parte I, Il Diritto-IJ Soggetti-Le Cose, Athenaeum, Roma, 1921, pág. 458.

Como elementos diferenciadores entre ambas capacidades, esto es, la capacidad de derecho y la capacidad de obrar, CASTAN TOBEÑAS[104], vuelve a incidir en la terminología también usada por otros autores[105] y que son objeto de estudio también en el presente epígrafe, esto es, la concerniente a la capacidad de derecho, la cual es una, indivisible, irreductible y esencialmente igual, siempre y para todos los hombres. No obstante, en relación con esta debemos puntualizar que la capacidad de goce que es una de la manifestaciones en que se desdobla o se despliega la aludida capacidad de derecho, puede tener ciertas limitaciones o restricciones en relación con determinados derechos, como por ejemplo, el acto de contraer matrimonio, o a la hora de realizar testamento o disposición de última voluntad, o bien quedar la misma representada en la figura jurídica de la adopción, ejemplos donde se necesita una determinada edad para realizarlos válidamente sin que sea posible poder realizarlos por medio de un representación legal, y ello, por tratarse de actos personalísimos.

Sin embargo, *a sensu contrario*, tenemos la capacidad de obrar como aquella capacidad contingente y variable según señala el autor, o si queremos atribuirle otro adjetivo más y usado asimismo por otros autores[106], como el de dinámica, la cual, no es igual en todos los hombres, porque para su ejercicio se requiere una inteligencia y voluntad (conciencia actual) según constata el autor. Se refiere asimismo a conciencias y relaciona la conciencia potencial[107] con la capacidad de derecho, la cual se basa en la existencia de la persona y ello de acuerdo con los requisitos recogidos en la ley. Y por otro lado, señala la conciencia actual, asimilando esta última con aptitudes del sujeto reflejadas en su inteligencia y voluntad, las cuales tendrán una representación muy diferente y variada en las personas. No obstante, autores como DE CASTRO, al que nos hemos referido con anterioridad, no comparten la relación de la capacidad de obrar con la aptitud natural psicológica de la persona, esto es, la actitud de conocer, saber o querer.

Por último, CASTÁN TOBEÑAS[108], señala como una categoría de subdivisiones de la capacidad de derecho y de la capacidad de obrar, las siguientes: dentro de la capacidad jurídica, distingue entre una capacidad de Derecho público y una capacidad de Derecho privado, y asimismo, distingue entre capacidad personal y capacidad patrimonial, si bien, dentro de cada una de las aludidas capacidades podemos encontrar asimismo otras subcategorías.

En relación con la capacidad de obrar, CASTÁN TOBEÑAS[109], al igual que recogen otros autores como LETE DEL RÍO, reseña la triple subdivisión que hace FERRARA en relación con la misma. Estas subdivisiones quedan representadas en la llamada capacidad negocial o para actos jurídicos; en la capacidad procesal o de obrar en juicio; y por último, en la denominada capacidad penal o delictual. La primera de ellas, puede ser entendida según reseñan los autores como la atribución de los efectos jurídicos que la ley atribuye a la emisión o declaración de voluntad que se emite por la persona,

---

[104] CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español,…,* op.cit. pág. 137.
[105] NAVARRO ESTEBAN, ALBALADEJO GARCIA, PUIG FERRIOL, entre otros.
[106] El repetido PUIG FERRIOL entre otros.
[107] Este carácter de asimilar la *"capacidad jurídica"* como *"potencia"* es recogido asimismo por otros autores como SANCHEZ ROMÁN, en su analizada obra *Estudios de Derecho.…*,op.cit. págs.8-9.
[108] CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español,…,* op.cit. pág. 138.
[109] CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español,…,* op.cit. pág. 138.

produciendo unos determinados efectos jurídicos. En relación con la segunda, es la aptitud que posee el sujeto para comparecer en juicio y realizar actos procesales, ya sean bien como parte demandante o bien como parte demandada. Y por último, la últimas de ellas, puede definirse como la capacidad de asumir las diferentes responsabilidades de los actos propios de carácter ilícito e imputables que puedan atribuirse a la persona.

En este recorrido histórico-jurídico sobre la capacidad de la persona, ALBALADEJO[110], parte de la premisa de que la capacidad jurídica en nuestro derecho es atribuida a todo hombre como consecuencia del reconocimiento de su personalidad y hasta la extinción de esta. El autor define dicho concepto, como la aptitud para ser titular de relaciones jurídica, aptitud que es igual y uniforme para todas las personas, si bien, para determinados relaciones se podrá exigir al sujeto, partiendo de la capacidad jurídica general, ciertas aptitudes especiales. El autor resalta de la capacidad jurídica, que es un atributo igual y uniforme para todas las personas.

Asimismo, y en relación con la capacidad de obrar, ALBALADEJO[111] define la misma *"como la aptitud reconocida por el Derecho para realizar en general actos jurídicos"* pero con la premisa, de que la expresada capacidad, ni la posee todo hombre ni es igual en todos los hombres que la tienen.

En consecuencia, podemos hablar por un lado, de la llamada incapacidad natural, es decir, cuando nos encontramos en casos, como por ejemplo según expone el autor, un niño sin uso de razón, o de una persona en un estado vigente de perturbación mental, o personas en estado de sonambulismo o hipnosis, de embriaguez, o por aglutinar ejemplos representativos, cualquier capacidad de la persona que esté bajo la influencia de sustancias psicotrópicas. Y por otro lado, podemos hablar de incapacidad legal, esto es, cuando la falta de capacidad tiene su fundamento en la inexistencia o ausencia del entendimiento y de la voluntad necesaria para la realización de actos jurídicos. Ahora bien, el autor enmarca dentro del rígido sistema heredado en nuestro derecho, la determinación del estado civil en el que se encuentre la persona, siendo muy diferente la capacidad que el ordenamiento atribuye a un menor de edad, o a una persona en su mayoría de edad, o por ejemplo a una persona incapacitada.

En relación con el citado autor, y a modo de conclusión[112] señala, que la capacidad de obrar deberá estar compuesta por dos factores: por un lado, que la persona posea la capacidad de obrar legal necesaria; y por otro lado, tener la capacidad natural o las condiciones precisas de entendimiento y voluntad para llevarlo a cabo, pues puede ocurrir o darse el caso de que una persona que sea mayor de edad y en principio con capacidad de obrar plena, atraviese un episodio puntual bajo los efectos de sustancias psicotrópicas, y el acto que realice sea inválido, y ello no como resultado de la incapacidad natural de la persona, sino porque aun siendo un acto realizado por una persona con capacidad de obrar de acuerdo a su estado, no se reúnen las condiciones necesarias o requisitos que debe poseer el sujeto para que el acto en cuestión sea válido.

---

[110] ALBALADEJO GARCIA, M., *Curso de Derecho Civil Español, Común y Foral,* Parte I, Introducción y Parte General, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1977, pág. 140.
[111] ALBALADEJO GARCIA, M., *Curso de Derecho Civil Español*…, op.cit. pág. 140.
[112] ALBALADEJO GARCIA, M., *Curso de Derecho Civil Español*…, op.cit. pág. 141.

A su vez, en el estudio que realiza LACRUZ BERDEJO[113] en materia de capacidad de la persona, parte del presupuesto de que la cualidad de la persona exige necesariamente la aptitud genérica para ser titular de derechos. Es por esta condición de ser humano por lo que el Derecho natural y positivo le atribuye una capacidad suficiente para ostentar derechos y obligaciones. A partir de este primer planteamiento, el autor distingue la dualidad doctrinal entre capacidad jurídica *y* capacidad de obrar. La primera de ellas, la define como la *"aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones que tiene toda* persona *por el hecho de existir"*, y en relación con la segunda, la define como la *"capacidad para gobernar esos derechos y obligaciones de que se es titular"*. En relación con esta última, reseñar que determinados colectivos, como por ejemplo, los menores de edad o las personas que padecen enfermedades mentales, poseen modificada o limitada esa capacidad de obrar.

Asimismo, el autor, distingue dentro de la propia capacidad jurídica, una esfera general y una esfera restringida o delimitada por los actos personalísimos de la persona. En relación con la primera, establece como hipótesis, que al ostentar la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, se entiende que la persona podrá ser parte o podrá participar en todos los actos y negocios jurídicos, con excepción de aquellos que por su propia naturaleza requieran una aptitud especial. Será en estos actos donde la persona no posea la suficiente capacidad, o bien, se requiera una aptitud especial y no sean de carácter personalísimo donde podrá entrar en juego la figura del representante legal.

Sin embargo dentro de los llamados actos personalísimos, según señala el autor, los cuales quedan representados a modo de ejemplo, en actos como la condición de trabajador dentro del ámbito laboral, o la de contraer matrimonio, o la relativa a la institución de la adopción, o por ejemplo y, como último supuesto representativo, la concerniente a la facultad de testar dentro de la esfera del Derecho de sucesiones, no será posible la representación legal de la persona cuando ésta no posea la suficiente capacidad para llevar a cabo dicho acto en cuestión, por lo que en estos casos se crea una restricción o limitación temporal, o de carácter más estable, de la capacidad jurídica de la persona.

En consecuencia, este autor nos advierte de la que la atribución de la homogeneidad al concepto de capacidad jurídica no equivale a que todos los hombres tenga en un momento determinado las mimas oportunidades o posibilidades dentro del campo del Derecho, circunstancia esta que si ocurre en el momento de nacer de cada persona dentro de las posibilidades abstractas de actuación.

LACRUZ BERDEJO[114], en contraposición a la llamada capacidad jurídica y a la que hemos aludido en los párrafos precedentes, reconoce la capacidad de obrar, en la cual destaca como presunción fundamental, la capacidad que posee la persona para realizar el acto sin ningún tipo de representación legal o de cooperación por parte de otra persona. El autor señala en relación con esta capacidad que la misma no es igual a todas las personas, pero sin que esta desigualdad sea arbitraria. El derecho atiende a la aptitud de cada persona para regir sus personas y bienes para reconocer una capacidad más amplia o más restringida, si bien, dentro de las sociedades actuales y dada la cantidad de personas

[113] LACRUZ BERDEJO, J.L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil I,* Parte General del Derecho Civil, Volumen Segundo, Personas, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1990, págs. 10-11.
[114] LACRUZ BERDEJO, J.L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil...,* op.cit. pág. 12.

que forma una determinada sociedad, establece criterios de regulación en atención a los rasgos externos típicos, como la minoría o mayoría de edad, la existencia de una sentencia judicial firme en la cual se modifique dicha capacidad de obrar, etc. Este autor también distingue dentro de la capacidad de obrar, al igual modo que la realizada en la capacidad jurídica, entre su ámbito general y actos personalísimos. Esta distinción consiste en diferenciar, por un lado, una capacidad de obrar general y, por otro lado, un elenco o serie de capacidades singulares, dentro de las cuales, habrá algunas que serán más sencillas y otras que requerirán una capacidad de obrar singular más compleja.

Dentro de la capacidad de obrar a la que hace referencia el citado autor, queremos destacar la utilización de la terminología capacidad de obrar real, la cual, queda conformada por la suma de la capacidad de obrar abstracta y la disposición psíquica concreta. Añadir en este sentido, que la búsqueda de esta capacidad de obrar real o capacidad de obrar residual, es uno de los principales objetivos y metas que debemos proponernos en relación con las personas con discapacidad intelectual, y ello en aplicación de los principios que se emanan de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para de este modo poder prestarles y proveerles de los apoyos necesarios que puedan necesitar en la realización de los actos jurídicos concretos que conformen su proyecto vital.

Por último, y para terminar la línea argumentativa de LACRUZ BERDEJO[115], señala el autor, como término distinto a la incapacidad de obrar la llamada capacidad incompleta, tanto en su vertiente singular relativa a un solo acto como a una generalidad de actos. El autor remarca la diferencia entre ambas al señalar, en relación con la capacidad incompleta, que la persona actúa por sí y no actúa mediante representante legal alguno, por lo que la iniciativa le queda confiada a la persona. No obstante, la plena validez del acto quedará supeditada a la asistencia, cooperación o prestación del consentimiento por parte de otra persona[116].

---

[115] LACRUZ BERDEJO, J.L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil...,* op.cit. pág. 14.

[116] Un ejemplo de este tipo de *"capacidad incompleta"* lo observamos muy frecuentemente en actos que se realizan dentro del tráfico inmobiliario, esto es, en los supuestos de personas que por razones de urgencia otorgan la escritura pública de compraventa interviniendo como mandatarios verbales de otras personas o terceros, es decir, inician el acto o el proceso de transmisión. Sin embargo, la plena validez de este acto dispositivo quedará supeditado a la ratificación, aprobación o prestación de consentimiento mediante otro acto (ya sea mediante diligencia en la propia escritura, acta o escritura aparte) de la persona o tercero que fue representada/o verbalmente. A estos efectos señalar lo consignado en el artículo 164 del Reglamento Notarial, que dispone: *"La intervención de las otorgantes se expresará diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso los datos identificativos del documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante.*
Si la representación no resultare suficientemente acreditada a juicio del notario autorizante y todos los comparecientes hicieren constar expresamente su solicitud de que se autorice el instrumento con tal salvedad, el notario reseñará dichos extremos y los medios necesarios para la perfección del juicio de suficiencia. En tal caso, cuando le sean debidamente acreditados, el notario autorizante o su sucesor en el protocolo así lo harán constar por diligencia, expresando en ella su juicio positivo de suficiencia de las facultades expresadas. En todas las copias que se expidan con anterioridad a dicha diligencia el notario hará constar claramente que la representación no ha quedado suficientemente acreditada.
También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato.".

Autores como NAVARRO ESTEVAN[117], señalan que la capacidad de obrar puede definirse como la aptitud de realizar actos con eficacia jurídica, lo que en ocasiones puede acarrear situaciones en la que aun poseyendo nuestra capacidad jurídica inherente a nuestra persona, y por ende realizar ciertos actos con eficacia jurídica, no poseemos la suficiente capacidad de obrar, como por ejemplo, los actos a los que hemos aludido en el último inciso del párrafo anterior, relativos a un menor edad, o el de contraer matrimonio o el acto de testar, y ello como consecuencia de que aun teniendo capacidad jurídica y asimismo capacidad de obrar, no poseemos la necesaria aptitud en relación con esta última, siendo un ejemplo de esto último, el supuesto representado en una persona con discapacidad intelectual, casos éstos donde dicha capacidad estará afectada por las situaciones concretas que afecten a la persona como consecuencia de una enfermedad mental o episodio transitorio de perturbación mental, lo que conllevará hacer una graduación de la misma en el empeño de observar si se tiene la capacidad necesaria para la realización de ese acto en concreto, o por el contrario, deberemos de recurrir a la esfera jurídica de la representación tutelar.

No obstante, otros autores como RAMOS CHAPARRO[118], señalan el ámbito de la capacidad como un límite jurídico-natural de la subjetividad, en sus dos vertientes, esto es, en la forma pasiva y activa. Por ello este autor establece que tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar son *"limitaciones naturales del carácter jurídico de ser sujeto propio de la personalidad"*. Así afirma este autor, que la capacidad jurídica, está impregnada de criterios meramente temporales o de carácter existencial en cuanto al ser humano, pues comienza con su nacimiento y se extingue con su muerte, esto es, la vida de la persona. Y en cuanto a la segunda, es decir, la relativa a la capacidad de obrar, aparte de los presupuestos existenciales que acabamos de reseñar, se les añaden otros factores como puedan ser la edad o la aptitud de autogobierno de la persona. Este autor, señala la problemática intrínseca de la polisemia dentro del lenguaje jurídico en relación con el término capacidad, aspecto éste que ya hemos tratado en el presente trabajo, ante lo cual establece la necesidad de apoyar dicho término con los conceptos de contenido y capacidad como algo necesario para poder atribuirle un sentido dentro del ámbito jurídico.

Por ello, RAMOS CHAPARRO[119] establece que *"su misión es configurar en la persona-sujeto los límites temporales y materiales derivados de la novación realista y aplicarlos a los diversos objetos o contenidos en que se despliega la función* de la *subjetividad* jurídica *(las relaciones, los derechos, obligaciones y los actos)"*, y de este modo poder obtener las clases y grados que determinan la categoría de incapacidad. De aquí nos propone el autor la cuestión de si la capacidad es un concepto unitario o, por el contrario, solo producen determinadas clases o subcategorías en relación con la misma. Inevitablemente, surgen dos posiciones doctrinales en cuanto a las concepciones unitaria o plural del reseñado concepto de capacidad.

En virtud de lo expuesto, RAMOS CHAPARRO[120], parte de la figura de SAVIGNY para establecer un origen entre la distinción existente entre la capacidad

[117] NAVARRO ESTEVAN, J., voz "Incapacidad",…, op.cit. pág. 105.
[118] RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad…*, op.cit. pág. 179.
[119] RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad…*, op.cit. pág. 181.
[120] RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad…*, op.cit. pág. 186.

jurídica y la capacidad de obrar, aunque no de un modo completo. Para dicho autor, los impedimentos que impiden el ejercicio pleno de la capacidad de obrar quedan identificados en la falta de mayoría de edad, así como en la enajenación mental, la interdicción y la naturaleza de las personas jurídicas. Asimismo, atribuye a la ciencia "pandectista" la difusión de la expresada distinción entre las aludidas capacidades dentro de los países de tradición romanística.

CLEMENTE DE DIEGO[121], en relación con la capacidad de obrar, afirma que la misma tiene las siguientes clasificaciones: por un lado la correspondiente a los "asuntos", por otro la relativa a los negocios o actos extrajudiciales, por otro, la concerniente a los actos judiciales y, por último, la penal. Asimismo, este último autor señala que la capacidad jurídica, queda formada por dos manifestaciones: por un lado, la llamada capacidad de derecho; y por otro lado, la relativa a la capacidad de obrar o aptitud para realizar actos con validez y efectos jurídicos, y por ello, concluye este autor que la capacidad jurídica, exige como presupuestos previo y *"sine qua non"* la existencia de la persona, mientras que la capacidad de obrar, requiere el poseer discernimiento, conciencia y libertad.

En cuanto a la crisis de la distinción clásica en relación con la capacidad, RAMOS CHAPARRO[122], no cree necesario dejar a un lado la referida distinción sobre la base de una nueva subdistinción en la capacidad de obrar, generando en consecuencia una capacidad natural y otra legal, pues bajo el ámbito de la noción realista, la capacidad de obrar debe identificarse con capacidad natural en todos los sectores del Derecho privado. Por ello, advierte el autor, que cualquier diferencia en el tratamiento legal en los supuestos de incapacidad basado en razones de índole diverso en la protección o beneficio de la persona incapaz, sería inconstitucional, si bien, en este punto tendremos que distinguir las llamadas prohibiciones legales como aquellos supuestos que, por razones de conveniencia social, dan lugar a incapacidades legales, por referirse por ejemplo, a edades concretas del individuo, y ello en relación con actos de carácter personalísimos, sin perjuicio de las excepciones que en su caso se pudieran producir bajo la forma de dispensa.

Para terminar con la línea argumentativa expuesta por RAMOS CHAPARRO[123], debemos tener en consideración el concepto de subjetividad, puesto que el mismo nos permitirá distinguir entre la llamada capacidad jurídica y la noción de titularidad. En este sentido expone, que la subjetividad del derecho queda representada en dos ámbito o campos; por un lado y desde un plano "abstracto", queda representado como la capacidad o aptitud de la persona para tener o poseer derechos; y por otro lado, desde un modo concreto, esto es, de la pertenencia de un determinado derecho a un sujeto y a lo que podremos llamar titularidad. En virtud de lo expuesto, en palabras de RAMOS CHAPARRO[124], la defensa de la distinción en relación con la subjetividad pasiva y activa de la persona como funciones jurídicas con límites de diversa naturaleza nos permitirá el

[121] CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil Español*, Edición revisada y puesta al día por DE COSSIO Y CORRAL, A. y GULLON BALLESTEROS, A., Tomo I, Ed. Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959, pág. 194.
[122] RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad…*, op.cit. pág. 204.
[123] RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad…*, op.cit. pág. 214.
[124] RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad…*, op.cit. pág. 215.

mantenimiento de la diferenciación entre las dos principales clases de capacidad, esto es, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, y sin que ello nos lleve a una confusión como subespecies de un género más amplio.

Otros autores como GORDILLO CAÑAS[125], se plantean la cuestión sobre el valor que adquiere una categoría reconocida a todas las personas, pero que por el contrario no garantiza la efectiva aplicación de contenidos de interés concreto, y ello en alusión a la capacidad jurídica. En consecuencia, el autor recoge el presupuesto, y ello en aras de una mayor aplicabilidad práctica, la unificación en el tratamiento de la subjetividad jurídica en relación a la capacidad de obrar. En resumen, que el interés en el mantenimiento del concepto abstracto de la capacidad jurídica vendrá ejercido por el efectivo ejercicio de la capacidad de obrar por parte del sujeto.

Sin embargo, después de la exposición recogida en el párrafo anterior, el autor critica esa tendencia, para motivar la razón de ser de la capacidad jurídica, y ello, justificándola en el título de su exigibilidad inmediata, y además, de acuerdo a una motivación normativa que tiene sus ejemplos representativos en los preceptos constitucionales como el artículo 9, apartado 2 de nuestra Constitución. Es en este punto donde queremos establecer una relación analógica de lo preceptuado y promulgado por la Convención. Aparte de lo consignado por el autor en defensa del expresado concepto jurídico abstracto de la capacidad jurídica, la Convención supone otro refuerzo a la posición de llenar de contenido y razón de ser al concepto de capacidad jurídica, y ello, mediante la normativa recogida en su artículo 12, pero con el matiz, de que la citada potenciación del "ejercicio de la capacidad jurídica" de la que habla, no se hace desde una perspectiva de dejar únicamente una sola capacidad jurídica donde se fusionan o aglutinan las dos capacidades bajo esa concepción terminológica, si no desde la reafirmación de las dos capacidades, una como algo inherente a la persona, con razón de ser y exigible ante los diferentes poderes públicos, y otra mediante el ejercicio efectivo mediante la capacidad de obrar, bien desde una posición total o bien desde una "capacidad graduable" en función de las circunstancias concretas, y con los apoyos necesarios allá donde la capacidad de la persona no llegue para poder realizar el acto en cuestión.

En cuanto a la capacidad de obrar, GORDILLO CAÑAS[126], aparte de recoger la tradicional definición de que la misma hacen diversos autores al establecer que será la

---

[125] GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1986, págs. 22-23.

[126] ARENA, G., NAVARRO ESTEBAN, J., ALBALADEJO GARCIA, M., DE CASTRO Y BRAVO, F. y DE RUGGIERO, R., vista la definición y argumentación de forma completa en cuanto a este último autor en la obra colectiva *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción de la 4ª Edición Italiana anotada y concordada con la legislación española realizada por SERRANO SUÑER, R., y SANTA-CRUZ TEIJEIRO, J., vol. 1º, Introducción y Parte General, Derecho de las Personas, Derechos Reales y Posesión, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1929, pág. 339, y que se transcribe a continuación: "*Distinta de la capacidad jurídica, cuyo concepto coincide con el de la personalidad es la capacidad de obrar, la idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos. Ya que si aquélla (capacidad jurídica), por regla general, no exige más que la existencia de la persona, ésta (capacidad de obrar) exige una efectiva capacidad de querer, que no todas las personas poseen pudiendo carecer de ella, algunas por causas varias y múltiples, como la menor edad, la enfermedad, la condena penal. A estos casos provee la institución de la representación, en virtud de la cual otro obra en nombre y en interés del sujeto incapaz, adquiriendo por él y transmitiendo sus derechos; se hallan en tal condición, por ejemplo, los menores no emancipados, los que sufren enfermedad mental, condena penal, cuya representación la ejercen los padres o tutores.*".

aptitud o idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos eficaces, o bien la idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos, señala los rasgos de la actuación humana y del negocio jurídico, pues en este último sitúa la voluntad humana como elemento determinante en la conformación y configuración de los efectos jurídicos que se produzcan. El autor pone como ejemplo jurisprudencial que denomina la capacidad de obrar como capacidad para ejecutar un acto jurídico, la sentencia de 25 de octubre de 1928[127], y lo justifica en la facultad de exteriorizar la voluntad en las condiciones y con los requisitos que la ley exige para su validez, esto es, con las condiciones físicas y de inteligencias indispensables para expresar su voluntad de un modo deliberado y consciente, o dicho de otro modo, el poseer la capacidad de entender y querer.

Siguiendo nuestro recorrido por la doctrina clásica civilista, es de reseñar la concepción que recogen PUIG BRUTAU y PUIG FERRIOL[128], quienes parten del "concepto de persona"[129], concepto que coincide con el planteamiento inicial por el que otros autores[130] abordan el estudio de la *"*capacidad de la persona*"* y que hemos recogido con anterioridad. Dicho concepto queda definidos por estos autores, como la atribución en cualquier caso del carácter de sujeto de relaciones jurídicas, y en consecuencia y a partir del mismo, la posibilidad de construir la concepción terminológica de la capacidad jurídica como la *"aptitud de la misma para ser titular de las relaciones jurídicas que le afectan"*. Cómo podemos apreciar, y también en analogía con otros meritados autores, PUIG BRUTAU y PUIG FERRIOL[131] parten de una posición estática, ya que el sujeto solamente por el hecho de ser persona, la cual lleva implícitamente el atributo fundamental de dignidad por el expresado status, es investido por parte de nuestro ordenamiento jurídico de una capacidad jurídica en su más amplia concepción.

En consecuencia, el mencionado autor proclama una igualdad en relación con todos los hombres sin importar sus circunstancias personales, igualdad, que es recogida bajo el ámbito de protección de nuestra Carta Magna en su artículo 14[132]. No obstante, se

---

[127] En el considerando segundo de la referida sentencia de 25 de octubre de 1928 (la cual es referenciada y recogida en resoluciones más recientes como en la SAP de la Coruña, Sección 4ª Civil-Mercantil, 414/2012 de fecha 18 de octubre, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Carlos Fuentes Candelas, y en la SAP de Barcelona, Sección 19 Civil, 121/2012 de fecha 22 de marzo, y cuya ponente fue la Magistrada Doña Asunción Claret Castany), el considerando segundo establece: *"[…] que la capacidad para ejecutar un acto jurídico consiste en poseer la facultad que se concede a las personas, individuales o jurídicas, para exteriorizar su voluntad en las condiciones y con los requisitos que la ley exige para su validez; y si de las personas individuales se trata, tienen la capacidad necesaria todas las que no tienen prohibido o limitado el ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad humana, que se hallen en las condiciones físicas y de inteligencia indispensables para expresar su voluntad de un modo deliberado y consciente."*.

[128] PUIG BRUTAU, J. y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos de Derecho…,* op.cit. pág. 259.

[129] Recordar que el concepto de personalidad, queda delimitado temporalmente por el nacimiento, recogido expresamente en el artículo 29 del Código Civil que establece que *"El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente"*, y finaliza con el momento de la muerte de la persona según se reseña en el artículo 32 de dicho cuerpo legal, donde se establece que: *"La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas"*.

[130] Citaremos por ejemplo autores como BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, ALBALADEJO GARCIA o NAVARRO ESTEBAN, entre otros.

[131] PUIG BRUTAU, J. y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos de Derecho…,* op.cit. pág. 264.

[132] El artículo 14 de nuestra Constitución Española estable que: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

observa que el expresado elemento de derecho fundamental en muchas ocasiones queda publicitado de una forma teórica y no efectiva.

Siguiendo con el planteamiento de PUIG BRUTAU y PUIG FERRIOL[133] y ello, en relación con la llamada capacidad de obrar, los autores destacan en primer lugar, el aspecto dinámico de la misma a diferencia del aspecto estático que impregna la capacidad jurídica, pues la "aptitud" por parte del sujeto para poner en funcionamiento la titularidad de las relaciones jurídicas que le son otorgadas en virtud de la capacidad jurídica, deberán estar revestidas en algunos casos de una cierta "idoneidad" para determinados actos jurídicos en concretos, por lo que en consecuencia y de una forma implícita, podemos estar graduando la expresada capacidad de obrar. A este concepto de graduación ya nos hemos referido con anterioridad cuando hemos abordado las tesis de otros autores[134], así como de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947.

PUIG BRUTAU y PUIG FERRIOL[135], en la línea de lo que hemos venido exponiendo, relacionan la capacidad de obrar en función de las cualidades de la persona, cualidades y circunstancias que no son iguales en las mismas, y por tanto, a diferencia de la capacidad jurídica que entendemos y defendemos que es igual a todas las personas por el solo hecho de serlo, resulta evidente que la expresada capacidad de obrar será diferente y variable dependiendo de la persona que la ejercita. Estos autores, señalan como características aplicables dentro de la repetida capacidad de obrar, aparte de la variabilidad como consecuencia del estado civil de la persona, la posibilidad que puede darse en relación con la misma mediante la aplicación de la figura de representación legal (exceptuándose en esta forma de representación las relativas a los actos personalísimos, como por ejemplo el de realizar testamento entre otros), y ello, en los supuestos donde la capacidad de obrar de la persona es prácticamente nula como mecanismo articulador para el ejercicio de derechos o de asunción de obligaciones por parte de la misma. Por último, y como uno de los presupuestos que también son atribuibles o compartidos con la capacidad jurídica, tenemos que la regulación de ambas queda fuera o excluida del ámbito de actuación de la autonomía de los sujetos.

Otros autores, como LETE DEL RÍO[136], parten del momento temporal del nacimiento de la persona con todos sus requisitos legales, y por ello entiende que *"la capacidad jurídica es la aptitud que el Derecho reconoce a toda persona para ser sujeto de relaciones jurídicas",* o dicho de otro modo, como *"titular de derechos y obligaciones"*. Asimismo, la "aptitud" a que se refiere el autor significa que la titularidad de un determinado derecho reconoce implícitamente la aptitud para tenerlo, pero sin que ello implique a su vez la tenencia efectiva de derechos patrimoniales, puesto que una persona y, según hemos visto con anterioridad, por el solo hecho de serlo se le reconocen una serie de derechos inherentes a la misma, pero por otro lado, puede carecer de derechos patrimoniales, aunque si tiene "aptitud" para ser titular de los mismos.

[133] PUIG BRUTAU, J. y PUIG FERRIOL, L., Fundamentos de Derecho…, op.cit. pág. 276.
[134] Podemos citar a DE CASTRO.
[135] PUIG BRUTAU, J. y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos de Derecho…,* op.cit. pág. 279.
[136] LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de la persona…,* op.cit. pág. 25.

No obstante, como señala LETE DEL RÍO[137], dicha capacidad de obrar también se corresponde con la persona por su propia naturaleza, si bien, dentro de esta si se presentan factores por la cual pueda no ser igual en todas, pues la misma puede faltar o estar acotada en determinado supuestos, como por ejemplo, la capacidad de un menor, o de una persona que sea declarada incapaz, es decir, personas que poseen una capacidad jurídica en su máxima extensión, pero no obstante, no poseen una suficiente capacidad de obrar para determinados actos.

En relación con el primero de los supuestos mencionados, podemos citar el acto de no poder otorgar testamento o el de comparecer en juicio, y en lo que respecta al segundo de los ejemplos señalados, lo tenemos en la falta de la preceptiva capacidad de obrar de la persona en cuestión, por lo que será necesaria que en la correspondiente sentencia firme, se recojan de una forma exhaustiva y detallada aquellos actos en los que será necesaria la concurrencia de un "curador" o "tutor" como ocurre en nuestro Derecho civil, o de un "asistente" por citar un Derecho foral como es el Derecho catalán, o bien, y dentro del ámbito del Derecho comparado, como ejemplo representativo de diversos ordenamientos europeos en relación a este ámbito, mediante la figura de un "protector" como es el caso del Derecho alemán, o de la "persona de confianza" o también llamado "asistente" como es el supuesto del Derecho belga, entre otros.

En conclusión, LETE DEL RÍO, expone que si bien la capacidad jurídica se establece por el hecho de ser persona, en la capacidad de obrar se deberán dar los requisitos de inteligencia y voluntad, esto es, la llamada "capacidad natural de entender y querer". Es aquí el origen de la distinción entre personas "capaces" o "incapaces" (concepción terminológica ya superada actualmente). No obstante, y como mecanismo de seguridad jurídica, ya que de otro modo sería imposible establecer la certeza de que una persona tiene capacidad de obrar válida para desarrollar ciertos actos o negocios jurídicos, se establecen por parte del ordenamiento jurídico unos requisitos de carácter objetivo, que presuponen dicha capacidad de obrar de la persona, como por ejemplo, la mayoría de edad o capacidad natural. Es por ello, que la capacidad de obrar en su concepción amplia, este supeditada al estado civil de la persona.

Para concluir el presente epígrafe, hemos podido observar junto con las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar de la persona, otras capacidades más especiales en función de los actos a realizar, como por ejemplo, el de contraer matrimonio por un menor de edad[138] o en lo relativo a la capacidad de testar.

---

[137] LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de la persona…*, op.cit. pág. 26.

[138] El artículo 46 del Código Civil establece los requisitos de carácter personales para contraer matrimonio, señalando su apartado 1º que no pueden contraer matrimonio "Los menores de edad no emancipados". La edad para poder casarse en España fue objeto de modificación por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, que entró en vigor el día 23 de julio de 2015 y fue publicado en el Boletín Oficial del Estado (núm.158) con fecha 3 de julio de 2015, y en la cual, se aumentaba la edad para contraer matrimonio de catorce años a dieciséis años, y ello de acuerdo a una petición que la Organización de las Naciones Unidas hizo a España en aras de poder equilibrar e igualar dicha edad con las edades permitidas en otros países europeos, y cuya media se corresponde con la referida edad de dieciséis años. Así tenemos países europeos, que aun teniendo la edad mínima para casarse en dieciocho años, permiten el matrimonio a edades más tempranas como la de dieciséis años, como el caso de Italia (si bien reseñar que entre dieciséis y dieciocho años además de obtener el permiso paterno, se debe obtener una autorización por el Tribunale per i Minorenni (Tribunal de menores)) o bien países que han retrasado o aumentado más la edad para contraer matrimonio, con una edad mínima de dieciocho años, como el caso de Francia (que aumento la

En este sentido, autores como RUIZ DE HUIDOBRO[139], destaca la necesidad de mantener un concepto unitario de capacidad jurídica, considerada *"in abstracto"*, y de este modo poder conservar íntegro su significado, esto es, *"la capacidad jurídica como pura posibilidad genérica de ser sujeto jurídico, pone de manifiesto la cualidad de la persona en cuanto tal persona que se concreta en su apertura genérica a la subjetividad; esta apertura le confiere su preminencia o su señorío sobre el Derecho por cuanto todas las titularidades jurídicas se atribuyen y sirven a la personas (aunque sea en algunos casos mediatamente)"*. En consecuencia, advierte el autor que si se admitiese calificar la capacidad jurídica con un adjetivo en función de aquellos especiales requerimientos que una específica relación exige, como por ejemplo y según cita el mismo, la capacidad jurídica laboral, o en nuestro caso, la capacidad jurídica testamentaria, corremos el riesgo de convertir la capacidad jurídica en un concepto auxiliar de tal relación de la cual persona tendría aptitud para ser sujeto, y *"entonces, la capacidad jurídica, más que denotar una cualidad de la propia persona, denotaría aquello que una relación concreta exige a su titular, dejando de ser expresión de la forma de ser o estar para o frente al Derecho, propia de la persona, que le dueña y señora del Derecho"*.

Este autor, señala, que la exclusión de la titularidad de determinadas relaciones jurídicas, no tiene su origen en la consideración del individuo como persona, sino en otro tipo de circunstancias, las cuales, no deben menoscabar su dignidad ni el libre de desarrollo de la personalidad. Estas circunstancias que excluyen la titularidad de las relaciones jurídicas las deberíamos enmarcar en la propia naturaleza de la relación en cuestión, como por ejemplo, la no admisión al trabajo de los menores de dieciséis años, o la no posibilidad de testar a los menores también de dieciséis años.

En cuanto a la capacidad de obrar que analiza este autor, definida como la *"aptitud para realizar con eficacia plena actos jurídicos o ejercitar derechos"*, cabe destacar el grado de discernimiento que el ordenamiento señala a los individuos para poder realizar determinados actos con transcendencia y efectos jurídicos. Es por ello necesario para poder valora que grado de entendimiento puede exigírsele a un individuo, valorar la transcendencia jurídico-social del acto en cuestión. La base de este planteamiento, radica, en que la posibilidad de graduación que lleva consigo la capacidad de obrar, y por ello, para poder establecer la capacidad de obrar de la persona habrá que estar a su grado de discernimiento, el cual vendrá determinado por su aptitud para entender y querer, cualidades sobre las que la madurez y existencia o no de determinadas enfermedades, especialmente de tipo mental, marcarán la posibilidad o no de realizar el acto, como por ejemplo, el otorgamiento de un testamento por parte de una persona con discapacidad intelectual.

---

referida edad legal en el año 2005), así como de Alemania (que en 2017 publico la "Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen" - Ley para la lucha de matrimonios de menores edad - en el Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 48, ausgegeben zu Bonn am 21. Juli 2017 - Boletín Federal Legislativo, Año 2017, Sección I, número 48, emitido en Bonn el 21 de julio de 2017 - y o por último, el caso de Dinamarca (modificada también dicha materia por una Ley promulgada en el año 2017) entre otros. Por último, tenemos la creencia de que las edades para contraer matrimonio irán en aumento progresivamente, al menos hasta el límite de dieciocho años.

[139] RUIZ DE HUIDROBO, J.M., *"Derecho de la persona, Introducción al Derecho Civil"*, II. Derecho de la Persona, 2ª ed. agosto 2018, 2ª reimpresión actualizada julio 2020, Ed. Dykinson, S.L. Madrid, págs. 155 y ss.

Como resultado de todo lo expuesto, y ante el evidente mal funcionamiento y discrecionalidad en materia de capacidad de la persona que se venía aplicando, se hacía necesaria un profunda reforma en la aplicación del sistema de incapacitación así como de protección de la persona, donde la graduación de la capacidad de la persona dentro de la sentencia de incapacitación y que instauró la transcendental sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947, adquiriesen la importancia que se venía reclamando por parte de la mayoría de la doctrina, presupuestos que asimismo fueron la semillas y el germen para la configuración del nuevo modelo en materia de capacidad de la persona y que se llevó a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

Esta Ley de 1983 va a tener muy presente los pronunciamientos que hasta entonces había venido realizando el Tribunal Supremo en materia de graduación de la sentencia. Vemos aquí ya un viso de los principios que abordaremos más adelante dentro del estudio del artículo 12 de la Convención y de los principios que inspiran la reforma que ha llevado a cabo la Ley 8/2021, y cuyo análisis también abordaremos, y que se reflejan por ejemplo en el principio de proporcionalidad, y en términos actuales, de proporcionalidad de la medida y su reflejo en el apoyo necesario por la persona para realizar el acto en cuestión.

Vamos a continuación a analizar si la reforma que se produjo del Código Civil en esta materia, fue suficiente para dar una solución a las necesidades de la época que se venían demandando en materia de capacidad de la persona y de instituciones de protección de la misma, o si por el contrario, fue una reforma que se quedó a medias en los aspectos que pretendía regular, y por ende, en papel mojado.

I.1.3.3. La doctrina inmediatamente anterior y posterior a la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de Código Civil en materia de capacidad de la persona

El sistema de graduación en materia de incapacitación que fue recogido por la icónica sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947, así como las críticas vertidas por la doctrina en relación con la regulación que se hacía en materia de capacidad en el Código Civil, reflejadas las mismas en la complejidad de los procedimientos y mecanismos del sistema de tutela, especialmente en lo relativo al consejo de familia, la falta de protección de los intereses del tutelado, la necesidad de dejar separados los ámbitos de carácter personal y de carácter patrimonial de las personas con discapacidad, y en unión todo ello de los cambios sociales y políticos que se estaban produciendo en nuestro país, como por ejemplo, el cambio de paradigma que se estaba produciendo al modelo de familia que hasta entonces estaba instaurado, basado el mismo en un sistema patriarcal, así como la aparición de nuevas enfermedades y deficiencias que afectaban a la persona, fueron los elementos y circunstancias que planteaban la necesidad de una urgente reforma en materia de capacidad de la persona. En virtud de lo expuesto, se produce la ansiada reforma, la cual quedó plasmada en la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del Código Civil.

Como exposición de las líneas generales que conformaban el nuevo sistema en materia de capacidad y de protección de la persona que instauraba esta Ley 13/1983, de

24 de octubre de reforma del Código Civil, vamos a señalar los siguientes principios rectores que establecía la misma.

La reforma operada por esta Ley 13/1983, de 24 de octubre, introduce en nuestro ordenamiento un sistema proteccionista de la persona con discapacidad, puesto que ya no solo se pretende incapacitar sin más como respuesta ante la falta de capacidad de obrar de una persona que posea una determinada enfermedad o deficiencia física o psíquica, sino que dentro del espíritu de dicha incapacitación subyace la idea de protegerla. Se opta por un sistema donde impera una incapacitación graduable y flexible y en el que se tenga en cuenta las necesidades de protección de esa persona. La instauración de este sistema protección llevado a cabo por la reforma, motivó un cambio en la configuración del sistema de tutela, pues antes la tutela era ejercida dentro del ámbito familiar y estaba representada por las figuras del tutor, protutor y el consejo de familia. En cuanto a esta última figura, señalar que su constitución revestía un procedimiento demasiado complicado, lo que explica su escasa utilización, y a su vez, prevalecían más los intereses de la familia que los del propio tutelado.

El nuevo sistema optó por un mecanismo de protección donde es necesario la intervención de la autoridad judicial, y de este modo lograr mejores garantías y evitar las circunstancias de abusos y debidas influencias que se generaban en el sistema anterior. Queremos llamar la atención en cómo siendo este cambio de modelo tutelar una de las propuestas novedosas que recogía esta reforma del Código Civil de 1983, la reforma ahora operada por la Ley 8/2021, vuelve otra vez a una preferencia del entorno familiar y cercano de la persona con discapacidad para que dispensen los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Las nuevas formas de protección que se instauraron a partir de la reforma el Código Civil fueron la tutela, la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial.

Esta pluralidad abarca desde su vertiente más rígida, la cual queda representada en la figura de la tutela o representación legal, o lo que podríamos llamar incapacitación total, a un ámbito de carácter más patrimonial o de complemento de capacidad para determinados actos, como es la institución de la curatela, que se correspondería con la incapacitación parcial, siguiendo por escenarios menos invasivos en cuanto a la autonomía de la voluntad de la persona, como son la guarda de hecho o la intervención de un defensor judicial, este último para actos concretos y como consecuencia de producirse un conflicto de intereses. Cuestión controvertida y actual dentro de la doctrina civil, es si en el momento actual estas instituciones de protección de la persona y que instauró esta reforma, son conformes y respectan los principios promulgados y el espíritu de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, o si por el contrario, dichas instituciones deben ser objeto de supresión o modificación en su estructura y contenido para ser reconvertidas en instituciones más en línea y consonancia con los postulados que emanan de dicha Convención.

Sin embargo, desde la entrada en vigor de la reforma del año 1983 y dentro de este ámbito de la protección de la persona, se ha producido un desajuste a la hora de utilizar estas instituciones como instrumentos de defensa de sus derechos e intereses, pues como ha quedado demostrado a lo largo de los años desde su entrada en vigor, se puede constatar un excesivo y en ocasiones injustificado uso de la tutela como sistema elegido

para desempeñar esta función de protección en materia de capacidad de la persona, relegando a la institución de la curatela a un ámbito de aplicación típicamente patrimonial, y dejando como instituciones residuales la guarda de hecho y el defensor judicial, si bien, esta última, si tiene un campo de aplicación muy propio por su naturaleza.

Esta reforma del año 1983, tuvo también como pilares fundamentales lo preceptuado por los artículos 199 y 200 del Código Civil, los cuales ahora han sido modificados por la Ley 8/2021. El artículo 1 de esta Ley fue el encargado de modificar dichos preceptos, los cuales pasan a regular el núcleo central de las causas de incapacitación de la persona. En primer lugar, el Código Civil parte de la presunción de que todas las personas tienen capacidad de obrar plena, salvo que se demuestre lo contrario. Dentro del artículo 199 del Código Civil, se establecía que *"Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley"*.

Una de las primeras características a destacar de este precepto es el carácter judicial del mismo al establecer como primer elemento imprescindible en un proceso de capacidad de la persona la necesidad de una sentencia judicial firme, lo que inexorablemente marcará las debidas y suficientes garantías del proceso[140], y ello de acuerdo con las causas establecidas en la ley, es decir, a nadie se le puede privar del ejercicio de su capacidad jurídica según señala la Convención, o en terminología propia de nuestro Derecho interno, de la llamada capacidad de obrar si no existe previamente una sentencia judicial firme y la misma no está motivada sobre las causas recogidas por ley.

Otro de los principios a reseñar, es el cambio de paradigma que se produce en cuanto a las causas de incapacitación que se recogían en la redacción anterior del Código Civil. El artículo 200 optó por una regulación de las causas de incapacitación de una forma más genérica y amplia, en las que desaparecen las causas tasadas de la regulación anterior, y en las que imperan una serie de atributos o presupuestos como el de persistencia y el impedimento de la persona para gobernarse por sí misma. Se advierte en este precepto que no nos encontramos ante una lista cerrada de enfermedades o deficiencias persistentes, sino que lo que se obtiene de su lectura son los citados presupuestos de persistencia en el tiempo e impedimento para gobernarse por parte de la persona por sí misma como puerta de entrada a las diferentes y numerosas enfermedades que puedan afectar la capacidad.

Dos notas que analizaremos más adelante serán la persistencia y la imposibilidad de gobernarse por sí mismo y que constaban dentro del artículo 200 del Código Civil, aspectos éstos que ahora ya no son tenidos en cuenta como consecuencia del cambio a un modelo de Derechos humanos y social en detrimento de este modelo médico-rehabilitador que operaba en esa época.

Este carácter de esencialidad al que hemos aludido, tienen entre otros muchos, ejemplos jurisprudenciales en este sentido, entre ellos, la sentencia de la Audiencia

[140] Podemos completar en relación con el proceso de modificación de la capacidad, que el mismo ya fue objeto de importantes modificaciones, y fruto de ello fue la reforma llevada a cabo en el año 2000 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente del Capítulo II que consta con el título "De los procesos sobre la capacidad de las personas" y ubicado en el Libro IV.

Provincial de Madrid, Sección número 24, 138/2018, de 20 de febrero, cuyo ponente fue el Magistrado Ángel Sánchez Marco, en la cual, en el fundamento de derecho primero, se establece que: *"Conforme el criterio reiterado mantenido en materia de in*capacidad *por esta misma Audiencia, la base fáctica* de la *incapacitación según lo dispuesto en el artículo 199 del Código Civil, son las enfermedades o deficiencias presentes, de carácter físico o psíquico, que impiden a la* persona *gobernarse por sí misma, como precisa el artículo 200 del Código Civil y como matiza el T.S., y si es así, con declaración judicial que declare la falta de aptitud para gobernarse por sí misma, siempre que la enfermedad o deficiencia sea constante, entendida como permanente hacia futuro, restringiendo la* capacidad de las personas *físicas en la medida que se acredita la deficiencia física o psíquica, siendo necesario destruir la presunción relativa a la* capacidad *mental que se ostenta mientras no se prueba lo contrario, preceptos que deben ser valorados con un sentido restrictivo por la importancia y valor vital que representa para la* persona *en su* capacidad *civil y* de obrar*."*.

Asimismo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección número 22, 764/2019, de 27 de septiembre, cuya ponente fue la Magistrada María del Rosario Hernández Hernández, en el fundamento de derecho segundo, se señala lo siguiente: *"Con carácter previo al examen* de la *problemática sometida a la consideración de este Tribunal, es necesario señalar, conforme el criterio reiteradamente mantenido en materia de in*capacidad *por esta misma Audiencia, sentencias, entre otras, de 10 de enero de 2003, que la base fáctica* de la *incapacitación, según lo dispuesto en el artículo 199 del Código Civil, la constituye la enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impide a la* persona *gobernarse por sí mismo, como precisa el artículo 200 y como matiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues si ello es así, es necesaria una decisión judicial que declare la falta de aptitud para gobernarse por sí mismo, siempre que la enfermedad o deficiencia sea constante, entendida como permanencia hacia el futuro (sentencias de 31/12/91, 31/10/94, 19/2/96). Ciertamente, es posible restringir la* capacidad de las personas *físicas en la medida que se acredite la deficiencia física o psíquica, siendo preciso destruir la presunción relativa a la* capacidad *mental, que se ostenta mientras no se demuestre lo contrario, por lo que es preciso aportar los medios probatorios necesarios, concluyentes y rotundo, dada la trascendencia* de la *resolución al respecto en tanto que se priva a una* persona *de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial. En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 760* de la *Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia que declare la in*capacidad *determinará la extensión y los límites de esta así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado."*.

Otro ejemplo en el sentido de lo que venimos exponiendo, lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección número 22, 762/2018, de 28 de septiembre, cuya ponente fue la Magistrada María del Rosario Hernández Hernández, que señala lo siguiente: *"[…] es necesario señalar, conforme el criterio reiteradamente mantenido en materia de in*capacidad *por esta misma Audiencia, sentencias, entre otras, de 10 de enero de 2003, que la base fáctica* de la *incapacitación, según lo dispuesto en el artículo 199 del Código Civil, la constituye la enfermedad o deficiencias persistente de carácter físico o psíquico que impiden a la* persona *gobernarse por sí mismo, como*

precisa el artículo 200 y como matiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues si ello es así es necesario una decisión judicial que declare la falta de aptitud para gobernarse por sí mismo, siempre que la enfermedad o deficiencia sea constante, entendida como permanencia hacia el futuro (sentencias de 31/12/91, 31/10/94, 19/2/96). Ciertamente, es posible restringir la capacidad de las personas *físicas en la medida que se acredite la deficiencia física o psíquica, siendo preciso destruir la presunción relativa a la* capacidad *mental, que se ostenta mientras no se demuestre lo contrario […].”*.

Así pues, la reforma llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre del Código Civil, configuraba a partir de ese momento un cambio de paradigma en relación con las causas de incapacitación, promoviendo un régimen más abierto y genérico en relación a las mismas.

Por consiguiente, el nuevo modelo en materia de discapacidad iba a sustentarse en tres ejes o núcleos principales; por un lado, la concurrencia necesaria de una incapacidad de carácter natural que recaiga sobre la persona, ya sea esta una enfermedad o deficiencia de carácter psíquico o físico; en segundo lugar, el atributo de la persistencia[141], y ello de forma prolongada; y en tercer lugar, y como consecuencia de la enfermedad o deficiencia que se sufra, impidan o limiten el autogobierno de la persona.

En cuanto a las enfermedades o deficiencias que producen la incapacidad de autogobernarse por parte de la persona, nos parece clarificador la clasificación que realiza en este sentido SANCHO GARGALLO[142], las cuales son asimismo recogidas por la doctrina y jurisprudencia:

En primer lugar podríamos denominar las deficiencias mentales u oligofrenias, y entre las que pueden distinguirse cuatro grados: leve o ligero (con un Coeficiente de Inteligencia que abarcar desde 50-55 a 70); moderado o medio (con un Coeficiente de Inteligencia entre 35-40 y 50-55); grave o severo (que conlleva un Coeficiente de Inteligencia entre 20-25 y 35-40); y por último, un grado profundo (con un Coeficiente de Inteligencia inferior a 20-25). Por lo tanto, se hará preciso una valoración lo más real y efectiva posible del defecto intelectual y volitivo, y ello en relación con los aspectos y exigencias de carácter personal y patrimonio de la persona.

---

[141] En este sentido tenemos la sentencia del Tribunal Supremo 469/1998, de 19 de mayo de 1998, cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O´Callaghan Muñoz, concretamente su fundamento de derecho segundo, párrafo segundo. Asimismo, también se puede reseñar en la misma línea la sentencia del Tribunal Supremo 1082/2002, de 20 de noviembre de 2002, cuyo ponente fue el Magistrado Don Luis Martínez-Calcerrada Gómez, en la cual, por medio de su fundamento de derecho quinto se establece: *“se interpone al amparo del art. 1692.4º de la Ley adjetiva, por infracción del art. 200 del C.c., y la Doctrina Jurisprudencial que lo complementa. El precepto legislativo que se declara infringido tasa las causas de incapacitación por 'enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico y psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma', añadiendo la doctrina jurisprudencial que dichas deficiencias deben tener, además, proyección de futuro, o sea, que la situación tienda a estabilizarse o empeorar, no como sucede en el caso de autos, donde la mejoría progresiva es una circunstancia apreciada, no sólo por los Peritos Médicos, sino también por los Tribunales que ha enjuiciado el caso, que aprecian una evolución favorable progresiva, la cual desvirtúa los requisitos del artículo citado, con las características que ha complementado la Doctrina Jurisprudencial, apreciaciones que el Tribunal en evidente contrasentido no realiza, y nos dictamina una sentencia injusta que nos obliga a oponer el motivo del recurso.”*.

[142] SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela (conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil),* con la colaboración de Teresa Sol Ordis, Médico Forense, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 37 y ss.

En segundo lugar, las demencias o las deficiencias intelectuales adquiridas, y cuya sintomatología queda representada en los siguientes supuestos: amnesia o pérdida de memoria manifestado en sus diferentes estadios; la pérdida de juicio crítico, afectando este a los juicios lógicos y en atención a la realidad; la desinhibición o pérdida de la capacidad de control de impulsos; el deterioro intelectual de la persona; el empobrecimiento del pensamiento; las personas que representan labilidad afectiva con fácil transición de un estado a otro, como por ejemplo de la alegría a la irritabilidad; modificación de la personalidad con acentuación de rasgos premórbidos; trastornos delirantes; así como otros rasgos asociados con fallos cognitivos, como por el ejemplo el exceso de orden. Dentro de este tipo de enfermedades y sobre su valoración sobre la afectación de la capacidad civil de la persona, queremos llamar la atención sobre la importancia de los llamados intervalos lúcidos, periodos donde la persona, como consecuencia del tratamiento médico que siga, o, por el proceso de la enfermedad, adquiere la capacidad necesaria para realizar actos de transcendencia jurídica, como por ejemplo el de otorgar testamento.

En tercer lugar, nos encontramos con los trastornos mentales, los cuales se clasifican en trastornos esquizofrénicos, delirantes o paranoia, bipolar o de depresión mayor.

En cuarto lugar, tenemos los trastornos de la conducta alimentaria, entre los que nos encontramos, la anorexia nerviosa, la bulimia nerviosa.

Y en quinto lugar, las deficiencias orgánicas y funcionales, como por ejemplo la ceguera y sordomudez, limitaciones que no conllevan necesariamente por sí misma una causa de incapacitación, o por ejemplo la afasia, la agnosia o de forma general, muchos casos de parálisis que impiden el contacto con el exterior. Se justifica la falta de capacidad civil motivada por estos casos en que para ser libre y obrar como tal, no solo se tener aptitud para conocer, querer, etc., sino que también se debe poder manifestar y ejecutar la voluntad.

En relación a lo apuntado al final de este último párrafo, esto es, la voluntad de la persona, es un tema sobre el que merece hacer un pequeño inciso, pues esta materia a raíz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha convertido en uno de los pilares de la nueva perspectiva con que debe abordarse la regulación de la discapacidad. Por su extensión e importancia, ha sido profundamente tratado por numerosos autores, y como ejemplo representativo de los mismos, y en consonancia con lo tratado en el presente epígrafe, podemos traer a colación lo expuesto por PEREÑA VICENTE[143], la cual señala que la Ley de 24 de octubre de 1983 consagró un sistema de autoridad huyendo de los abusos del pasado, lo que implicaba excluir de la materia el principio de autonomía de la voluntad. Como consecuencia de ello, y al excluir totalmente la voluntad de la persona dentro del mecanismo de protección de la misma y que instauraba esta Ley, se reveló como contrario al respeto de su dignidad.

[143] PEREÑA VICENTE, M., "La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?, en la versión digital Diario La Ley, núm. 7.691, Sección Doctrina, 13496/201, Año XXXII, Ref. D-333, pág. 3.

La autora señala, que ya en los años 90, se abre paso la idea de que hay que tener en cuenta la voluntad del interesado, y como representación de dicha idea se refiere a la Recomendación del Consejo de Europa de 23 de febrero de 1999, la cual, consagró como el noveno de sus principios el respeto de la voluntad pasada y presente y de los sentimientos del interesado, especialmente en lo que se refiere a la elección de la persona que le debe representar o asistir.

Asimismo, y ya dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la inclusión en el mismo del principio de autonomía de la voluntad en esta materia fue llevado a cabo mediante la Ley de 18 de noviembre de 2003, ley que reguló la autotutela y los poderes preventivos, pero que, tras la aprobación de la Convención de Naciones Unidas de 2006, ha puesto de manifiesto su incapacidad para garantizar el respeto de la voluntad y preferencia de la persona en el diseño de su sistema de protección o apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Dicha Ley ha sido objeto de atención especial por parte de la doctrina y, en el tema que nos ocupa, la capacidad jurídica y de obrar, nada aporta a nuestro estudio por lo que obviaremos mayores referencias a la misma para centrarnos en el que ha sido el verdadero revulsivo en esta materia, esto es, la Convención de Nueva York.

I.2. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona: su influencia en la doctrina civil

La Convención, en su artículo 12, titulado "Igual reconocimiento como persona ante la Ley", regula expresamente el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona. Se observa en la redacción de este artículo la ausencia expresa de terminología propia de nuestra doctrina, esto es, de las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar, y el uso de terminología propia: el ejercicio de la capacidad jurídica.

Una de las primeras consideraciones que debemos tener en cuenta, es la inclusión de la normativa recogida en la Convención como parte de nuestro ordenamiento jurídico[144], constituyendo una materia de obligado cumplimiento y observación por parte del Estado español, y en consecuencia, de aplicación por parte de nuestros tribunales de justicia.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad obtuvo un total de 82 firmas, y de 44 firmas en relación con el Protocolo Facultativo, números que demuestran que fueron muy numerosos los Estados que se unieron a lo promulgado por dicho texto normativo, lo que ha supuesto, que esta Convención haya sido una de las de mayor adhesión que se ha conseguido entre las diferentes Convenciones celebradas por

[144] El artículo 96 de nuestra Constitución Española establece, que: *"1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94."*. Asimismo, el artículo 1.5 del Código Civil establece que: *"Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado."*.

Naciones Unidas. La Convención de Nueva York, ha supuesto un hito hasta ahora desconocido en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, y por consiguiente, de los *"derechos humanos"* de este siglo.

Asimismo, es obligatorio también como parte de esta normativa internacional, la Carta de los Derechos Fundamentales[145], la cual, fue publicada con fecha 14 de diciembre de 2007 en el Diario Oficial de la Unión Europea. Autores como GARCÍA PONS[146], destaca varias preceptos dentro del Título III de dicho texto normativo, como por ejemplo, los artículos 20[147], 21.1[148] así como el artículo 26[149], para conectar directamente con lo regulado por el artículo 12 de la Convención, y que es objeto de análisis en este epígrafe.

Es por ello, que esta Convención de Nueva York supone un faro, una guía en la que debe apoyarse el legislador para poder abordar una correcta regulación de los derechos que afectan a las personas con discapacidad, para de este modo salvaguardar el espíritu que recoge la misma. Estos principios que han inspirado la Convención de Nueva York, deberán ser asimismo recogidos e incorporados dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos de los países que han ratificado la misma, circunstancia ésta que el caso del Estado español se ha realizado por medio de la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

I.2.1. La problemática en torno a la capacidad de obrar como consecuencia de la aplicación de los principios promulgados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Una vez que hemos abordado y expuesto en los anteriores epígrafes el estudio relativo a la capacidad de la persona realizado por parte de nuestra doctrina civil en diferentes momentos históricos-jurídicos, y ello mediante el análisis de las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar, en el presente epígrafe vamos a abordar el instrumento a raíz del cual, algunos autores observan el fundamento sobre el cual basar la supresión de la clásica distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, englobando dentro de la primera las dos capacidades, es decir, que la capacidad jurídica sea tanto la titularidad de los derechos y obligaciones de la persona así como el ejercicio de los mismos.

---

[145] Vista versión consolidada del Tratado Europeo en la página https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506fd71826e6da6.0005.02/DOC_1&format=PDF. Consulta realizada el día 30 de septiembre de 2019.

[146] GARCÍA PONS, A., "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España", en *Anuario de Derecho Civil,* Tomo LXVI, fascículo 1, enero-marzo 2013, pág. 65.

[147] El artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales establece que *"Todas las personas son iguales ante la ley."*.

[148] El artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales establece que *"Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual."*.

[149] El artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales reseña que *"La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad."*.

Este instrumento es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de fecha 13 de diciembre de 2006 y de su protocolo facultativo, y en particular de la regulación que recoge su artículo 12, así como en la controvertida Observación General Nº 1 de Naciones Unidas de fecha 19 de mayo de 2014.

Como consecuencia de la extensión de la materia a tratar, es necesario establecer una hoja de ruta al respecto, y para ello, en primer lugar, abordaremos cómo se interpreta y aplica la Convención, concretamente por medio de su artículo 12 y de lo establecido en la Observación General Nº 1 de Naciones Unidas, la prestación de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, o dicho en otras palabras, cuales son los apoyos necesarios en el ejercicio de la capacidad de una persona cuando dicha capacidad se encuentre afectada. Es por ello, que partiendo de una exposición actual del problema en torno a la clásica distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de la persona, abordaremos la cuestión de si realmente en virtud de la citada Observación General Nº 1, especialmente en lo establecido por su punto 14, se ha eliminado dicha distinción entre ambas capacidad, englobando la capacidad jurídica a la capacidad de obrar, o si por el contrario, está observación realiza una interpretación errónea de lo recogido en el punto 3 de este artículo 12, concerniente a la prestación de los apoyos para el ejercicio de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad.

Seguidamente, llevaremos a cabo un examen jurisprudencial de cómo ha interpretado nuestro Tribunal Supremo lo concerniente al régimen de capacidad de la persona, con especial atención a las causas de incapacitación que establece nuestro Código Civil, así como a la hora de prestar los apoyos para el ejercicio de la capacidad de obrar y real que ostente la persona, y todo ello a la luz de los postulados y principios que promulga la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas y su protocolo facultativo fueron adoptados en la 76ª sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, celebrada en la ciudad de Nueva York el día 13 de diciembre de 2006, la cual, fue firmada el día 30 de marzo de 2007 por el Plenipotenciario de España, ratificada por su Majestad el Rey de España el día 23 de noviembre de 2007, y publicados ambos en el Boletín Oficial del Estado los días 21 y 22 de abril de 2008 respectivamente, entrando en vigor simultáneamente los mismos el día tres de mayo de ese año[150].

La Convención ha supuesto un verdadero hito en el ámbito de la discapacidad, trascendental importancia que es así recogida en la mayoría de trabajos que abordan esta temática, y ello, no solo por el tratamiento que ha realizado la Convención en cuanto al desarrollo de los derechos de índole jurídica que puedan afectar a las personas con discapacidad, sino que la misma ha supuesto un reconocimiento también de una diversidad de derechos recogidos en un elenco de ámbitos donde poder ser aplicados,

[150] Según el Boletín Oficial del Estado de fecha 21 de abril de 2008, núm. 96, pág. 20659, la presente Convención entrará en vigor de forma general y para España el 3 de mayo de 2008 de conformidad con lo establecido en el Artículo 45 (1) de la misma. Dicho artículo 45, que se titula "Entrada en vigor", establece: "*1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión. 2. Para cada Estado y organización regional de integración que ratifique la Convención, se adhiera a ella o la confirme oficialmente una vez que haya sido depositado el vigésimo instrumento a sus efectos, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado su propio instrumento*".

tanto de índole social, política, económica, etc. Reconocimiento éste que no sólo ha quedado limitado a estas esferas o ámbitos a los que nos acabamos de referir, sino que ha ido más allá, hasta la esencia de los derechos que pueden ser reconocidos a una persona, esto es, los derechos fundamentales como por ejemplo la dignidad de la persona, la cual queda representada en el respecto a la autonomía de la voluntad de la persona, a lo querido y manifestado por ella, el efectivo reconocimiento de la igualdad ante las demás personas y ante la ley, la libertad en la toma de decisiones, la no discriminación por razón de la discapacidad, la inclusión de una forma plena y efectiva de la persona con discapacidad dentro de la sociedad de que forma parte, en definitiva, entender la discapacidad no como una enfermedad que motive el aislamiento de la persona sino como una diversidad más, la cual debe ser aceptada y respetada por la sociedad.

En relación con los derechos fundamentales, y en concreto con lo que recoge nuestra Carta Magna, la influencia de la Convención ha tenido varios ejemplos representativos que conviene ahora citar por su relevancia, como por ejemplo el relativo al derecho de sufragio que se recoge en el artículo 23 de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I relativo a los derechos y deberes fundamentales, modificación que ha supuesto un giro transcendental en relación al reconocimiento del derecho de sufragio, tanto en su vertiente activa como pasiva de las personas con discapacidad[151], derecho que se veía frecuentemente limitado y suprimido por parte de nuestros tribunales de justicia en las sentencias dictadas en un procedimiento de incapacitación. El resultado de esta influencia, se ha visto plasmado en la promulgación de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, modificación que concretamente se basa en el efectivo y pleno reconocimiento a las personas con discapacidad expresado literalmente: *"Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera."*.

A su vez, la citada modificación conlleva añadir una disposición adicional octava

[151] El artículo 29 de la Convención de Nueva York que versa sobre la participación en la vida política y pública en relación con las personas con discapacidad, establece literalmente lo siguiente: "Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a: a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante: i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar; ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda; iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar; b) Promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas: i) Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos; ii) La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones.".

a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a los principios de la Convención, por medio de la cual, es reintegrado este derecho de sufragio por ministerio de ley a las personas que han sido privadas del mismo por razón de su discapacidad.

Otro de los artículos que necesariamente debemos tener en cuenta, es el artículo 49 de nuestra Carta Magna, que regula y desarrolla los derechos constitucionales a proteger y salvaguardar en relación con las personas con discapacidad. Esta influencia de los presupuestos y espíritu que se emanan de la Convención y a la que estamos aludiendo, y como consecuencia asimismo de la aprobación y ratificación que de la misma realizo el Estado español, ha supuesto la redacción de un Anteproyecto[152] de reforma de este precepto.

La modificación que se recoge en el Anteproyecto[153] del citado artículo 49, y aún sin haber prosperado el intento en cuanto al cambio de su ubicación dentro de nuestra Carta Magna[154], se podría sintetizar en las siguientes líneas: en primer lugar, en la modificación de ciertos aspectos de carácter terminológico, así como una mayor sensibilidad en el tratamiento de estos términos y que resultan aplicables a este ámbito; en segundo lugar, en el reconocimiento de diferentes ámbitos de protección de las personas con discapacidad; en tercer lugar, en un cambio de paradigma del llamado modelo médico-rehabilitador al llamado modelo social y que defienden diferentes autores[155] en materia de discapacidad; y por último, en la especial atención que se presta a colectivos especialmente vulnerables dentro de la discapacidad, como es el que engloba a las niñas y a las mujeres.

---

[152]El Presidente de la Comisión para las políticas integrales de la discapacidad del Congreso de los Diputados dio traslado a la Vicepresidenta Primera del Gobierno, con fecha 4 de diciembre de 2018, y como resultado de los trabajos previos realizados en el mes de octubre de 2018, dentro del ámbito legislativo y del ámbito ejecutivo, de la propuesta de reforma del artículo 49 de la Constitución Española, la cual fue aprobada en Consejo de Ministros el día 7 de diciembre de 2018, y remitida posteriormente al Consejo de Estado para su correspondiente y preceptivo estudio.

[153] La nueva redacción que hace el Anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española es la siguiente: "1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación. 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad. 3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes. 4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.".

[154] El artículo 49 de la Constitución Española se encuentra ubicado en el Capítulo III del Título I, relativo a los principios rectores de la política social y económica. La solicitud de cambio en relación con este precepto de esta parte de la Constitución a la situada bajo el paraguas de protección de la esfera propia de los derechos fundamentales, fue solicitada por diversos colectivos que engloban a las personas con discapacidad, representados todos ellos en el Comité de Representantes de Personas con Discapacidad, conocido por sus siglas de (CERMI). Este organismo, es la expresión de la sociedad civil española organizada en torno a la discapacidad para la interlocución, la presión y la incidencia políticas. El problema versaba que este cambio de ubicación conllevaría la aplicación del procedimiento agravado, es decir, la consiguiente disolución de las cámaras legislativas y la organización de un referéndum vinculante. No obstante, este artículo podría ser defendido de forma subjetiva mediante el pertinente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por ello, dentro del Anteproyecto, se ha optado por seguir manteniendo este artículo 49 de la Constitución dentro de los llamados "Derechos sociales", pero en armonía y en aplicación con lo preceptuado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

[155] Entre otros, tenemos a BARIFFI, CUENCA GÓMEZ PALACIOS.

La Convención de Nueva York, ha supuesto un hito hasta ahora desconocido en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, y por consiguiente, de los derechos humanos de este siglo. En este sentido de catalogar a la Convención como una Convención de derechos humanos, ha sido reconocido por diversos autores, como por ejemplo DE PABLO CONTRERAS[156], que aprecian en el primer párrafo del artículo 12 de la Convención una reiteración de lo recogido en los artículos 1 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en virtud de los cuales se señala que *"todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos"* y *"todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"* respectivamente.

En este mismo sentido, autores ya citados como MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ[157], observan que este apartado 1 del artículo 12 evoca a la regla recogida en el citado artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual es fácilmente reconducible a las ideas de subjetividad jurídica y capacidad jurídica tal y como son habitualmente entendidas, por lo que en su conjunto vendría a promulgar que *"todos los seres humanos, también los afectados por cualquier discapacidad, tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad"*, esto es, a la consideración de que son sujetos de derechos y sujetos del Derecho.

Dentro de este ámbito de aplicación de los llamados *"derechos humanos"*, autores como PALACIOS y BARIFFI[158] equiparan la discapacidad con una cuestión propia de *"derechos humanos"*, y ello fruto de la lucha constante que ha venido manteniendo el colectivo de personas con discapacidad. Durante muchos años, este colectivo demandaba el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derecho, y en consecuencia, la consideración de estas personas, no como un conjunto de diversas y diferentes prestaciones asistenciales, y sí como fruto de la asimilación de los conceptos desarrollados conforme a un modelo social[159]. En este tipo de modelo, encontramos una sociedad donde sí se reconoce las diversas aportaciones que prestan a la comunidad a la que pertenecen las personas con discapacidad, y ello en atención a las genuinas y diferentes posibilidades de las mismas, y siempre con respeto a su condición de personas. En conclusión a lo expuesto, se tiende a considerar que estas aportaciones adquieren la misma relevancia que las prestadas por parte de las personas que no sufren ningún tipo de discapacidad.

Centrándonos en el tema que nos ocupa, los conceptos de capacidad jurídica y de obrar, algunos autores, han utilizado esta Convención para fijar y fundamentar la ruptura de la clásica dualidad en materia de capacidad de la persona. Dentro de la materia que

---

[156] DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,* en "Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)", vol. 3, (2009), YZQUIERDO TOLSADA (dir.), Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2010, pág. 559.

[157] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención.*…, op.cit. pág. 22.

[158] PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección Telefónica Accesible, Ed. Cinca, Madrid, 2007, pág. 11.

[159] PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*…, op.cit. pág. 19.

nos ocupa, especialmente en lo referente a la capacidad de obrar, vamos a analizar la concepción, interpretación y exposición que han surgido en torno a lo que consideramos el foco del problema, esto es, lo recogido en la Observación General Nº 1, especialmente en lo concerniente a su punto 14, y que a modo de anticipo, podemos adelante aquí, que ha generado dos corrientes de pensamiento claramente diferenciadas: por un lado, tendríamos a un grupo de autores, como por ejemplo GARCÍA RUBIO, PALACIOS, RECOVER BALBOA, que entienden que el concepto de capacidad jurídica engloba al de capacidad de obrar, y por tanto, esta queda suprimida y contenida dentro de aquella, y en consecuencia, está nueva capacidad jurídica no permite ningún tipo de limitación, acotamiento o supresión; y por otro lado, la corriente de pensamiento en la que autores como PEREÑA VICENTE o CUADRADO PÉREZ[160] que entiende que dicha Observación General confunde y no distingue lo relativo a ambas capacidad, mientras que la Convención sí las distingue.

La importancia de la problemática que acabamos de exponer, quedó reflejada y estuvo presente en el proceso de elaboración del artículo 12 de la Convención, cuyos intensos debates entre los países miembros, estuvieron a punto de hacerla peligrar. Autores como GARCÍA PONS[161], centran la discusión en la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y respecto de la cual, señala que algunos países defendían el pleno reconocimiento y garantía tanto de una capacidad como de otra, mientras, y otro grupo de países por una referencia exclusiva a la capacidad jurídica sin ninguna mención a la capacidad de obrar. El autor pone como ejemplo de países del primero grupo, a los países occidentales tanto de Europa como de América, y como ejemplos representativos del segundo grupo, a los países islámicos, China y Rusia.

En este sentido, SALAS MURILLO[162], concreta la anterior clasificación y destaca tres grupos de países en relación con la problemática que genera la aplicación del artículo 12 de la Convención y los efectos jurídicos que produce sobre el Derecho interno de los países que ratificaron dicha Convención. Para abordar el estudio concerniente a la capacidad de obrar, debemos partir primeramente del empleo utilizado en la redacción de la Convención, y por ello, si utilizamos la versión en inglés de la misma, nos encontramos con la expresión *"legal capacity"*, la cual, ha de entenderse referida a la capacidad de goce o disfrute, pero no a la de ejercicio o de obrar. La autora señala como ejemplo de estos países el caso de Egipto, Siria, Kuwait, Estonia, Polonia, Singapur, Venezuela y México. Asimismo, habría un segundo grupo de países, como son Australia, Canadá o Noruega, que aceptan el cambio de paradigma que contempla este artículo 12 de la Convención, pero con la salvaguarda de que en determinadas situaciones de carácter excepcional, el Estado pueda mantener ciertas medidas jurídicas de decisión sustitutiva. Por último, esta autora recoge un tercer grupo de países, como Francia y los Países Bajos,

---

[160] CUADRADO PÉREZ, C., "Modernas perspectivas en torno a la discapacidad", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XCVI, Enero-Febrero 2020, núm. 777, págs. 31-32.

[161] GARCIA PONS, A., "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las Personas…", op.cit. pág. 67.

[162] DE SALAS MURILLO, S., "Significado jurídico del <<apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica>> de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 5, Mayo 2018, págs. 107-108.

los cuales, mediante determinadas reservas a otros preceptos de la Convención, como por ejemplo, los artículos 14, 15, 23 o 29, hacía que de modo indirecto supusiese una reserva al artículo 12.

En nuestro caso concreto, el Estado español no realizó ningún tipo de reserva a los postulados de la Convención, y como señala esta autora podría pensarse que queda excluida toda posibilidad de decisiones sustitutivas. Vamos a analizar ahora con más detalle el artículo 12 de la Convención y las diferentes interpretaciones que del mismo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia para poder llegar a conclusiones válidas sobre las implicaciones que tiene para nuestro sistema de protección y para la reforma que del mismo acometemos.

I.2.2. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La problemática en la interpretación y aplicabilidad en torno al ejercicio de la capacidad jurídica

I.2.2.1. Interpretación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica

Es conveniente como punto de partida y, antes de entrar a analizar el concepto e interpretación que se ha hecho en relación a la capacidad de obrar dentro del artículo 12 de la Convención, exponer a continuación la redacción literal de este precepto, y cuyo contenido es el siguiente:

"1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. 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.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de

condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

Después de una primera lectura del precepto podemos resaltar del mismo los siguientes aspectos: en primer lugar, el reconocimiento como no podía ser de otra manera de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad que establece su punto primero. En este ámbito de la personalidad jurídica, ya hemos tenido ocasión de analizar con anterioridad dentro del presente trabajo, el estudio de conceptos como el de persona o personalidad, y cuyo ejemplo representativo, ente otros, lo podemos encontrar en la definición planteada por autores como BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO[163], quien aparte de indicar que el ser humano es reconocido como persona ante cualquier ordenamiento jurídico, atribuye a la persona los derechos fundamentales que le son propios, los cuales podemos representar, entre otros, por derechos relativos a la vida, igualdad, libertad, derecho al honor y la fama, a la intimidad personal y la imagen, estos últimos estrechamente relacionados con los que le preceden.

También en esta línea, podemos recordar las diversas teorías que defendía DE CASTRO*[164]*, y que conformaban el derecho o los derechos sobre la propia persona, adquiriendo en este ámbito un gran protagonismo la *"Teoría del derecho de la personalidad"*, teoría que se desdobla en dos direcciones; la primera de ellas, se corresponde en la consideración de la personalidad como una afirmación en sí misma de la dignidad de un ser racional y que actúa libremente, poniendo como límites temporales a este derecho el del nacimiento de la persona como comienzo y, el de la muerte de la misma, como extinción del derecho de la personalidad; y en cuanto a la segunda de las direcciones, se establece la consideración de la persona como objeto, si bien indica DE CASTRO que, en cuanto se abarca la protección de su contenido, la misma se manifiesta en una pluralidad de facultades o derechos.

Dentro de lo regulado por el segundo punto de dicho artículo 12 de la Convención, se conmina a los Estados Partes a reconocer en relación con las personas con discapacidad, la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas. En este sentido conviene recordar y traer a colación las palabras de GULLÓN BALLESTEROS[165]: *"Sabemos que la capacidad jurídica es la aptitud que posee toda persona para ser sujeto de derechos y deberes mientras que la capacidad de obrar es la aptitud de la persona para obrar eficazmente en el ámbito jurídico. La capacidad jurídica no es más que expresión de la igualdad y dignidad de la persona que resalta la Constitución Española. Es por tanto la misma durante toda la vida, uniforme, inmune a graduaciones o modificaciones. Es la que hace al hombre sujeto de Derecho, reflejo de su personalidad y a ella necesaria e inmediatamente conectada. En nada se ve afectada por las circunstancias personales del individuo. La capacidad jurídica no se concede, es una necesidad derivada de la misma personalidad humana. Es verdad que el*

[163] BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R., *Derecho de la Persona*..., op.cit. págs. 195-196.
[164] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los llamados derechos de la…", op.cit. pág. 1.251.
[165] GULLÓN BALLESTEROS, A., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar*, en la obra colectiva "Los discapacitados y su protección jurídica", (dirs.) GONZÁLEZ POVEDA, P., y PICÓN MARTÍN, J., Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, año 1999, págs. 13-14.

ordenamiento jurídico ha negado la capacidad jurídica a determinada clase de personas, como los esclavos. Pero es una fase superada en la historia de Occidente. Si la capacidad jurídica (es) el reflejo directo de la personalidad, la capacidad de obrar la presupone, pero exige un mínimo de madurez en el sujeto para cuidar de su persona y bienes. Ha dicho Falzea que la capacidad de obrar va ligada principalmente al interés del sujeto que actúa. De ahí que la capacidad de obrar frente a la capacidad jurídica admite graduaciones, porque no son iguales las condiciones de madurez en todas las personas, o si se quiere, su capacidad de entender y querer".

Autores como DE PABLO CONTRERAS[166], entienden que este apartado 2 del artículo 12 de la Convención es perfectamente compatible con lo regulado por nuestro ordenamiento jurídico en materia de discapacidad. El autor, parte de una síntesis en relación con nuestro ordenamiento jurídico, al señalar que el mismo afirma o reconoce la capacidad jurídica de todas las personas, pero con la limitación que en ciertas ocasiones se aplica sobre la capacidad de obrar. Apreciamos tres niveles en relación con la graduación que hace el autor en referencia a la capacidad de obrar; como un primer nivel, establece la capacidad de obrar plena, que queda identificada por ejemplo en la figura del mayor de edad, persona que es capaz para todos los actos de la vida civil, por tener la capacidad natural de conocimiento y voluntad libre que se hace necesaria para la realizar de forma válida y eficaz actos jurídicos, y ello, como resultado de haber alcanzado una madurez suficiente para entender; como un segundo nivel, amplia y extiende esta capacidad de obrar plena a la figura representada por el menor emancipado para la realización de ciertos actos jurídicos patrimoniales, aunque para ello necesite o sea preciso el consentimiento de sus padres, o en defecto de estos, de su curador; y como último nivel y, en sentido contrario a los dos niveles reseñados, señala la restricción que puede afectar a la capacidad de obrar, y ello, en virtud de una sentencia judicial firme de incapacitación como consecuencia del padecimiento de *"enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma"*.

De acuerdo con el esquema que acabamos de reseñar, este autor entiende que la capacidad jurídica no es otra cosa que la *"aptitud abstracta o genérica para ser sujeto de derechos subjetivos y obligaciones o deberes jurídicos"*, y que la misma ya es reconocida por nuestro ordenamiento a todas las personas sin distinción ni discriminación alguna, ya sea esta por razón de minoría de edad o por padecer algún tipo de minusvalía o discapacidad, y por ello afirma, que le parece perfectamente compatible el sistema que recoge dicho ordenamiento jurídico con los principios que promulga la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por medio de este artículo 12, y concretamente, por lo consignado en su párrafo segundo, que atribuye a las personas con discapacidad la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas en todos los aspectos de su vida o proyecto vital.

[166] DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención*..., op.cit. pág. 562.

Asimismo, y en lo referente a los dos primeros párrafos de este artículo 12 de la Convención, GARCÍA PONS[167] interpreta que cuando los mismos aluden a los conceptos de personalidad jurídica y de capacidad jurídica, se refieren a la aptitud de toda persona de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas, lo cual coincide con el concepto clásico de la llamada capacidad jurídica; mientras que, los siguientes párrafos tercero y cuarto se están refiriendo al ejercicio de su capacidad jurídica, esto es, a la capacidad de ejercicio efectivo o con eficacia en Derecho, y lo que podríamos denominar como el clásico concepto de la capacidad de obrar. Este autor[168], en referencia al concepto de personalidad jurídica, señala que el mismo es un requisito previo a otros derechos, y puesto el mismo en relación con el primer párrafo del artículo 12 de la convención, señala que el referido derecho que se atribuye a las personas con discapacidad no tiene un origen o nacimiento como consecuencia de la promulgación de la Convención, sino que son derechos que ya existían con anterioridad a la misma, y por ello, el empleo del término "reafirman" por parte de los Estados partes.

Este autor[169], en el estudio que hace de esta materia, separa dos corrientes de pensamiento, una de ellos, basada o en aplicación de la concepción clásica de la capacidad de la persona, y otra corriente, que encuentra su sustento en que este artículo 12 de la Convención abarca no solo la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, sino también la de su ejercicio. Dentro del primero de los ámbitos aludidos, y ello de acuerdo con los presupuestos de la teoría clásica representada por el profesor Federico de Castro o por el profesor Gullón Ballesteros a este respecto, parece que este artículo mantiene la separación entre la llamada capacidad jurídica y el ejercicio de la misma o capacidad de obrar. No obstante, advierte que esta distinción puede plantear un doble problema; por un lado, el riesgo que dicha separación puede producir en determinados Estados firmantes de la Convención en la utilización con fines discriminatorios en relación a la capacidad de obrar, puesto que primeramente se estaría reconociendo la capacidad jurídica de la persona sin que ello suponga ningún obstáculo y en aplicación de los primeros párrafos de este artículo 12 de la Convención, pero sin embargo y en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica o capacidad de obrar, se estarían poniendo acotamientos, limitaciones o menoscabo a la misma; y como un segundo punto problemático, lo podemos encontrar en la consideración de la capacidad jurídica como una cuestión de derechos humanos.

Podemos señalar como inciso a las corrientes de pensamiento que venimos analizando, y en alusión al concepto de derechos humanos, que el mismo tiene su base en el contenido del artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y asimismo ha sido recogido en diversos pronunciamiento judiciales, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional número 174/2002, de 9 de octubre[170], cuyo ponente fue el

[167] GARCÍA PONS, A, *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 45 y ss.
[168] GARCIA PONS, A., "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las Personas…", op.cit. pág. 66.
[169] GARCIA PONS, A., "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las Personas…", op.cit. pág. 69 y ss.
[170] Ver el Fundamento Jurídico quinto de la sentencia.

Magistrado Don Tomás S. Vives Antón y la número 34/2016, de 29 de febrero[171], cuyo ponente fue el Magistrado Don Ricardo Enríquez Sancho, en relación a la excepcionalidad y restricción que debe aplicarse en la incapacitación de una persona y quedar afecta por consiguiente su voluntad, ha señalado que *"el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art.10.1 CE)"*.

De acuerdo con lo expuesto, recoge este tribunal que la declaración de incapacitación de una persona solo puede llevarse a cabo por medio de la preceptiva sentencia judicial en virtud de las causas que se recogían en el artículo 199 del Código Civil (ahora modificado por la Ley 8/2021), y ello mediante el correspondiente procedimiento donde se respeten *"escrupulosamente"* todos los trámites o diligencias que exige el artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (antiguo artículo 208 del Código Civil y que fue derogado juntamente con otros artículos por el apartado 2.1º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), medidas que van dirigidas al pleno conocimiento por parte del órgano judicial de la existencia así como nivel de gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz, y que son la causa y fundamento de su incapacitación.

Después de este inciso jurisprudencial, y siguiendo con las corrientes de pensamiento en relación con la interpretación del artículo 12 de la Convención en cuanto a la concepción de la capacidad jurídica y el ejercicio de la misma o capacidad de obrar en terminología propia de nuestro Derecho, la segunda de las corrientes que hemos señalado con anterioridad y en un sentido opuesto a los conceptos de nuestra doctrina clásica, entiende que la capacidad jurídica abarca no solo la aptitud para ser titular de estos derechos y obligaciones implícita en toda persona, sino también en cuanto al ejercicio de dichos derechos y obligaciones. Esta línea de pensamiento estaría representada por presupuestos que encuentran su ubicación natural dentro del campo de la Filosofía del Derecho, aunque también afectan y engloban aspectos y elementos propios de la esfera del Derecho civil. Un ejemplo de estos autores que señalan que la discapacidad no puede ser un obstáculo para limitar, acotar o restringir la capacidad para poder ejercer libremente los derechos fundamentales, lo encontramos en DE ASIS ROIG, BARRANCO AVILÉS, CUENCA GÓMEZ y PALACIOS RIZZO[172].

En el mismo sentido de concepción que los citados autores, pero dentro ya de una esfera propia del ámbito civil, encontramos autores como BARRIO GALLARDO[173], el

[171] Ver el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia.

[172] Visto DE ASÍS ROIG, R., *Algunas reflexiones sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad en el Derecho español*, en colaboración con BARRANCO AVILÉS, M.ª del C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A., en la obra colectiva *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español,* CUENCA GÓMEZ, P., (Editora), Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 28.

[173] BARRIO GALLARDO, A., *La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español,* en la obra colectiva "Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María

cual enmarca el espíritu subyacente del artículo 12 de la Convención hacía una capacidad jurídica de carácter universal, como derecho fundamental de todo ser humano, con discapacidad y sin ella, por el solo hecho de ser persona, capacidad que engloba e incluye no solo la capacidad para ser titular, sino además la capacidad de obrar, y sobre cuyo reconocimiento no cabría realizar ninguna observación, reserva, salvedad, etc., sin contrariar la finalidad intrínseca a la propia norma. Por todo ello, entiende que la universalidad y extensión con la que es presentada la capacidad jurídica de este artículo obliga a que deba ser entendida la misma como plena, y por ello no estaría amparada la regulación que de la citada capacidad de obrar llevan a cabo los países latinos en la que esta capacidad queda graduada en función de las circunstancias de la persona.

En nuestra opinión, no creemos que la finalidad del artículo 12 sea la unificación de ambas capacidades en una sola, entendida la misma no solo como la titularidad de derechos y obligaciones y su ejercicio, sino que el fin último es que se garantice el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, ejercicio al que habrá de dotarle de todas las medidas, instrumentos y mecanismos necesarios, basado en el principio de la exaltación de la autonomía de la voluntad, que sí es para nosotros uno de los fines que engloba este precepto. Además, si no fuera así, qué sentido tendrían los apartados tercero y cuarto de este precepto relativo al ejercicio de la capacidad jurídica y a las medidas y salvaguardas que se deben adoptar para llevarlo a cabo. Además, en el tenor literal de la letra de este precepto no creemos que se encuentre la raíz de este tipo de interpretación, sino más bien en la interpretación que hace la Observación General Nº 1 de Naciones Unidas del mismo.

No obstante, otro ejemplo de autores dentro del panorama civil que entienden dentro del espíritu de este artículo la eliminación de esta clásica distinción entre las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar, lo encontramos en SÁNCHEZ DE LA TORRE[174], quien reseña un concepto de capacidad jurídica en el que se plasma que la *"Capacidad jurídica es la credencial de que un sujeto jurídico asume los derechos subjetivos y las responsabilidades jurídicas consecuentes a sus actos"*. De la definición transcrita, el autor nos señala que se pueden extraer las siguientes características: en primer lugar, se constata la desaparición de la clásica distinción entre las llamadas capacidad jurídica *y* capacidad de obrar; en segundo lugar, los derechos y deberes que se adquieren por los sujetos jurídicos se obtienen por dos vías o procedimientos, esto es, por su intervención en su propio nombre y derecho o por representación. Esto nos lleva inexorablemente a la eliminación de la distinción entre las llamadas personas físicas y las denominadas personas jurídicas; y en último lugar, el empleo de la terminología de sujeto jurídico, y ello, como resultado del reconocimiento de la condición jurídica de cada persona humana y de sus condiciones de existencia. Afirma el autor que la discapacidad es una forma de capacidad que se manifiesta en cada existencia.

Miquel", DÍEZ-PICAZO, L. (coord.), Tomo I, 1ª ed, Ed. Aranzadi, S.A. Cizur Menor, Navarra, 2014, pág. 467.

[174] SÁNCHEZ DE LA TORRE, Á., *Capacidad, Personalidad Jurídica, Derecho Subjetivo, Responsabilidad,* en la obra colectiva "Fundamentos de conocimiento jurídico. La Capacidad Jurídica", (coord. Sánchez de la Torre, Á.), Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 23.

También en este sentido de interpretación del artículo 12 de la Convención y que venimos señalando, lo encontramos en BARIFFI[175], quien en lo ateniente a la capacidad jurídica, señala que es un concepto más amplio que presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos, o asumir estas obligaciones a través de sus propias decisiones, es decir, sin asistencia o representación por parte de un tercero (elemento dinámico). Es por todo lo expuesto, que la capacidad jurídica incluye la capacidad de obrar, entendida como la capacidad y el poder de una persona en virtud del derecho de asumir diferentes compromisos o transacciones particulares, mantener un determinado estatus o una determinada relación con otro, o de un modo más abierto o general, la capacidad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Sin embargo, creemos que esta interpretación del artículo 12, especialmente en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica, no es lo que realmente contempla este artículo y además lleva a confusión cuando es aplicada al ámbito de la discapacidad. Un ejemplo de lo expuesto lo podemos encontrar en la alusión que hacen algunas autoras, la cual no compartimos, como GÓMEZ PALOMO y DE LA VEGA ÁVILA[176], cuando se refieren al apartado tercero de este artículo 12, norma que conlleva que el Estado tiene la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de la capacidad jurídica, y por ello *"no se les debe negar su capacidad jurídica, sino establecer los marcos jurídicos de apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos"*, argumentación que completan en el sentido de establecer que *"el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las personas de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas"*. Como primera observación a esta argumentación, señalar, que la capacidad jurídica no le niega ni se le puede negar a la persona, pues esta atribuida, reconocida y protegida por el mero hecho de ser persona y por consiguiente de ostentar la titularidad de derechos y obligaciones en su sentido más amplio, extremo este que hemos venido observando que nuestro ordenamiento sí cumple, y en consecuencia, estaría adaptado a los principios que contiene la Convención.

Como segundo aspecto a señalar, es que como consecuencia de esa capacidad jurídica, la persona tiene derecho en igualdad de condiciones a poder ejercerla mediante la prestación de los apoyos necesarios para realizar el acto en cuestión, por lo que en consecuencia, se está reconociendo, por un lado, esa capacidad jurídica, y por otro lado, su ejercicio mediante la prestación de los apoyos, los cuales deben estar configurados de acuerdo al respeto de la voluntad de la persona, deseos, preferencias y manifestaciones realizadas, y en caso de ausencia de ésta, a prestarse el apoyo en la forma en que hubiera querido la persona con discapacidad atendiendo a su trayectoria vital, creencias,

---

[175] BARIFFI, F.J, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU*, en la obra colectiva "Hacia un Derecho de la Discapacidad", Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo, PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y SASTRE, A. (edición), 1ª ed. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, pág. 360.

[176] GÓMEZ PALOMO, C. y DE LA VEGA ÁVILA, M., *El CERMI y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: críticas y propuestas de futuro,* en la obra colectiva "Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones", MORCILLO MORENO (dir.), Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, pág. 72.

costumbres y demás instrumentos que hagan que el apoyo fuera el que hubiera elegido dicha persona. Es por ello, que en momentos puntuales y excepcionales, y como consecuencia del deterioro cognitivo de la personas, así como la ausencia de cualquier atisbo de manifestación de voluntad de la misma, no quede más remedio que decidir por ello mediante la prestación del apoyo configurado en los términos que hemos reseñado, y ello porque la ausencia de esta protección sí estaría vulnerando diversos derechos fundamentales. Por lo tanto, en lo expuesto, en donde encontramos la justificación de la inclusión de los apartados tercero y cuarto del artículo 12 de la Convención.

Asimismo, se puede afirmar, cómo el reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona a que se refiere este artículo no presenta problema alguno en cuanto a su reconocimiento también de una forma efectiva y real dentro de nuestro ordenamiento jurídico y por ello, podríamos señalar que en ese ámbito nuestro ordenamiento jurídico es respetuoso de los principios derivados de la Convección. Por el contrario, será en el ejercicio de esa capacidad jurídica donde podemos observar el debate actual en torno a esta problemática y sus diferentes puntos de vista y corrientes de pensamiento, y ello como consecuencia, no de la interpretación del propio artículo 12, el cual opinamos que no conlleva esa eliminación del ejercicio de la capacidad jurídica o de la llamada capacidad de obrar como denominación que se le atribuye en nuestro Derecho interno, sino de la interpretación que de este precepto lleva a cabo la Observación General Nº1 de Naciones Unidas y que más adelante será objeto de análisis.

En este sentido, GARCÍA RUBIO[177] señala tres ideas respecto a este artículo 12 de la Convención de acuerdo con la interpretación que del mismo realiza la citada Observación General:

La primera de ellas, la capacidad jurídica que se recoge en su apartado segundo engloba tanto la capacidad para ser titular de derechos como la capacidad para su ejercicio, por lo que dicha concepción conlleva que el término de capacidad jurídica no sea entendido en el mismo sentido que tradicionalmente se ha hecho dentro de nuestro Derecho, esto es, el equivalente al de personalidad jurídica. Por consiguiente, esta capacidad jurídica incluye lo que dentro de nuestro Derecho llamaríamos como capacidad de obrar o lo que el Comité de derechos de las personas con discapacidad denomina como legitimación para actuar. Es por ello, que dentro de los ordenamiento jurídicos que podríamos denominar modernos, y más allá de lo que puede significar la cuestión terminológica, el ejercicio de la capacidad jurídica es lo que ha sido el objeto de limitación, acotamiento o negación, e impide a las personas con discapacidad ejercer esta capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto en cuanto a determinados actos de transcendencia jurídica, como por ejemplo, votar (aspecto éste que actualmente se encuentra ya superado en virtud de Ley 2/2018, de 5 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General), hacer testamento, contraer matrimonio, vender, comprar, realizar diversas operaciones hipotecarias, etc., y

[177] GARCÍA RUBIO, M.ª P., *La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*, en "Propostas de mordenización do dereito", GARCÍA GOLDAR, M. y AMMERMAN YEBRA, J. (dirs.) Xunta de Galicia, Dirección Xeral de Xuventude, Participación e Voluntariado, Santiago de Compostela, 2017, págs. 10-11.

todo ello como consecuencia de la aplicación de un modelo tradicionalmente protector basado en la sustitución en la toma de decisiones de la persona.

La segunda de las ideas que se extrae de este artículo 12 de la Convención, y concretamente de su apartado tercero, es que este modelo proteccionista basado en la sustitución en la toma de decisiones y al que nos hemos referido, debe ser sustituido por un sistema o modelo de apoyos a la personas con discapacidad para que puedan tomar sus propias decisiones, decisiones que deberán ser tomadas de una forma libre y sin coacciones de ningún tipo. Este apoyo al que nos estamos refiriendo, interpretado en la forma que lo hace la Observación General Nº 1 de Naciones Unidas, debe considerarse de una forma amplia en cuanto a su contenido y aplicación.

Y por último, la tercera de las ideas a la que alude esta autora, es que los Estados, además de los apoyos que hemos señalado, deberán implementar y establecer todas las medidas y salvaguardas necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos y toma de sus propias decisiones, y ello con respecto a sus deseos, preferencias y voluntad manifestada o conocida, lo cual conlleva que cuando no pueda ser conocida esa voluntad por ningún mecanismo, no debe buscarse el principio del interés superior de la persona con discapacidad, pues la misma no es un menor edad y la búsqueda del interés superior del menor de edad no es aplicable dentro del ámbito de la discapacidad si nos referidos a personas mayores de edad, por lo que en estos supuestos deberá buscarse lo que esa persona hubiera querido o lo más posible a la decisión que ella hubiera tomado si tuviese capacidad plena. Añadir, que cuando nos encontremos en estos casos, para la confección del apoyo que necesite esa persona, se debe tener en cuenta la trayectoria vital de la misma, sus creencias, costumbres y demás elementos, y de este modo conseguir el apoyo más proporcional y ajustado a la voluntad de la persona con discapacidad.

En este sentido, en cuanto a lo regulado por los apartados tercero, relativo a la prestación de apoyos necesarios y cuarto, de adaptación de medidas que respeten especialmente los derechos, voluntad y preferencia de la persona con discapacidad, llama la atención lo señalado por GARCÍA CANTERO[178] en relación al uso de la terminología empleada en el punto tercero del citado artículo 12, o bien de expresiones recogidas en el punto cuarto de dicho artículo, como por ejemplo, *"salvaguardias"*. Este autor señala la no necesidad de incorporación de tales conceptos dentro de nuestro ordenamiento jurídico justificado ello por su escasa aplicación dentro del ámbito civil, pero no obstante, sí reconocen las descripciones concretas que se hacen de estos conceptos, como la contenida dentro del punto cuarto del mencionado artículo 12 y que dice: *"Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e*

[178] GARCÍA CANTERO, G., *Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad,* en la obra colectiva "Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas", DE SALAS MURILLO (coord.), Colección Monografías de Derecho Civil, I. Persona y Familia, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 51-52.

imparcial.". En virtud de lo expuesto, aprecia el autor que en una futura regulación si se deberá prestar atención e incidir en cuanto al *"deber de respetar la voluntad y las preferencias de las personas"*.

Dentro de la problemática que está siendo objeto de estudio en relación con lo que dispone el artículo 12 de la Convención en sus diversos apartados que lo conforman, y su aplicabilidad y convivencia con nuestro actual sistema de protección de las personas con discapacidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, uno de los puntos que pueden suscitar también un debate pausado lo encontramos dentro del apartado 4º del mismo, y especialmente en el inciso que señala lo siguiente: *"Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias* de la persona*, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial."*.

Es por ello necesario identificar qué elementos o instituciones chocan o pueden no ser compatibles con estos principios, y por el contrario, que figuras o instituciones sí cumplen los presupuestos a que se refiere este artículo 12 y que se encuentran ya regulados dentro de nuestro ordenamiento. En este sentido, autores como MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ[179], señalan que ante la cuestión planteada de la compatibilidad de nuestras normas civiles reguladoras de la situación jurídica del discapacitado mental o intelectual, se han ofrecido dos tipos de respuestas o posiciones:

1) Por un lado, y podríamos decir en un sentido negativo, la que afirma o entiende que los contenidos básicos o de carácter general de nuestro sistema jurídico colisionan con los principios o fundamentos de la Convención, y por consiguiente es necesario adaptar nuestro Derecho interno a las exigencias de dicha Convención. Esta colisión de fija a su vez en dos ámbitos:

a) Primeramente, en lo que concierne a la clásica distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar y que se recogen en nuestro ordenamiento jurídico, la cual vulneraria lo recogido en el artículo 12 de la Convención.
b) Y segundo, en el ámbito relativo a los procesos de incapacitación, en los cuales, se observaría también la colisión entre los principios que se contienen en la Convención y la figura tradicional de la incapacitación como mecanismo de sustitución de la capacidad de obrar, es decir, la tutela legal que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

2) Y por otro lado, como segunda de las respuestas que se ofrecen en relación a la compatibilidad de la regulación española en relación con las reglas que se recogen en la Convención, y ello dentro de un sentido positivo, entramos la posición que afirman de la compatibilidad de nuestro sistema jurídico con las reglas de la Convención, compatibilidad basada principalmente en los argumentos que recoge la sentencia

[179] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,* en la obra colectiva "Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas", DE SALAS MURILLO (coord.), Colección Monografías de Derecho Civil, I. Persona y Familia, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 18-19.

282/2009, y que a su vez se divide, y en igual analogía que hemos recogida en la posición antagónica anterior, en los dos siguientes campos o ámbitos:

a) En primer lugar, y en lo que se refiere a la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, entiende que esta distinción es perfectamente compatible con los presupuestos que se emanan de la Convención, y ello de acuerdo a lo que establece el apartado segundo de su artículo 12 en lo relativo a la capacidad jurídica, así como a lo señalado en su apartado tercero de dicho artículo en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica, el cual se estaría refiriendo a lo que en nuestro derecho se conoce como la capacidad de obrar.

b) En segundo lugar, y en lo que atañe a la incapacitación y los mecanismos de guarda de las personas con discapacidad, y sobre la base de la referida sentencia 282/2009, se señala que en la necesidad de protección que se deriva como consecuencia de la ausencia de entendimiento y voluntad de la persona, queda justificado la adopción de medidas de carácter específico para estas personas con discapacidad mental, puesto que en estos supuestos se trata de un sistema de protección y no de exclusión, y por tanto no suponen ningún tipo de discriminación. Además, en este mismo sentido, se entiende que las reglas de proporcionalidad que se recogen en el apartado cuarto de este artículo 12 estarían contempladas y recogidas dentro de nuestro Derecho español mediante los artículos 215 del Código Civil y 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dentro de esta línea de necesidad de adaptación o modificación de nuestra normativa interna a los presupuestos de la Convención, y concretamente, desde lo relativo al propio y actual procedimiento de incapacitación, ha sido objeto de análisis por autores como PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO[180], y ello desde diferentes ámbitos[181], los cuales que pueden llegar a afectar a los derechos e intereses de las personas con discapacidad. A la vista del artículo 12 de la Convención que establece la necesidad de adaptación de las medidas adoptadas a la situación específica de las persona, señala que no siempre las sentencias de incapacitación han mantenido un determinado rigor a la hora de señalar y concretar el contenido misma, y por ello, este tipo de sentencias no gozan siempre de la precisión que merece su transcendencia.

No obstante, en los últimos años se ha podido observar una mayor preocupación en este sentido por parte de nuestros tribunales. Asimismo, en lo relativo al respeto de la voluntad de la persona, aprecia esta autora que en un primer momento o etapa, el Derecho

---

[180] PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "La capacidad jurídica y la capacidad de obrar: el artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho Privado español", Capacidad Jurídica y Discapacidad. Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Tomo 1 Derecho Común, *Cuaderno de trabajo núm. 7, España*, Madrid, 2009, págs. 40 y ss.

[181] PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "La capacidad jurídica y la capacidad de obrar: el artículo 12 de la Convención, sus implicaciones…", op.cit. pág. 48. En el estudio que hace la autora de si la legislación española es resultante con los principios que se desprenden del artículo 12 de la Convención, abordo los ámbitos de poder contraer matrimonio por parte de las personas afectadas por una deficiencia o anomalía psíquica, señalando en esta cuestión y de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Civil, la posibilidad de contraer matrimonio siempre y cuando se esté en condiciones de poder prestar el preceptivo consentimiento matrimonial, exigiéndose en este caso el dictamen médico correspondiente para acreditar dicha actitud. Asimismo, la autora, en relación con la patria potestad echa en falta un precepto análogo al artículo 157 del Código Civil, en relación con la capacidad de obrar limitada que posee el menor de edad no emancipado.

español es respetuoso con esa voluntad, y ello no solo en cuanto al nombramiento del correspondiente tutor, sino en lo relativo al establecimiento de cualquier otra medida que la persona o disponente hubiera considerado procedente en previsión de una futura incapacitación, esto es, por medio de la figura jurídica de la autotutela. Lo expuesto, encuentra su justificación en la aplicación de los artículos 223[182] y 224[183] del Código Civil.

Sin embargo, en relación con aquellos casos en los que una persona no haya establecido medida alguna ante una eventual incapacitación, señala la autora que no existe norma alguna que regule el ejercicio del régimen de tutela de conformidad con las preferencias de la persona, por lo que será necesario la redacción de una norma que establezca en relación con las personas que tengan la suficiente capacidad de entendimiento para poder expresar deseos, preferencias, opiniones, y que no redunden en su perjuicio, que esas manifestaciones sean respetadas, con la advertencia, de que en dicha norma se deberá incluir el derecho a ser oído de la persona afectada. Esta autora sostiene que las instituciones jurídicas de protección de la persona, basadas en la tutela, curatela, o de defensor judicial para casos muy señalados, cumplen los presupuestos del artículo 12 de la Convención, siendo la regulación que hace el Código Civil en relación con la tutela acorde a estos principios recogidos en la normativa internacional. En lo referente a la curatela, destaca esta autora el carácter asistencial de la misma, pues no implica representación legal de la persona con discapacidad, para lo cual, la sentencia deberá recoger los actos en que se debe prestar esta asistencia, y en caso que no lo haya realizado, será necearía la pertinente autorización judicial. No obstante, en cuanto a esta última, señala la autora que sería necesario alguna referencia legal en cuanto al interés y preferencia de la persona con discapacidad, así como una mayor flexibilidad en la regulación que afecta al procedimiento de incapacitación y ello de conformidad con los principios inspiradores de la Convención.

Esta autora, afirma la necesidad de buscar una figura jurídica específica que regulase aquellas situaciones o supuestos en los que la enfermedad o deficiencia que afecte a los personas no sea de carácter persistente o continuado en el tiempo, requisito que exigía el artículo 200 (ahora modificado por la Ley 8/2021) para instar un procedimiento de incapacitación. En este sentido el Código Civil nos ofrece la figura del defensor judicial, pero a juicio de la autora sería preferible la regulación *"lege ferenda"*, y en consecuencia, la creación de una figura jurídica nueva en la misma línea que la proporcionada por el Código Civil italiano en sus artículos 404 y siguientes, esto es, la *"Administrazione di sostegno"* (introducida por la Ley de 9 de enero de 2004), la cual queda configurada en la figura de un administrador que el Juez nombra para en aquellos supuestos en los que la persona, como resultado de la enfermedad o dolencia que padece, se encuentre imposibilitada parcial o temporalmente. Esta figura tiene un reflejo

[182] En el segundo apartado de este artículo 223 del Código Civil se señala que: *"[…] cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor."*.

[183] El artículo 224 del Código Civil establece que: *"Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada."*.

analógico dentro de nuestro ordenamiento jurídico, aunque en la esfera foral, en la figura del asistente que recoge el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña.

Otro de los aspectos o puntos donde podemos encontrar divergencias y problemas de adaptación de los principios de la Convención en relación con nuestro ordenamiento jurídico, es como está concebido actualmente la figura de la autotutela y los poderes preventivos. En este sentido, PEREÑA VICENTE[184], no pone en duda el reconocimiento de la personalidad jurídica y capacidad jurídica de la persona con discapacidad por parte de nuestro ordenamiento, pero sí nos podríamos plantear la cuestión de sí dicho ordenamiento también es respetuoso en relación al ejercicio de la capacidad jurídica, al sistema de apoyos y al respecto de la voluntad y preferencias que promulga este artículo 12. Por ello, la autora analiza todas estas cuestiones argumentando lo siguiente: en primer lugar, que determinadas figuras como la autotutela o el otorgamiento de los poderes preventivos cumplirían esta finalidad de respetar la voluntad y preferencias de la persona; sin embargo, en segundo lugar, los caracteres de temporalidad y proporcionalidad como exigencias de la Convención no quedarían cumplidos, y ellos sobre la base de que los poderes preventivos no están sujetos a revisión periódica alguna, circunstancia ésta exigida por el artículo 12 de la Convención, y tampoco se daría la proporcionalidad en el sentido de que las medidas estuvieran graduadas y adaptadas a la pérdida de capacidad de la persona.

Por último, esta autora, pone a los poderes preventivos como ejemplo contrario al principio de proporcionalidad, por dos motivos; un primer motivo basado en las deficiencias técnicas en su regulación; y un segundo motivo, fijado sobre el argumento de que el mandatario ostenta una función representativa y no de asistencia, pues por medio del mismo se sustituye a la persona con independencia de la situación de capacidad que ese momento ostente la misma. Señalar que para autores como GUILARTE MARTÍN-CALERO[185], este principio constituye el instrumento más eficaz para poder adaptar el contenido de este artículo en nuestro ordenamiento, y se remite a la línea jurisprudencial que ha llevado a cabo nuestro Tribunal Supremo, la cual no solo es respetuosa con la normativa que recoge la Convención, sino que además ha servido para modernizar los principios del Código Civil, como mecanismos idóneos para poder ser utilizados en el sentido de búsqueda de nuevas forma de protección de la persona y prestación de apoyos alejadas de las utilizadas de forma mayoritariamente, esto es, de la tutela y de la prórroga de la patria potestad.

---

[184] PEREÑA VICENTE, M., *La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica* en la obra colectiva "La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad", DE VARGAS MUÑOZ, J.P. (dir.) y PEREÑA VICENTE, M. (coord.), 1ª ed., Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, págs. 200-201.

[185] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018*, en la obra colectiva "Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad", DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (dirs), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 367.

El análisis realizado por PEREÑA VICENTE[186], tiene su base en el artículo 3[187] de la Convención, como eje central de la misma, puesto que cualquier modificación de índole legislativo, judicial y práctico que se realice sobre esta materia deberá estar inspirado por los principios que se consagran en este precepto, es decir, debe respetar la dignidad de la persona, potenciar su autonomía y no suprimir o coartar la libertad de la persona a la hora de tomar sus decisiones. Es por ello, que esta autora aboga por una búsqueda de la capacidad real de la persona, o residual en los supuestos donde la persona se encuentra más afectada, huyendo de procedimientos donde se limite con carácter general la misma, lo que implicaría un cambio terminológico en la denominación del actual proceso de modificación de la capacidad de obrar de la persona, proponiendo la autora el de "procedimiento de protección"[188].

Para terminar y en virtud de lo expuesto, hemos observado cómo uno de los presupuestos esenciales para el ejercicio de la capacidad jurídica radicará en la prestación de apoyos a la persona con discapacidad, bien por medio de su entorno más cercano o por medio de instituciones dedicadas a hasta fin, y de este modo poder llevar a cabo el desarrollo en esta materia y que propone la Convención. Siendo este término uno de los aspectos que sí ha tenido en cuenta el Anteproyecto, tanto en su regulación como en su desarrollo, en el siguiente epígrafe vamos a analizar cómo se acuñó este término por parte de la Convención, en cuanto a su definición e interpretación, y cómo debe ser prestado el mismo para el correcto ejercido por parte de la persona con discapacidad de su capacidad jurídica, o capacidad de obrar si empleamos terminología propia de nuestro Derecho interno.

I.2.2.2. La prestación de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Dentro de la hoja de ruta que nos hemos propuesto en el presente trabajo, y como elemento indispensable del mismo, es necesario abordar lo que significa el concepto apoyo, y este entendido como la ayuda, asistencia, colaboración, etc., que sea necesaria para que la persona con discapacidad puede ejercer su capacidad jurídica,. Para ello, creemos conveniente transcribir el punto 17 de la Observación General Nº 1 de Naciones Unidas, de fecha 19 de mayo de 2014, (Observación que será objeto de análisis en el siguiente epígrafe), en el cual, se da de manera extensa, una definición del concepto o

[186] PEREÑA VICENTE, M., "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, Julio-Agosto 2016, pág. 16.

[187] El artículo 3 de la Convención establece lo siguiente: Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.".

[188] En este sentido, señala también la profesora PEREÑA VICENTE, que a esta cuestión terminológica se refiere PALLARÉS NEILA, J., "Tutela versus curatela…", op.cit. pág. 10, el cual propone como denominación terminológica del proceso la de "procedimiento de curatela".

significado de apoyo, así como todos los caracteres que deben revestir estos apoyos. Este punto 17 establece lo siguiente:

"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. En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. 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. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. Todas las personas con discapacidad tienen el derecho de planificar anticipadamente, y se les debe dar la oportunidad de hacerlo en condiciones de igualdad con las demás. Los Estados partes pueden ofrecer diversas formas de mecanismos de planificación anticipada para tener en cuenta las distintas preferencias, pero todas las opciones deben estar exentas de discriminación. Debe prestarse apoyo a la persona que así lo desee para llevar a cabo un proceso de planificación anticipada. El momento en que una directiva dada por anticipado entra en vigor (y deja de tener efecto) debe ser decidido por la persona e indicado en el texto de la directiva; no debe basarse en una evaluación de que la persona carece de capacidad mental.".

Asimismo, la definición y aspectos reseñados, son complementados en el punto 18 de la citada Observación General Nº 1, el cual, establece que *"El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar 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". En todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones."*.

Como primer aspecto de carácter introductorio y antecedente normativo, podemos señalar que la terminología de apoyos, ya fue reflejada en leyes, como la Ley 26/2011, de

1 de agosto de adaptación normativa a la Convención sobre discapacidad, concretamente en su Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/2011.

De la lectura de los puntos 17 y 18 de la Observación General Nº 1, podemos destacar la amplitud y generalidad que reviste al concepto de apoyos, generalidad que nos recuerda a la utilizada en la definición del concepto de discapacidad y que recoge el artículo primero de la Convención. De estas esferas de amplitud y generalidad que engloban los conceptos de apoyos y discapacidad a los que nos estamos refiriendo, se hace eco la profesora DE SALAS MURILLO[189], la cual señala que esta amplitud no debe afectar o suponer ningún obstáculo en cuanto a la capacidad legal[190] ni a su ejercicio, y ello según reconoce el punto 16 de la Observación General Nº 1[191]. Sin embargo, en el diseño del sistema de prestación de apoyos así como de su contenido, esta autora se plantea una serie de interrogantes y retos[192] de los que destacamos:

Por un lado, la autora parte de dos corrientes de pensamiento opuestas, donde una de ellas defendería la compatibilidad y adaptabilidad de nuestro ordenamiento con los postulados de la Convención, hecho éste que ha quedado así constatado en diferentes pronunciamiento judiciales[193], si bien, esto implicaría que la imposibilidad para gobernarse a la que alude el artículo 200 del nuestro Código Civil (ahora modificado por la Ley 8/2021), fuese interpretada también de manera amplía y general, y sin que necesariamente esta afectación fuese causa necesariamente del inicio y tramitación de un procedimiento de modificación de la capacidad de obrar de la persona; y por otro lado, en un sentido opuesto, tendríamos la corriente de pensamiento basada principalmente en un modelo social de la discapacidad y no médico-rehabilitador, donde no tiene justificación la separación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar de la persona, y mucho menos, la limitación o acotamiento de esta última.

En relación al marco jurídico de la prestación de los apoyos informales, esta autora encuentra la dificultad en la prestación de los mismos mediante las figuras de protección de la persona que nos ofrece nuestro ordenamiento, siendo la más cercana para ello la guardia de hecho. Además, esta prestación de apoyos, no debe estar encuadrada solamente en la formalización del acto jurídico, sino que además deberá acompañar la formación de la voluntad, y por ello, surgen cuestiones en torno al prestador de esos apoyos, en cuanto a su obligatoriedad, resultados, responsabilidad, etc.

---

[189] DE SALAS MURILLO, S., "Significado jurídico del <<apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica>>…", op.cit. pág. 77.

[190] Señalar, que la profesora DE SALAS MURILLO, al igual que la mayoría de autores que abordan la cuestión del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona en relación con la Convención, emplean la traducción de la versión original en inglés, esto es, *"legal capacity"*, en lugar de la traducción española que adopta la denominación de "capacidad jurídica".

[191] El punto 16 de esta Observación General Nº 1 expresa de forma literal que: "En el artículo 12, párrafo 3, se reconoce que los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos.".

[192] DE SALAS MURILLO, S., "Significado jurídico del <<apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica>>…", op.cit. págs. 98 y ss.

[193] Como por ejemplo la sentencia 617/2012, de 11 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, o la sentencia 298/2017, de 16 de mayo, cuya ponente fue la Magistrada Doña María de los Ángeles Parra Lucán.

Otra cuestión importante dentro de la prestación de apoyos en aplicación de lo establecido en la Observación General Nº 1, es cuando la persona que debe recibir el apoyo no quiere o se negase hacerlo, y ello según señala el último inciso del punto 19 de la citada Observación. En este sentido, señala DE SALAS MURILLO[194] que no puede dejarse en todos los casos al interesado la apreciación de esta necesidad de la prestación de apoyos, pues ello provocaría una injustificable omisión de ese deber de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de nuestra Carta Magna. No obstante, en el resto de supuestos, y especialmente en los casos de asesor o asistente, la persona con discapacidad, sobre la base del respeto a su voluntad y preferencia según proclama la Convención, podrá negarse a recibir esos apoyos, con el consiguiente riesgo de equivocarse al igual que el resto de personas que tienen su capacidad plena. Por último, cabe señalar, que la negativa a recibir los apoyos dentro de sistemas de protección estables, como por ejemplo la curatela, requerirá la intervención del Juez para que dirimiese esa negativa, aunque dicha resolución debería ser preceptiva pero no vinculante, y ello en aras del respeto a la voluntad y preferencias de la persona.

DE SALAS MURILLO[195] profundiza en esta cuestión en su trabajo relativo a si existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad. Plantea bajo una interpretación amplia del término *"respeto a la voluntad y preferencias"* el derecho a no recibir los apoyos o prescindir de su contenido. Fundamento este hipotético derecho bajo cuatro aspectos: en primer lugar, y de acuerdo con el principio de la autonomía individual, en la cual se incluiría la libertad para tomar las propias decisiones de la persona, y ello en aras del respeto a los principios de la Convención. Asimismo, se remite a lo establecido en el punto 19 de la citada Observación General, donde claramente queda contemplado que algunas de las personas con discapacidad pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12.3 de la Convención; en segundo lugar, se remite al plano constitucional, planteando la problemática de conjugar lo establecido en el artículo 10 de nuestra Carta Magna, relativo a la dignidad de la persona, con la política de protección que promulga el artículo 49 para este colectivo de personas, lo que puede acarrear la neutralización de la posible existencia de este derecho a no recibir apoyos. Esta autora recoge la explicación de MARTINEZ DE AGUIRRE[196], el cual señala que estos dos principios constitucionales se complementan y a su vez también se limitan, por lo que lo deseable sería encontrar el debido equilibrio en la aplicación de dichos principios, es decir, que la protección que recoge el artículo 49 no ahogue el desarrollo de la personalidad, ni éste desarrollo tenga a su vez una amplitud que vaya en perjuicio de la propia persona con discapacidad; como tercer fundamento para explicar este derecho a no recibir los apoyos por parte de la persona con discapacidad, se plantea la pregunta si podría considerarse el mismo como una renuncia, anticipada o actual, a un derecho y ello bajo los límites que establece el artículo 7.2 del Código Civil; y en último lugar, la

[194] DE SALAS MURILLO, S., "Significado jurídico del <<apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica>>…", op.cit. pág. 102.
[195] DE SALAS MURILLO, S., "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCVI, Julio-Agosto 2020, núm. 780, págs. 2.235-2.237.
[196] Visto MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica,* Ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, Madrid, 2014, pág. 50.

consideración del aspecto negativo del propio derecho a recibir los apoyos, y esto en analogía a otros derechos, como por ejemplo el derecho a no asociarse, puesto que recordamos que al igual que existe el derecho a asociarse existe un derecho a no asociarse.

Como conclusión a lo que venimos exponiendo, DE SALAS MURILLO[197], aprecia en la heterorregulación un motivo principal para negar la existencia de éste derecho a no recibir los apoyos por parte de las personas con discapacidad, y ello de acuerdo a la posibilidad que ostenta el Estado para la regulación y adopción de las medidas de origen legal o judicial aplicables en la configuración del sistema de protección de la persona.

No obstante, autoras como GARCÍA RUBIO[198], de acuerdo con la interpretación que realiza la Observación General Nº 1 en relación con los apoyos, señala que los mismos deben revestir una serie de características propias, como son:

a) La accesibilidad de estos apoyos en todas sus vertientes.

b) El respeto a la voluntad de la persona y a las preferencias de las mismas debe estar presente en los apoyos que sean necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica, incluso cuando se trata de apoyos más intensos, donde la persona con discapacidad tenga muy reducida su capacidad cognitiva.

c) La facilidad en la identificación de la persona que presta el apoyo.

Es por ello que sería conveniente la creación de un registro en el que se inscriban el contenido y la forma de prestar los apoyos a las personas con discapacidad, y ello bajo las siguientes premisas: por un lado, una sección donde se inscriba el nombre del prestador del apoyo o apoyos que vaya a necesitar la persona, prestador que bien puede ser una persona física o bien una persona jurídica, por ejemplo bajo la forma que actualmente conocemos fundaciones tutelares, si bien y en relación con el segundo nombre de estos fundaciones sería conveniente operar un cambio de carácter terminológico, proponiendo desde aquí el de "fundaciones de apoyos", terminología que creemos se ajusta más y es más acorde con el espíritu de la Convención; por otro lado, estos registros a los que estamos aludiendo, podrían contener otra sección relativa al apoyo propiamente dicho, en el sentido de quede constancia de su contenido, forma y duración del mismo.

d) Otro de los caracteres que debe revestir el apoyo según señala esta autora, es la gratuidad o el menor coste posible en la prestación del apoyo. Sin embargo, en este sentido, debemos señalar, que hay voces que se alzan en un sentido contrario, pues si se institucionalizan o se profesionalizan estos prestadores o gestores de apoyos[199], dicha

---

[197] DE SALAS MURILLO, S., "¿Existe un derecho a no recibir apoyos…", op.cit. pág. 2.238.

[198] GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La necesaria y urgente adaptación del Código Civil Español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Tomo 58, Año 2017-2018, pág. 158.

[199] La denominación de "gestor de apoyos", es utilizada en propuestas de índole privado para la modificación del Código Civil en esta materia, como la realizada por el Real Patronato sobre Discapacidad, en la cual, por medio de su artículo 206 recoge la denominación de este gestor de apoyos, en el siguiente sentido: *"El gestor de apoyos es la persona física o jurídica, pública o privada, designada por resolución judicial o en instrumento público como responsable directo de hacer efectivas y coordinar las medidas de apoyo preciso para acompañar y asistir activamente a la persona apoyada a fin de que ésta pueda adoptar con la máxima autonomía sus propias decisiones."*. No obstante este extremo será abordado en el epígrafe

gratuidad se podría ver condicionada, así como si el apoyo requiriese de algún tipo de inscripción en un determinado registro.

e) La prestación del apoyo no debe suponer la vulneración o limitación de derechos fundamentales. En este sentido, y como ejemplos legislativos recientes que se encaminan al desarrollo y defensa de los derechos de las personas con discapacidad, nos encontramos con la Ley 2/218, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, así como el proceso de reforma del artículo 49 de la Constitución, como el reconocimiento que dicha Carta Magna hace en materia de derechos fundamentales mediante su Título I, son garantías más que suficientes para que no produzca ninguna restricción en los derechos fundamentales de las personas en nuestro país, no solo de las que sufren discapacidad, sino de las personas con capacidad plena como no podía ser de otra forma.

f) La cuestión de si debe respetarse la negativa de la persona a recibir el apoyo, como propone GARCÍA RUBIO, y ello como fundamento del respeto al principio de autonomía de la voluntad de acuerdo con los postulados de la Convención no es fácil dar una respuesta adecuada sin entrar en contradicciones. En este sentido, nos gustaría matizar que ésta circunstancia no puede ser aplicada con carácter general a todos los supuestos, pues habrá determinados casos, aun cuando fueran muy escasos, que le negativa a recibir este apoyo ocasionaría un daño irreparable y muy perjudicial en la persona, lo cual llevaría una omisión en el deber de socorro a la misma, y como apuntaba la profesora DE SALAS MURILLO en su argumentación en cuanto a los apoyos, se estarían vulnerando los derechos fundamentales de la persona, en especial, los regulados en el artículo 49 de nuestra Carta Magna.

g) Asimismo, sería conveniente una modificación de lo que hasta hoy conocemos como el proceso de modificación de la capacidad de obrar de la persona, proceso que deberá contar con las debidas salvaguardas y garantizar el respeto a su voluntad y preferencias.

En este sentido, nos parece conveniente, y aunque no sea ámbito propiamente dicho de nuestra materia de estudio, hacer brevemente algunas reseñas en relación con la necesidad de modificación de este tipo de procesos especiales en atención a la prestación de apoyos, contenidos que se encuentra regulados en el artículo 756 y siguientes de la Ley Enjuiciamiento Civil, y cuya reforma también ha sido recogida por la Ley 8/2021. Sin perjuicio de la reforma terminológica del enunciado del Título I del Libro IV, la cual se propone bajo la rúbrica *"De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores"*, así como de diversas modificaciones dentro del ámbito de actuación del Ministerio Fiscal, del objeto del proceso o de la tramitación del proceso de las medidas de apoyo, autores como GONZÁLEZ CAMPO[200], en el ámbito de aplicación de las medidas judiciales de apoyo

dedicado al análisis del Anteproyecto de Ley supone la reforma del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la del Registro Civil.

[200] GONZÁLEZ CAMPO, F .de A., *Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: valoración de la reforma procesal del Anteproyecto de 2018,* en la obra colectiva "Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad", DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOY. M.ª V. (dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 476 y ss.

y su adopción, establece dos ámbitos, uno de carácter crítico y otro de carácter positivo. En cuanto al primero, establece que el citado artículo 756[201], y puesto este en relación con el artículo 248 del Código Civil (ambos referidos a la versión del Anteproyecto de 21 de septiembre de 2018, hoy ya Ley 8/2021), no señala la falta de las causas o motivos de adopción de las medidas a tomar.

En este artículo 756 se recoge que se adoptarán las medidas de apoyo cuando proceda de acuerdo con el Código Civil el nombramiento de curador, esto es, cuando el apoyo se precise de una forma continuada según establece el artículo 248 del referido Anteproyecto hoy Ley 8/2021, pero sin especificar este artículo qué medidas se puedan adoptar, ni tampoco señala los motivos o causas de los mismos, es decir, se produce una indefinición en el sentido de que se regulan las medidas de apoyo para que las personas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad e igualdad, pero sin llegar a saber cuáles son las necesarias.

En relación con el segundo de los ámbitos que recoge este autor, enmarcado este un plano positivo, señala la observación de una serie de principios en dos esferas: por un lado, el principio de necesidad y de proporcionalidad en la adaptación de las medidas; y por otro lado, en el respecto a la preferencia de la voluntad de la persona con discapacidad en la prestación de apoyos, preferencia que queda representada en la posibilidad de elección de la persona que le preste esos apoyos mediante el correspondiente documento público, esto último con la salvedad de la limitación o modificación por parte del Juez ante dicho nombramiento por causas debidamente justificadas.

Y como última características que debe revestir la prestación de apoyos, es la de no supeditarlos al estado mental de la persona, por lo que se requerirán nuevos indicadores no discriminatorios. Respecto de esta idea, discrepamos en un doble sentido: por una parte, la graduación de la capacidad de la persona, extremo este que hemos analizado con anterioridad en el estudio relativo a la capacidad de la persona realizado por nuestra doctrina civil y que también ha sido recogido en determinadas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, y ello según analizaremos más adelante en el epígrafe dedicado a este efecto, es un instrumento crucial para saber de la manera más exacta y con la mayor certeza posible cuál es la capacidad real de la persona, o en los casos más extremos, de la capacidad residual como consecuencia de la afección cognitiva que sufra la persona, y de este modo poder prestarle los apoyos necesarios y precisos para la realización de los actos tanto de transcendencia jurídica como personal que necesite. De este modo, obtendremos un doble resultado, puesto que potenciaremos la capacidad de la persona para la toma de decisiones y ello de acuerdo con el espíritu de la Convención, y por otro lado la prestación de apoyos adquirirá su pleno sentido al ser prestada solamente en lo necesario para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona.

Siguiendo el análisis de los caracteres o principios que deben conformar la prestación de los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, autores como

[201] En concreto el apartado 1º del artículo 756 del Anteproyecto de 21 de septiembre de 2018, hoy ya Ley 8/2021. en materia de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece lo siguiente: *"1. En los supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este Capítulo."*.

BARIFFI[202], en su análisis del apartado 3º del artículo 12 de la Convención, destaca una serie de ideas en relación con el sistema de apoyos: en un primer lugar, señala que dentro del sistema de apoyos que promulga este precepto, la decisión final en relación con el acto o actuación en cuestión se debe dejar en la propia persona con discapacidad, sin perjuicio de las posibles labores de asesoramiento, o de cualquier tipo de ayuda que pueda prestarle un tercero; como una segunda idea que se remarca, es el carácter de proporcionalidad y personalización en relación con las medidas a tomar en cuanto a la persona con discapacidad, por lo que para que la medida de apoyo pueda lograr su fin debe dictarse en atención a las circunstancias personales y concretas de la persona sobre la que recae; en tercer lugar, se destaca el plazo temporal, en cuanto a su temporalidad más breve posible, así como su periodicidad, entendida esta última en la necesidad de revisar la medida de apoyo para su adaptación y efectividad, y ello siempre desde el órgano judicial o encargado de prestar esos apoyos; y en cuarto y último lugar, debemos tener presente la proporcionalidad de la medida en relación con los derechos e intereses de la persona sobre la que recae.

En conclusión, este autor, recoge como características básicas de lo expuesto, los caracteres de *"gradualidad", "complejidad"* y *"diversidad"* en relación con el sistema de apoyo. Por último, el autor nos advierte de la excesiva importancia que se otorga a las medidas de carácter patrimonial sobre las medidas que afectan o recaen sobre los aspectos personales básicos.

En relación con las medidas de apoyo objeto de análisis en este epígrafe, autoras como PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO[203], observan que la Convención nos presenta un *"modelo de apoyo"* contrario al sistema de representación establecido por nuestro ordenamiento jurídico, y que tiene en la figura jurídica de la tutela, la institución representativa por excelencia, la cual, ha sido utilizada en una inmensa mayoría de procedimientos judiciales que han versado sobre la capacidad de obrar de la persona.

La autora recoge que dicho sistema no es ni tiene que ser contrario a los principios de la Convención, y ello de acuerdo con las siguientes consideraciones; por un lado, nos podemos encontrar el caso de que una persona, como consecuencia de su discapacidad, no pueda realizar ningún acto jurídico, por lo que en estos supuestos se deberá proveer a la misma de un mecanismo de sustitución para el ejercicio de su capacidad de obrar, el cual, puede quedar representado, y según su caso, en la aplicación de instituciones jurídicas como la tutela, curatela o guardador de hecho por ejemplo, pues en caso contrario, sí estaríamos contradiciendo el principio de igualdad que es recogido en multitud de artículos de la Convención así como de los principios constitucionales recogidos en nuestra Constitución Española y plasmado principalmente en su artículo 14; y en segundo lugar, en un sentido positivo, se estarían tomando las medidas necesarias para garantizar la intervención de la persona con discapacidad en el acto jurídico concreto, y ello con el fin de obtener el beneficio único y exclusivo de dicha persona.

---

[202] BARIFFI, F.J, Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad…, op.cit. págs. 382-383.

[203] PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar", en *Derecho Privado y Constitución,* Año 17, núm. 23, enero-diciembre, Madrid, 2009, pág. 349.

Esta autora, señala que lo expuesto es fruto de la distinción actual que existe en nuestro ordenamiento jurídico entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, y que en relación con la primera de ellas, nunca la implantación de estas medidas supondrá una modificación de la misma, puesto que la adopción de las expresadas medidas vendrán desde el ámbito de modificación de la capacidad de obrar. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO[204] basa la defensa de esta dualidad dentro de nuestro Derecho por las garantías intrínsecas que se desprenden del proceso judicial mediante el cual se modifica la capacidad de obrar de una persona, y que estará basado en la preceptiva sentencia dictada por el correspondiente Juez. Es por ello, que estas garantías judiciales que existen en el proceso, están en la línea de lo exigido por la Convención y asimismo sirven de justificación en la sustitución en el ejercicio de la capacidad de obrar de la persona, pues de lo contrario, no se salvaguardarían los intereses legítimos de la persona con discapacidad y se estarían vulnerando, según hemos apuntado con anterioridad, los derechos fundamentales proclamados por nuestra Carta Magna.

Como ejemplo representativo de estas garantías del proceso, la autora señala la sentencia del Tribunal Constitucional en la sentencia 311/2000[205], la resuelve el recurso de amparo interpuesto por una tutora de una persona con discapacidad, que alegaba una vulneración de los derechos de igualdad y tutela judicial efectiva consagrada en los artículos 14 y 24.1 de la Constitución Española, puesto que a la misma se le habían privado dichos derechos fundamentales en el sentido de negar su legitimación, aun contando con la pertinente autorización judicial, por tratarse de actos personalísimos. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, y señaló que *"[…] la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible* ejercicio *de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2* de la *LECiv, el* ejercicio de la *separación solo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia."*.

En este sentido de interpretar el sistema de apoyos que recoge el artículo 12 de la Convención con nuestro actual y vigente sistema legal, autoras como PEREÑA VICENTE[206], nos advierte que este artículo se ha interpretado como impositivo de un sistema contrario al vigente en España y denominado sistema de apoyos. Sin embargo, la autora opina que lo que ha hecho la Convención es emplear una expresión lo suficientemente genérica que pueda englobar los diferentes modelos o sistemas que se aplican en países tan distintos como España, Chile, Marruecos o China entre otros. Señala, que la inclusión de la Convención como Derecho interno, y ello según recoge la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 7/2011, de 14 de febrero 2011, cuyo ponente

[204] PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "La Convención Internacional sobre los Derechos…", op.cit. pág. 350.
[205] Sentencia cuyo ponente fue el Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas, y publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 14, de 16 de enero de 2001
[206] PEREÑA VICENTE, M., "La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas…, op.cit. págs.10-11.

fue el Magistrado Don Pablo Pérez Tremps, no significa que el actual sistema de incapacitación de la persona, así como las medidas de protección como la tutela, queden derogadas, y entiende que el objeto de la Convención es que el sistema que en cada país exista o se apruebe en el futuro, sea respetuoso con la dignidad y promueva la autonomía de las personas con discapacidad. Es decir, obliga a que se cumplan sus objetivos pero no impone un único modelo universal llamado sistema de apoyos.

Asimismo, pone como ejemplo un estudio realizado sobre el impacto de la Convención en nuestro ordenamiento jurídico por parte del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, en el cual, aun cuando se afirmaba que la utilización del término apoyo tiene como objeto un cambio de paradigma, no se podría concluir que el mismo supusiese una prohibición de recurrir a mecanismos de apoyo distintos a los existentes en nuestro ordenamiento jurídico y consistentes en un sistema de apoyo en la toma de decisiones. En conclusión, la autora afirma que *"la cuestión no es sustituir el sistema de incapacitación más tutela por un denominado «sistema de apoyos»"*, cuestión que si podría quedar enmarcada en la mayor especialización y formación de los diferentes operadores jurídicos que participan en el proceso, así como de una previa labor de investigación de la situación médica, social, económica, laboral de la persona con discapacidad.

En esta línea de análisis de los apoyos que recoge el artículo 12 de la Convención, autores ya vistos como DE PABLO CONTRERAS[207], señala la equivalencia entre dicho punto y el concepto capacidad de obrar, entendido este último como la *"aptitud concreta para realizar con eficacia actos jurídicos"*. Este autor destaca la amplitud inherente del término apoyo, pues el mismo se está refiriendo desde a un simple asesoramiento o prestación de ayuda a las personas con discapacidad en un determinado momento o espacio temporal corto, y ello a través de las prestaciones sociales que puedan proporcionar los distintos y diferentes servicios destinados a estos efectos, hasta a un sistema institucional de prestación de apoyos para garantizar el ejercicio de la capacidad de obrar de la persona, constituido el mismo de forma permanente o indefinida en el tiempo, y como consecuencia de la ausencia de la capacidad natural de entender o querer de la persona. En virtud de lo expuesto, el autor aprecia que el conflicto que surge como aplicación de los principios promulgados por la Convención de Nueva York y nuestro actual sistema de incapacitación, no es en sí la existencia de este sistema, sino que la problemática deriva de la forma en que configuremos el mismo dentro de nuestro ordenamiento, esto es, en cuanto a la constitución, modulación, subsistencia, alcance y contenido.

En este sentido de configuración del sistema de protección de las personas con discapacidad dentro de nuestro ordenamiento, y como criterios o características a tener en cuenta como pilares que construyen el mismo, podemos citar los principios que señala DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ[208], entre los que se encuentran el de *"necesidad"*,

---

[207] DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco...*, op.cit. pág. 563.

[208] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *El protagonismo* de la persona *con dis*capacidad *en el diseño y gestión del sistema de apoyo*, en la obra colectiva "Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico

"proporcionalidad", *"subsidiariedad"* así como el de *"respeto a la autonomía"*, y ello de acuerdo con los artículos 3 y 12 de la Convención de Nueva York. La autora destaca dentro de la propuesta del Código Civil que realizó la Asociación de Profesores de Derecho Civil, los principios que se recogen en el artículo 171-1[209] de la misma, y del que cabe destacar especialmente el concepto de *"subsidiariedad",* conjugado el mismo con el de *"respeto a la autonomía de la voluntad"*, y fruto de lo cual resulta el protagonismo que debe adquirir la persona con discapacidad en el diseño y gestión de los apoyos que le son aplicable. Lo expuesto es resumido por la autora cuando señala que *"la voluntad del sujeto no sólo es decisiva al diseñar una medida de protección, sino que es consustancial con el apoyo y su relación con la autonomía del sujeto a lo largo del desarrollo y vigencia* de la *diversas instituciones"*.

A la vista de todo lo expuesto, podemos apreciar dos posiciones en relación con la prestación de los apoyos dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, la posición de quienes piensan que por medio de las instituciones jurídicas que actualmente existen dentro de nuestro ordenamiento jurídico se proporcionan las medidas necesarias en materia de protección y apoyo de la persona con discapacidad; y por otro lado, la posición en la que se defiende que las actuales instituciones jurídicas como la tutela, no respetan la finalidad y espíritu propio de la Convención, y ello sobre la base de que figuras jurídicas como la tutela no realizan prestación de apoyo alguna, puesto que la misma se centra en una protección de la persona mediante la sustitución de su voluntad, la cual, es llevada a cabo por un tercero, ya sea persona física, como por ejemplo la persona que es nombrada como tutor/a y ejerce la representación legal de la persona con discapacidad, o bien, mediante una persona jurídica, ya sea en la forma de las llamadas Fundaciones Tutelares dentro del ámbito privado o mediante las correspondientes Agencias o entes para la Tutela de personas mayores con discapacidad propias de cada Comunidad Autónoma, adscritas estas a la esfera pública.

---

privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad", DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 129.

[209] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, "Propuesta de Código Civil", Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2018, págs. 284-285. En esta Propuesta de Código Civil, el artículo 171-1., el cual, se ubica dentro del Capítulo I correspondiente a los Principios Generales e Instituciones de Apoyo relativo al Título VII de las Medidas de Protección de la Persona, se establece lo siguiente: "1. La protección de la persona con facultades mentales o intelectuales, físicas o psíquicas disminuidas se realiza a través de la oportuna provisión de apoyos que acompañen la toma de decisiones de la persona para dirigir su vida, administrar su patrimonio y celebrar actos jurídicos en general. 2. La protección de las personas con facultades mentales o intelectuales, físicas o psíquicas disminuidas puede articularse a través de medidas judiciales o extrajudiciales. Para la constitución de los apoyos se atenderá, en primer lugar, a lo manifestado por la persona en el ejercicio de su autonomía personal y, subsidiariamente, a la sentencia judicial que la ordene. 3. Las medidas adoptadas deben respetar los principios de necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad y autonomía personal. 4. Las medidas de protección de las personas son revisables y deben ser adoptadas en el menor plazo posible. 5. En la adopción de cualquier medida de protección, o de modificación de la misma, debe ser necesariamente escuchada la persona protegida. 6. No es necesario el recurso a una medida de protección judicial de la persona cuando sus intereses están adecuadamente protegidos por la previsión de una medida de protección voluntaria o la aplicación de las reglas de régimen económico matrimonial.".

I.2.2.3. El debate surgido en torno a la interpretación del ejercicio de la capacidad jurídica realizada por la Observación General Nº 1 de Naciones Unidas, de 19 de mayo de 2014

Antes de abordar el presente epígrafe, conviene establecer como hace la profesora DE SALAS MURILLO[210], cual es el significado y valor de la Observación General Nº 1 de Naciones Unidas, de fecha 19 de mayo de 2014, adoptada en el 11.º período de sesiones comprendidos desde el 30 de marzo al 11 de abril de ese año. La Convención, en consonancia con otros tratados, constan de un sistema de control para su efectivo cumplimiento, siendo en el caso de la Convención de su protocolo facultativo, y en virtud del cual *"Todo Estado Parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas"*[211].

De lo expuesto, se puede afirmar, que el Estado Parte en cuestión, debe aceptar la competencia de este Comité, a proporcionar las explicaciones necesarias de las medidas que se hubiere tomado por parte del Estado parte, así como de admitir y aplicar las sugerencias y recomendaciones que dicho Comité pudiera hacerlo. En consecuencia, consideran algunos autores[212], que las decisiones del Comité se postulan con la misma jerarquía que las propias normas internacionales sobre derechos humanos cuyo seguimiento se les encomienda, por lo que los atributos de independencia, pues no pueden recibir órdenes de ningún país u órgano nacional e internacional, e imparcialidad deben imperar en la interpretación, adaptación y recomendaciones que realizan.

Autores como DE LORENZO GARCÍA y PALACIOS[213] destacan la labor del Comité en lo referente a la interpretación y seguimiento de la Convención, y señalan, entre otras tres Observaciones, la importancia de la Observación General Nº 1 en relación con la interpretación de la capacidad jurídica que recoge el artículo 12 de la Convención. La razón de ser de esta Observación la enmarcan por el malentendido general que ha

---

[210] DE SALAS MURILLO, S., "Significado jurídico del <<apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica>>…", op.cit. pág. 73-74.

[211] En este sentido, se deja a los Estados libertad para: a) ratificar solamente la Convención y no ratificar el Protocolo, con lo que el Comité no tendrá competencia de control; b) ratificar la Convención y el Protocolo, pero con la cláusula opt-out contenida en el art. 8 que permite, en el momento de la firma o ratificación del Protocolo o de la adhesión a él, aceptar un tipo de control (soft control), pero no el descrito en los arts. 6 y 7 (hard control), c) ratificar la Convención y el Protocolo sin ningún tipo de reserva, en cuyo caso se entiende que se somete a ambos controles por parte del Comité. España optó por la tercera de las fórmulas: ratificar la Convención y el Protocolo sin ningún tipo de reserva.

[212] Visto en este sentido RECOVER BALBOA, T., *Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad,* en la obra colectiva "Nuevas Perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia", GARCÍA GARNICA, M.ª C., y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA. R. (coords.), Ed. Dykinson, 2014, pág. 26.

[213] DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS, A., *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Balance de una década de vigencia,* en la obra colectiva "La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006/2016: Una década de vigencia", CAYO PÉREZ BUENO, L. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.) y DE MIGUEL VIJANDI, B. (coord. técnica), Ediciones Cinca, Madrid, 2016, pág. 30.

supuesto el alcance de dicho artículo, y para ello, en virtud del contenido normativo del mismo, esta Observación General establece la obligación por parte de los Estados Parte, no solo del reconocimiento de la capacidad jurídica, sino de la prestación de un sistema de apoyos para aquellas personas que lo necesiten, y en el cual, el conocimiento de la voluntad de estas personas sean el objeto y pilar principal sobre el que configurar el apoyo.

Centrándonos ahora en el contenido propio de esta Observación General Nº 1, y para su mejor entendimiento, es revelador su apartado introductorio, el cual recoge los motivos fundamentales por los cuales resulta necesario la elaboración de la misma. Uno de estos motivos según se reseña es la necesidad del cambio de paradigma de un sistema basado en la toma de decisiones por sustitución, por otro basado en la prestación de apoyos. En su apartado 4, recoge un elenco de los principios que emanan del apartado 3 del artículo 12, esto es y entre otros, la autonomía de la voluntad, la libertad en la toma de decisiones, la dignidad de la persona, la no discriminación, es decir, los principios fundamentales y filosóficos que reconoce el modelo social aplicable al ámbito de la discapacidad.

En cuanto al apartado 7[214], vemos como la Observación General eleva el tono de rechazo en cuanto a los sistemas de protección que hasta la fecha se habían venido utilizando por diferentes países, como son por ejemplo la tutela (como ocurre en España), la curaduría y las leyes sobre la salud mental, utilizando expresiones como "deben ser abolidas". En este apartado se conmina a una revisión por parte de los Estados partes de su legislación a este respecto, puesto que históricamente muchas personas se han visto privadas en muchas esferas de su capacidad jurídica. Sobre este punto 7, y especialmente de lo que recoge el punto 14[215] de la Observación General Nº 1, PEREÑA VICENTE[216],

---

[214] El punto 7 de la Observación General señala que *"Los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás."*.

[215] El punto 14 de la Observación General reseña literalmente que *"La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse. El 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."*.

[216] PEREÑA VICENTE, M., "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para…", op.cit., págs. 16-17.

se alza como una de las voces contrarias a la misma. Esta autora parte, de la idea de que si de conformidad con lo establecido en el artículo 12, la representación (cuando pueda ser aplicada, pues recordemos que hay derechos que no admiten la misma, como por ejemplo los derechos personalísimos) es el único modo posible para el ejercicio de la capacidad jurídica, y ello, con el fin de situar a la persona en las mismas condiciones de igualdad que el resto de personas, resultan incompresibles los términos que recoge tanto el punto 7 como el punto 14 de la Observación General y su contenido no se desprende del punto II del citado artículo 12.

El fundamento de la crítica de esta autora, radica en que la Observación General realiza una interpretación incongruente del texto que interpreta, es decir, del artículo 12, expresando conceptos e ideas que dicho artículo no recoge, especialmente, cuando se afirma en el último inciso del punto 7 de la Observación General, que como consecuencia del reconocimiento de las dos facetas que conforman la capacidad jurídica estas no pueden separarse, extremo este que no corresponde con lo establecido por el artículo 12 de la Convención, y concretamente en sus apartados 3 y 4, los cuales si consagran este ejercicio de la capacidad jurídica mediante el establecimiento de las medidas necesarias para ello, o dicho en otras palabras, de los apoyos que necesite la persona para poder ejercer en igualdad de condiciones su capacidad jurídica.

El pensamiento crítico de PEREÑA VICENTE[217] se condensa en una palabra: "sofisma", esto es, inferir de premisas verdaderas una conclusión en la que se omite un argumento fundamental que invalida la conclusión. La Observación concluye que la capacidad jurídica y su ejercicio son lo mismo porque todas las personas lo poseen, conclusión que no se corresponde con lo expuesto por la Convención y según ya hemos reseñado, al constatar, sin perjuicio del reconocimiento de la capacidad jurídica a toda persona que consagra el punto 2 de dicho artículo, que la redacción de los apartados 3 y 4 de dicho artículo conllevan a la aceptación y distinción del ejercicio de esta capacidad jurídica, pues si no qué sentido tendría la redacción de los mismos y su constancia dentro de este artículo.

En este sentido de adoptar las medidas necesarias por parte de los Estados que han ratificado la Convención, es donde el concepto de apoyos adquiere una especial importancia, y ello como medidas necesarias para el ejercicio de la capacidad jurídica de la personas, y según establecen los apartados 3 y 4 del artículo 12 de la Convención. Y es con amplitud y generalidad como la Observación se refiere al concepto de apoyo. Amplitud que se observa en cierto modo representado en la extensa ampliación que la Convención ha reconocido y atribuido a la definición que realiza de la discapacidad por medio de su artículo primero. La consecuencia de la aplicación de este amplio concepto de discapacidad, será la prestación de una multitud de diferentes y variados apoyos en función del caso de discapacidad en cuestión.

Dentro de esta línea crítica de la Observación General que venimos analizando, debemos llamar la atención sobre los siguientes apartados de la misma: el último inciso del punto 13, que señala expresamente que *"En virtud del artículo 12 de la Convención,*

[217] PEREÑA VICENTE, M., "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para…", op.cit., pág. 17.

los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica."; los dos últimos incisos que recoge el punto 15, en relación con la negación de la capacidad jurídica, disponen: *"En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio."*; o los primeros incisos de los puntos 33 y 34, y que se expresan respectivamente lo siguiente: *"La no discriminación en el reconocimiento de la capacidad jurídica restablece la autonomía y respeta la dignidad humana de la persona, en consonancia con los principios consagrados en el artículo 3 a) de la Convención."* y *"La no discriminación incluye el derecho a obtener ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad jurídica."*. Lo expuesto en estos incisos, así como en otros apartados de la Observación, nos puede permitir afirmar que la negación del ejercicio de la capacidad jurídica así como su ejercicio queda convertido en una cuestión de discriminación igual que las motivadas por discriminación de género o raza.

Es en esta equiparación o analogía donde autores como ALEMANY GARCÍA[218] construyen su pensamiento crítico en relación con la Observación General. Si dejamos al lado las cuestiones críticas que el mismo realiza sobre la concepción del modelo social asumido por la Convención y el Comité así como la relativa a la concepción de dignidad que utiliza el Comité por exceder de nuestro ámbito de estudio propiamente dicho, este autor se plantea si el concepto de discapacidad puede ser entendido como un rasgo personal similar al de género o raza, cuestión que responde en sentido negativo, puesto que para este autor, la noción que caracteriza la discapacidad es la heterogeneidad, ejemplo que queda representado en la radical diferencia que existe entre la discapacidad física y la discapacidad mental, y por ello no puede realizarse un tratamiento indiferenciado de todas las situaciones englobadas bajo el ámbito del concepto de discapacidad. Es por ello que para el autor constituye un grave error por parte de la Convención agudizado por la Observación General el tratar discapacidades que son diferentes, y en particular, haber desconsiderado la relevación de las discapacidades mentales e intelectuales.

Una vez expuestas las argumentaciones precedentes como ejemplos representativos de los pensamientos críticos en relación con la Observación General Nº 1, vamos ahora a exponer la corriente de pensamiento que ensalza e interpreta dicha Observación como un instrumento donde apoyarse para justificar presupuestos, como por ejemplo, la supresión entre la clásica distinción de la capacidad jurídica y capacidad de obrar, o en palabras de la Convención, entre capacidad jurídica y el ejercicio de la misma, la eliminación de los sistemas de protección basados en mecanismos de sustitución y no de prestación de apoyos, y por consiguiente, la necesidad de una cambio profundo de nuestro ordenamiento jurídico en este sentido por no estar el mismo adaptado ni respetar los principios y espíritu que promulga la Convención.

[218] ALEMANY GARCÍA, M., "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad" (Una crítica a la Observación General Nº 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad), en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 52, 2018, págs. 213-214.

Una de las principales valedoras de esta corriente es GARCÍA RUBIO[219] y, para completar la exposición de su pensamiento que hicimos hace unas páginas, añadimos ahora que basa su argumentación en tres ideas básicas:

Como una primera idea, y teniendo presente la interpretación que la Observación General hace del concepto de capacidad jurídica regulado en el apartado 2 del artículo 12 de la Convención, la autora entiende que la capacidad para ser titular de derechos engloba o incluye el ejercicio de esos derechos, y ello sobre la base de que este concepto no se identifica con el que conocemos tradicionalmente en nuestro Derecho y que equivaldría al de la personalidad jurídica, denominado este último término como capacidad legal en la Observación. La autora advierte que lo expuesto va más allá de una cuestión terminológica, pues la limitación en el reconocimiento de la capacidad a este grupo de personas para la realización de determinados actos con valor jurídico en igualdad de condiciones que las personas con capacidad plena, como son por ejemplo, votar (el cual y como hemos advertido con anterioridad en el presente trabajo ya ha sido superado al reconocerse el derecho de sufragio tanto en su vertiente activa como pasiva a las personas con discapacidad en virtud de la Ley 2/218, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio), de testar, de vender, etc., es una discriminación en relación con el colectivo de las personas con discapacidad. Esto es el resultado de la aplicación del tradicional modelo médico rehabilitador donde se aplica un sistema de sustitución en la toma de decisiones, en vez de un modelo social y que defiende la Convención, donde prima el respeto a la autonomía de la voluntad de la persona en la toma de decisiones y basado en la dignidad de la misma.

En este nuevo cambio de paradigma presidido por el modelo social dentro de la discapacidad, y que conlleva en consecuencia la supresión de un sistema sustitutivo por un sistema basado en el respeto de la toma de decisiones, el concepto de apoyo, y que recoge de una manera extensa esta Observación General, encuentra su razón de ser, en que el apoyo está revestido de una gran generalidad y debe ser abierto ante las diferentes situaciones en las que se puede encontrar la persona con discapacidad, huyendo con ello de un modelo de apoyos reglados en un Código, lo cual signifique unos apoyos estrictos o cerrados con poco margen de actuación.

Y por último, esta autora nos advierte del peligro en la aplicación de estos apoyos, en el sentido de que los mismos puedan conllevar mecanismos sustitutivos y limitadores de la capacidad de obrar de la persona, es decir, que se consiga el efecto contrario al espíritu que representa la Convención. Para evitar que se produzca esta situación, y de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del artículo 12, se conmina a todos los Estados Parte a establecer las medidas que fueran necesarias para que se respeten los principios de este modelo social, y añade la Observación General que el fin y la razón de ser de estas medidas serán garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de las personas, y en caso de no conocerla, poder ser interpretada de la mejor manera posible.

[219] GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La necesaria y urgente adaptación del Código Civil Español al artículo 12 de la Convención de Nueva York…", op.cit. págs. 151 y ss.

Señala CAMPOY CERVERA[220], que el Estado español no ha sabido comprender o asimilar los cambios que introducía este precepto, pues en principio se entendía el concepto de capacidad jurídica con la capacidad jurídica propia de nuestro ordenamiento, y por tanto, no se entendía comprendida dentro de esta la llamada capacidad de obrar. En este sentido, el autor se remite a esta observación como el instrumento que zanja la cuestión planteada entre la capacidad jurídica y el *"ejercicio de dicha capacidad jurídica"*, pues de acuerdo con la interpretación que realiza dicha Observación del párrafo 2 del artículo de la Convención, *"la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derecho concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. […]"*. En este tipo de planteamientos es donde más claramente quedan reflejadas las distintas concepciones e interpretaciones que pueden realizarse en relación con esta Observación.

Según CAMPOY CERVERA[221], y en la línea general de otros muchos autores[222] enmarcados éstos dentro de la corriente de derechos humanos y filosóficos, el contenido del artículo 12 de la Convención supone uno de los mayores retos para la mayoría de los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados parte de dicha Convención, especialmente los que distinguen entre la llamada capacidad jurídica y la capacidad de obrar de la personas, circunstancia esta que se produce en nuestro Derecho interno. Este autor afirma que la adecuada implementación del citado artículo 12 conllevaría la incorporación de la mejor manera posible de los derechos de las personas con discapacidad dentro del modelo de los derechos humanos, por lo que en consecuencia las personas con discapacidad serían titulares de todos los derechos y su ejercicio en igualdad de condiciones que el resto de personas. Ya hemos señalado en otras ocasiones, que no estamos de acuerdo en la absolutización de esta concepción, pues como afirmamos en los supuestos de grandes apoyos donde la persona no pueda ejercer su capacidad jurídica, la representación es el único mecanismo que le permitirá ejercitarlos en igualdad de condiciones que el resto. No obstante, es en el desarrollo y en el procedimiento donde habrá que tomar todas las garantías para adaptarlos a los presupuestos que emanan de la Convención, y especialmente, de las medidas necesarias y apoyos a los que alude el párrafo 3º del artículo 12.

En cuanto a esto último, este autor opina que la adecuada incorporación del contenido de este artículo a nuestro ordenamiento supondría la eliminación de la sustitución de voluntades por medio de la representación legal (tutela) y que actualmente

---

[220] CAMPOY CERVERA, I., *"La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad"*, 1ª ed., Ed. Ediciones Laborum, Murcia, 2017, págs. 115-116.

[221] CAMPOY CERVERA, I., *"La recepción y aplicación en España de la Convención de*…", op.cit. pág. 114.

[222] Podemos citar, entre otros, a DE ASIS ROIG, BARRANCO AVILÉS, CUENCA GÓMEZ Y PALACIOS RIZZO.

opera en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, CAMPOY CERVERA[223] remitía a las observaciones realizadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al Estado español por la falta de comprensión en lo referente a la adopción de medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia en la toma de las mismas en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona. Dichas medidas, en el momento de redacción del presente epígrafe, quedan recogidas en las Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de fecha 9 de abril de 2019, en las cuales, y dentro del ámbito concerniente al igual reconocimiento como persona ante la ley, se sigue expresando esta preocupación en los apartados que a continuación dejamos transcritos: *"22. Le inquieta al Comité que el Código Civil del Estado parte contemple la privación de la capacidad jurídica de la persona por motivo de discapacidad, y que mantenga la sustitución en la adopción de decisiones."*; y en la *"23. 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."*.

Como conclusión a lo expuesto y para ir terminando el presente epígrafe, consideramos que la redacción de los apartados 3 y 4 del artículo 12 de la Convención, así como el tratamiento que se realiza sobre el concepto de apoyos, interpretados estos como las medidas necesarias para el ejercicio de la capacidad jurídica, son argumentos suficientes para establecer que el artículo 12 lleva al máximo nivel el reconocimiento de la capacidad jurídica como algo inherente a la persona y por tanto no limitable ni susceptible de acotamiento o supresión, y asimismo, reconoce el ejercicio de esa capacidad jurídica mediante los apoyos necesarios y ello mediante el establecimiento de las medidas que sean necesarias para dicho ejercicio y que deberán ser promovidas y legisladas por el Estado, basándose en los principios de necesidad, personalización y proporcionalidad. Por ello, opinamos que este artículo, sin perjuicio de los debates terminológicos que sobre el mismo se quieran realizar, no solo reconoce ambas capacidades en relación con la persona, esto es, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, sino que su propio contenido las desarrolla y las dota de plena vigencia.

Una vez abordado el análisis de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar de la persona, o bien, el ejercicio de la capacidad jurídica en terminología propia de la Convención, así como el significado y aplicabilidad del término apoyo como elemento indispensable en el ejercicio de esta capacidad jurídica o de obrar, y del debate doctrinal y terminológico en cuanto a la concepción de las llamadas capacidad jurídica y de obrar como consecuencia de la interpretación realizada por un grupo de autores de la Observación General Nº 1 en relación con el contenido normativo que recoge el artículo

[223] CAMPOY CERVERA, I., "*La recepción y aplicación en España de la Convención de…*", op.cit. pág. 117.

12 de la Convención, debate sobre el cual ya hemos señalado asimismo nuestra posición, vamos a continuación a analizar cuáles han sido los posicionamientos que han tomado nuestros tribunales, especialmente nuestro Tribunal Supremo, en la aplicación y desarrollo de los principios y presupuestos que emanan de la Convención, y que como consecuencia de la ratificación realizada por parte del Estado español de la misma son asumidos por nuestro Derecho, y por consiguiente, de directa aplicación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO II

CAPITULO II.- Evolución jurisprudencial en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona. Propuestas de reforma.

II.1. El desarrollo realizado por la jurisprudencia en materia de la capacidad de las personas a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Una vez hemos analizado con carácter previo todo lo relativo en materia de capacidad de la persona por parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y ello mediante la exposición de las diferentes posiciones encontradas sobre dicha materia y que resultan especialmente de la interpretación que se hace de la Observación General Nº 1 del año 2014, vamos a analizar en el presente epígrafe como es interpretada por parte de nuestra jurisprudencia esa capacidad de la persona a la luz de los presupuestos que promulga dicha Convención. El tribunal Supremo ha sabido dar una respuesta en esta materia ante el vacío producido por la falta de una reforma legislativa efectiva y completa en la misma, pues hasta ahora esta respuesta legal ha consistido en la promulgación de leyes aisladas y específicas que regulaban aspectos concretos dentro del ámbito de la discapacidad.

Vamos a analizar pues cómo el Tribunal Supremo ha interpretado y aplicado la Convención en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello fijamos como punto de partida desde el cual poder observar cómo ha ido evolucionando la construcción en relación con esta materia, la sentencia 282/2009, de 29 de abril, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías, por ser esta sentencia el pilar jurisprudencial desde donde se empieza a interpretar y en consecuencia, construir un verdadero Derecho sobre la capacidad de la persona a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

No obstante, en la configuración del estudio jurisprudencial propuesto, y para facilitar el mismo como consecuencia del gran número de sentencias que sobre la materia se han dictado en los últimos años, hemos agrupado las mismas en diferentes ámbitos conforme a su fundamento, es decir, en la materia específica que regulan dentro de lo que es el tema esencial que juzgan, esto es, la capacidad de la persona. Para ello, y sin perjuicio de algunos pequeños antecedentes jurisprudenciales de épocas anteriores y que creemos conveniente traer a colación ahora, empezaremos por el análisis de la citada sentencia 282/2009, por ser la sentencia que intenta fijar las reglas de interpretación de la Convención. Junto a ella, abordaremos un conjunto de sentencias donde más claramente se puede observar el intento de recoger toda la esencia de los presupuestos promulgados por la Convención, y ello mediante la asunción del régimen de curatela, en sus diferentes grados, como el régimen más idóneo y que mejor garantizan la autonomía y protección de la persona en atención a lo que hubiera deseado y querido por ella misma, así como en atención a su dignidad y respecto como persona.

A continuación y como complemento de este primer apartado, existen algunas sentencias muy concretas en cuanto al análisis de la capacidad de la persona, es decir, sentencias que conllevan la interpretación de las causas de incapacitación de las personas,

y son el mejor supuesto donde observar si dichas causas y que hasta ahora han sido y son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico, han sufrido modificación o variación alguna en cuanto a su número y configuración, y todo ello, como consecuencia de la aplicación de los postulados de la Convención así como de su interpretación.

Seguidamente, y como último apartado de análisis dentro de este escenario jurisprudencial, analizaremos un conjunto de sentencias que hemos preferido englobar en un solo apartado, aunque bien podrían haber quedado separadas en dos. Justifica el estudio de estas sentencias, no solo su importancia y transcendencia, sino como complemento a las sentencias analizadas en los apartados anteriores, el hecho de que han ido configurando la base sobre la que se desarrollado el texto legal de la Ley 8/2021 y que más adelante abordaremos. Estas sentencias, en cuanto a su ámbito de aplicación y alcance, están referidas a lo concerniente a la voluntad de la persona y respecto a varias esferas que afectan a los hijos con discapacidad.

Por último, y en relación con este estudio jurisprudencial, hemos creído conveniente analizar y desarrollar dentro del segundo capítulo de este trabajo de investigación, las sentencias que tratan sobre la capacidad de la persona dentro del ámbito testamentario, es decir, sentencias que entran a analizar si la capacidad de la persona cuando otorgó testamento era la necesaria o requerida para la realización de ese acto, y en consecuencia, tenía las suficientes facultades para emitir su voluntad en el sentido de que lo manifestado era lo que querido y deseado por ella, y ello de acuerdo al juicio de capacidad que la ley le atribuye al notario autorizante del testamento. Podemos adelantar aquí, que si hay un principio que configura el pilar central de todas estas sentencias es el principio de presunción de capacidad y principio de *favor testamenti*. Creemos que el análisis de este bloque jurisprudencial tiene mejor cabida y ubicación en este apartado del trabajo por estar relacionado con la materia que se será objeto de estudio en el referido capítulo, esto es, la capacidad sucesoria de la persona, sin perjuicio de que en el epígrafe dedicado a la capacidad testamentaria de la persona volvamos a traer a colación alguna de estas sentencias.

II.1.1. La interpretación jurisprudencial a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en materia de protección de la persona. Curatela *versus* tutela

Entrando ahora en materia jurisprudencial propiamente dicha, en primer lugar, como antecedente histórico que conviene volver a recordar por su importancia, debemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947. Mencionamos dicha sentencia, porque la misma tiene reflejo en la conocida sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, siendo aquella recogida en esta última en el fundamento jurídico quinto, cuando se alude a la diversidad y problemática que opera dentro del ámbito de la discapacidad, especialmente en cuanto a los diferentes sistemas de protección que puede necesitar una persona con discapacidad, y donde se reseña que esta diversidad en las situaciones que pueden darse ya fue prevista en la sentencia de 5 marzo de 1947, en la cual queda admitida *"la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación"*, posibilidad que, aunque fue objeto de oposición por una parte de la

doctrina en la interpretación de adaptar la incapacitación a la realidad social, ha sido finalmente la interpretación no solo recogida normativamente como expresa la sentencia, sino *"tradición interpretativa de esta Sala"* en el sentido de protección de las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad.

No obstante, existen precedentes jurisprudenciales que establecen una línea de interpretación diferente a la línea marcada por esta sentencia de 5 de marzo de 1947, como la Sentencia de 28 de junio de 1974 (Roj: 2723/1974), cuyo ponente fue el Magistrado Don Julio Calvillo Martínez[224], en la que se debatía sobre la correcta interpretación de los artículos 135, apartado 1 y 1.263 del Código Civil, los cuales, se ponían en relación con los artículos 83 y 663 del propio Código, y cuya nota más representativa es la que establece que *"los actos realizados por los impedidos mentales no incapacitados, para ser declarados nulos es preciso impugnarlos y justificar en el proceso la carencia de razón al tiempo de realizarlos, porque la presunción está a favor* de la *validez de los actos o negocios concluidos por quien no ha sido declarado incapaz"*. Si bien, dicha sentencia marca distancia con la importante y ya estudiada sentencia de fecha 5 de marzo de 1947, pues esta trata sobre la limitación y graduación en la declaración de incapacidad de los oligofrénicos, la citada sentencia de 28 de junio de 1974 (Roj: 2723/1974), versa sobre la nulidad de unos determinados actos jurídicos por carencia de razón por parte de su autor. En virtud de ello, la sentencia queda centrada en la cuestión de que la apreciación de la capacidad natural para realizar determinados actos o negocios jurídicos, es de puro hecho, y por consiguiente su apreciación o constatación queda sometida a la apreciación o autoridad del Juez.

Sin embargo, la graduación a la que nos venimos refiriendo sobre la base de lo establecido en la sentencia de fecha 5 de marzo de 1947, es recogida de una forma clara, entre otras muchas resoluciones, como por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo 479/1994, de 20 mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Almagro Nosete, y en la cual, en el fundamento de derecho segundo, se señala que *"El estado mental, en efecto, de la recurrida admite determinados grados de discernimiento"*; o bien, en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991, cuyo ponente fue el Magistrado Don Alfonso Villagómez Rodil, la cual, consideramos un ejemplo de las diferentes y variadas posibilidades de aplicar los distintos sistemas de protección de las personas con discapacidad y que operó la reforma de nuestro Código Civil de 1983, circunstancia esta recogida específicamente en la misma, cuando dentro del segundo párrafo del punto segundo de los fundamentos de derecho, se estableció los siguiente: *"La incapacitación que como estado y situación que puede afectar a doña Sofía no ha de ser reputada con plenitud de efectos, es decir como incapacidad total, sino más bien como de tipo medio o atenuada que impone la necesidad de que la defectuosa personalidad de dicha recurrente en razón al retraso mental discreto que padece y consiguiente graduación de discernimiento se complemente, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela*

[224] Visto para su estudio el extracto recogido en la *Revista de Derecho Privado*, Tomo LVIII, Enero-Diciembre, Madrid, 1.974, en el apartado relativo a Jurisprudencia, punto IV. Derecho de Familia, apartado *2. Reconocimiento de hijos naturales: escrito indubitado: capacidad exigible para el reconocimiento derivado de declaración judicial amparada en el artículo 135, 1.º del Código Civil. (sentencia de 28 de junio de 1974)*, págs. 813-814.

mediante la institución intermedia de la cúratela que la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley de 24 de octubre de 1983, vino en cierto sentido a resucitar y rescatar.”.

Asimismo, en dicha sentencia, se describe la función del curador, en el sentido de que *“El curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la Sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial […]”*. Por último destacar, aunque se aleje de lo que es el objeto de estudio del presente trabajo de investigación, y no por ello con una gran transcendencia al ser un derecho recogido por nuestra Carta Magna, que esta es una de las pocas sentencias[225] dictadas, sobretodo de su época, donde se reintegraba el derecho fundamental del voto[226] a la persona objeto de dicho procedimiento, y ello según consta así reflejado en el segundo y último párrafo del apartado tercero de los fundamentos de derechos, donde se señala que: *“En razón a lo expuesto y la deficiencia y anomalía no graves ni anulantes de la personalidad de la recurrente interesada, no parece conveniente hacer extensivo el pronunciamiento de su in*capacidad *a la privación del derecho cívico de sufragio que la Constitución reconoce en su art. 23 como derecho de categoría fundamental.”*.

En cuanto a lo expuesto al final del párrafo anterior en relación con el reconocimiento del derecho de sufragio de las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente, nos parece conveniente hacer un breve inciso. A partir de la entregada en vigor de la Convención, y concretamente por aplicación del artículo 29, se

---

[225] Conviene citar aunque sea de forma sistemática varias sentencias donde ha quedado patente la defensa de este derecho de sufragio de las personas con discapacidad. Para ello, nos hemos basado en la sentencia del Tribunal Supremo 373/2016, de 3 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, cuyo punto 5º del apartado Tercero de los fundamentos de derecho, aparte de una reseña de las sentencias en este sentido dictadas por dicho Tribunal Supremo, como por ejemplo la número 181/2016, de 17 de marzo, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, donde hemos visto los apartados segundo y tercero del fundamento de derecho segundo; la sentencia 341/2014, de 1 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sánchez Gargallo, y hemos visto el punto *“10. Sobre la revisión de la privación del derecho de sufragio”*; así como la sentencia 421/2013 de 24 de junio, cuyo ponente fue el citado Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, donde hemos visto el punto sexto de los fundamentos de derechos, se establecen de forma muy acertada en todas ellas que *“La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de este estado, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. La decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada.”*.

[226] Visto a este respecto el trabajo de DÍAZ ALABART, S., “El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista” en *Revista de Derecho Privado,* núm. 1, enero-febrero, Madrid 2012, pág. 3-24.

ha venido mantenido un debate en torno a la supresión de este derecho fundamental a las personas cuya capacidad de obrar era modificada por medio de un procedimiento de incapacitación. La supresión del derecho a voto que se ha venido llevando a cabo en este tipo de procedimientos requería de un pronunciamiento expreso en relación si la persona afectada poseía la suficiente capacidad en cuanto al discernimiento requerido para un determinado proceso electoral, circunstancia que no siempre ha sido así (salvo contadas excepciones), pues en la mayoría de las sentencias apenas venía recogían escasa argumentación en dicho sentido y solamente se limitaban a suprimir este derecho de sufragio de la persona incapaz.

En aplicación de los presupuestos promulgados por la Convención mediante su artículo 29, así como de la presión ejercida por diversos movimientos y colectivos que agrupan a las personas con discapacidad, se ha podido llevar a cabo una modificación del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General por medio de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre[227], y por ende, garantizar el derecho de sufragio de las personas con su capacidad de obrar modificada judicialmente en su doble vertiente, esto es, en lo que se refiere a su ejercicio activo como en su faceta pasiva. Sin embargo, hasta este momento, nos hemos encontrado con sentencias del Tribunal Supremo y que han defendido lo contrario, como por ejemplo la sentencia 421/2013, de 24 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, la sentencia 341/2014, de 1 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sancho Margallo, así como la sentencia 181/2016, de 17 de marzo de 2016, cuyo ponente fue el citado Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, las cuales serán objeto de análisis a lo largo del presente epígrafe. En todas ellas, se parte de la base que será el Juez que conozca del proceso, el cual, y como parte de la labor que intrínsecamente tiene encomendada, quien será el encargado de analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental.

En este tipo de resolución judiciales se establece la validez y compatibilidad de dicha privación del derecho de sufragio activo con la Convención de Nueva York, y como expresamente se detalla en la última de las sentencias reseñadas, *"sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada, como advierte la sentencia recurrida."*.

Pero la sentencia que ha supuesto un hito porque es la primera que aborda el tema de la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención es la sentencia del Tribunal Supremo 282/2009. No obstante, algunos sectores que conforman o aglutinan a

[227] Me remito en este sentido a un artículo propio titulado "La revocación de la privación del derecho a voto de las personas con discapacidad. El implacable reconocimiento y avance de un derecho propio de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español", en *Revista CEFLegal,* núm. 234, julio 2020, Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2020, págs. 103-140.

personas con discapacidad, apreciaron que dicha sentencia se quedaba corta a la hora de satisfacer las demandas de este tipo de colectivos, y ello sobre la base normativa de que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya estaba en vigor dentro de nuestro ordenamiento jurídico como legislación aplicable. Esta sentencia aborda la exposición de las pautas de interpretación de las normas legales sobre la incapacitación y la tutela, todo ello a la luz de nuestra Carta Magna y de los presupuestos promulgados por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y especialmente el artículo 12 de dicha Convención.

En el análisis de esta sentencia, nos parece conveniente y para no alargar demasiado lo relativo a la exposición de hechos, basarnos en la argumentación de los antecedentes de hecho así como en el resumen de los hechos probados que se realiza en el fundamento primero de la misma, donde se expresa que Dª María Cristina y Doña Carmela pidieron la incapacitación de su madre como consecuencia de la que misma era incapaz para gobernarse por sí misma, necesitando continuos cuidados y atenciones, los cuales son establecidos como punto de origen desde la muerte de su esposo, alternando periodos de lucidez con otros periodos de desorientación, ante lo cual, dichas hijas solicitaban la incapacitación de su madre por no poder gobernar su persona y bienes, solicitando en consecuencia la determinación de la extensión o límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que se haya de someterse la incapacitada, con expresión del nombramiento en un primer momento de una hermana tutora. En un sentido contrario, la parte demandada -circunstancia esta que en un futuro será necesario que desaparezca como elemento de forma dentro de este tipo de procesos, pues no parece muy correcto que en un procedimiento donde su razón de ser es juzgar y apreciar la capacidad real de la persona con lo que eso conlleva, se le añada además a la misma la posición de demandando, y ello como consecuencia del significado y matices procesales que se atribuye a esta parte dentro de cualquier proceso judicial-, solicitaba la desestimación íntegra de la demanda, o que en caso contrario, sí se declarase su incapacidad se designase a un tutor que la representase en todas las facetas o aspectos de su vida, rechazando el internamiento así como la designación de tutora pretendida por sus hijas. El juzgado de primera instancia, y así fue confirmado por la Audiencia, declaro la incapacidad de modo absoluto y permanente para regir su persona y bienes, así como el ejercicio de sufragio, y en consecuencia se nombran tutoras de su persona a dos de sus hijas.

Si hacemos un análisis de los fundamentos de derecho que recoge la sentencia, en el fundamento quinto, autores como CAMPOY CERVERA[228], señalan la importancia del mismo al establecer las reglas que harán posible compaginar el sistema constitucional de protección de las personas cuya capacidad esté afectada con los presupuestos que se recogen en la Convención, y establece que con independencia de la denominación que en el futuro puede adquirir, su empleo solo queda justificado en relación con la protección de la persona. Por ello, dentro del ámbito de la incapacitación, y para que se cumplan las finalidades de los preceptos constituciones como son el artículo 10, 14 y 49

[228] CAMPOY CERVERA, I., "*La recepción y aplicación en España de la Convención de…*", op.cit. pág. 124.

respectivamente de nuestra Carta Magna, *"debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona"*[229], lo cual debe inspirar la correspondiente decisión judicial.

En este sentido, autores como MORENO NAVARRETE Y MORILLAS FERNÁNDEZ[230], concluyen que *"el principio de dignidad de la persona y su desarrollo efectivo, determina que no solo deban ampararse situaciones de faltad de discernimiento permanente, sino también transitorio, pues se ha de proteger a la persona, sin más, en definitiva, la única diferencia radica en el espacio temporal de la protección y en la retroactividad de sus efectos."*.

Dentro de lo recogido en el fundamento de derecho octavo de la sentencia, podemos observar cómo se plantea el primero de dichos motivos sobre la base de la vulneración de los derechos de la presunta incapaz, los cuales deben imperar y presidir toda actuación judicial en este ámbito, y para ello se aduce a que en este caso no se han tenido en cuenta la protección y derechos de Dª Victoria, y sí su considerable patrimonio, circunstancia está rechazada por el Tribunal Supremo utilizando como argumento para ello la validez de las pruebas que se practicaron en las instancias anteriores y que se han resumido en el fundamento de derecho primero de la sentencia. En este sentido, en la sentencia se reafirma que la situación personal de la incapaz, esto es, de Dª Victoria, requería al igual que así se hizo constar en dichas instancias anteriores, una serie de medidas de protección de acuerdo a su particular y personal capacidad de obrar.

Otro de los argumentos esgrimidos dentro de los motivos del recurso de casación, lo observamos en la incorrecta aplicación del sistema de protección basado en la tutela, y ello en vez de aplicar de conformidad con los principios de la Convención y para este caso en concreto, una medida de protección como la curatela. El Tribunal Supremo rechaza esta argumentación así como la defensa en consecuencia del sistema de protección de la incapaz por medio de la tutela, y ello sobre la base de que la capacidad de Dª Victoria está limitada total y permanentemente para poder regir su persona y bienes, fundamentos del artículo 200 del Código Civil, y que asimismo, la adopción de dicha medida de protección responde al beneficio de la incapaz y no del entorno familiar o de otra índole que rodea a la misma. A su vez, justifica la no adopción del régimen de

---

[229] En este sentido CAMPOY CERVERA, cita dos sentencias, una de ellas es la sentencia del Tribunal Supremo 738/1999, de 16 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O´Callaghan Muñoz, En el segundo párrafo del fundamente de derecho segundo, se señala lo siguiente: *"Implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse (así, sentencias de 31 de diciembre de 1991 y 31 de octubre de 1994) respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección al presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial; ésta siempre se deberá apoyar en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, comprobada por la prueba que exige el art. 208 del Código civil y toda aquella que sea precisa y siguiendo siempre un criterio restrictivo; la situación, pues, de inidoneidad natural para regir su persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada, aplicando el artículo 210 en el sentido de fijar adecuadamente la extensión y los límites de la incapacitación."*; y otra es la sentencia del Tribunal Supremo 781/2004, de 14 de julio, (Ver fundamento de derecho tercero), donde se confirmó la declaración de incapacitación de una persona no por "su situación de salud psíquica", ya que seguía conservando completamente sus capacidades mentales -tanto cognitivas como volitivas-, sino por considerarse que su estado físico (su "enfermedad o deficiencia física") le impedía gobernarse por sí mismo.

[230] MORENO NAVARRETE, M.A. y MORILLAS FERNÁNDEZ, M., *Capacidad e incapacidad legal…*, op.cit. pág. 60.

curatela por considerar ésta como una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento para la realización de determinados tipos de actos, y ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 289 del Código Civil.

En este sentido, y como puntos de búsqueda de encuentro dentro de las instituciones de guarda en relación a las personas con discapacidad, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO[231], a la vista de la regulación legal del procedimiento de incapacitación y del régimen de guarda establecido en el Derecho español, para algunos supuestos, demandan una *"mayor flexibilidad, regulando junto al procedimiento de modificación de la capacidad, alguna figura jurídica complementaria, todo ello sin perjuicio de las puntuales modificaciones a las que éste debería ser sometido"*. Lo expuesto, lo justifica como consecuencia de la complejidad a la hora de iniciar un procedimiento de este tipo para hacer frente a las necesidades concretas de una persona con discapacidad. Para ello, nos pone como ejemplo, figuras de Derecho comparado como la *"Administrazione di sostegno"* del Derecho italiano, esto es, un administrador que es nombrado por el Juez para los casos en los que una persona como consecuencia de una determinada enfermedad física o psíquica y que le afecta de forma parcial o temporal, pueda hacer frente a sus propias necesidades, institución que presenta una gran semejanza con la institución de curatela dentro de nuestro Derecho, pero con alguna diferencia. Asimismo, la autora[232] nos señala como otro ejemplo en esta misma línea, es el que contempla el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, donde se regula la figura del *"asistente"*.

Debemos señalar, que es loable este esfuerzo en la búsqueda de figuras más flexibles, acordes u operativas a nivel práctico dentro del ámbito de la capacidad de la persona, pero sin olvidar que cuando hablamos o estamos en una esfera donde la enfermedad suponga una limitación a anulación permanente de la capacidad de la persona para regir su persona y bienes, si nos referimos al anterior sistema legal y que contemplaban los artículos 199 y 200 del Código Civil, ahora modificados por la Ley 8/2021, o en terminología propia de la Convención, en la prestación de grandes apoyos o apoyos más intensos como consecuencia de la enfermedad que sufre la persona y que le imposibilita expresar su voluntad así como formar su propio proceso de toma de decisiones a pesar de los apoyos que se le prestan, deberemos aplicar figuras de protección de la persona más acorde, como era la tutela legal en el régimen anterior, o la llamada curatela representativa si nos referimos a la normativa contemplada por la Convención, la cual tiene su imagen en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como es el Derecho suizo, en el cual encontramos instituciones como la llamada curatela general y curatela de representación (figuras que alcanzaron su desarrollo pleno como consecuencia de la reforma del Código Civil suizo del año 2011, en la cual, se suprimió la tutela para

[231] PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "Sentencia de 29 de abril de 2009: Incapacitación judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacitación a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, Enero-Abril 2010, pág. 347.

[232] PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "Sentencia de 29 de abril de 2009: Incapacitación judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil…", op.cit. pág. 348.

los mayores de edad). Estas figuras están destinadas a los casos donde la capacidad de la persona está más afectada, y han sido puestas como ejemplos más acordes con el espíritu de la Convención. Para nosotros, y particularmente en los procesos donde se den todos los requisitos legales y quede probada la grave afectación de la capacidad de la persona para tomar decisiones, al margen de instituciones con terminología más suave o flexibilizadas, lo que debe predominar es la flexibilización del proceso, haciéndolo más humano, ágil y participativo en la medida de lo posible en todas sus fases, para de este modo poder garantizar plenamente la dignidad de la persona y la elección del mejor sistema de protección de acuerdo a su capacidad.

En relación con lo expuesto en el párrafo anterior en alusión al Derecho suizo, PEREÑA VICENTE[233], nos advierte que esta flexibilización de la figura de la curatela, la cual, dentro del Derecho suizo posibilita que el curador sí pueda ejercer funciones de representación de su curatelado, no sea aplicable dentro del Derecho español, en el cual, la tutela es la figura de representación legal de la persona con discapacidad, y por ende, la curatela solo complementa esta capacidad. La autora señala que esta curatela reinventada, incorpora lo que autores como MEIER[234] denominan *"curatela proteiforme"*, es decir, se establecen cuatro tipos diferentes de curatela, dentro de los cuales, dos quedan representados en la *"curatela de carácter general"* y en la *"curatela de representación"* si se permite la representación de la persona. Esta autora nos señala que la solución que ofrece el Derecho suizo no puede llegar a nuestro ordenamiento por vía de interpretación, por lo que se hace imprescindible una reforma legal en la que se consagre una curatela diferente a la contemplada por nuestro Código Civil. Por último, aprecia la autora que la nueva curatela concebida por el Derecho suizo solo ha supuesto en realidad una modificación terminológica, pues lo que antes era la antigua tutela ahora se denominada *"curatela de carácter general*".

Siguiendo con los motivos del recurso de casación de la sentencia 282/2009, y respecto del que se corresponde con la vulneración del artículo 322 del Código Civil y los preceptos constitucionales 10.1 y 23.1., alega la parte recurrente que al suponer la incapacitación una restricción de la capacidad de obrar que tiene un sujeto, debe seguirse el oportuno procedimiento y basarse en las causas que la ley determina, y por ello, dichas causas son aquellas que impiden a una persona gobernarse por sí misma y no las enfermedades que no afecten a la capacidad. El Tribunal Supremo, en este fundamento de derecho octavo recoge los motivos del recurso de casación, y en aplicación e interpretación de este artículo 322, señala que en este precepto se *"establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halal en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media"*; y en consecuencia y conforme ha venido estableciendo la jurisprudencia, para que se incapacite a una persona, no sólo será suficiente que la misma sufra una enfermedad de

[233] PEREÑA VICENTE, M., "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para…", op.cit., pág. 14.

[234] https://www.kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/revision/Meier_Philippe_jusletter_17.11.2008.pdf. Consulta realizada el día 19 de noviembre de 2019.

carácter físico o psíquico, sino lo que realmente se deberá tener en cuenta y así se señala expresamente en la sentencia, es que *"el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma"*.

Y como último de los motivos que conforman el recurso de casación y sobre el cual debemos prestar atención, es el relativo a la errónea interpretación de los artículos 234, 235 y 236 del Código Civil, artículos que versan sobre el nombramiento de tutor. En la sentencia que es objeto de análisis, dicho nombramiento de tutor recayó en dos de las hijas de Dª Victoria en relación con su persona, y en el nombramiento de otro hijo, como tutor de sus bienes. La parte recurrente alega no solo no se han tenido en cuenta la relación que existe entre las hijas con la tutelada, sino que dicha función de representación deberá realizarse por un solo tutor en aplicación del artículo 236 del Código Civil. El Tribunal Supremo, vuelve a dejar establecido que los artículos 234 y 235 contienen una norma abierta, es decir, norma sobre la cual el Juez tendrá la suficiente libertad para que en función de las circunstancias del caso en concreto, nombrar el tutor que, siempre en beneficio del incapacitado, mejor pueda ejercer y representar los intereses y derechos del mismo, facultad que además podrá diversificar tanto en el ámbito o esfera personal, como en el ámbito patrimonial, circunstancia que se cumple en este supuesto que estamos analizando.

Aquí debemos señalar la conveniencia que reviste el otorgamiento de poderes preventivos o la elaboración de documentos donde podamos recoger la preferencia y voluntad en cuanto a la persona que nos gustaría que nos representarse en un futuro, y ello en previsión de cualquier medida de protección que pudiese ser necesario establecer. Por el contrario, la ausencia de este nombramiento debe ser resuelta con la mayor de las atribuciones posibles al Juez para que pueda dictar con el mayor margen posible y siempre en beneficio de la persona sobre la que recae la misma, la persona o personas que mejor pueden ejercer dicho mandato.

En relación con los recursos de casación de esta sentencia 282/2009, RUBIO TORRANO[235], afirma que el primero de ellos, ha vulnerado el principio de protección y respeto de las derechos de la presunta incapaz que deben inspirar cualquier resolución judicial, y asimismo, que la resolución recurrida no se fundamenta en el estado de la recurrente, sosteniéndose que dicho estado no es por sí solo determinante de la incapacidad, y sí en otros criterios accesorios, como por ejemplo en el aspecto patrimonial, y ello como consecuencia del importante patrimonio de la misma. Para la sentencia quedan acreditados los fundamentos fácticos de la incapacitación de la presunta incapaz, lo que hará que el resto de argumentos incluidos los patrimoniales sean empleados para mayor abundamiento. Dentro del tercer motivo, se discute si el establecimiento de la incapacitación total es proporcional al grado de discernimiento de la incapaz, o si por el contrario un sistema de protección basado en la curatela hubiera sido lo más acorde en este caso. Para el Alto Tribunal, el establecimiento de la incapacidad total y permanente impuesto a esta persona para regir su persona y bienes consta debidamente acreditado. En cuanto a esto último, el Tribunal Supremo señala que

[235] RUBIO TORRANO, E., "La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York", en *Aranzadi Civil,* vol. II, 1ª ed., Ed. Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2009, págs. 2.116-2.117.

la sentencia recurrida establece de una forma clara y precisa los fundamentos de la incapacitación, y ello de acuerdo con las pruebas practicadas. Dentro del cuarto motivo según aprecia el citado autor y que versa sobre lo que supone cualquier restricción o limitación a la capacidad de obrar, el Tribunal Supremo alega que desde la reforma de nuestro Código Civil de 1983, las causas de incapacitación están abierta y por lo tanto no se encuentran en una lista cerrada o de *"numerus clausus"*.

En aplicación de lo establecido en el artículo 322 del nuestro Código Civil, la presunción de capacidad para todos los actos de la vida civil de la persona desaparece cuando se demuestra la concurrencia de una determinada enfermedad que impida a una persona gobernarse por sí misma, así como administrar sus bienes e impida también a esa persona cumplir las condiciones propias de una persona media. En cuanto al quinto motivo relativo a la errónea interpretación de los artículos 234 y 235 del Código Civil, el Tribunal Supremo señala y justifica sobre la base de una norma abierta, la aplicación de lo regulado en el apartado 1.º del artículo 236 del Código Civil[236] en cuanto al nombramiento de dos tutores para ámbitos diferentes, como es el aspecto personal y el aspecto patrimonial.

Tenemos ahora que analizar cómo ha evolucionado la doctrina jurisprudencial, si las sentencias posteriores a la de 29 de abril de 2009 mantienen la misma línea interpretativa o se separan de la misma. Al respecto, CAMPOY CERVERA[237], observa una evolución en referencia a la argumentación recogida en la Sentencia 282/2009, aunque recoge un elenco de sentencias donde se sigue tal cual o de una manera muy similar la doctrina de esta sentencia. Ejemplo representativo de lo expuesto, lo tenemos en la sentencia del Tribunal Supremo 504/2012, de 17 de julio, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías, en la cual, en el cuarto párrafo del fundamento de derecho cuarto, se remite a lo expresamente declarado en la de 29 de abril de 2009, en el sentido siguiente*; "En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil*

[236] El apartado 1.º del artículo 236 del Código Civil establece lo siguiente: "La tutela se ejercerá por un sólo tutor salvo: 1.º Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.".

[237] CAMPOY CERVERA, I., "*La recepción y aplicación en España de la Convención de*…", op.cit. pág. 127.

posterior a la CE. De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad".

En lo referente a lo recogido en su fundamento de derecho quinto de esta sentencia 504/2012, de 17 de julio, y en relación con la línea jurisprudencial marcada por la sentencia 282/2009, se vuelve a remarcar *"que la incapacitación es solo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona"*. Dentro de dicho fundamento, se analiza la institución jurídica de la autotutela, y lleva a cabo toda una argumentación en defensa del cambio del tutor que en un principio había sido designado por el incapaz sobre la base de lo regulado en el apartado segundo del artículo 234 del Código Civil, pues de una manera excepcional, el Juez mediante una resolución motivada podrá alterar el orden del párrafo anterior de dicho artículo, el cual establece la prelación en relación con el nombramiento de tutor, y siempre que el beneficio del incapacitado así lo exigiere.

Las argumentaciones que se recogen en esta sentencia siguiendo la línea jurisprudencial de la sentencia 282/2009, son atacadas por los defensores de la aplicación de la Convención desde la óptica de los Derechos humanos, especialmente, por encontrarse en los fundamentos expuestos la vulneración de la autonomía de la voluntad de la persona sobre la que recae la incapacitación. En nuestra opinión, y en virtud de los informes médicos-forenses, en este caso, se podría haber ido un poco más allá en el respeto a la voluntad de la persona. En virtud de todo lo expuesto, creemos que la pregunta a plantearse es si la autotutela, en aplicación de los principios que se desprenden de la Convención tiene la suficiente entidad para no ser removida por una resolución judicial debidamente motivada por el Juez como consecuencia de la aplicación del interés del incapacitado. El problema de lo expuesto, y según señala la sentencia, es que la *"previsión de designación de tutor por parte del mismo interesado para el caso de que el interesado debiera ser sometido a un procedimiento de protección de este tipo, no aparece establecido en la Convención de Nueva York."*.

En un mismo sentido al aludido en el párrafo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo 716/2015, de 17 de diciembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, en la cual, concretamente en el fundamento de derecho segundo, explícitamente se dispone: *"Pues bien, esta Sala nada tiene que decir respecto a la normativa y doctrina jurisprudencial que se cita en el motivo, especialmente la que resulta de la sentencia de 29 de abril de 2009. Discrepa simplemente de las conclusiones."*. Lo relevante de esta sentencia, recurrida por la representación de la persona sobre la que suscita el procedimiento en contra de la demanda de incapacitación que interpuso el Ministerio Fiscal, por infracción de los artículos 199, 200 y 287 del Código Civil y 760 LEC, en relación con el artículo 12 de la Convención y de la doctrina jurisprudencial en relación con los artículos 10 y 14 de nuestra Constitución Española, es la construcción jurídica que se realiza en lo referente al sistema de protección aplicada a la persona incapaz, y ello sobre la interpretación que hace de los artículos 3 y 12 de la Convención partiendo del principio general recogido en el artículo 1 de la misma, relativo a la promoción, protección y aseguramiento del pleno goce de los derechos fundamentales en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad.

En la sentencia, se identifica a las personas incapaces como aquellas personas que ostenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo (recordar aquí el concepto de persistencia que recogía el modificado artículo 200 de nuestro Código Civil) que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su plena y efectiva participación en la sociedad a la que pertenece, y todo ello en igualdad de condiciones, a lo que añade, que esta protección solo tiene justificación en relación a la persona afectada, sin que dicha protección pueda suponer una violación de los derechos fundamentales, puesto que uno de los rasgos que necesariamente conforma el sistema de protección de la persona es su carácter personalísimo, o como dice la sentencia, de características específicas y propias.

Esta protección no conlleva tampoco la violación del principio de igualdad que consagra el artículo 14 de nuestra Carta Magna al tratar de forma diferente a estas personas con las personas que si poseen su plena capacidad, pues de lo que en esencia se trata es de un sistema de protección no de exclusión, puesto que si no fuera así entonces es cuando consideramos que si se estarían violando los derechos fundamentales de la persona al no protegerla tanto de su propia actuación como de actuaciones externas.

Sin embargo, como inciso al tema que estamos analizando y en atención al principio de igualdad al que nos acabamos de referir, debemos tener en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo 625/2011, de 21 de septiembre, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías, donde el principio de igualdad ante la ley de una persona incapacitada en aplicación de lo regulado en los artículos 12.3 y 13.1 de la Convención, es llevado hasta su máxima expresión, es decir, se reconoce el derecho de los tutores a ejercitar la acción de divorcio en nombre de su hija incapaz, lo cual equivale a reconocer esta representación legal dentro de los llamados actos personalísimos, y como ocurre en el presente supuesto el de poder ejercitar la acción de divorcio, como supuesto contrario al acto personalísimo de contraer matrimonio, de su hija incapaz. En los antecedentes de hecho se detalla cómo la hija de los tutores después de sufrir un accidente de tráfico queda en estado tetrapléjico y en coma. Una vez que los padres de la misma adquieren el cargo de tutor en sustitución del marido de su hija, el cual fue nombrado tutor inicialmente, interponen la acción de divorcio, todo ello basado en diversas pruebas, como por ejemplo que antes del accidente ya existía un cierto desafecto en el matrimonio, que su hija ya estaba asesorándose para iniciar los trámites de separación, o que después del accidente las escasas visitas realizadas por el esposo o el incumplimiento por parte de este de los deberes de ayuda y socorro entre cónyuges.

En lo que a nuestro objeto de estudio no interesa y, concretamente en cuanto a este inciso del principio de igualdad, el Tribunal Supremo, en el último inciso del punto 4º del fundamento de derecho séptimo, entre otras argumentaciones, basa su decisión de que los padres y tutores sí pueden ejercitar esta acción personalísima de divorció en nombre de su hija, y ello de acuerdo a los artículos reseñados, puesto que *"la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se*

convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo.". En virtud de lo expuesto, queda refrendado hasta qué punto pueden llegar a interpretarse los principios promulgados por la Convención, y en este caso en concreto, en los actos que pueden realizar los tutores en nombre y representación de sus representados.

No obstante, y en referencia a los actos personalísimos, autores como DE PABLO CONTRERAS[238], recoge el criterio del Código Civil en referencia a este tipo de actos, los cuales, y aún en el caso de que existiera una sentencia de incapacitación recayente sobre una persona con discapacidad, no pueden ser ejercitados ni por el tutor ni por el curador en su caso. Si bien la doctrina incluye dentro de los actos personalísimos, otros actos, como por ejemplo, el reconocimiento de filiación, el de reconciliación conyugal[239], el de remisión de las causas de indignidad para suceder, las cuales quedan recogidas dentro del artículo 757 del Código Civil, o bien, y como uno de los casos más transcendentes, el de contraer matrimonio por parte de una persona incapacitada. Obsérvese en este supuesto, que aunque la capacidad de entender y querer la unión sea requisito para prestar con la debida eficacia el consentimiento de carácter matrimonial, esto no podrá ser objeto de valoración en la sentencia de incapacitación, pues dicha misión recaerá en el examen, que con dictamen médico, se realizará en el correspondiente expediente matrimonial previo, y ello según se establece en el artículo 56 del Código Civil[240].

Después de este inciso realizado en el párrafo anterior y siguiendo con nuestra línea de exposición, vamos a seguir analizando otras sentencias en lo referente a si las mismas son una continuación de la doctrina recogida en la sentencia 282/2009, o por el contrario, se apartan de la misma modificando en consecuencia dicha posición jurisprudencial, aunque sea parcialmente. Analizaremos a continuación la sentencia 617/2012, de 11 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas

---

[238] DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención*..., op.cit. pág. 576.

[239] Este carácter de personalísimo que se le atribuye a la reconciliación conyugal regulada en el artículo 84 del Código Civil, es recogida expresamente por autores como O´CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Código Civil comentado y con jurisprudencia", 8ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pág. 160, en el comentario que hace del citado precepto, donde en el último párrafo del punto 1.- señala las siguientes características: *"La reconciliación no es un negocio jurídico formal o solemne: es válida cualquiera que sea la forma en que se haya realizado. Únicamente se exige, como requisito de eficacia, que se ponga en conocimiento del Juez competente para el proceso, que lo terminará o dejará sin efecto, sin que dicho Juez tenga ninguna actuación o decisión propia. No se requiere tampoco especial capacidad para el negocio jurídico de reconciliación: basta que los cónyuges, mayores o menores, hayan contraído matrimonio, el que es objeto de la separación. Es acto personalísimo."*.

[240] El artículo 56 del Código Civil establece lo siguiente: *"Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código. El Letrado de la Administración de Justicia, notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento."*.

Quintana. En la lectura de la misma, se observan los siguientes elementos a tener en cuenta; por un lado, como base del escrito de interposición, se alude al carácter restrictivo que debe operar siempre dentro del ámbito de la incapacitación, señalando la vulneración de este principio en la citada sentencia, y ello, al no aplicar desde los presupuestos que se emanan de la Convención la figura de la curatela, concebida está desde un sistema de prestación de apoyos y asistencia de la persona con discapacidad. Sin embargo, en virtud de la doctrina recogida en la sentencia 282/2009, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 200 de nuestro Código Civil, el cual no recoge una lista taxativa de las causas de incapacitación, sino que establece como causa de la misma *"las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma"*, se señala que en este caso, y según se desprende de la prueba practicada en el proceso, la acreditación de que Don Miguel posee una enfermedad incapacitante que le impide gobernarse por sí mismo, por lo que queda debidamente justificado el establecimiento de una tutela parcial en relación con el control terapéutico de la enfermedad del mismo así como en lo concerniente a la administración y disposición de sus bienes, con excepción del dinero de bolsillo.

En relación a esta sentencia 617/2012, para PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO[241], llama la atención la indiferencia del Tribunal Supremo en cuanto a la denominación terminológica de los términos utilizados en la misma, como incapacitación parcial o bien parcialmente incapaz, pues aunque la verdadera razón de ser es la protección de la persona, no es óbice para que el Tribunal hubiera realizado alguna referencia a las expresiones utilizadas en las sentencias de instancias, y ello sobre la base del nuevo modelo de discapacidad que recoge la Convención de Nueva York. Para esta autora, una mera interpretación literal de estas expresiones parece admitir dentro de nuestro derecho una degradación de la capacidad, sin que lo expuesto suponga un avance por parte del Tribunal Supremo dentro del ámbito de la discapacidad, y ello en la misma línea que la citada sentencia 282/2009. Para PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, aunque la sentencia de 2012, justifica la adecuación de nuestras instituciones de protección de la persona conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incluyendo la incapacitación como medida de protección, sus pronunciamientos se quedan cortos y, al margen de cuestiones estrictamente jurídicas, no satisfacen los deseos ni las preocupaciones de este colectivo, el cual es contrario a cualquier tipo de limitación o restricción en su capacidad.

Asimismo, la autora[242] señala que, si bien la declaración de incapacitación tiene su base no en el padecimiento de una enfermedad de carácter físico o psíquico de la persona, sino en su capacidad de autogobierno, la objeción que se puede hacer a esta sentencia es la utilización reiterada de que había que admitir una limitación a la capacidad de D. Miguel, pues de conformidad con el paradigma que establece la Convención, no es lo mismo limitar la capacidad de obrar de una persona, que entender que la persona

[241] PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sentencia de 11 de octubre de 2012", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 92, Mayo-Agosto 2013, pág. 358 y ss.

[242] PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional…", op.cit. pág. 361 y 362.

precisa en su ejercicio la asistencia de curador. Resaltar asimismo, y en relación con el análisis que hace la citada autora de esta sentencia 617/2012, el supuesto de hecho que D. Miguel, durante el tiempo de tramitación del procedimiento había mejorado sensiblemente, lo cual quedaba acreditado mediante la adopción de una conducta más ordenada y coherente por parte del mismo, ante lo cual, el Tribunal señala que la prueba practicada en el trastorno de la personalidad de esta persona hubiera desaparecido, por lo que resultaba indiferente que este trastorno fuera permanente o que oscilara en intensidad, puesto que lo esencial era que el mismo le impedía gobernarse.

Esta posición tomada por el Tribunal a juicio de PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, puede plantearnos algunas cuestiones, entre ellas, la *"proporcional*idad *que debe existir entre la medida adoptada y la variable incidencia que puede tener el trastorno que sufre la persona en la incapacitación que se acuerde"*. En virtud de lo expuesto, la autora señala la poca atención que presta el Tribunal en cuanto a la persistencia del trastorno que afecta a la persona, por lo que hubiera sido más conveniente un pronunciamiento más sosegado y detenido en este sentido por dicho Tribunal, el cual, se debería haber pronunciado de una manera más precisa sobre esta materia en relación con este caso, y ello habida cuenta de que de sus pronunciamientos sobre esta cuestión ya que no resulta claro si la patología padecida y que se deriva del consumo excesivo del alcohol o alcoholemia diagnosticada, se sumase otro tipo de enfermedad o enfermedades que impidiesen el autogobierno de la persona.

En relación con esta sentencia, otros autores como VARELA AUTRÁN[243], ponen el foco en la no aplicación en la misma de un sistema de apoyos puntuales al presente caso, y ello en aplicación a los criterios y principios que promulga la Convención, especialmente en lo que se refiere a lo regulado por su artículo 12. Llama la atención el hecho de que el Ministerio Fiscal, que es la parte demandante en la instancia, postule la declaración de una incapacidad parcial y que, en cambio, la Fiscalía del Tribunal Supremo, al informar el recurso de casación, proponga, que se valore el establecimiento de apoyos en favor de la persona discapacitada. La aplicación de este sistema de apoyos encuentra su lugar natural de aplicación en este tipo de supuestos, puesto que en el presente caso si se relacionan los trastornos medicamente descritos en la sentencia con la amplia restricción de la capacidad de obrar establecida en la misma, no se comprende muy bien como no se ha hecho en el presente procedimiento una aplicación del principio de los apoyos puntuales porque el mismo se presenta como un supuesto de libro para efectuar una plasmación de lo previsto y preceptuado en este artículo 12 de la Convención.

Como subraya Varela, en el caso en cuestión, estamos ante una personalidad que presenta un problema fundamentalmente conductual como es el alcoholismo, al cual, se le añade un trastorno no precisado de la personalidad con tendencia a la depresión reactiva que se manifiesta, especialmente, en la oposición al tratamiento médico-farmacológico, reconociéndose en atención a ello una incapacidad permanente parcial con la consiguiente

[243] VARELA AUTRÁN, B., "Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 Comentario a la STS (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012", en *Diario La Ley,* núm. 8006, Sección Tribuna, 22, enero 2013, pág.5.

instauración de una curatela. Pese a declararse probado y admitido, que la persona en cuestión puede vivir con absoluta autonomía e independencia en el domicilio de su propiedad, administrar libremente la pensión que percibe y ejercer el derecho de sufragio activo, la verdad es que no se comprende muy bien cómo a la situación enjuiciada no se le aplicó el instrumento de los apoyos puntuales que se revelan como los más apropiados a la situación que caracteriza a la persona que es objeto, en este caso, de restricción de su capacidad jurídica de obrar.

El autor señala que una explicación podría encontrase en la que la curatela cumple esta función equivalente a la que podría conseguirse con los apoyos puntuales, máxime cuando, todavía, la normativa española no se ha adaptado a los principios y directrices de la Convención sobre Derechos de las Personas Discapacitadas. En conclusión, para este autor, el mantener todavía instituciones propias de la incapacitación judicial que chocan, tan abiertamente, con los mandatos de aquella Convención parece que no es lo más correcto y adecuado.

Para continuar con el análisis de la evolución de la jurisprudencia en la materia, podemos citar a continuación la sentencia 421/2013, de 24 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana. En esta sentencia, se declaró en primera instancia, y así fue confirmado también en segunda instancia, incapacitado al demandado, tanto para regir su persona y bienes, incluida la privación del derecho de sufragio activo, como su patrimonio, nombrándose a una entidad en calidad de tutora, y ello en contra de lo solicitado por la representación procesal de don Camilo, la cual alegaba que el mismo no se encontraba incapacitado para regir su persona y bienes, manteniendo su plena capacidad jurídica para la creación inmediata de un patrimonio protegido de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad. En esta sentencia se advierte la desproporción en la medida instaurada de incapacitación total, medida en la que también está en contra el Ministerio Fiscal, así como de la privación del derecho fundamental del derecho de sufragio, cuando no existe ninguna referencia a la supuesta pérdida de las habilidades de esta persona para verse privado del derecho de voto, o incluso, en la posibilidad de gobernarse por sí mismo, forma en que siempre lo ha hecho para atender sus propios asuntos.

En la sentencia objeto de este caso, se señala que el artículo 322 del Código Civil, establece *"una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media"*. No se discute en este supuesto que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones que en relación con los derechos fundamentales comporta, sino lo que se cuestiona es en qué medida se encuentra afectado "don Camilo" para la adopción de la medida más favorable a su interés, y de este modo, evitar una posible disfunción o malinterpretación de los principios de la Convención, y ello sobre la base de la autonomía e independencia de la persona, potenciando según se señala en la sentencia una característica importante, que es la potenciación de la capacidad acreditada de la persona.

Asimismo, en esta sentencia 421/2013, de 24 de junio, se aprecia en la lectura de la misma, el esfuerzo para una reinterpretación de la curatela conforme a los prepuestos de la Convención, y para ello, basándose en la valoración de la prueba como no podía ser de otra manera, se señala se aplique una curatela en vez de la tutela, reinterpretada la misma a la luz de la Convención, pero *"desde un modelo de apoyo y de asistencia y del principio de superior interés de la persona con discapacidad, que manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad"*. De este modo, se coincide con lo que venía defendiendo el Ministerio Fiscal, el cual señalaba que una solución distinta *"no va a repercutir en mejorar su modo de vida, […] y no garantizará la toma de medicación que precisa no teniendo sentido hacerlo de forma coactiva",* sino mediante un simple curador. Por lo tanto, observamos una evolución en esta sentencia respecto de la argumentación jurisprudencial que se recogía en la sentencia 282/2009, evolución que se concreta en los siguientes aspectos: por un lado, se establece la declaración de incapacidad parcial desde la reinterpretación de la curatela a la luz de los presupuestos que emanan de la Convención; por otro lado, se conforma una sentencia a la carta en relación con los aspectos a regular de la persona, aunque de una manera primaria, puesto que se separan los ámbitos personal, patrimonial, médico, etc., etc.; asimismo, en cuanto al último de los ámbitos citados, se deja clara la función del curador en este sentido como aspecto que conforma la esfera personal del curatelado; y por último, se admite la conveniencia de mantener a la entidad designada en primera instancia como curadora; para terminar, se aprecia la necesaria revocación de la privación de su derecho fundamental de sufragio, por falta de motivación, alegando la sentencia la conveniencia en el ejercicio de dicho derecho, y ello de una forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad.

Hay autores, cuyo planteamiento compartimos, que observan que en esta sentencia, cuando alude al establecimiento de un régimen de curatela en el que la persona protegida *"conserva su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa"*, una excesiva extensión en lo referente al complemento de la capacidad por parte del curador dentro del ámbito de Derecho sucesorio o *mortis causa*, y más concretamente en actos personalísimos como es el de realizar testamento. En este sentido, PEREÑA VICENTE[244] señala que *"Esta sentencia establece un régimen de curatela en el que la persona protegida <<conserva su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. [El curador] controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo)>>. Fuera del reconocimiento de esa capacidad de iniciativa la sentencia merece una crítica, no sólo por la terminología empleada sino por la extensión de la medida, que incluye los actos mortis causa. No vemos cómo a ser posible que el curador complemente la capacidad en un acto personalísimo como el testamento en el que se puede pedir el informe de un facultativo pero en el que no es posible la intervención del curador."*.

[244] PEREÑA VICENTE, M., "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para…", op.cit., nota pie de página núm. 74, pág. 30.

En lo referente a la aplicación de la institución jurídica de la curatela, debemos advertir, que hay una serie de autores, como PALLARÉS NEILA[245], que en el análisis que realizan de esta sentencia 421/2013, denuncian una instrumentalización de la institución jurídica de la curatela para dar respuesta a casos o situaciones en los que debería aplicarse una tutela. En el caso que nos ocupa, señala este autor[246] que se trata de una tutela encubierta bajo una apariencia irreal y que en sus estrictos términos habría sido imposible ejercer por la entidad curadora. El autor explica la posición que adopta nuestro Tribunal Supremo de acuerdo al párrafo cuarto del fundamento de derecho segundo[247], que en resumen viene a resaltar la institución jurídica de la curatela como el sistema de apoyo o medida de protección más acorde con los presupuestos de la Convención. El resultado de lo expuesto, según aprecia[248], conlleva una distorsión del sistema tutelar español, pues lo importante será la delimitación clara de sus respectivos ámbitos de aplicación. Además señala que no cree en la necesidad de la creación de nuevas instituciones jurídicas tutelares al margen de las ya citadas tutela y curatela, las cuales se han venido aplicando y con eficacia probada a lo largo del tiempo. Por último, este autor propone como solución alternativa al actual panorama, la aplicación de la tutela para la protección de los menores en los supuestos donde los titulares de la patria potestad no puedan ejercer ésta y actualizar la curatela para la protección de los mayores de edad, defensa judicial y guarda de hecho.

En otro sentido, otros autores, como DE SALAS MURILLO[249] se decantan por una posición más contenida, al señalar un régimen mixto de coexistencia entre la tutela y la curatela, atribuyendo a la primera de dichas instituciones unos componentes más flexibles que los que rigen su actual composición.

En este sentido, CAMPOY CERVERA[250], reconoce en la sentencia 421/2013, una evolución favorable en relación con los principios de la Convención, especialmente en cuanto a la comprensión del artículo 12, y señala que en la sentencia 337/2014, de 30 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno, se viene a recoger de una manera muy similar los argumentos establecidos en la citada sentencia 421/2013. Como elemento que destaca el citado autor de esta sentencia 337/2014, señala

---

[245] PALLARÉS NEILA, J., "Tutela versus curatela. Tras la STS de 24 de junio de 2013", en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2016, pág. 4.

[246] PALLARÉS NEILA, J., "Tutela versus curatela…", op.cit. pág. 6.

[247] El párrafo cuarto del fundamento de derecho segundo de la sentencia 421/2013, señala lo siguiente: *"4.- Estos hechos, que son en breve síntesis los que resultan de la valoración de la prueba de la sentencia, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTS 29 de abril y 11 de octubre de 2009). Una solución distinta, como dice el Ministerio Fiscal, "no va a repercutir en mejorar su modo de vida, puede apagar su arte y no garantizará la toma de la medicación que precisa no teniendo sentido hacerlo de forma coactiva", sino mediante un simple apoyo del curador."*.

[248] PALLARÉS NEILA, J., "Tutela versus curatela…", op.cit. pág. 9.

[249] DE SALAS MURILLO, S., "Repensar la curatela", en *Derecho Privado y Constitución*, Año 21, núm. 27, enero-diciembre, Madrid, 2013, pág. 46.

[250] CAMPOY CERVERA, I., *"La recepción y aplicación en España de la Convención de*…", op.cit. pág. 134.

lo consignado en el punto 4. del fundamento de derecho tercero, donde se reconoce *"[…] la necesaria flexibilidad del sistema de protección de la persona en atención a una gradación de efectos que debe adaptarse a las conveniencias y necesidades de protección de la persona en atención a una gradación de efectos que deba adaptarse a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada, a una revisibilidad de la situación, según la evolución de la causa que dio lugar a la medida de protección, y además, caso que nos ocupa, a valorar especialmente, siempre que sea posible, la esfera de la autonomía e independencia individual que presente la persona afectada en orden a la articulación y desarrollo de la forma de apoyo que se declare pertinente para la adopción o toma de decisiones. Voluntad y preferencia de la persona que constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse menoscabada en la aplicación del interés superior de que se trate; STS de 5 de febrero de 2013 (núm.26/2013)*[251]*"*.

En relación a este interés superior de la persona con discapacidad, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo 635/2015, de 19 de noviembre, cuyo ponente fue el Magistrado José Antonio Seijas Quintana, en la cual, en el fundamento de derecho segundo de la misma, se aprecia que no existe ninguna duda de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior; interés que se encuentra por encima de cualquier otro, y ello en aplicación del punto 4 del artículo 12 de la Convención, donde este interés queda proclamado como principio rector en cuanto a la actuación de los poderes públicos, y cuya definición (y según ya hemos reseñado con anterioridad) queda en la ineludible necesidad de mantener al incapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y, como corolario lógico, su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, y ello a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual, por parte de quien asume su cuidado.

Continuando con el análisis de la sentencia 337/2014, según establece el fundamento de derecho tercero y en aplicación de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso enjuiciado, el siempre carácter restrictivo que debe marcar e imperar el establecimiento de la incapacitación como medida de protección de la persona, pues dada la importancia que para estas personas reviste su autonomía e independencia individual, se evita lo que denominaríamos como una *"verdadera muerte social y legal"*, y en consecuencia, será la aplicación de la curatela y no del régimen de tutela[252] como medida

[251] Vista asimismo la sentencia del Tribunal Supremo 26/2013, de 5 de febrero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno, en la cual, y concretamente en el punto 3. del fundamento jurídico tercero, se reseña lo siguiente: *"De lo hasta aquí vertido se desprende que el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años. (Artículo 162.1º del Código Civil)."*.

[252] En este sentido también nos podemos remitir a la sentencia del Tribunal Supremo 553/2015, de 14 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, en la que en el punto 6.- del fundamento de derecho segundo, se recoge expresamente que *"[…] y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad."*.

de protección más acorde para el cumplimiento de lo expuesto. La modificación de tutela a curatela se realiza sobre la misma situación de incapacitación parcial, a pesar de haberse declarado la incapacidad "don Segundo" para determinados actos y negocios jurídicos complejos, pues el mismo no tiene anulada de forma significativa su capacidad cognitiva y volitiva siendo capaz de manifestar su voluntad y preferencia.

En la misma línea que abordamos, la reinterpretación de la curatela de acuerdo con los principios de la Convención, podemos citar otra sentencia en la que queda reflejada la actuación del Tribunal Supremo en la consiguiente modificación del sistema de protección impuesto en primera instancia, esto es, del cambio de un régimen de tutela por un régimen más flexible, como es del de una incapacitación parcial regulada bajo la figura jurídica de la curatela. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo 530/2017, de 27 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, y en la que en su fundamento de derecho segundo, se recoge la doctrina que sintetiza a su vez la sentencia del Tribunal Supremo 298/2017. En esta sentencia 530/2017, se resuelve un recurso formulado por el padre de una hija con síndrome de Down, afectada por una discapacidad del 45% como consecuencia de un retraso mental ligero, la cual, fue incapacitada totalmente en primera instancia, y cambiada dicha medida de protección por una incapacitación parcial en sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León. En el recurso planteado ante el Tribunal Supremo, se lleva aún más allá esta incapacitación parcial, en el sentido de otorgar una mayor flexibilización a la sentencia de la Audiencia. En el recurso planteado ante el Tribunal Supremo por el padre de Doña Paulina, se señala que la misma puede desenvolverse de una forma autónoma en lo relativo a vestido y cuidado personal, con conocimiento del dinero y una vida social plena, solicitando que como consecuencia de que se le ha declarado una incapacidad parcial por la sentencia en cuestión, se debe nombrar a un curador y no un tutor. Este nombramiento se basa en la consideración de que su hija no puede ser considerada con las mismas necesidades de supervisión que una persona con un grado de discapacidad muy superior, y en consecuencia, no debe ser sometida al mismo régimen, señalando que dicha protección podría hacerse con la supervisión de la madre y no de su hermana. Dicho recurso está apoyado parcialmente por el Ministerio Fiscal.

La sentencia toma como punto de partida los principios formulados por la Convención, que opta por un modelo de "*apoyos para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (artículo 12.3)*", lo que en unión con lo que dispone el artículo 1 de la Convención, obliga a 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, debiendo los Estados asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. El sistema al que se está refiriendo la Convención está conformado en nuestro Derecho interno por instituciones como la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos, instituciones todas ellas que deben interpretarse de acuerdo con los principios de la Convención.

En un sentido muy parecido, la sentencia del Tribunal Supremo 600/2015, de 4 de noviembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana. En la misma, queda motivado la necesidad de poner en funcionamiento un mecanismo de protección, en este caso de curatela, debido a que las facultades intelectivas y volitivas de una persona *"no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse",* y ello según se refleja en el último inciso del punto 2 del fundamento de derecho cuarto. Aparte de lo expuesto, nos quedaríamos con dos aspectos que nos han llamado la atención dentro de esta sentencia: por un lado, que en beneficio de la persona con discapacidad, deja fijada la curatela solamente en la madre con la cual convive el hijo, declarando expresamente la inviabilidad de una curatela compartida y ello en aplicación analógica al modelo de patria potestad; y por otro lado, de la expresión recogida en el citado punto y fundamento de derecho al que nos hemos referido, en el sentido de dejar establecido de que *"Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.".*

Otro ejemplo de sentencia que recoge la línea doctrinal de la sentencia 282/2009, lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo 698/2014, de 27 de noviembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, en la cual, se mantiene la incapacitación parcial declarada en primera instancia y ratificada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, excepto en la designación del curador. En el fundamento de derecho segundo, expresamente queda recogida la línea doctrina de la citada sentencia 282/2009, en cuanto al beneficio de la aplicación de la curatela en cuanto al interés de la persona ateniendo a su diagnóstico, lo que inexorablemente conlleva el reconocimiento de la dignidad de la persona y de los sistemas de protección que se han aplicado, matizando la línea expuesta por la sentencia 282/2009, y queda reflejado en la expresión *"que la incapacitación es solo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona".*

Asimismo, dentro del fundamento de derecho tercero de esta sentencia se establece el fin de los apoyos necesarios que se deben prestar a la persona con discapacidad, los cuales deberán estar orientados hacía una normalización y adaptación de la vida de esa persona dentro de la sociedad de la que forma parte, pues de este modo estaríamos evitando una vulneración de sus derechos, como por ejemplo, su dignidad, libertad, igualdad, etc., entre otros derechos fundamentales. Lo expuesto queda recogido en la sentencia en los términos que expresa el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención, para concluir en la línea recogida por la citada sentencia 282/2009, esto es, que a la luz de nuestra Carta Magna y de los principios emanados de la Convención se evite una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

En nuestra opinión, queda demostrado, con independencia de los presupuestos de la Convención, la importancia de los informes médicos forenses como pilar trascendental dentro de este tipo de procesos, informes que deberán tener muy presente a la hora de su elaboración, la especialización y experiencia de este operador jurídico, y ello en unión de las pertinentes audiencias y entrevistas no solo al presunto incapaz, sino a su entorno más

cercano aunque este exceda del ámbito familiar. CAMPOY CERVERA[253], señala que hubiera sido muy positivo que el Tribunal asumiese el criterio seguido por el Ministerio Fiscal recogido en el antecedente de hecho tercero de la sentencia 698/2014, donde se señala que *"tras afirmar que el recurrente necesita un apoyo, entiende que quizás [sic] fuese bueno que esta Sala razonase sobre la institución jurídica del apoyo y aún en el presente caso, sustituye la curatela, que tiene una regulación en el Código Civil que no debe ser deformada (para no distorsionar la seguridad del tráfico jurídico), por la figura jurídica del apoyo".*

En la sentencia del Tribunal Supremo 244/2015, de 13 de mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sánchez Gargallo, se puede apreciar una cierta suavización y relajación en la interpretación de las instituciones jurídicas de protección recogidas en nuestro ordenamiento. CAMPOY CERVERA[254], observa una cierta flexibilización y consonancia con la argumentación utilizada por el Ministerio Fiscal en la reseñada sentencia 282/2009, en la incompatibilidad del tradicional sistema de tutela e incapacitación previsto en el sistema jurídico español en relación con las obligaciones que impone la asunción de la Convención. Este autor pone en tela de juicio los presupuestos utilizados por el Tribunal Supremo en base al modelo social y modelo médico-rehabilitador en materia de discapacidad[255].

Como abstracción de los antecedentes de hecho de esta sentencia 244/2015, podemos comenzar señalando la confirmación por parte de la Audiencia Provincial de Vitoria de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Victoria, en la cual, se había procedido a la declaración de la incapacidad total de la demandada Frida para gobernar su persona y sus bienes. El Tribunal Supremo, estima en parte el preceptivo recurso de casación y deja sin efecto la incapacitación total por excesiva y desproporcionada, y declara únicamente su falta de capacidad para lo que refiera al cuidado y asistencia médica de la demandada, en relación al trastorno psiquiátrico que padece.

Por ello se modifica y se actualiza la limitación de las facultades de disposición patrimonial, y se establece que dicha demandada necesitará de la autorización del curador para apoderar y contratar y para realizar actos de disposición que excedan de 1.800 euros. Asimismo se fija y se establece el régimen de curatela como medida de protección más

---

[253] CAMPOY CERVERA, I., *"La recepción y aplicación en España de la Convención de*…", op.cit. pág. 129.

[254] CAMPOY CERVERA, I., *"La recepción y aplicación en España de la Convención de*…", op.cit. pág. 143.

[255] En este sentido, autores como PALACIOS, A. y BARIFFI, F., en su obra *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección Telefónica Accesible, Ed. Cinca, Madrid, 2007, pág. 11, equiparan la discapacidad con una cuestión propia de *"derechos humanos"*, y ello fruto de la lucha constante que ha venido manteniendo el colectivo de personas con discapacidad. Durante muchos años, este colectivo demandaba el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derecho, y en consecuencia, la consideración de estas personas, no como un conjunto de diversas y diferentes prestaciones asistenciales, y sí como fruto de la asimilación de los conceptos desarrollados conforme a un modelo social. En este tipo de modelo, encontramos una sociedad donde sí se reconoce las diversas aportaciones que prestan a la comunidad a la que pertenecen las personas con discapacidad, y ello en atención a las genuinas y diferentes posibilidades de las mismas, y siempre con respeto a su condición de personas.

acorde al estado de la discapacitada, pues la misma gozará de plena autonomía en su vida diaria para su atención personal, y solo necesitará los apoyos necesarios para garantizar su correcta atención médica, y ello sobre la base de que la falta de conciencia sobre su enfermedad incide directamente en la desatención al correspondiente tratamiento psiquiátrico, lo que agrava su situación. Por último, se confirma en el cargo de curador a su hijo Ruperto, puesto que a pesar de que la demandada solicitara expresamente que no lo fuera, no existe entre ellos una enemistad manifiesta, sino reticencias propias de su trastorno.

CAMPOY CERVERA[256], observa que es dentro de este sentencia, aunque se recoja la posibilidad de la incapacitación total, donde se desarrolla una mayor sensibilidad a la hora de valorar las capacidades de las personas con discapacidades, aunque sea dentro de un escenario revestido de circunstancias graves o severas, y de este modo conseguir las medidas de protección en la línea que conforma el modelo social, así como de sus derechos y espacios de autonomía, proporcionando los apoyos o medidas necesarias para complementar la capacidad y la toma de decisiones dentro del proyecto vital de la persona. Lo expuesto queda reflejado en las siguientes palabras: *"en realidad supone cambiar la comprensión o concepción de que se han de proteger los intereses de las personas con discapacidad a través de la habilitación de otras personas para representar su voluntad en dicha toma de decisiones"*.

En esta sentencia 244/2015, se recoge el análisis sobre la afectación de las facultades cognitivas y volitivas de la persona, y ello en virtud del estudio referente a la capacidad de la persona, el cual conlleva la superación de las llamadas preguntas estereotipadas o preguntas tipo que se llevan a cabo dentro de este proceso, y todo con el fin de alcanzar la posición más cercana y real sobre el autogobierno de la persona objeto del proceso. Observamos cómo se pone de manifiesto en la presente sentencia la necesidad previa de afectación en las facultades cognitivas y volitivas de la persona en su autogobierno para poder realizar de una manera más precisa el famoso traje a medida, de ahí y según ya hemos apuntado anteriormente, la importancia de la fase de valoración de la prueba dentro de este tipo de procedimientos.

En relación con esto último, y según recoge los dos últimos párrafos del fundamento de derecho quinto de la sentencia que estamos analizando, en el presente caso, no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados, reconocidos todos ellos en el último inciso del artículo 752.2[257] de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que se tiende al cumplimiento de la prueba preceptiva que reconoce el artículo 759[258]

---

[256] CAMPOY CERVERA, I., *"La recepción y aplicación en España de la Convención de*…", op.cit. págs. 144-145.

[257] El punto segundo del citado artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece: *"2. La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos."*.

[258] El artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual versa sobre las "Pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación", establece: *"1. En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oirá a los*

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues tanto el Juez de primera instancia como el Juez de la Audiencia han examinado por sí mismos a la presunta incapaz, habiendo a su vez oído a los parientes más próximos, y recabando también los informes médicos pertinentes. Es por esto, que en este contexto opera la discrecionalidad del tribunal de instancia, quien ha motivado debidamente en la sentencia la valoración de la prueba, teniendo como resultando que la "Sra. Ana" no está en condiciones de regirse por sí misma, y de que la misma precisa de alguien que no sólo le asista en la realización de las tareas personales más elementales, sino también que la represente en sus intereses personales y patrimoniales, por lo que la exclusión dentro del proceso de no oír a los facultativos no dará como resultado la nulidad del proceso, pues dicha actuación no resultaba como una parte o elemento determinante, y ello en virtud de las pruebas practicadas.

Junto a los aspectos analizados hasta ahora, podemos señalar, que la figura jurídica de la incapacitación como sistema de protección de la persona cuando ésta tiene afectada su capacidad, no sería contraria a los presupuestos que promulga la Convención, cuando la base del establecimiento de dicha medida tenga su raíz y esencia en la necesaria y efectiva protección de la persona, pues sí no se hiciera así, si estaríamos incurriendo en una vulneración de los derechos fundamentales de la persona al no protegerla de la realización de actos propios como de actos realizados por terceros.

El más reciente ejemplo jurisprudencial en relación con la aplicación de los sistemas de tutela o curatela a la luz de la Convención, lo encontramos en la sentencia 118/2020, de 19 de febrero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Arroyo Fiestas. En esta sentencia, y como resumen de los antecedentes de hecho, nos encontramos con el fallo de la primera instancia donde se establece la incapacitación absoluta de Doña Ramona" quedando sometida la misma a un régimen de tutela y con la designación del cargo de tutor a favor de su esposo, con las limitaciones específicas en cuanto a la facultad de testar, realización de actos de administración complejos. Es de advertir por la fecha de la sentencia, la no alusión a cualquier limitación del derecho de sufragio de la incapaz de acuerdo con la ya citada Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre de modificación del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que garantiza el derecho de sufragio de las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente en su doble vertiente, tanto activa como pasiva, y además con un carácter retroactivo en relación con las personas que tenían limitado dicho derecho.

En el recurso de apelación contra esta resolución formulado ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, se dictó sentencia por la cual se declaró la

---

parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.

2. Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno.

3. Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.".

incapacidad parcial de Doña Ramona, pero manteniendo el tutor a los efectos de realizar actos de contenido patrimonial, excepto los gastos cotidianos, los cuales también fijará el tutor, el cual, asimismo extiende su función a los de contenido personal, especialmente los que tienen que ver con la medicación. Hemos encontrado una línea común en diferentes sentencias en cuanto a la esfera de médica de las personas incapaces, y ello como consecuencia de los avances científicos que se han producido dentro del campo de la medicina. Se ha demostrado y así ha quedado recogido en diversos de estos pronunciamientos, que la correcta administración y supervisión de los tratamientos por parte de los tutores, curadores, etc., conlleva que la influencia de la enfermedad pueda ser en ciertos aspectos controlada lo que supone en consecuencia poder conseguir una graduación de la capacidad de la persona bastante real y efectiva a la hora de establecer los actos que puedan llevar a cabo como ocurre en el presente caso. De acuerdo con las pruebas, no solo se consigue la modificación del régimen de incapacitación absoluta a una modificación parcial de la capacidad de "Doña Ramona", sino que además se consigue dejar demostrado la conveniencia de un régimen de curatela.

La argumentación sobre la que se basa la sala es construida y configurada sobre la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo 298/2017, de 16 de mayo, cuya ponente fue la Magistrada Doña María de los Ángeles Parra Lucán, de la cual resaltamos los siguientes extremos:

En primer lugar, se puede señalar que instituciones como la tutela, curatela, guarda de hecho, defensor judicial, como ejemplos representativos del sistema de protección de la persona que recoge nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretados, a la luz de los principios y postulados que promulga la Convención, y ello sobre el fundamento de que la aplicación de figuras como la tutela o curatela, no suponen un menoscabo de los derechos fundamentales sino que lo que supone es la instauración de un sistema de protección real y efectivo en atención a la graduación de su capacidad.

Asimismo, se destaca el régimen de flexibilidad que debe imperar dentro de este tipo procedimientos, y de acuerdo a ello se identifica a la tutela, y usando terminología propia de la Convención, como un sistema de apoyos más intenso aplicable en los supuestos donde la persona no pueda tomar decisiones para autogobernarse, tanto por sí misma ni con el apoyo que le puedan prestar terceras personas. Es en estos casos cuando el régimen de tutela adquiere su sentido y finalidad, pues de no ser así nos encontraríamos en el supuesto que no estaríamos protegiendo a la persona y vulnerando en consecuencia sus derechos fundamentales, pues la misma no estaría protegida en la media efectiva y real que precise. En un régimen más flexible y abierto, estaría la curatela, institución ésta que adquiere un sentido de asistencia y supervisión en la realización de actos por la persona cuya capacidad se encuentra afectada.

Y por último, la aplicación de cualquier sistema de protección de la persona, debe conseguir promocionar en la medida de lo posible, o por lo menos intentarlo, el margen de autonomía de la misma.

Para concluir el comentario de esta sentencia 118/2020, creemos no hay mejor manera que utilizar su propia conclusión, la cual en cierto modo recoge lo que hemos venido comentado, y es expresado de la siguiente forma: *"En conclusión, procede estimar el recurso y someter a la demandante al sistema de curatela, confirmando en los demás*

aspectos la sentencia recurrida, al ser una medida proporcional con su situación médica y personal, constituyendo una salvaguarda adecuada y efectiva, que respeta su autonomía e independencia individual, sin menoscabo de la protección de sus intereses.".

II.1.2. La interpretación jurisprudencial de las causas de incapacitación en relación con los presupuestos emanados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Dentro del Código Civil no encontramos una definición concreta de la capacidad de la persona, por lo que debemos acudir a la construcción que hace la jurisprudencia en este sentido. Por ello, conviene tener presente antes de entrar al análisis de las sentencias que son objeto de este apartado, los siguientes caracteres (los cuales ya abordamos de una forma más extensa cuando analizamos la capacidad de la persona en relación con la reforma que se produjo del Código Civil en el año 1983):

Por un lado, la necesidad de una sentencia firme para declarar a una persona incapaz, o como recogía concretamente el Código Civil en su artículo 199, nadie puede ser declarado incapaz si no lo es por sentencia judicial y en virtud de las causas establecidas en la ley. En virtud de lo expuesto, podemos reseñar los siguientes aspectos: por un lado, el proceso judicial que se sigue para determinar la capacidad de la persona, hace que se den todas las garantías que proporciona el mismo, esto es, en cuanto a la forma, procedimiento y resultado. En cuanto al resultado, éste queda concretado en la necesidad de una sentencia judicial firme, la cual, deberá inscribirse en el Registro Civil; y por otro lado, la remisión que hace el precepto normativo a las causas legales establecidas por la ley, no es sinónimo de acudir a una lista cerrada y taxativa de las mismas, pues el Código Civil no recoge una lista cerrada.

Como segundo carácter a destacar, y que es continuador del que acabamos de señalar, de acuerdo con lo que establecía el artículo 200 del Código Civil, para la declaración de incapacidad de una persona se tienen que dar de dos requisitos imprescindibles: la persistencia y en la imposibilidad de gobernarse por sí mismo.

En el comentario que de la sentencia 282/2009, realiza DE PABLO CONTRERAS[259], afirma que la doctrina y la jurisprudencia restringen la referencia que a las *"enfermedades físicas que impidan a la persona a gobernarse por sí misma"* hace el artículo 200 del Código Civil, a la real existencia de un resultado psíquico que anule o limite la capacidad natural de entender y querer por parte del sujeto, por lo que será en este aspecto donde se deberá realizar la prestación del apoyo (curatela, tutela, etc.,) para el ejercicio de su capacidad jurídica, o de obrar, si empleamos terminología propia de nuestro Derecho interno, y ello de conformidad con los términos que se recogen en el apartado 3 del artículo 12 de la Convención. La reseña que se hace en el artículo 200 de nuestro Código Civil en relación con las "enfermedades físicas", tiene su justificación por la antigua redacción de este artículo en la redacción originaria del Código de 1889, puesto que en esa redacción las personas sordomudas que no sabían leer y escribir se les sometía

[259] DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención*..., op.cit. pág. 571.

a tutela al no poder manifestar su voluntad, circunstancia esta que actualmente está superada, y ello como consecuencia de los distintos avances tecnológicos y sociales que han proporcionado a este colectivo los elementos necesarios para poder manifestar dicha voluntad en diferentes actos, no solo de carácter personal, sino de transcendencia jurídica.

En esta sentencia 282/2009, tuvimos la oportunidad de exponer las pautas de interpretación de las normas legales sobre la incapacitación y la tutela a la luz de la Constitución y de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Destacamos que cualquier modificación, supresión o demás aspectos que afecten a todos o alguno de los derechos que ostenta una persona, solamente puede concebirse desde el enfoque de protección hacía la misma. Como requisitos para el correcto funcionamiento de este sistema de protección, y de conformidad con los preceptos que acabamos de reseñar del Código Civil, la falta de capacidad de la persona debe ser concebida como algo permanente en el tiempo, y por ello, hace necesaria su correcta graduación y apreciación por la cantidad de actos que desarrolla la misma en su proyecto vital. En este sentido, y como ya hemos apreciado con anterioridad en el estudio de esta sentencia, la incapacitación de una persona no puede conllevar la alteración en la titularidad de los derechos fundamentales.

El artículo 200 del Código Civil exigía que las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico impidan a la persona gobernarse por sí mismo, por lo que el autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por sí mismo y de este modo poder realizar libremente los actos que necesitamos para nuestro desarrollo vital. Realizar actos con plena capacidad exige la voluntad para querer hacerlos y conciencia del resultado que dicho acto nos puede acarrear. Es muy complejo, sin embargo, valorar los actos que quedan afectados por las mismas, pues puede que nos afectan para unos determinados actos y no para otros, y por ello es esencial la valoración por parte del Juez de acuerdo a las pruebas presentadas para determinar qué capacidad real posee la persona, o en otras palabras, en la graduación de la capacidad de la persona, aspecto este tratado especialmente en la citada sentencia del Tribunal Supremo 479/1994, de 20 mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Almagro Nosete, que señala, que *"en algún caso el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento, y conforme a ellos la pérdida de autogobierno sea parcial o referida a algunas actividades vitales y no a otras."*.

Después de las consideraciones realizadas en los párrafos precedentes, creemos conveniente, dentro de los ejemplos jurisprudenciales aplicables sobre esta materia, basar la exposición central de este epígrafe, en sentencias como la sentencia del Tribunal Supremo 118/2018, de 6 de marzo, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana. Dicha sentencia, la podríamos considerar como ejemplo jurisprudencial puro en materia de capacidad de la persona, y ello en el sentido de que el principal objeto sobre el que gira el recurso de casación es la graduación de la capacidad de la persona.

Se parte de una demanda de incapacitación de una persona, para su sometimiento al régimen de tutela y nombramiento de tutor al hermano del mismo. En el Juzgado de Primera Instancia se desestima íntegramente la demanda puesto que se considera al solicitado incapaz apto para el gobierno de su persona y bienes. Primeramente se interesa un régimen de protección de tutela, con los aspectos que ello conlleva, y el fallo en

primera instancia resuelve en el sentido de declarar a la persona plenamente capaz, sin que además pueda apreciarse una posible incapacitación parcial. En segunda instancia se aprecia una incapacidad parcial de "Don Mauricio" para regir su persona y bienes, y se constituye una tutela en lo relativo a la esfera patrimonial y a la esfera de su cuidado médico, y se insta a que se designe una entidad o fundación que asuma la tutela. Dentro del recurso de casación, se hace el estudio relativo a la capacidad de la persona, del cual, podemos destacar los siguientes aspectos:

En primer lugar, una de las primeras cuestiones que se ha de abordar es si los artículos 199 y 200 eran contrarios a los principios que promulga la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, o si por el contrario, estos artículos son conformes en cuanto a su contenido con dichos principios internacionales y de aplicación en nuestro país. Es clarificador el análisis que de estos preceptos realiza, QUESADA SÁNCHEZ[260], y el cual compartimos. En relación con lo que establecía el artículo 199, señala el control judicial del procedimiento de incapacitación que lleva implícito, lo que excluye cualquier otro tipo de resolución o pronunciamiento en este sentido. Ante las voces críticas sobre la judicialización del proceso, y que provienen principalmente de los movimientos o asociaciones que aglutinan a las personas con discapacidad, el autor defiende la garantía que conlleva un proceso judicial de estas características, máximo cuando interviene en el mismo el Ministerio Fiscal, como valedor y defensor de los derechos de las personas con discapacidad.

A continuación, y señalando que el artículo 199 no contradecía los presupuestos de la Convención, observa que las causas de incapacitación que se recogían en el artículo 200 del Código Civil, eran los únicos supuestos por los que una persona puede ser incapacitada. El autor considera que el no haber confeccionado una lista cerrada y taxativa como las que recogía el sistema anterior, y que ya era criticado por la doctrina, beneficia al sistema, puesto que no hay una necesidad de ir actualizando la supuesta lista con nuevas causas de incapacitación, y facilita asimismo la construcción de lo que conocemos como el traje a medida necesarios en este tipo de procedimientos. Señala como ejemplos jurisprudenciales de esta flexibilización, la sentencia del Tribunal Supremo 244/2015, de 13 de mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sánchez Gargallo, sentencia que hemos analizado previamente.

En segundo lugar, el fin que se debe perseguir en este tipo de procedimientos, es la necesidad de instaurar un sistema real y efectivo de protección de la persona en cuanto a los actos que pueda realizar y puedan ser perjudiciales para él como consecuencia de una falta de capacidad en la realización de los mismos, así como en relación con los actos realizados por terceros y que también le supongan un perjuicio.

En tercer lugar, este sistema de protección, basado en las causas de incapacitación que recogía el artículo 200 del Código Civil, así como en su aplicación procesal en el artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, garantizan la permanencia de los derechos fundamentales de las persona en toda su plenitud, pues la incapacitación de la

[260] QUESADA SÁNCHEZ, A.J., "Los artículos 199 y 200 del Código civil a la luz de la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006: posibles modificaciones de interés", en *Revista de Derecho de Familia, Aranzadi,* núm. 82, enero-marzo 2019, págs. 51 y ss.

persona supone la aplicación de un determinado sistema de protección para que esa persona pueda seguir desarrollando su proyecto vital.

En cuarto lugar, para la correcta aplicación de la incapacitación, y en consecuencia, de la configuración del sistema de protección más idóneo para la persona, es requisito indispensable la correcta y real apreciación de su capacidad, pues será de acuerdo a esta sobre la que pueda confeccionarse el traje a medida.

Y en quinto y último lugar, y según establece la sentencia que es objeto de análisis, esta graduación y conocimiento de la persona hace que se estime parcialmente el recurso de casación, y se modifique el régimen de tutela por un régimen más flexible y acorde al caso, como es el de la curatela, máxime cuando uno de los problemas dentro del ámbito patrimonial del incapaz gira en torno a la herencia de su padre y a la relación con sus hermanos.

En cuanto a lo expuesto en último lugar, y como recogen sentencias ya analizadas en el anterior epígrafe como la 282/2009 y 504/2012, la incapacitación debe estar revestida del mayor grado de flexibilidad posible, y en ningún modo puede convertirse en algo rígido e inamovible. La capacidad de la persona es algo variable como consecuencia de la evolución, tanto favorable o negativa de la enfermedad que pueda sufrir, por lo que los sistemas de protección deben ir adaptándose con agilidad en la adopción de medidas que permitan adaptar esa capacidad real de la persona al sistema de protección más idóneo para ella será clave dentro de este proceso. Como establece, y así se recogen en otras muchas sentencias, la expresión de que la incapacitación debe ser un traje a medida hecho para esa persona conlleva inexorablemente la necesidad de conocer la voluntad de la misma, o en el caso de que la misma no pueda o no hubiera podido ser manifestada, utilizar los mecanismos necesarios, basados por ejemplo en su trayectoria vital, creencias, ideología y demás aspectos personales, para saber lo hubiere querido. Todos estos aspectos, serán básicos para la confección no solo de un traje a medida, sino de cuantos trajes a medida sean necesarios para su mejor protección y respecto a su dignidad. En este tipo de proceso será especialmente relevante la valoración de la prueba[261].

En esta valoración de la prueba juega un papel esencial el tribunal de primera instancia, como afirmó la sentencia del Tribunal Supremo 69/2018, de 7 de febrero, cuyo

[261] En este sentido, se deberá tener en cuanto lo regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Libro IV relativo a los procesos especiales, Título I. De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, Capítulo I. Disposiciones Generales, concretamente en su artículo 752, el cual dispone lo siguiente: "1. Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes. 2. La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos. 3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable asimismo a la segunda instancia. 4. Respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refieren este título, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable, no serán de aplicación las especialidades contenidas en los apartados anteriores.".

ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, en la cual, en su fundamento de derecho segundo se plasma el peso de la misma dentro de este proceso, al señalar que *"La valoración* de la *prueba es función de instancia y, aunque excepcionalmente cabría justificar un recurso por infracción procesal en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comportara una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cierto es que no se ha puesto en evidencia ningún juicio valorativo manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario, que hubiera determinado el fallo de la sentencia en la que se hace una valoración pormenorizada de la enfermedad de la Sra. Marisa y sus efectos, y sus conclusiones, sin necesidad de modificarlas, permiten que en casación se pueda hacer una calificación jurídica distinta."*.

DE LA IGLESIA MONJE[262] destaca desde el punto de vista procesal, el principio de inmediación de la práctica y valoración de las pruebas y audiencias preceptivas con un doble objetivo, consistente en la acreditación no solo de la enfermedad sino de la situación actual de anormalidad en la vida diaria y de riesgo real de los sujetos en cada caso, valoración de pruebas donde por cierto el Juez goza de un amplio grado de discrecionalidad, pero sin perjuicio de la obligación de fundamentar suficiente y detalladamente sus decisiones.

Asimismo, en lo concerniente a la exigencia de tener que hacer un "traje e a medida" y que hemos señalado anteriormente, CAMPOY CERVERA[263], destaca la sentencia del Tribunal Supremo 341/2014, de 1 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sánchez Gargallo. El fundamento de derecho sexto, se refiere a la flexibilidad que debe regir en la incapacitación, y ello en virtud de que las medidas de protección que sean acordadas deben adaptarse a su concreta situación, esto es, la necesaria graduación de la incapacidad. Se deberá confeccionar el famoso traje a medida, del que ya la sentencia 282/2009, en la parte final del fundamento de derecho tercero dispone que: *"Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta"*. Dentro del elenco de sentencias que señalan esta referencia al "traje a medida", el citado autor[264], destaca también la sentencia del Tribunal Supremo 552/2017, de 11 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sánchez Gargallo, en la cual se señala cómo se ajusta ese "traje a medida", procurando que de esta forma se respete en lo máximo posible la autonomía y la prestación de los apoyos y medidas necesarias, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Convención.

DE SALAS MURILLO[265], *"observa el esfuerzo de los juzgadores para tomar las medidas de ese traje, pero siempre en el marco de la curatela como medida de apoyo,*

---

[262] DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I., "El curador del mayor: Un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCIV, Enero-Febrero 2018, núm. 765, págs. 448-449.

[263] CAMPOY CERVERA, I., "La recepción y aplicación en España de la Convención de…", op.cit. pág. 135.

[264] CAMPOY CERVERA, I., *"La recepción y aplicación en España de la Convención de*…", op.cit. pág. 146.

[265] DE SALAS MURILLO, S., "Significado jurídico del <<apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica>>…", op.cit. pág. 81.

que a la postre se traduce en supervisión y complemento.". La autora[266], señala que en la misma línea que otras sentencias, la curatela queda emparentada con los casos relativos a una enfermedad mental y su falta de observación en cuanto al tratamiento a seguir, circunstancia a la que se suman los desarreglos de índole económica. No obstante, será sobre los relativos a la asunción de los correspondientes tratamientos médicos donde encuentra la curatela su aplicación más demanda, circunstancia esta que recoge esta sentencia. Por último, se destaca por esta autora el tratamiento que se le otorga a la persona con discapacidad dentro del ámbito patrimonial, en especial en lo concerniente a la *"capacidad de contratación"*, aspecto éste al que se refiere fundamento de derecho tercero: *"no tiene tanto sentido privarle totalmente de esta facultad, como someterla al complemento de* capacidad *del guardador legal"*. Es por ello que se puede apreciar y resaltar el protagonismo de la persona afectada por la discapacidad para cualquier acto de disposición patrimonial, con el importante mantenimiento de la iniciativa en el ámbito patrimonial, si bien con la garantía que otorga la necesidad de autorización o confirmación del guardador legal.

Como ejemplo jurisprudencial de aplicación de la institución jurídica de la curatela como la más idónea para la confección del *"traje a medida"* para la persona cuya capacidad puede resultar modificada la sentencia 557/2015, de 20 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz, en la cual, estos aspectos quedaron perfectamente reflejados en el punto 9 del fundamento de derecho sexto:: *"En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su in*capacidad*. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas* de la *vida (dinero de bolsillo), adecuada en función de sus adicciones."*.

La sentencia del Tribunal Supremo 383/2018, de 21 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Antonio Salas Carceller, tiene como único motivo del recurso de casación la vulneración del artículo 200 del Código Civil, en cuanto a la concurrencia de persistencia y duración en el tiempo como elementos necesarios para que se puedan producir las causas de incapacitación.

La jurisprudencia alegada por la parte recurrente, es utilizada por la sala en su contra, en el sentido de que la citada sentencia del Tribunal Supremo 683/1999, de 26 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Antonio Gullón Ballesteros, y que recoge la doctrina de la sala sentada por la sentencia de 1 de febrero de 1986, no consideró obstáculo para la aplicación del artículo 200 CC el que la situación de incapacidad no fuese constante o permanente, sino esporádica, cuando las fases clínicas o críticas se produjesen, ya que el precepto está considerando únicamente la existencia de enfermedad

[266] DE SALAS MURILLO, S., "Significado jurídico del <<apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica>>…", op.cit. pág. 82.

o deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia se produzca, circunstancia ésta que se ha de tener en cuenta al determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Añade que *"en suma, lo que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo sino sólo en cada una de las fases críticas. Si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable, para lo cual parece institución más adecuada la tutela, pues ésta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado (art. 269.3.º CC)"*.

Asimismo, la sala utiliza el argumento recogido en la sentencia del TS 282/2009, en relación con la persistencia de la anomalía que impida el autogobierno de la persona, cuando aprecia que la mejora de la enfermedad no afecta a la declaración de la incapacidad por las circunstancias actuales que concurren, y además, de acuerdo con el artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deja abierta la puerta para una modificación o anulación de los límites de la incapacidad que ahora se adopta por la concurrencia de nuevas circunstancias sobrevenidas. Esta sentencia, supone también un claro ejemplo de la gran discrecionalidad que se le atribuye al Juez en este tipo de procedimientos a la hora de valoración de la prueba. En este supuesto en concreto, se puede observar la especial relevancia en la interpretación y valoración de las pruebas, esto es, de los nuevos informes médicos por parte del órgano de apelación, la Audiencia Provincial, y cuya sentencia es confirmada íntegramente por el Tribunal Supremo.

A la cuestión de la valoración de la prueba y su importancia, se refieren otras sentencias como por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 124/2018, de 7 de marzo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz. En el resumen de antecedentes de hecho que se recoge en la misma, se señala la modificación judicial de la capacidad de D. Juan Pedro, por considerar que padecía un trastorno mental grave con ideación delirante de perjuicio, y se instaba a la adopción de los correspondientes medios de apoyo. En primera instancia se estimó la demanda en el sentido de que dicho señor tenía su capacidad parcialmente limitada en relación con la gestión de todo lo concerniente a la atención de su salud, designándose un tutor. La sentencia considera que existe esa incapacidad parcial a la vista del informe médico forense obrante en autos, de la exploración del demandado y demás pruebas venidas al pleito. El demandado formuló recurso de apelación defendiendo su plena capacidad en el orden personal y económico, no siendo necesario ningún medio de apoyo al mismo, y ello de acuerdo a una errónea valoración de la prueba pericial forense y demás informes psicológicos que obran en autos e infracción del artículo 200 del Código Civil.

En la Audiencia Provincial se desestimó el recurso de apelación, confirmando la resolución impugnada en cuanto a la adopción de medidas de protección y tutela en esfera personal referente a su salud, aunque se revocó la misma en lo referente a la adopción de medidas de protección del patrimonio del demandado y su economía, acordando la intervención de su tutor para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, de aquellos actos de especial transcendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, matrimonio, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales...).

Insiste el fundamento de derecho segundo en la necesidad de velar por los derechos de las personas demandadas, de forma que solo se limiten aquellos derechos en la medida que sea necesaria para su protección, por lo que sí para su mejor protección se considera la ampliación o el establecimiento de nuevos apoyos estos no podrán calificarse como perjudiciales para la persona, para lo cual se remite a lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo 244/2015, de 13 de mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sánchez Gargallo, en la cual, se establece que la finalidad del juicio de incapacitación es la real y efectiva protección de la persona con discapacidad. La sentencia 124/2018, se refiere a la necesaria graduación de la capacidad así como el famoso traje a medida que debe configurarse, por lo que subraya que la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. A la hora de valoración de la prueba nos remite la sentencia a los artículos 759.1 y 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se defiende en consecuencia que ha quedado justificado considerar acreditada tanto la enfermedad como la situación actual de anormalidad en la vida diaria y de riesgo real e inminente para D. Juan Pedro, estableciéndose la curatela como medida de protección más favorable en este caso, para terminar señalando en el punto 3.- del fundamento de derecho tercero, que *"No se extenderá la curatela a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo y no especificase por la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor, ahora curador, ni tampoco a la autorización para que el incapaz contraiga matrimonio, según se ha pronunciado la sala en la sentencia 597/2017, de 8 de noviembre."*.

En un sentido aún más negativo que el ejemplo jurisprudencial que acabamos de ver, nos encontramos con la sentencia del Tribunal Supremo 717/2015, de 18 de diciembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, cuyo tema principal de discusión, versa sobre la valoración de la capacidad de la persona que han realizado tanto el tribunal de primera instancia como el órgano de apelación, en este caso la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, los cuales, resuelven y mantienen respectivamente la incapacitación plena sobre Don Darío, con el consiguiente régimen de tutela y con la designación en la figura de su hermano del cargo de tutor.

La argumentación del consiguiente recurso de casación, se basaba en la aplicación indebida de los artículos 199, 200 y 215 del Código Civil interpretados conforme al artículo 12 de la Convención. Esta sentencia desestima el recurso interpuesto por la parte recurrente acudiendo al propósito así como a la amplía definición de discapacidad que consagra el artículo 1 de la Convención, presupuestos ya recogidos en la importante sentencia 282/2009. En muchas, por no decir en la totalidad de la sentencias, donde queda establecido un sistema de incapacitación total con tutela, la argumentación utilizada por la sala es que la incapacitación plena no supone una merma, violación o restricción de los derechos fundamentales, o una discriminación alguna, pues lo que supone es la instauración de un sistema de protección cuya finalidad es la efectiva y real protección de la persona. En la misma línea, la sentencia 716/2015, y que ha sido objeto de comentario en el epígrafe anterior.

En la línea jurisprudencial de las sentencias que venimos analizando, nos referimos ahora a la sentencia del Tribunal Supremo 553/2015, de 14 de octubre, cuyo

ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana. Abordamos su estudio en este epígrafe porque, al igual que la sentencia 717/2015, y que acabamos de reseñar, tienen fundamentado su recurso de casación en un único motivo basado en la infracción de los artículos 199, 200 y 215.1 del Código Civil, así como de la doctrina contenida en las sentencias de esta sala 282/2009, 617/2012 y 421/2013. Según resulta de la sentencia de primera instancia, se declara la restricción de la capacidad de obrar de Doña Rosa para el autogobierno de su persona, así como para el cuidado de su salud, la administración y disposición de sus bienes, salvo gastos de bolsillo, el otorgamiento de poderes de representación y la comparecencia en juicio, si bien, se conserva el derecho de sufragio, extremo este que ya hemos comentado en el anterior epígrafe. A su vez, se designa como tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. Este pronunciamiento es motivo de apelación ante la Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual lo ratifica íntegramente.

Las argumentaciones utilizadas por el Tribunal Supremo se refieren de nuevo a la característica de persistencia y duración en el tiempo de la enfermedad en cuestión así como al carácter de lista abierta que sigue nuestro ordenamiento jurídico a la hora de regular las causas de incapacitación de una persona, pero dejando claro que lo esencial es que la causa concurrente impida el autogobierno. Lo expuesto es recogido expresamente en la sentencia cuando se alude a la jurisprudencia seguida por esta sala, citando varios ejemplos jurisprudenciales, cuando se señala, *"[…] para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico […] lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma"*.

Como en otras sentencias a las que nos hemos referido con anterioridad, y como síntesis de una argumentación para justificar la incapacitación a la luz de los principios que promulga la Convención, conviene recordar que el procedimiento de incapacitación, no se concibe como una merma, desnaturalización y menoscabo de los derechos fundamentales que le son atribuidos a la persona, pues de lo que se trata es de proporcionarle a la persona con su capacidad afectada los apoyos o medios suficientes y necesarios para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. Es decir, la incapacitación no se concibe como un sistema abstracto, rígido y que menosprecia a la persona, sino que por el contrario, se basa en la graduación concreta y detallada de su capacidad realizada en el proceso, lo que es acorde con los principios consagrados en la Convención. Es por ello, que en el presente caso, la sala estima el recurso de casación y aprecia conforme a los informes médicos forenses de Doña Rosa y a la vista de su capacidad real y concreta, el régimen que procede es una curatela tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, aspectos donde la misma conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, completando su incapacidad, así como el mantenimiento en el cargo de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos (AMTA), no ya como tutora sino como curadora, y por consiguiente con el régimen aplicable para dicho cargo.

Por último, y como enlace con el siguiente epígrafe, especialmente en lo concerniente a la alteración en la designación de tutor por la persona con discapacidad,

es la sentencia del Tribunal Supremo 596/2017, de 8 de noviembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz. En el fundamento de derecho primero, a los efectos de observar si en el examen de capacidad realizado a Don Paulino se ha realizado y se han tenido en cuenta los presupuestos que se desprenden de la Convención, la respuesta ante esa cuestión se resuelve en sentido positivo, pues así se desprende de los pronunciamientos examinados tanto en el auto número 973/2015, del juicio verbal seguido en el procedimiento de incapacitación por el Juzgado de Primera Instancia Número 94 de Madrid, y de la sentencia dictada con fecha 4 de octubre de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, recogidos en el resumen de antecedentes que realiza esta sentencia.

Según recoge la sentencia explícitamente en el punto 3.- del fundamento de derecho segundo, *"se declaran probados los hechos sobre la capacidad del recurrente, y explícitamente se señala que no han sido combatidos, siendo correcta la valoración jurídica que se hace sobre la modificación plena de su capacidad, instaurando el régimen de tutela como el sistema de protección más acorde en este caso, y subrayando asimismo que tanto el recurso de apelación como en el presente recurso de casación solo discrepa sobre la designación que hacen ambas sentencias de la persona que haya de desempeñar el cargo de tutor."*.

II.1.3. La interpretación jurisprudencial de otras cuestiones a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Una vez analizado en los epígrafes anteriores la interpretación que ha venido realizando nuestro Tribunal Supremo a la luz de los presupuestos que se contienen en la Convención en materia de capacidad de la persona mediante el análisis de diversas sentencias referentes a los sistemas de protección de la persona y del juicio sobre la capacidad de la misma, hemos dejado para este último punto el análisis de diversas resoluciones judiciales, que teniendo como actores principales a personas con su capacidad afectada, abarcan y se extienden a otras cuestiones que merecen ser tenidos en cuenta. El concepto de persona con discapacidad es muy amplio, amplitud que queda reflejada en el artículo 1 de la Convención, cuando define a las personas con discapacidad como aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

De acuerdo a lo expuesto, esferas como la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, la posición del hijo discapacitado con la atribución del uso de la vivienda familiar dentro de un proceso de familia de separación o divorcio, la extensión en la prestación de alimentos a favor de hijos discapacitados mayores de edad o la voluntad de la persona en la elección de su tutor, son materias de una gran importancia y relevancia dentro del estudio de la discapacidad, y aunque este no sea este el lugar para llevar a cabo un análisis detallado de estos ámbitos, si es conveniente traer aquí algunas consideraciones sobre las sentencias que contemplan los mismos, y al igual que hemos hecho en los epígrafes anteriores, ver la interpretación que de ello ha realizado nuestro Tribunal Supremo a la luz de los presupuestos que emanan de la Convención.

Comenzaremos nuestro análisis jurisprudencial en lo referente a la figura de la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, señalando, que a pesar de ser considerada la misma una medida de protección a favor del hijo discapacitado, bien porque siendo menor de edad e incapacitado alcance la mayoría de edad, o bien, porque se inicie un procedimiento de modificación de la capacidad siendo ya mayor de edad, creemos que se aleja de los sistemas propios de protección de las personas con su capacidad afectada y que se encuentran recogidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo, la tutela, la curatela o la guarda de hecho, sistemas más acordes para los supuestos de que una persona tenga su capacidad afectada, por los motivos que a continuación señalamos: por un lado, consideramos que la *"prórroga o rehabilitación de la patria potestad"*[267], conlleva una interpretación demasiado extensiva a lo que es atribuible a la institución propia de la patria potestad, pues esta figura está concebida para los menores de edad, colectivo donde encuentra su correcta ubicación y desarrolla sus efectos en esencia.

El querer aplicar la prórroga de la patria potestad dentro del ámbito de personas mayores de edad cuya capacidad de obrar se encuentra afectada, nos parece que puede llegar a resultar incluso peyorativo para la persona sobre la que aplica dicho régimen, pues no se está haciendo otra cosa que considerarle e igualarle a un menor de edad, en definitiva, a un niño; los sistemas tradicionales de protección de la persona regulados dentro de nuestro ordenamiento, tutela, curatela o guarda de hecho, son un abanico lo suficientemente completo en el que puede tener cabida el sistema de protección más acorde con las necesidades de esa persona, con la aplicación de los correspondientes controles judiciales y supervisiones que conllevan dichos sistemas, pues en el caso de la prórroga y rehabilitación de la patria potestad apenas sufren ningún tipo de control por un tercero en cuanto a la actuaciones de los padres.

No obstante, los defensores de este sistema de protección de los hijos por medio de la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, podrían señalar a su favor el ahorro de tramitación administrativa y judicial, costes económicos, la simplificación del proceso y el evitar a la persona el pasar un proceso judicial. Sin embargo, en este sentido, dentro del ámbito de la discapacidad, los procesos donde se establezcan las medidas de protección o sistemas de apoyos, deberán ser procesos ágiles y dinámicos, donde el coste de medios humanos y económicos para la persona afectada sean lo menor posible, y especialmente y verdaderamente importe, que los mismos fueran los menos traumáticos posibles para la persona cuya capacidad es objeto de valoración.

---

[267] La rehabilitación de la patria potestad consta recogida expresamente en el artículo 171 de nuestro Código Civil, que señala lo siguiente: *"La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título. La patria potestad prorrogada terminará: 1.° Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo. 2.° Por la adopción del hijo. 3.° Por haberse declarado la cesación de la incapacidad. 4.° Por haber contraído matrimonio el incapacitado. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda."*.

En el sentido que venimos defendiendo de englobar dentro de las instituciones propias de protección de la persona, como son la tutela, curatela o guarda de hecho en vez de la utilización de figuras como la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, y no siendo utilizado correctamente en diferentes pronunciamientos judiciales. Esta es la línea seguida por sentencias del Tribunal Supremo como la 544/2014, de 20 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Antonio Seijas Quintana. En esta sentencia, después de haber quedado instaurado este régimen de prórroga de la patria potestad en instancias anteriores, se cambia el mismo para acercarlo más a los postulados que defiende la Convención, y ello sobre la argumentación que recoge el punto 5 del recurso de casación Tercero, donde se establece que *"La situación actual de don Fidel permiten rechazar la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicado a una persona mayor de edad que implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS 29 de abril, 11 de octubre de 2009, 24 de octubre 2013). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), aspecto en el que también se revoca la sentencia."*.

Otro de los ejemplos jurisprudenciales que versan sobre esta figura, pero que evitan entrar en el fondo de la cuestión, lo encontramos en la sentencia 181/2018, de 4 de abril, cuyo ponente fue también el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, en la cual, en los párrafos 5º y 6º del fundamento de derecho tercero, se recoge expresamente lo siguiente: *"No se ha discutido en el recurso si la rehabilitación de la patria potestad, aplicado a una persona con discapacidad, está en contra de la Convención de Nueva York, en los términos que parecen resultar de las sentencias 421/2013, de 24 de junio de 2013 y 600/2015, de 4 de noviembre. No es por tanto el caso ni el momento para hacerlo. Tampoco lo es determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad. El interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad*

de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad (sentencia 31/2017, de 19 de enero[268]).”.

En la última parte de la argumentación esgrimida es donde podemos encontrar factores que nos señalan la diferencia en la aplicación de esta figura de la prórroga de la patria potestad dentro del ámbito de la discapacidad, y ello en un doble sentido: por un lado, lo que significa el interés del menor y su protección, el cual conlleva a la consideración de este principio jurídico abstracto para su aplicación a sus destinatarios esto es, los menores de edad; y por otro lado, los sistemas de apoyo deben llevarse a cabo con instituciones propias y existentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como son la tutela, la curatela o la guarda de hecho, puesto que la razón de ser de las mismas se dirigen a la protección de la persona en cuanto a la realización de actos propios como de actos realizados por terceros, así y según señala expresamente en la última de las sentencias citadas, *“se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad (sentencia 31/2017, de 19 de enero).”*.

No podemos negar que dentro de esta figura de la rehabilitación de la patria potestad su relación y utilización en los procesos de familia, y más concretamente en los procesos de separación o divorcio donde existen hijos mayores de edad con discapacidad, resulta evidente la problemática que surge en lo que concierne a la atribución del uso del domicilio familiar a favor de uno de los ex-cónyuges como consecuencia de tener este atribuido en un principio, y luego posteriormente, prorrogada la patria potestad sobre dichos hijos. El Tribunal Supremo, en la mayoría de estos casos, ha seguido el criterio de equiparación de estos hijos mayores de edad con los menores de edad, interpretación que encuentra su fundamento en la necesidad de protección acordada en la Convención, y a pesar de que el artículo 96.1 del Código Civil no hace distinción alguna entre menores de edad y personas con discapacidad.

En este sentido, se pueden extraer de forma clara los argumentos reseñados en sentencias del Tribunal Supremo 325/2012, de 30 de mayo, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías, en la cual, en el fundamento de derecho cuarto, se establece esta equiparación de menores de edad con hijos con discapacidad en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar en este tipo de procedimientos de separación o divorcio, cuando señala *“El art. 96.1 CC establece que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial (SSTS 659/2011, de 10 octubre; 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril y 861/2011, de 18 enero, entre otras). Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, […]. De acuerdo con*

[268] Vista la Sentencia del Tribunal Supremo 31/2017, de 19 de enero, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, especialmente, el extenso punto segundo de los fundamentos de derecho relativo al recurso de casación.

lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación, de 3 diciembre 2010.".

La consecuencia de una revisión legislativa sobre el artículo 171 del Código Civil, en el sentido de la protección de los hijos mayores de edad con discapacidad bajo otras formas o instituciones más acordes con su finalidad en vez de la rehabilitación de la patria potestad, conllevaría también la modificación del artículo 96.1 del Código civil.

Asimismo, y como un inciso en lo que a materia estamos analizando, podríamos señalar que esta rehabilitación de la patria potestad a los hijos mayores de edad con discapacidad también se puede extender a otra modalidad típica también de los procedimientos de familia, que es la prestación de alimentos. En este sentido podemos traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo 430/2015, de 17 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, en la que argumenta la necesidad de seguir manteniendo la prestación de alimentos en los supuestos de hijos mayores de edad con su capacidad modificada judicialmente, puesto que según se señala en los dos últimos párrafos del fundamento de derecho segundo, los alimentos a los hijos no se extinguen por alcanzar estos la mayoría de edad, sino que dicha obligación seguirá vigente hasta que alcancen su suficiencia económica, siempre y cuando con la salvedad de que dicha necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijos[269], lo que no es el caso.

En dicha sentencia se recoge el grado constitucional que tiene este tipo de normas alimenticias, y ello en aplicación del artículo 39 de nuestra Carta Magna, y se establece que *"Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que en su caso acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente"*. En esta sentencia llama la atención el enaltecimiento de los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo un plano de igualdad o de superioridad con los hijos menores de edad, y ello sobre la base de que los hijos con discapacidad están más necesitados de protección que los hijos menores.

Otro ejemplo jurisprudencial, en este caso favorable a la aplicación de la prórroga de la patria potestad, lo encontramos en la sentencia 403/2018, de 27 de junio, cuyo

[269] En este sentido vista la sentencia del Tribunal Supremo 991/2008, de 5 de noviembre, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías, concretamente el apartado b) del fundamento de derecho tercero, que señala lo siguiente: *"b) Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que los hijos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo. Por tanto, al no haber demostrado el recurrente que la necesidad del hijo (parece que ya está conforme con los alimentos a la hija), sea debida a su propia conducta, es necesario mantener la cantidad fijada por la Audiencia, en la sentencia recurrida, aclarada por el auto de 21 de enero de 2002."*.

ponente fue Don José Antonio Seijas Quintana. En este sentencia, se defiende la rehabilitación de la patria potestad sobre un hijo de veintitrés años de edad que convive con su madre y cuyos padres se encuentra divorciados, y concretamente, en los puntos 2. y 3. del fundamento de derecho segundo, se estable la aplicación del artículo 171 del Código Civil y del interés superior del discapaz, este último entendido como *"[…] la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como* persona *especialmente vulnerable en el* ejercicio *de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado (sentencias 635/2015, de 19 de noviembre; 373/2016, de 3 de junio)."*. Podemos observar en este caso como es interpretado este precepto legal para dar amparo a la construcción jurídica abstracta del interés superior del discapaz.

Dentro de los antecedentes jurisprudenciales que estamos analizando, encontramos la sentencia del Tribunal Supremo 31/2017, de 19 de enero, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, en la cual, parece englobar, o por lo menos citar, todos los aspectos o esferas a los que nos hemos referido y que son los relativos a la rehabilitación de la patria potestad, al uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad, o bien, la prórroga en el tiempo del derecho de alimentos reconocidos a favor de estos.

Esta sentencia, en su extenso fundamento de derecho segundo, se ha hecho eco de estos aspectos, y señala mediante su remisión a otras sentencias, la doctrina jurisprudencial de que la situación de discapacidad de un hijo con mayoría de edad, no determina por sí misma la extinción de la obligación de prestar alimentos de los padres con los hijos, y se equipara dicha situación con la de los hijos menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y este no disponga de recursos suficientes.

A su vez, y como presupuesto para desestimar uno de los motivos que componían el recurso que motiva esta sentencia, se alega que no estamos ante un supuesto de equiparación de hijos menores con hijos mayores con discapacidad reconocida pero no declarada judicialmente (supuesto característico como consecuencia de la rehabilitación de la patria potestad a favor de uno o de los dos progenitores), puesto que en el caso que ahora nos ocupa, la discapacidad de la hija que convive en el domicilio familiar con su madre no ha sido reconocida judicialmente, ni consta en autos resolución administrativa de discapacidad, es decir, ni está incapacitada ni tiene reconocido grado de discapacidad alguno.

En este sentido, esta sentencia afina al reconocer que la condición de discapaz no deriva necesariamente de una resolución judicial dictada en juicio de modificación de la capacidad de una persona, y ello de conformidad al ya citado artículo 1 de la Convención de Nueva York y de conformidad también con lo establecido en el artículo 25 del Código Penal, el cual señala que no es precisa una declaración judicial para que puedan prestarse los apoyos necesarios a quien de hecho y no de derecho sufre alguna limitación de esta clase. En virtud de lo expuesto, y según explícitamente recoge esta sentencia, "*el problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta*

a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges.".

Continua señalando la sentencia que esta vinculación del cese del uso del domicilio familiar cuando se alcanza la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, y marca este límite en la consiguiente mayoría de edad. Cuando sucede esto, nos encontramos en una situación de igualdad entre marido y mujer, en la que resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije. Si por el contrario se prescindiese de este límite de tiempo, en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 del Código Civil, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad.

En relación al límite del uso de la vivienda, se distingue entre el interés superior del menor y del hijo con discapacidad mayor de edad, pues si en el primero el interés abarca a su protección y asistencia en todas sus facetas, en relación con el segundo queda dirigido a la integración de su capacidad mediante el correspondiente sistema de apoyos que recoge el artículo 12.3 de la Convención, señalando la sentencia que esta equiparación la hizo la sala en supuestos muy concretos y especiales, en las cuales, un reflejo de apoyo será la prestación de un apoyo económico e prestación de alimentos para evitar situaciones de precariedad. En conclusión, esta sentencia establece que será la mayoría de edad alcanzada la que haga suprimir el interés superior del menor como criterio determinante para el uso de la vivienda, el cual se suprime definitivamente, y en consecuencia, serán los progenitores los que pasarán a estar en posiciones iguales en cuanto a sus obligaciones de prestar alimentos como de proporcionarles habitación a sus hijos, y ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 142 del Código Civil[270].

En cuanto al último de los aspectos a estudiar y que hemos reseñado al principio de este epígrafe, esto es, el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en relación al nombramiento de su tutor, nos basaremos específicamente en el respeto que se hace de dicha voluntad por el Juzgador en cuanto a la elección de su tutor, figura que

[270] El artículo 142 del Código Civil señala lo siguiente: *"Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*
Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.
Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.".

adquiere una trascendental importancia por el papel que desempeña en la representación de los bienes, derechos y obligaciones de su representado. Para ello, concretaremos este análisis en tres sentencias del Tribunal Supremo, la sentencia 341/2014, de 1 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sancho Gargallo, la sentencia 487/2014, de 30 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Calvo Cabello y la sentencia 465/2019, de 17 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Seoane Spiegelberg.

En cuanto a la primera de ellas, partimos señalando que el régimen de tutela que conlleva la incapacidad total que se estableció, no fue objeto de recurso en la sentencia, y ello sin perjuicio de que en la misma se haga un detallado estudio tanto del juicio de incapacidad como de la institución de guarda que lleva implícita, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia 282/2009, la cual ha sido ya objeto de análisis, y de los presupuestos que se desprenden de la Convención. Entrando ya en la materia que nos ocupa, y como antecedentes de hecho, nos encontramos el supuesto de una mujer que es incapacitada totalmente, incluida la pérdida del derecho de sufragio[271] (aspecto que también detallada esta sentencia), produciéndose un conflicto de intereses entre los dos hijos de la incapaz, los cuales, solicitan cada uno su nombramiento como tutor de su madre excluyendo al otro, y siendo también solicitado a su vez por parte del Ministerio Fiscal y a la vista del conflicto surgido entre los mismos, el nombramiento de la Fundación Murciana para la Tutela como tutora de la incapaz.

El orden legal de prelación en cuanto a la figura de tutor con relación a un menor o un incapacitado, quedaba recogido en el artículo 234 del Código Civil (ahora modificado por la Ley 8/2021), el cual establece en un primer lugar, el que fuera designado por el propio tutelado de conformidad con lo que establecía en el artículo 223 de dicho Código (también modificado por la Ley 8/2021); en segundo lugar, el cónyuge que conviva con el tutelado; en tercer lugar, los padres; en cuarto lugar, la persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad; y en quinto y último lugar, el descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. El precedente orden, puede verse alterado excepcionalmente con la designación que haga el Juez en resolución motivada, y en consecuencia, podrá alterar el referido orden o prescindir de todas las personas en él mencionadas, y ello, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere.

No obstante lo anterior, conviene hacer aquí un inciso y traer a colación, como ejemplo donde se puede observar la evolución en lo referente al nombramiento de la persona que va a ser la encargada de prestar los apoyos, la nueva regulación que en este sentido formula la Ley 8/2021 por medio de su artículo 276, donde se establece, con terminología más acorde al ámbito de discapacidad y con la institución de la curatela, como institución preferida para proporcionar los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica, lo siguiente: *"La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona*

[271] En cuanto a la supresión del derecho de sufragio en este tipo de procedimientos ya hemos hecho alusión al mismo dentro del epígrafe I.2.2.1. de este apartado relativo al estudio de la interpretación jurisprudencial en materia de capacidad de la persona a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

en quien esta hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 272. En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador: 1.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo. 2.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo. 3.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueren varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo. 4.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público. 5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho. 6.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela. 7.º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del artículo anterior. La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo. Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.".

Continuamos con este análisis de la sentencia 341/2014, en la que, la concurrencia del conflicto de intereses entre los hermanos, fue motivo suficiente para que los tribunales de primera instancia designarán como tutora de la incapaz a petición del Ministerio Fiscal, a la Fundación Murciana para la Tutela, pero sin más motivación o justificación. Es por ello, que el Tribunal Supremo resuelve este caso con una doble consideración: en primer lugar, en cuanto a la doble petición de ser nombrado tutor realizada por los dos hermanos, uno de ellos quedó descartado como consecuencia de la enfermedad que padecía (esquizofrenia paranoide y síndrome de Diógenes, así como una deficiencia sensorial grave, con una minusvalía del 83%), y por tanto se consideraba que no estaba en condiciones de asumir el cuidado y la representación de su madre; y en segundo lugar, el Tribunal Supremo considera que el conflicto de intereses en el que se basa el juzgado de primera instancia para alterar el orden legal de designación de tutor, no se encuentra ni justificado ni motivado, y por lo tanto queda anulado el nombramiento de tutor por vulneración del orden legal establecido en el artículo 234 del Código Civil, y se remiten los autos al tribunal de apelación para que resuelva sobre el nombramiento del tutor, previa audiencia de la incapacitada y con los medios de prueba que estime necesarios.

A continuación, analizaremos un claro ejemplo jurisprudencial donde se exalta y protege la voluntad de la persona incapaz, la sentencia del Tribunal Supremo 487/2014, de 30 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Calvo Cabello. Como antecedentes de hecho de esta sentencia, tenemos que Doña Olga fue incapacitada parcialmente, y se designó como tutora suya a su hija. La incapacitación parcial fue recurrida por dicha incapaz así como el nombramiento de tutor, circunstancias estas desestimadas por la Audiencia Provincial. Posteriormente, se establece por la representación legal de la incapaz recurso de apelación, en el cual se desiste finalmente de lo relativo a su incapacitación parcial, pero manteniéndose lo concerniente al cambio de designación de tutora y que ostentaba su hija, por el nombramiento en dicho cargo a su otro hijo. Asimismo, el Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso, sobre la base de que la incapaz mantenía cierto de grado de autonomía, como consecuencia de su

incapacidad parcial, y por tanto, es necesario que el Juez conozca el deseo y su voluntad en lo que concierne a su tutor.

En esta sentencia, se hace una síntesis normativa basada en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de la persona, por aplicación de la Convención, concretamente en relación a lo establecido en los artículos 12.4, 1.5 y 234 del Código Civil, así como al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, estableciéndose por su artículo 3.a) como principio de actuación *"El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas"*. Toda esta normativa que hemos aludido nos advierte de la improcedencia de no tener en cuenta la voluntad de la persona cuando la misma puede ser manifestada, lo cual exige un estudio detallado y riguroso sobre lo querido y manifestado por la persona que la emite.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Supremo otorga el cargo de tutor al hijo solicitado por la recurrente e incapaz, de acuerdo a las siguientes argumentaciones: por un lado en el respeto a la voluntad manifestada expresa e inequívocamente por la misma; en segundo lugar, porque ante dos personas idóneas y en igualdad de posición para ejercer dicho cargo, lo más favorable será si existe manifestación de elección de alguna de ellas por parte de la persona a la que se deban prestar los apoyos; y por último, no se aprecia por parte del tribunal ningún perjuicio que pueda ocasionar esta designación de tutor en su hijo a la incapaz. En conclusión, esta sentencia supone la consagración del respeto a la autonomía de la voluntad a la luz de los presupuestos que recoge la Convención en toda su plenitud. Asimismo observamos en la sentencia tratada, el reconocimiento al superior interés del tutelado, principio que ha sido reconocido por nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias.

El análisis de esta sentencia, lo podemos completar con el estudio que hace de la misma PALLARÉS NEILA[272], que señala, que tanto en esta sentencia así como en resoluciones del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, cuyo ejemplo representativo lo encontramos en la Resolución de 23 de marzo de 2017[273], se opta por seguir como principio rector que el representante del adulto debe respetar sus deseos y preferencias, fijando inmediatamente como límites, «que su bienestar se vea seriamente comprometido» y la existencia de un peligro grave e inminente. En el caso de la sentencia 487/2014, dentro del fundamento séptimo, se reseñan los criterios que han de ponerse en

[272] PALLARÉS NEILA, J., "La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica" en *Actualidad Civil*, núm. 3, marzo, Editorial Wolters Kluwer, 2020, págs.13-14.

[273] Sección primera. Case of a.-M. V. v. Finland, Application no. 53251/13. En esta resolución se resuelve la controversia que se produce entre la determinación del lugar de residencia que manifiesta la persona con discapacidad y la manifestada por su tutor. La voluntad de la persona de la persona con discapacidad es la de residir en una aldea, al norte de Finlandia, junto a su familia adoptiva, mientas que el tutor, opta y por ser más conveniente para ella, el fijar su residencia en su ciudad natal, al sur del país, donde se encontraba su familia biológica y donde tendría mejores oportunidades educativas y laborales. El Tribunal resuelve por unanimidad en favor del tutor, considerando que con su decisión no ha existido violación del derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, su hogar y su correspondencia, ni a la libertad de circulación y elección de residencia (art. 2 y art. 8 del Protocolo núm. 4 del Convenio). A juicio de PALLARÉS NEILA, señala que le parce una decisión ciertamente controvertida, dictada en un contexto muy singular y difícilmente extrapolable a otro país europeo en el que no concurran estas circunstancias.

juego para la protección del interés de la persona con discapacidad, manifestando lo siguiente: *"1. Que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior, el que está por encima de cualquier otro que pueda concurrir. 2. Que no hay un interés común a todas las personas con discapacidad, sino que es particular, para cada persona, dada «la diversidad de las personas con discapacidad». 3. Que la voluntad de la persona discapacitada ha de ser respetada. 4. Que la existencia de un perjuicio, es una razón objetiva que opera como límite a ese principio."*.

Señala este autor, que lo que aquí nos interesa destacar es que el Tribunal de Estrasburgo, al igual que el Supremo español, parten del respeto a la voluntad de la persona, pero no lo lleva hasta sus últimas consecuencias, aduciendo la necesaria exigencia de un equilibrio entre la dignidad y la autodeterminación del individuo y el reconocimiento de un interés superior que pasa por proteger la salud y el bienestar de la persona, atendiendo las circunstancias individuales que colocan a la persona en una posición particularmente vulnerable, por lo que en consecuencia, dentro de este concepto de beneficio o superior interés de la persona se estaría incluyendo la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona. Sin embargo, lamentablemente, se pretende olvidar el principio del superior interés, por considerar que autonomía y protección son términos antitéticos y, sin embargo, pensamos todo lo contrario. Concluye el autor en su argumentación con la afirmación, que la existencia en el ordenamiento jurídico de instrumentos de protección no supone una discriminación a las personas con discapacidad.

Por último, sobre la cuestión de la voluntad de la persona, queremos traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo 465/2019, de 17 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Seoane Spiegelberg, la cual deja sin efecto la sentencia dictada por la Audiencia de Madrid en lo relativo a la alteración del orden legal de los llamados a ejercer el cargo de tutor regulado en el artículo 234 del Código Civil (modificado por la Ley 8/2021) por falta de motivación, y en consecuencia les remite los autos para que dicho órgano judicial motive de forma suficiente cuales son las razones por las que altera el nombramiento exteriorizado por la incapaz en un documento notarial de autotutela. Como un signo característico de este tipo de procedimiento, podemos observar como el conflicto de intereses que se produce generalmente entre los hijos de la personas cuya capacidad de obrar se modificada judicialmente, es motivo suficiente y base para que los tribunales de primera instancia o instancias de apelación alteren el orden legal que establecía dicho artículo 234 del Código Civil, lo cual, en el presente caso tiene su reflejo en el conflicto de intereses que existía entre los seis hijos de la incapaz, agrupados los mismos en dos bloques bien diferenciados en cuanto a intereses.

En esta sentencia, resulta llamativa la solución que se adopta para ejercer el cargo de tutor de la incapaz, a pesar de que la misma tenía otorgado un documento público notarial donde manifiesta su voluntad de declarar quien quiere que sea su tutor, e incluso, en la cláusula cuarta de su testamento, disponía mediante un orden de prelación su elección por tres de sus hijos para el desempeño de dicho cargo en el supuesto de que fuera necesario, y asimismo, disponía que es su deseo que este cargo de tutor no lo ostentase el resto de sus tres hijos así como ningún tipo de asociación, ya sea de ámbito privado o público. La solución a la que llega el tribunal es la de adoptar una tutela

mancomunada entre dos de los hijos de la incapaz, uno de cada bloque enfrentado, y sin que los mismos sean los elegidos por dicha incapaz por medio de los instrumentos notariales reseñados anteriormente.

El presente caso adquiere cierta gravedad en cuanto a la vulneración del principio de la autonomía de la voluntad de la persona, pues a falta de un instrumento donde pueda ser conocida o manifestada dicha voluntad, en este supuesto tenemos dos documentos públicos notariales donde se manifiesta la misma. Se podría argumentar que dichos documentos no coincidiesen en la elección del tutor, circunstancia esta fácilmente superada por el momento en que fueron otorgados los mismos, pues habrá que estar en este sentido al más reciente. Otro aspecto que se puede alegar para el no reconocimiento de este tipo de documentos, será la falta de capacidad de la persona en su otorgamiento.

Asimismo, conviene otra vez destacar que cualquier alteración del orden que establecía el citado artículo 234.1 del Código Civil debe efectuarse en resolución motivada, motivación recogida en citadas sentencias como la 341/2014 y 635/2015, y cuyo ejemplo jurisprudencial en sentido contrario lo tenemos en la sentencia del Tribunal Supremo 458/2018, de 18 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, en la cual, queda motivado suficientemente la alteración del orden legal en el nombramiento de tutor al anteponer la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección por encima de su autonomía de la voluntad, y ello sobre la argumentación que recoge dicha sentencia, que expresa que *"[…] las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado."*.

En este mismo sentido, podríamos citar la sentencia del Tribunal Supremo 216/2017, de 4 de abril, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz, en la que se alega el mismo argumento que hemos señalado en la sentencia anterior, esto es, "*El tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las* personas *allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado* de la *protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. […]*". Sin embargo buena parte de esta sentencia también se destina a debatir sobre la validez de la prueba, y ello sobre la base de un error muy frecuente en este tipo de procedimientos, el cual gira en torno a la confusión de la carga de la prueba con la vulneración de las normas sobre la valoración de la prueba, y como expresa la sentencia, *"sin tenerse en cuenta que el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es una norma procesal que viene a decir al Tribunal qué debe hacer cuando entiende que un hecho relevante para la decisión no ha quedado probado; por lo que no cabe discutir al amparo de dicha norma la valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal aunque se discrepe de ella (SSTS 554/2011 de*

18 de julio y 686/2011 de 19 octubre).”. Cabe reseñar por último, que el Tribunal vuelve a insistir, que este recurso no puede suponer una tercera instancia en relación con esta valoración de la prueba, a no ser que se haya producido una vulneración del artículo 24 de la Constitución por incurrir en error patente, irracionalidad o arbitrariedad, y que es el Juez a quien se atribuye una gran discrecionalidad en la valoración de la misma.

Sin ser propiamente una alteración en el orden legal de designación de tutor que contenía el artículo 234 del Código Civil, cabe asimismo destacar en la cuanto a la designación de tutor propiamente dicha, las precauciones que son tenidas en cuenta a la hora de designarlo, todo ello en aras de la protección del incapaz. Así, la sentencia del Tribunal Supremo 373/2016, de 3 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, en la cual, desde la primera instancia se niega el otorgamiento de la curatela en este caso para la administración de sus bienes a la vecina de la incapaz, la cual, la había venido cuidando y asistiendo personalmente. En la valoración de las circunstancias y necesidades concretas de la incapaz para el desarrollo de su proyecto vital, se aprecia que la incapaz quedaba influenciada por la actitud que venía ejerciendo la persona que interesa su curatela, y cuyo resultado podría ser un perjuicio para la misma ante su posible empeoramiento, y ello como consecuencia tanto de su estado actual como de su edad. Es en este punto donde la intervención preventiva del Juez, y por supuesto del Ministerio Fiscal, adopta un papel fundamental en la protección de la persona, puesto que además en el presente caso, el Ministerio Fiscal planteó la comisión de un delito de apropiación indebida de esta persona que solicitad la incapacitación, pues la misma había retirado de la cuenta de la incapaz por medio de un poder notarial conferido a su favor, la suma de treinta mil euros.

En virtud de lo expuesto, observamos que la elección de tutor o curador responde a los siguientes criterios: en primer lugar, en el caso de designación de un tutor de acuerdo al orden que establecía el artículo 234 del Código Civil; en segundo lugar, en la alteración del orden en cuanto a la designación del mismo por apreciación del Juez dentro de su discrecionalidad, pero siendo esta necesariamente motivada y justificado; y por último, ante la petición de solicitud de nombramiento en el cargo de tutor, ya sea dentro del orden legal establecido o falta de este de personas ajenas, la no designación de la mismas por ir en contra de los intereses de sus representado, y ello como ocurre en el ejemplo jurisprudencial que hemos reseñado.

En conclusión, podemos afirmar según hemos podido analizar en relación con la alteración del orden legal que recogía el artículo 234 del Código Civil así como en lo concerniente a la valoración de la prueba, la gran discrecionalidad que tiene atribuida el Juez, pero sin perjuicio, de que cuando se produzca esa alteración en cuanto al orden que establece el citado artículo, lo haga de una forma suficientemente motivada y como consecuencia de un estudio detallado del caso concreto, y ello sobre la base de que la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección, está por encima del principio de autonomía de la voluntad. En sentido contrario, se alzan voces desde ciertos colectivos para expresar su desacuerdo con esta interpretación de la norma, pues el pleno desarrollo de la persona está también en sus equivocaciones como parte del proceso de aprendizaje en el proyecto vital que la misma desarrolla.

II.2. La capacidad jurídica en las propuestas de reforma del Código civil

Desde que el Estado español ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace más de catorce años, se han elaborado una serie de leyes que intentan dar una solución a los principales problemas y obstáculos con los que se encuentran las personas con discapacidad, ya sea dentro del ámbito jurídico, social, administrativo, laboral, etc., así como en el reconocimiento de sus derechos, y ello en aras de dar cumplimiento a los principios y postulados que promulgaba dicha Convención. Ya antes se habían hecho reformas que incorporaban algunos de los principios de la Convención.

En este sentido, podemos mencionar la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa tributaria; la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad[274] (LIONDAU); la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia[275]; la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[276]; la Ley 26/2011, de 1 de agosto, referente a la adaptación de la normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de fecha 13 de diciembre de 2006, la cual, supuso la modificación de más de una decena de leyes a los efectos de su adaptación, y asimismo, en la línea marcada por la citada Ley 26/2011, de 1 de agosto, nos encontramos el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre de adaptación normativa a la Convención Internación sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual y sin perjuicio de la modificación de los reglamentos de desarrollo de leyes anteriores, conlleva la modificación del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado; el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre[277], por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (disposición que nos ofrece un concepto de discapacidad mucho más abierto y amplio del que se venía entendiendo hasta la fecha); la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que permite ocupar suelo público para instalar ascensores y eliminar así barreras de edificios, materia que ha dado multitud de resoluciones judiciales en este sentido[278]; la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción

[274] Esta Ley fue publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 289, de 3 de diciembre de 2003, y entro en vigor al día siguiente.
[275] Publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, entrando en vigor el día 1 de enero de 2007.
[276] La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 310, de 27 de diciembre de 2007, y entro en vigor el 27 de marzo de 2008.
[277] Publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 289, en fecha 3 de diciembre de 2013, entrando en vigor al día siguiente.
[278] Un ejemplo de este tipo de sentencias lo tenemos en la sentencia del Tribunal Supremo número 619/2013, de 10 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O´Callaghan Muñoz, en la cual, y resumiendo brevemente la misma, se trata sobre la accesibilidad dentro de una comunidad de propietarios,

Voluntaria, modificada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, la cual dedicó tres capítulos del Título II a la regulación de la discapacidad, el capítulo VI, en relación a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, así como los capítulos VII y VIII respectivamente; o como última reseña legislativa y de gran calado, la Ley 2/2018, de 5 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, la cual ha devuelto el derecho de sufragio, en sus vertientes activa y pasiva a la personas con discapacidad. Todos estos ejemplos legales que hemos destacado, han servido para ir construyendo un Derecho propio del ámbito de la discapacidad, el cual, ha tenido su colofón en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Sin embargo, a pesar de estos cambios legislativos, así como de la vigencia de la Convención como norma aplicable dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no se había conseguido una efectiva regulación normativa en materia de discapacidad dentro del ámbito jurídico civil, reforma que sí acomete la Ley 8/2021, al reformar no solo el Código Civil, sino la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la Ley de Jurisdicción Voluntaria, entre otros cuerpos legales. Es por ello, que ante la expresada ausencia reforma legal, la labor desarrollada por nuestros tribunales de justicia, especialmente la de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, haya sido la mejor valedora en la defensa, protección y reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad hasta este momento.

La nueva reforma ahora llevada a cabo, intenta proporcionar una respuesta ante la necesidad legislativa de regulación que existía dentro de dicho ámbito, por lo que en este epígrafe analizaremos cómo los principios que recoge la Convención, han sido tenidos en cuenta y proyectados en la misma. Autores como PAU PEDRÓN[279], señalan que del preámbulo de dicha Convención, y de forma particular en su artículo 12, se derivan los siguientes principios de carácter jurídico, los cuales, deberán conformar cualquier regulación que se realice dentro del ámbito de la discapacidad.

Estos principios los podríamos sistematizar en los siguientes:

1. Principio de supremacía del interés de la persona con discapacidad, principio que viene consagrado en los artículos 7 y 23 de la Convención.

2. Principio de no discriminación por razón de la discapacidad, el cual viene contemplado en el preámbulo de la Convección.

---

en la cual, se anula la denegación acordada en la junta de propietarios de autorizar una silla-grúa para su utilización por parte de la persona con discapacidad, y de este modo hacer uso de la piscina comunitaria; o por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo número 625/2013, de fecha 11 de octubre de 2013, cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O'Callaghan Muñoz, en la que se confirma la sentencia dictada por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 29 de marzo de 2011, la cual, reconocía el derecho a una persona con discapacidad a que se mantengan las obras ya ejecutadas relativa a la instalación de un ascensor entre las plantas baja y primera del local donde desarrolla su trabajo para poder seguir accediendo a él, en las actuales condiciones o con las modificaciones que se fijen en la sentencia, señalando asimismo que para el caso de que las obras ya ejecutadas sean total o parcialmente demolidas con posterioridad a la interposición de esta demanda, reconoce a la persona con discapacidad el poder volver a ejecutar a su cargo las obras de instalación de un ascensor entre las plantas baja y primera del reseñado local donde desarrolla su labor profesional.

[279] PAU PEDRÓN, A. "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, págs. 12-13.

3. Principio de respeto a las decisiones personales, como principio que recoge la exaltación de la autonomía de la voluntad.

4. Principio de proporcionalidad.

5. Principio de temporalidad, el cual viene recogido en el apartado cuarto del artículo 12 de la Convención, y conmina a que la adaptación de las medidas y apoyos que se adopten en relación con la persona con discapacidad, sean aplicados en el espacio temporal más corto posible.

6. Principio de revisión necesaria, basado en el fundamento de que las medidas adoptadas estén sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad o del órgano judicial competente en su caso, y ello de acuerdo con lo que establece el apartado cuarto del artículo 12.

7. Principio de apoyo desinteresado y leal en relación con la persona con discapacidad, esto es, la buena práctica y la debida diligencia que debe poseer la persona que preste el apoyo, para de este modo lograr un apoyo lo más real y efectivo en atención a los intereses de la persona con discapacidad, evitando con ello abusos e indebidas influencias.

Como señala PAU PEDRON[280], dentro del marco de estos principios establecidos por la Convención, se asienta la regulación de los criterios, que de una forma más particular, se lleva a cabo por medio del Anteproyecto de reforma del Código Civil.

Los criterios a los que alude el autor los podríamos resumir en los siguientes:

a) El mayor reconocimiento posible a las disposiciones que pueda adoptar una persona respecto a su propia y eventual discapacidad futura.

b) La preferencia del sistema de autorregulación sobre el de heterorregulación, es decir, de la regulación privada sobre la regulación legal o judicial.

c) Posibilidad de coexistencia de medidas de autorregulación con medidas de heterorregulación, cuando aquellas sean insuficientes.

d) El sometimiento de la autorregulación a un control judicial de carácter posterior, no con carácter previo.

e) El reconocimiento de la figura del guardador de hecho como una figura de apoyo establece, para de este modo permitir la realización de actos concretos mediante autorizaciones judiciales concretas, sin que ello conlleve o motive un proceso o procedimiento general de prestación de apoyos.

f) La prestación de las medidas de apoyo establecidas judicialmente a través de una sola institución o figura jurídica, representada por la curatela, la cual, por su propia naturaleza, reviste una serie de características o atributos como son, la gradualidad, la flexibilidad y la adaptabilidad, y en consecuencia, su mejor aplicabilidad a cada caso concreto sobre otras figuras de naturaleza jurídica más rígida, como por ejemplo, la tutela.

En este sentido, podemos hacer un inciso en el planteamiento de los criterios que recoge el citado autor, para señalar, que este preferencia en la aplicabilidad de esta institución jurídica de la curatela, podríamos plantearla a imagen y semejanza de la regulación que han efectuado de ella otros países de nuestro entorno, como por ejemplo ocurre dentro del Derecho suizo, en el cual, se distinguen diferentes tipos o clasificaciones

[280] PAU PEDRÓN, A. "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen…", op.cit. págs. 13-14.

dentro de curatela, entre las cuales, tenemos la curatela de acompañamiento recogida en el artículo 393 del Código Civil suizo; o la relativa a la curatela de representación, que expresa el artículo 394 de dicho texto legal; o en el último supuesto, la referente a la curatela general y que contempla el artículo 398. La aplicación que pueda llevarse a cabo de forma similar en relación con este régimen de diferentes niveles de curatela dentro de nuestro ordenamiento, nos permitiría la prestación de apoyos con un matiz más o menos intenso según se necesite, por lo que en un nivel más bajo de esta institución podríamos aplicar una curatela de acompañamiento o asistencial (esta última similar a la institución que se aplica en el Derecho foral catalán o asimismo en una línea muy similar al Derecho belga, el cual, también recoge esta institución), o en el extremo opuesto, una curatela más intensa o curatela representativa en los casos más graves o donde los apoyos sean más intensos, y cuyo origen estaría basado en lo que hoy en día conocemos como la institución jurídica de la tutela.

g) Siguiendo con los principios que señala PAU PEDRON, podemos señalar el principio de respecto a la voluntad de la persona con discapacidad en relación con la actuación del curador.

h) La supresión dentro del ámbito de la discapacidad de otro tipo de figuras o instituciones, como son por ejemplo, la patria potestad prorrogada, la patria potestad rehabilitada, o la tutela (como hemos señalado con anterioridad), y ello como consecuencia de su rigidez y duración en el tiempo.

En esta línea expositiva, podemos añadir, desde la esfera del ámbito judicial, diversos ejemplos jurisprudenciales representativos de lo expuesto, como por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo 325/2012, de 30 de mayo[281], cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías, en la cual, en el segundo párrafo del fundamento de derecho cuarto, y a los efectos de interpretar el apartado 1 del artículo 96 del Código Civil, se equipara expresamente los hijos incapacitados con los menores de edad, circunstancia esta que podría plantearse para evitar equiparaciones erróneas, con una inclusión expresa dentro de este artículo de los hijos mayores de edad incapacitados, no como personas equiparables a menores de edad, sino como personas que también

[281] Esta sentencia es analizada ampliamente por la autora ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Consecuencias del divorcio: alimentos y vivienda de los hijos con discapacidad*, en la obra colectiva "Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad", GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.) y GARCÍA MEDINA J. (coord.), 1ª ed., Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra, 2016, págs. 169 y ss., en la que esta autora, después de recoger los antecedentes de hecho, señala la importancia de la sentencia en el sentido de que la misma "considera que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en la atribución del uso de la vivienda, pues su interés resulta ser el más necesitado de protección" . Asimismo, y después de analizar la problemática en la aplicación del artículo 96 del Código Civil, señala también dicha autora que partiendo de la base que la "atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar, haya o no hijos menores o discapacitados, es provisional o temporal, es decir, no puede fijarse de manera perpetua, sin que cesará cuando el hijo adquiera la independencia económica, aunque claro está que en el caso de hijos discapacitados esa independencia será difícil de conseguir", y ello sin perjuicio de que la "atribución del uso que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la titularidad de la vivienda", citando la autora en consideración a esto último la sentencia del Tribunal Supremo 181/2014, de 3 de abril, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, y en la que nos remitidos a lo expuesto en el segundo y tercer párrafo del fundamento de derecho primero y en el contenido del fundamento de derecho segundo de la citada sentencia.

gozan de una especial protección dentro de este tipo de procedimientos de crisis matrimoniales.

Asimismo, sentencias más recientes, como por ejemplo, la analizada sentencia 181/2018, en cuyo segundo párrafo del fundamento de derecho tercero, se remite a lo recogido en la citada Sentencia 325/2012, al señalar lo siguiente; *"Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos* de las personas *con dis*capacidad*, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos* de las *Personas con Dis*capacidad*. De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad* de la *madre por haberse modificado judicialmente la* capacidad *del hijo, corresponde mantener el uso* de la *vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en […]".*

En esta misma línea que venimos reseñando, autoras como GUILARTE MARTÍN-CALERO[282], señala que a la luz de los presupuestos que recogen los artículos 3 y 12 respectivamente de la Convención, parece aún más adecuado el dejar de aplicar las instituciones de *"rehabilitación y prórroga de la patria potestad",* las cuales, quedarían reservadas a supuestos en que la necesidad de protección coincida o sean coincidente con la dispensada por ésta durante la minoría de edad, esto es, cuando sea preciso la correspondiente representación y administración legal, y de este modo, dejar para los supuestos en que la medida de protección dictada judicialmente este constituida por la curatela, ésta institución, facilitando con ello la labor de los distintos operadores jurídicos que entran en juego dentro de este tipo de procedimientos para su mejor y correcta identificación e interpretación. Asimismo, esta autora señala que la flexibilidad en la llamada respuesta jurídica y el consiguiente principio de guarda conllevan el diseñar y perfilar el correspondiente régimen de protección, y ello con los rasgos que a cada uno de dichos régimen le son propios, sin perder las funciones atribuidas *"ex lege"* de los mismos.

Para terminar la exposición de este elenco de criterios específicos que señala PAU PEDRÓN y que deben configurar el nuevo marco legislativo, y dentro del ámbito propio del procedimiento judicial de prestación de apoyos, podríamos resumir señalar dos aspectos: por una lado, que la resolución judicial que se dicte en el proceso solo debe establecer los actos para los que la persona con discapacidad requiera asistencia o apoyos, y no a la privación de otro tipo de derechos de carácter personal, patrimonial o políticos; y en segundo lugar, y alejado del actual y tradicional sistema procesal, debe promoverse un sistema de colaboración interpersonal o de mesa redonda con los profesionales de los distintos ámbitos que intervienen en un proceso de estas características.

---

[282] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera,* en la obra colectiva "Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad", GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.) y GARCÍA MEDINA J. (coord.), 1ª ed., Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra, 2016, pág. 82.

Una vez señalados los principios que de forma general son recogidos en la Convención, especialmente en su preámbulo y en su artículo 12, vamos a analizar a continuación en el siguiente epígrafe, y antes de abordar el estudio propio del Anteproyecto de fecha 21 de septiembre de 2018, por ser éste el primer documento sobre el cual se pudo trabajar fehacientemente y vislumbrar las líneas que iban a conformar e integrar la futura Ley 8/2021, una serie de iniciativas legislativas o propuestas normativas, tanto de carácter privado como público, las cuales han ido surgido a lo largo de estos últimos años y desde diferentes colectivos, y ello como instrumentos para intentar proporcionar una solución a los problemas de adaptación que planteaba la regulación normativa dentro del ámbito de la discapacidad.

II.2.1. Propuestas de reforma de las instituciones de protección anteriores al primer Anteproyecto de la Ley 8/2021, de 2 de junio

A continuación vamos a analizar ahora una serie de iniciativas o propuestas las cuales surgieron como respuesta a las demandas y necesidades que se venían requiriendo por parte de los diferentes movimientos que engloban a la personas con discapacidad, así como respuesta a los problemas que estaban surgiendo en la adaptación de los principios y presupuestos promulgados por la Convención en relación con nuestro Derecho interno, especialmente de la problemática surgida en la interpretación que hace el Comité de los derechos de las personas con discapacidad por medio de la Observación General Nº 1 del artículo 12 de dicha Convención.

Entre las diferentes iniciativas de carácter privado que se realizaron, cabe destacar la llevada a cabo por el Real Patronato de la Discapacidad así como la elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil de reforma del Código Civil, si bien nos centraremos de una forma más detenida en la última de ellas por ser dicha propuesta confeccionada desde una óptica más estrictamente ligada a nuestro ámbito jurídico civil, así como por su amplitud, y siempre restringiendo dicho análisis a lo concerniente al ámbito de estudio de nuestro trabajo de investigación, esto es, el de la capacidad jurídica y la capacidad de la persona dentro del ámbito sucesorio, y dentro de esta última y de forma más concreta, la capacidad de la persona para poder otorgar testamento.

Entre otras iniciativas que han surgido a lo largo de estos años, vamos a citar las que creemos que han tenido una mayor repercusión en la materia que nos ocupa, sin que ello suponga cualquier atisbo de desprestigio o reste importancia a las no aludidas en este epígrafe. Conviene destacar que todas ellas, supusieron un esfuerzo por intentar aportar soluciones e ideas en el ámbito de la discapacidad, y de este modo, constituir un apoyo para al legislador a la hora de elaborar un texto actualizado y aplicable dentro de nuestro ordenamiento en materia de discapacidad, y ello sobre la base del respeto y exaltación de los principios que recoge la Convención. En sentido, PEREÑA VICENTE[283], se hace eco de varias propuestas, tanto de ámbito privado como de ámbito público, correspondiendo

[283] "La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio …", op.cit, pág. 8

al primero de dicho ámbito las que ofreció el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, también conocido como CERMI, así como la de las Fundaciones Tutelares de Personas con Enfermedad Mental Asociadas, conocida por sus siglas de FUTUPEMA.

En cuanto a la primera de las propuestas mencionadas, esto es, la del CERMI, centrada las mismas en la sustitución del actual modelo de incapacitación por uno inspirado en la provisión de apoyos en la toma de decisiones, y en donde como consecuencia de la mínima intervención o injerencia externas, pueda potenciarse la capacidad de la persona objeto del procedimiento. Este procedimiento, abierto tanto a la vía de jurisdicción voluntaria como la vía judicial, dependiendo del supuesto de hecho, requeriría la intervención de un equipo multidisciplinar que pudiera asesorar al Juez, para que este pueda tomar la mejor medida o medidas de apoyo, lo que conllevaría una resolución que incluya detalladamente este sistema de apoyos. Estos apoyos serían ejecutados por el llamado gestor de apoyo, cargo que también ensalza la propuesta del Real Patronato de la Discapacidad, y el cual se encargaría de asistir y de acompañar de una forma efectiva y activa a la persona, para que esta dentro de su máxima autonomía pueda tomar las decisiones oportunas para la realización de actos, tanto de índole personal como de transcendencia jurídica. En conclusión se puede decir que esta propuesta, se funda sobre dos pilares esenciales en su configuración y desarrollo, esto es, la exaltación de la autonomía de la voluntad y de la instauración de un sistema de prestación de apoyos.

Por otra lado encontramos la propuesta de FUTUPEMA, la cual partió de la base de que el sistema español es respetuoso con los principios y presupuestos que promulga la Convención, si bien, entiende que *"la declaración de incapacitación debe ser excepcional y restringirse a aquellas áreas donde la persona necesite los apoyos que la tutela le proporcione, siendo conscientes de que existen casos muy graves en los que es imprescindible ejercer un apoyo total o representación a la persona con discapacidad"*.

Dentro de este ámbito público, cabe destacar el Borrador del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad judicialmente modificada, y de la que autoras como DE SALAS MURILLO[284] se hizo eco. Señala que este borrador tuvo en cuenta las sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado don Tomás S. Vives Antón[285], y la estudiada sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, así como los trabajos realizados por el Real Patronato de Discapacidad, trabajos que culminarían en la propuesta que realiza dicho Patronato y que será objeto de análisis a continuación, así como las propuestas e ideas surgidas en los diversos foros de Fiscales y miembros de la Carrera Judicial.

[284] DE SALAS MURILLO, S., "Significado jurídico del <<apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica>>…", op.cit. págs. 92-93.

[285] Esta sentencia versa sobre el derecho a ser oído en el procedimiento de la persona con discapacidad y por consiguiente, la vulneración a su derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, nos remitimos dentro del punto II relativo a los Fundamentos de Derecho, a los apartados 5, 6 y 7 (y dentro de este último especialmente a sus cinco primeros apartados).

Como aspectos que pueden resumir esta propuesta, DE SALAS MURILLO, señala dos; por un lado, que este borrador restringe casi íntegramente el instrumento de la incapacitación, el cual solo podrá ser de aplicación en aquellas situaciones en las que no resulte posible conocer la voluntad de la persona afectada por una discapacidad persistente que le impida gobernarse por sí misma; y por otro lado, en que se trata de otorgar un marco legal lo suficientemente flexible para que las sentencias judiciales dentro de este ámbito, a la luz de los principios y presupuestos que promulga la Convención, recojan de una forma personalizada, detallada y atendiendo a cada caso en concreto, las medidas de apoyo aplicable a la persona que lo requiera, siempre bajo los principios de proporcionalidad y adecuación que deben inspirar este tipo de resoluciones.

Siguiendo nuestro itinerario dentro del presente epígrafe de elenco de propuestas normativas dentro del ámbito de la discapacidad, vamos a analizar ahora la propuesta articular efectuada por el Real Patronato sobre Discapacidad[286]. La importancia del artículo 12 de la Convención en materia de capacidad jurídica de la persona y de su ejercicio, así como la complejidad en su interpretación, cuestiones estas que ha hemos abordado con anterioridad en el presente trabajo, tienen su reflejo en el título con que reza esta propuesta, la cual no se ciñe solamente a reseñar la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia, sino que dicho título añade *"Para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad"*. Desde un comienzo, esta propuesta quiso dejar claro que nuestro ordenamiento jurídico no estaba adaptado o adecuado a los presupuestos que promulga la Convención, especialmente a los que se desprenden de este artículo 12.

Dentro del texto propiamente dicho de esta propuesta del Real Patronato, se empieza por una presentación[287] donde después de la reseña y de la constatación del hito histórico que ha supuesto la promulgación y posterior ratificación del Estado español de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como de su Protocolo Facultativo, se constata la superación del antiguo modelo médico-rehabilitador por un modelo bajo los patrones de los derechos humanos.

Una de las primeras notas que se constatan en la memoria justificativa de la propuesta del Real Patronato, es la problemática que planteaba el apartado 2 del Artículo 12 de la Convención cuanto se señala *"los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con la demás en todos los aspectos de la vida"*[288], afirmación que supondrá una revisión a fondo del actual sistema de incapacitación que opera en nuestra ordenamiento jurídico. Este nuevo sistema

---

[286] *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad,* realizada con fecha 13 de junio de 2012 por la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad. Consulta realizada en https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm.

[287] *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad,* realizada con fecha 13 de junio de 2012 por la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, pág. 3.

[288] *Hacia una propuesta de modificación legislativa del Código Civil y de la Ley Procesal Española, en aplicación del artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: Memoria justificativa,* pág. 4.

que promulga el Real Patronato, y que pretende ser una alternativa a los títulos IX y X del Libro Primero del vigente Código Civil, viene basado y según se señala concretamente en la propuesta en el concepto de *"apoyos"*[289].

En cuanto a la propuesta en sí y después de unas sistemáticas reseñas histórico-jurídicas, se inició con una crítica del actual y vigente sistema de incapacitación recogido en nuestro ordenamiento, y ello especialmente plasmado por la gran cantidad de sentencias cuyo resultado final era la incapacitación total[290] de la persona, incluida la pérdida de sufragio universal (aspecto al que ya nos hemos referido con anterioridad en otras partes de este trabajo), y de los escasos supuestos y casos relativos a incapacitaciones parciales. Asimismo, el Real Patronato destaca el impacto que ha tenido la Convención y su imposible o nula convivencia con las instituciones jurídicas como la tutela y que se vienen aplicando en materia de discapacidad, pues de acuerdo con las observaciones que se han realizado al Estado español por el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, se interpelaba al primero a que *"revise las leyes que regulan la guardia y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas"*[291].

Dentro del punto tercero de la propuesta del Real Patronato y, en relación con el *"sistema de provisión de apoyos"*[292], del cual se partía de la necesaria eliminación de los conceptos jurídicos de capacidad jurídica *y* capacidad de obrar, pues de conformidad al texto promulgado por la Convención no es posible admitir matices en este sentido, pues la *"capacidad jurídica de quienes tienen alguna discapacidad -cualquiera que sea ésta- se reconoce en total igualdad de condiciones respecto de la del resto de los ciudadanos"*, lo cual configura un único modelo del que no es posible realizar graduaciones o limitaciones parciales. Dicho planteamiento choca frontalmente con lo que recogían los modificados artículos 199 y 200 del Código Civil Español, artículos que motivaron en su época de aplicación la privación de la capacidad de la persona como consecuencia de una determinada enfermedad o deficiencia que persista en el tiempo. Como hemos apuntado anteriormente, la propuesta del Real Patronato recogió la aportación que realiza la Convención mediante el concepto de *"apoyos"*, entendiéndose estos como la *"determinación de los elementos de ayuda, de colaboración, que se han de garantizar a cada* persona *para que se exprese, identifique y, cada decisión, adoptada desde su igual capacidad jurídica y destinada a genera consecuencias personales y jurídicas plenas como expresión de esa capacidad, surta efectos."*.

He aquí un ejemplo de propuesta legislativa basada en la interpretación que realizó el Comité de los derechos de las personas con discapacidad de la Observación General

---

[289] *Hacia una propuesta de modificación legislativa del Código Civil y de la Ley Procesal Española, en aplicación del artículo 12 de la Convención Internacional*…, pág. 7.
[290] *Hacia una propuesta de modificación legislativa del Código Civil y de la Ley Procesal Española, en aplicación del artículo 12 de la Convención Internacional*…, pág. 16.
[291] *Hacia una propuesta de modificación legislativa del Código Civil y de la Ley Procesal Española, en aplicación del artículo 12 de la Convención Internacional*…, pág. 24.
[292] *Hacia una propuesta de modificación legislativa del Código Civil y de la Ley Procesal Española, en aplicación del artículo 12 de la Convención Internacional*…, págs. 29 y ss.

Nº 1 en cuanto al artículo 12 de la Convención, en el sentido de que carece de cualquier eficacia y solvencia sostener la antigua diferencia doctrinal española entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, interpretación que no compartimos y que ya hemos analizado con anterioridad cuando hemos abordado el epígrafe dedicado a dicha problemática.

Conviene volver aquí a recordar, que de la propia redacción del artículo 12 de la Convención no resulta que se esté eliminando la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, o en terminología propia de la Convención, entre la capacidad jurídica y el ejercicio de dicha capacidad. El precepto establece y reconoce las dos, y más cuando establece que se deberán proporción los apoyos necesarios para el ejercicio de la misma, así como las medidas necesarias por parte de los Estados Partes para asegurar esos apoyos, puesto que si interpretamos este artículo de la manera que lo hace el Real Patronato qué sentido tienen los puntos tercero y cuarto de este artículo 12, los cuales, podrán perfectamente haber sido eliminados. Es por ello, que cuando en la propuesta se afirma la eliminación entre las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar se habla sobre la transcripción solamente de los primeros epígrafes de dicho artículo, no de su conjunto, lo que supone una lectura sesgada del mismo para dar el sentido que se quiere conseguir en dicha propuesta. En este sentido, convendría recordar y traer aquí a colación el término "sofisma", el cual ya hemos analizado con anterioridad y que es empleado por PEREÑA VICENTE para describir este tipo de interpretaciones.

Continuando con la propuesta de este Patronato, y en lo referente a la prestación de los apoyos, será necesaria la creación de un proceso donde lo realmente importante será la determinación de esos apoyos, los cuales, en los casos donde deban ser intensos y permanentes, el alcance de los mismos también deberán ser prolongados en el tiempo, sin perjuicio de las medidas de revisión que se consideren adecuadas. Este sistema pretende conseguir una intervención lo más mínima posible, circunstancia esta que se consigue solo regulando aquello que solo sea preciso para el ejercicio de la capacidad de la persona. Además se distingue dentro del procedimiento de prestación de apoyos, que los mismos puedan ser *"formales"* -representados los mismos en los que se están regulados de forma regular o por medio de instituciones-, o *"informales"* -como por ejemplo los propios del ámbito personal, familiar, social, etc., etc.-. Una vez configurados de forma sistemática lo relativo al concepto de *"apoyos"*, en lo referente a su definición, características y contenido, se recogen toda una serie de recomendaciones de carácter procesal, y sobre las que no entraremos por ser materia de análisis de un ámbito diferente al de nuestro trabajo de investigación.

Para finalizar esta propuesta, una vez desarrolló extensamente lo referente al concepto, significado y aplicabilidad del término apoyo, y que conforma el sistema de apoyo que deberá aplicarse dentro de nuestro ordenamiento a la luz de los principios que recoge la Convención, quedaron recogidas, de acuerdo a este sistema de apoyos, las propuestas en relación con el proceso, así como la necesidad de más medios de índole económicos y humanos y de formación de los operadores jurídicos que intervienen en el proceso, extremo éste que es punto común en todas las propuestas que estamos analizando, para terminar con la regulación del internamiento involuntario, cuestión muy

cuestionada al quedar afectado diferentes derechos fundamentales de la persona con discapacidad.

En este sentido, la propuesta se decantó más englobar estos internamientos o ingresos involuntarios dentro de una marco sanitario, justificado por la aplicación de la Ley 41/2002 , de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente, la cual deja previa la intervención sanitaria, incluso cuando el paciente no está en condiciones de prestar su consentimiento, existe riesgo para la salud pública o riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del paciente, y de este modo, evitar como ocurre en la actualidad, que sea la discapacidad intelectual, como un deterioro cognitivo o una enfermedad mental la causa de estos ingresos.

Dentro del ámbito del ejercicio de la capacidad de la persona y que nos ocupa, debemos fijarnos en los artículos 199[293], 200[294] y 201[295] del Título IX de la Propuesta, cuyo enunciado se denomina "Del Apoyo al Ejercicio de la Capacidad Jurídica". De los citados artículos, nos llama la atención la redacción del primer apartado del artículo 199, relativo al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y de las necesidades de apoyo. En este apartado se reconoce que *"Todas las personas con discapacidad tiene capacidad jurídica y de obrar…"*. Si tan evidente resulta para este Patronato la eliminación de la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obra, las cuales quedarían englobadas en una única capacidad, no entendemos que necesidad de distinguir ambas en este precepto, y además con terminología propia de nuestro Derecho interno.

Hubiera sido más consecuente con el espíritu de esta propuesta haberse referido solamente al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona o capacidad legal (como se hace en la traducción literal de la versión original en inglés de la Convención). Se finalizó

---

[293] El artículo 199 de la Propuesta del Real Patronato establece que: *"Todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y de obrar en condiciones de igualdad con las demás en todos los aspectos de la vida.*
Con el fin de proteger los intereses concretos, las necesidades o el pleno ejercicio de los derechos de una persona, respecto de su persona o bienes, se podrán establecer medidas de apoyo a la toma de decisiones que garanticen la validez de sus actos jurídicos y su derecho de autonomía.".

[294] El artículo 200 de la Propuesta del Real Patronato señala lo siguiente: *"1. La persona con discapacidad podrá determinar los apoyos puntuales que precise o verificarlos en instrumento público para su constancia ante terceros, cuando el fedatario determine que le asiste la capacidad natural suficiente a tal fin, debiendo adoptarse en instrumento público cuando se refieran a la capacidad para contratar, realizar declaraciones, asumir obligaciones, actuar frente a la administración, o se trate de actos con consecuencias para terceros. 2. Cuando la persona con discapacidad no pudiese ejercitar su capacidad en los términos establecidos en el apartado anterior, corresponderá a los órganos judiciales competentes la determinación de los apoyos precisos, en función de la relevancia de los actos en que aquellos sean necesarios, y de la intensidad y duración de tales apoyos, a fin de que mediante estos se garantice la eficacia del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo requieran. Los órganos jurisdiccionales también deberán establecer las salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir abusos. 3. La regulación y determinación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, regulada en este título será también de aplicación a los menores de edad."*

[295] El artículo 201 de la Propuesta del Real Patronato promulga que: *"La provisión de un sistema de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica solo podrá ser determinada respecto de personas mayores de edad o emancipadas.*
No obstante, el juez podrá establecer medidas de apoyo para un menor de edad, a solicitud de persona con interés legítimo, cuando lo estimase necesario para la adecuada defensa de los intereses del menor. Tales medidas habrán de ser revisadas cuando la persona alcance la mayoría de edad o interese su emancipación.".

la redacción de este primer apartado con el reconocimiento al derecho fundamental de igualdad que debe presidir en este ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad con el resto de personas en todas las facetas de la vida. En cuanto a la segunda parte del mismo, como no puede ser de otra manera para el efectivo y real ejercicio de la capacidad jurídica, se establecen las medidas de apoyo necesario para ello.

La propuesta de este Patronato en relación con la regulación de los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, se formalizó por medio del artículo 200, artículo que se dividió en tres puntos. Dentro del primer punto podemos destacar los siguientes caracteres: por un lado, la promoción y desarrollo de la autotutela y de los poderes preventivos, con la necesaria participación de un fedatario público, o notario, como principal instrumento de apoyo y valedor de los intereses de la personas que pretende realizar este acto jurídico, proporcionando la debida seguridad jurídica y las necesarias garantías para que el mismo quede constituido válidamente conforme a los requisitos impuesto por la ley vigente.

Debemos destacar, que en este sentido se plantea la validez o no de dejar recogido mediante un documento privado sin la intervención de ningún operador jurídico o persona que de fe de ello, la prestación de los apoyos futuros, la designación del prestador de los mismos y demás manifestaciones en este sentido. Consideramos que el tratamiento de este tipo de documentos privados pudiera ser análogo al del testamento ológrafo, por lo que su vigencia ante la falta de cualquier otro documento que recoja su voluntad sería documento suficiente para respectar esa voluntad y aplicar el contenido recogido en el mismo. La problemática que pudiera darse vendría marcada por la no constancia clara de lo querido, manifestaciones contrarias u opuestas, tachones, así como la duda de si dicho documento fue realizado sin ningún tipo de presión externa o de terceros, o como una manera de eludir la valoración de nuestra capacidad, como ocurría en el caso de intervención de un fedatario público como es el notario.

Por eso, defendemos, de que si se tiene la intención de dejar manifestada la voluntad por si en futuro no pudiéramos emitirla válidamente, fruto de una enfermedad mental o de cualquier otra circunstancia que nos sobreviniese, sería conveniente y como un mecanismo que otorgaría seguridad jurídica, el realizar esa plasmación de voluntad ante un notario. Por todo lo expuesto, podemos observar la transcendental importancia que adquiere el juicio de capacidad de este fedatario público respecto a la capacidad de la persona para poder llevar a cabo un determinado acto o actos con trascendencia jurídica, extremo éste que es recogido asimismo en el precepto objeto de comentario con las siguientes palabras; *"cuando el fedatario determine que le asiste la capacidad natural suficiente a tal fin, o la capacidad real de la misma"*.

No obstante, hay voces críticas en cuanto a la obligatoriedad de la intervención del notario en estos supuestos de autotutela, y ello sobre la base de la carga económica que supondría el otorgamiento de estos instrumentos jurídicos, puesto que en la mayoría de los casos las personas con discapacidad ya tienen muy mermada su capacidad económica por razón de los costes de la enfermedad que padecen, y asimismo, suelen ser personas que carecen de trabajo por la dificultad que tienen de acceder al mercado laboral como consecuencia de la enfermedad que poseen. Sin embargo, si partimos de la

equiparación de este tipo de documentos donde recogemos nuestra voluntad con documentos análogos como puedan ser los testamentos, los costes no suelen ser elevados, si bien, también se podría considerar la opción de establecer bonificaciones o exenciones a la hora del otorgamiento de los mismos para abaratar o sufragar estos costes.

En cuanto al segundo punto de este artículo 200 de esta Propuesta, se estableció la vía alternativa de los órganos judiciales, y ello en referencia a los supuestos en que la persona con discapacidad no hubiere regulado previamente la prestación de los apoyos que debieran serles prestados en el caso de que sufriera algún tipo de discapacidad intelectual, o bien, sufriendo ya dicha discapacidad, no tuviera la suficiente capacidad natural para poder manifestar válidamente la forma y el tipo de apoyos que necesitase para la realización de actos, ya sea personales, o con transcendencia jurídica, concretos o de carácter más general. Se señala asimismo en relación a la prestación de los apoyos y la intervención en estos casos de los órganos judiciales, la personalización e identificación de todos las aspectos que puedan atribuirse al apoyo, es decir, forma de prestarse, quien se lo presta, plazo, en definitiva, de la aplicación efectiva y real de los apoyos necesarios para la protección de la persona, evitando con ello abusos indebidos. En este sentido debemos defender siempre la garantía que proporciona un proceso en sede judicial para evitar cualquier tipo de vulneración y abusos que pudieran producirse en relación con la persona con discapacidad.

Una vez analizados en los párrafos precedentes los artículos relativos al "apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica" recogidos en el Título IX de la propuesta articulada del Real Patronato sobre la Discapacidad, abordaremos a continuación una selección de preceptos que se propusieron en la reforma y que conformaron el siguiente Título X, para de este modo, obtener una visión completa en relación con el "ejercicio de la capacidad jurídica" de la persona, eje central este último del presente trabajo de investigación, y asimismo, tener una comprensión del concepto apoyo, éste, como nuevo concepto que, al parecer se consagra en la Convención.

En esta propuesta, podemos observar como el Real Patronato de la Discapacidad, en relación con el sistema de provisión de apoyos para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica, recogió terminología propia de la Convención. Dicha reforma presenta un Capítulo I, compuesta de varias secciones, cuya Sección Primera, relativa a la designación voluntaria de los apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica, nos señala cuatro artículos, extensos en su redacción, cuyas líneas principales se basan en los siguientes presupuestos:

Dentro del primer precepto que se corresponde con el artículo 202[296], nos conmina a evitar cualquier tipo de manipulación, injerencia o actuación en cuanto a las medidas que pueda adoptar la persona con discapacidad con relación a la designación de los apoyos, y estos efectos parece incorporar la configuración de una asistencia, en nuestra opinión, similar a la institución jurídica de la "asistencia", del Código Civil de Cataluña.

[296] El artículo 202 de la propuesta articulada de reforma del Código Civil planteada por el Real Patronato de la Discapacidad establece lo siguiente: *"Las personas con discapacidad podrán arbitrar personalmente los apoyos que precisen, sin injerencias indebidas, y a tal fin podrán auxiliarse de una persona física o jurídica de su confianza que les facilite la comprensión y realización del acto.*
La determinación de los apoyos podrá documentarse en instrumento público que contendrá los términos requeridos para la resolución judicial en relación al alcance y los mecanismos de control de la asistencia, de acuerdo a los artículos 210 y 211.".

El segundo de sus apartados, no deja de ser una regulación de carácter formal y procedimental en que debe documentarse el apoyo, con la reseña a los artículos 210 y 211 respectivamente y que luego abordaremos.

El artículo 203[297] y que conforma esta Sección Primera, se refiere a lo que podríamos denominar "información accesible" en relación con la persona con discapacidad, la cual, y dentro del espíritu de la Convención debe presidir y estar presente en todos los ámbitos o esferas con la que se pudiera intervenir la persona con discapacidad. Es por ello que este aspecto de información accesible, no solo debe imperar dentro del propio ámbito judicial, que indudablemente debe recogerlo mediante el empleo de técnicas como el método de lectura fácil y accesible de la sentencia, tanto en su conocimiento como en su expresión, o en la necesaria formación especializada que deberán poseer los miembros o funcionarios que integren estos órganos judiciales, y a la que ya hemos referido en otras ocasiones, sino también en las diferentes actuaciones que pudieran ser realizadas por la personas con discapacidad con las administraciones públicas.

Por último, dentro del extenso artículo 205[298] y último dentro de esta sección, nos encontramos ya dentro del ámbito judicial, es decir, cuando la persona con discapacidad, o bien no ha podido o no ha querido dejar consignadas sus preferencias en materia de prestación de apoyos, y en el momento de aplicarse esos apoyos no posee la suficiente capacidad natural para poder dar a conocer las mismas.

En estos supuestos, el artículo recogió toda una serie de principios que deben acompañar a la actuación judicial, y entre los cuales destacamos los siguientes; por un lado, la necesidad del conocido traje a medida o trajes a medidas en la designación de los apoyos que deberán prestarse a la persona con discapacidad para posibilitar con ello el pleno y efectivo ejercicio de la capacidad jurídica; por otro lado, el fin último de la prestación de estos apoyos será el poder manifestar la voluntad de la persona lo más fiel

---

[297] El artículo 203 de la propuesta del Real Patronato de la Discapacidad, señala: *"Las autoridades y funcionarios públicos ante los que, por razón de sus cargos, comparezca una persona con discapacidad, estarán obligados a facilitar en lo posible la comprensión por ésta del acto que realice y la ejecución del mismo, adaptando las formalidades de éste a sus posibilidades de comprensión y auxiliándose, en su caso, de los medios personales y técnicos que fueren precisos. En el caso de que considerasen precisa la determinación de apoyos que excedan de las posibilidades de adaptación indicadas, o que entiendan que la realización del acto puede ser lesiva para la persona con discapacidad, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*
En ningún caso podrá negarse a la persona la realización del acto sólo por causa de su discapacidad.".

[298] El artículo 205 de la citada propuesta del Real Patronato de la Discapacidad, establece: *"1. Cuando concurran causas que impidan o limiten la adopción libre de decisiones y no se haya realizado una designación personal y voluntaria de los apoyos, se establecerá mediante resolución judicial un programa de apoyos personalizado que permitan el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de la persona.*
Las medidas del programa de apoyos serán aquellas necesarias para facilitar la expresión y la comunicación de la voluntad o propósito de la persona, asegurar la plena comprensión de las consecuencias de cualquier acto jurídico garantizando el otorgamiento del consentimiento libre e informado, y que permitan facilitar su autogobierno, el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones y el derecho a vivir de forma autónoma.
2. La determinación de los apoyos precisos se realizará por resolución judicial en función de las necesidades de la persona, respetando, en todo caso su voluntad o sus preferencias manifestadas en situaciones previas, para el caso de no poder prestarlas en el mismo procedimiento, sin que en ningún caso tales apoyos supongan una limitación de su autonomía sino un medio para el ejercicio de su capacidad jurídica.".

posible a lo que esta persona hubiera querido, enfatizando asimismo este artículo en el aspecto negativo de los actos jurídicos a realizar por la persona, esto es, en las posibles consecuencias o responsabilidades en que pudiese incurrir, para de este modo poder alcanzar uno de los presupuestos de la Convención, consistente en facilitar el autogobierno de la persona y su independencia cada vez en mayor medida siempre que el caso lo permita; y en último lugar, el artículo dejó establecido la supremacía de la manifestación de la voluntad de la persona sobre cualquier otra actuación, aclarando en este sentido, que las medidas adoptadas por el órgano en cuestión no supondrán en ningún caso una limitación o acatamiento de dicha voluntad, sino un medio para poder ejercer su capacidad jurídica.

Dentro de lo regulado en la Sección Segunda del Capítulo I de este Título X, cuya enunciado reza "Del gestor o coordinador de apoyos", viene la novedad del cargo que se propone, es decir, se promueve el empleo de gestor[299] o coordinador de apoyos[300] como figuras representativas dentro del nuevo panorama de la discapacidad, sustituyendo y evitando el empleo de otra terminología que no fuese de acorde con los postulados de la Convención.

Nos parece apropiado el uso en el empleo de dichos conceptos terminológicos en esta materia, si bien, el empleo únicamente de la palabra gestor, recoge la esencia de lo que debe ser la intervención como persona para prestar los apoyos que necesita la persona con discapacidad, y ello de acuerdo con su significado, si bien, el empleo dentro del párrafo primero del artículo 206 de la palabra "coordinar los apoyos" parece invitarnos al uso del término "coordinador de apoyos", expresión que con la "gestor de apoyos", se utilizan indistintamente en los artículos a dichos efectos.

Dentro ya de la materia regulada por los artículos 206[301] y 207[302] de la propuesta articulada del Real Patronato de la Discapacidad, nos remiten a la configuración de

---

[299] En consulta realizada en el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española en cuanto el significado de la palabra "gestor", en su forma de adjetivo, dícese de aquel *"que gestiona"*, haciendo posteriormente reseña en cuanto a *"gestor/ra de negocios"*, como la *"persona que sin tener mandato para ello, cuida bienes, negocios o intereses ajenos, en pro de aquel a quien pertenecen."*.

[300] Consultado también el significado de "coordinador", y que se representa como el concepto de que *"coordina"*, y a consulta de esta última no encontramos con tres definiciones a tener en cuenta; la primera de ellas en el sentido de definir coordinar como *"Unir dos o más cosas de manera que formen una unidad o un conjunto armonioso"*; la segunda de las definiciones, se representa mediante la definición de *"Dirigir y concertar varios elementos"*; y la tercera y última de dichas definiciones, en *"Unir sintácticamente dos o más elementos del mismo nivel jerárquico"*.

[301] El artículo 206 de la propuesta, establece que: "La resolución judicial que determine el programa de apoyos identificará, si fuera necesario, una persona física o jurídica que se encargará de coordinar los apoyos previstos en el programa bajo la denominación de gestor de apoyos.

El gestor de apoyos es la persona física o jurídica, pública o privada, designada por resolución judicial o en instrumento público como responsable directa de hacer efectivas y coordinar las medidas de apoyo preciso para acompañar y asistir activamente a la persona apoyada a fin de que ésta pueda adoptar con la máxima autonomía sus propias decisiones.

La designación del gestor de apoyos también se podrá constituir en instrumento notarial si el otorgante puede ejercer la capacidad suficiente para ello en el momento de su formalización.

La resolución judicial, y en su caso el instrumento notarial, deberá precisar el alcance y funciones de coordinación que correspondan, en su caso, al gestor, así como la determinación de las medidas de apoyo.".

[302] El artículo 207 de la propuesta articulada señala lo siguiente: *"1. La persona que lo necesite para cuidar de sí misma o dar plena validez a sus actos jurídicos, o que no lo hubiese determinado en acto personal*

carácter formal en la designación del cargo de gestor o coordinar de apoyos, tanto en la vertiente voluntaria como en vía judicial, pero con la idea predominante del respeto máximo a la voluntad de la persona en cuanto al nombramiento. Vemos la efectividad de este nombramiento siempre y cuando fuese realizado con carácter previo por la persona con discapacidad, puesto que de este modo podrá elegir a la persona que ella considere apropiada, aunque la misma no pertenezca al núcleo familiar. En muchos de los procedimientos sobre modificación de la capacidad de obrar de la persona y que se han dado en los últimos años, se intentaba designar o preferir como persona encargada de la gestión o intereses de la persona con discapacidad a una persona del núcleo familiar más cercano, o en otros casos y cuando no sea posible, en la designación de un tercero, ya sea persona física o persona jurídica tanto dentro del ámbito público como privado, de un defensor judicial en su caso, o de un curador, o de un tutor legal. En este sentido parece que se vuelve a regulaciones pasadas, concretamente antes de la reforma del Código Civil de 1983, en el cual, el papel de la familia en estos supuestos tenía un considerable peso por no decir esencial.

En algunos casos, la experiencia ha demostrado, y ello como consecuencia de los intereses personales y familiares que revestía el supuesto particular, que la designación de una persona del núcleo familiar no tenía por qué ser la mejor de las soluciones. Un ejemplo representativo dentro del ámbito jurisprudencial de lo que venimos exponiendo lo tenemos en la sentencia del Tribunal Supremo 216/2017, de 4 de abril, cuyo ponente fue el Magistrado Eduardo Baena Ruiz, en cuyo punto 4º del Fundamento Jurídico Séptimo, se señala lo siguiente: *"El tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela"*.

Para ir concluyendo lo concerniente al análisis de esta propuesta, conviene dejar reseñado que dentro de la Sección Cuarta, por medio del artículo 208, se dejó establecido el orden de llamamiento para la prestación de los apoyos, con diferencias con el artículo 234 del Código Civil ahora modificado por la Ley 8/2021, en el siguiente sentido: en primer lugar, la introducción aparte de la persona del cónyuge y que consta en el actual Código Civil, de otras formas de convivencias análogas reconocidas, con lo que es

conforme a lo establecido en el art. 200.2, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un coordinador de apoyos por el procedimiento de jurisdicción voluntaria.
2. La autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer las funciones de apoyo, y en caso de estimar preciso apartarse de ellas en algún extremo, lo hará mediante resolución motivada.".

evidente la abertura en la visión de miras que se produce en este contexto en cuanto a las tradicionales formas de unión o convivencia entre personas; al reconocimiento de sus familiares en una forma que recuerda al Derecho de sucesiones; el desarrollo y preferencia del entorno social de la persona con discapacidad ante la ausencia de un vínculo familiar, ámbito que adquiere una relevante importancia dentro de la discapacidad por el conocimiento de la persona a la que se debe prestar el apoyo, pero sin obviar por ello las influencias indebidas y abusos que pudieran surgir, más aún cuando la persona posee un cierto patrimonio; el reconocimiento a la labor de las entidades o fundaciones privadas como prestadoras de estos apoyos antes que las de ámbito público. La preferencia entre entidades privadas y públicas ha generado desde su creación una serie de debates entre los partidarios y detractores de cada una de ellas, alegando en perjuicio de la primeras por ejemplo el coste económico, y en relación con las segundas, como consecuencia del alto número de personas que deben ser seguidas con la correspondiente prestación de apoyos, la dilación en el tiempo en cuanto la prestación de apoyos y toma de decisiones, y ello como consecuencia de los numerosos casos existentes y de la falta de recursos económicos y humanos.

Para terminar la parte relativa al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad mediante la prestación de los correspondientes apoyos y que recoge esta propuesta del Real Patronato, señalar de forma sistemática que su Capítulo II., relativo al marco de desempeño de los apoyos, estableció por su Sección Primera los principios, salvaguardas y publicidad de las medidas de apoyo adoptadas para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, cuyos daños en su ejercicio, extinción y modificación de las mismas las regula en la sección segunda. En el desarrollo de este sistema de apoyos, se introdujo la regulación de una de las instituciones que están llamadas a alcanzar un gran protagonismo en nuevo panorama que regule el ámbito de la discapacidad, esto es, la guarda de hecho, institución que recoge esta propuesta por medio de su Capítulo III.

Por medio del Capítulo IV, esta propuesta estableció o reguló el apoyo intenso, apoyo que tendrá un carácter excepcional y siempre que el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de la persona con discapacidad no pueda ser ejercido mediante otro tipo de apoyo. La inclusión de este apartado, llámese apoyo intenso, acompañamiento intenso, asistencia intensa o como quiera llamarse, no deja de expresar una realidad dentro del ámbito de la discapacidad, y que no es otra, que no puede ser eliminado de forma radical, absoluta y completa de un ordenamiento jurídico que se preste democrático y justo, y donde queden salvaguardados y protegidos los derechos fundamentales e inherentes de las personas. No obstante, conviene señalar que este sistema de protección deberá queda reservado para los casos más extremos donde la capacidad cognitiva de la persona sea prácticamente nula como consecuencia de la enfermedad que padece, velando por la defensa y protección de los derechos e intereses de estas personas, con toda la dignidad que el ordenamiento le atribuye a las mismas. Antes de la propuesta de reforma de otras instituciones y aspectos del Código Civil, la propuesta del Real Patronato en torno al sistema de apoyos terminó con los Capítulos V, VI y VII respectivamente, relativos al ejercicio de las funciones de apoyo, a la necesidad de determinación judicial de los apoyos y a la modificación en el sistema de apoyos y de las personas encargadas de su desempeño.

Para concluir con esta propuesta del Real Patronato, cabe reseñar las modificaciones que se propusieron dentro del ámbito del Derecho de sucesiones, especialmente las relativa a la capacidad para testar así como del papel que desempeña la figura del notario, como apoyo necesario para dar la pertinente seguridad jurídica al acto, y asegurar que se recoge de forma correcta la voluntad de la persona que otorga el testamento. Para ello, se deberán poner a disposición del testador todos los medios y mecanismos ya sean de carácter técnico como humanos por parte de este fedatario público. Es cada vez más evidente que la palabra apoyo dentro de la esfera del Derecho de sucesiones, y en concreto, a la hora de valorar la capacidad de una persona para otorgar un testamento válido y que recoja lo verdaderamente querido por ello, se identifica y queda debidamente representado con este operador jurídico, llamado notario.

Aparte de lo expuesto en el apartado anterior como representación y aplicación del término apoyo dentro del Derecho de sucesiones a la hora de otorgar un testamento, y que queda recogido en el artículo 696, el cual se corresponde con la parte que regula el testamento abierto, se propuso una reforma del artículo 663, en la cual, sin perjuicio de recoger la incapacidad para testar de la persona, bien de forma temporal por no haber adquirido la edad requerida para ello, o bien, porque no se pueda formar la manifestación de la voluntad a pesar de los apoyos prestados, se incluye un primer apartado donde se vuelve a remarcar la validez del otorgamiento de un testamento hecho por una persona con discapacidad, con la intervención del notario, que debe velar para proteger los intereses de la persona con discapacidad recogiendo para su ello su voluntad de forma válida y de conformidad con los requisitos y formalidades impuestos por Ley, para de este modo poder conseguir un acto válido y que otorgue seguridad jurídica.

Para terminar el elenco de propuestas que hemos venido analizando hasta el momento, y antes de abordar el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 hoy ya convertido en Ley 8/2021, vamos a analizar una última proposición de reforma del Código Civil, la cual queda representada en la formulada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil[303].

Dentro del prólogo de esta propuesta, se puso de manifiesto que en la misma presidió un criterio conservador, y ello de acuerdo con la experiencia y resultados obtenidos por la doctrina y jurisprudencia, que también se ha visto reflejada, sin perjuicio de los modificaciones introducidas, en lo concerniente a la materia que nos ocupa, esto es, la capacidad jurídica de la persona, los apoyos necesarios para llevar cabo dicho ejercicio, y la capacidad requerida por la persona a la hora de otorgar testamento. Este carácter continuista ha sido también señalado por autoras como DE SALAS MURILLO[304], quien pone de manifiesto que esta propuesta mantiene una continuidad con la legislación vigente, constatando expresamente las virtudes del sistema instaurado por la Ley 13/1983, *"con unas enormes posibilidades de actuación que lamentablemente han sido infrautilizadas por los tribunales* (Exposición de Motivos). Esta propuesta, en la materia que nos ocupa, se considera plenamente adecuadas a los principios que inspiran la Convención.

[303] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, "Propuesta de Código…", op.cit.
[304] DE SALAS MURILLO, S., "Significado jurídico del <<apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica>>…", op.cit. pág. 91.

Dentro de la parte que regula nuestro campo de estudio, esto es, el Título VII del Libro primero, titulado el mismo como "De las Medidas de Protección de la Persona", el cual se compone a su vez de X Capítulos, la citada autora señala de acuerdo con la normativa y recomendaciones que hace la Convención y el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, la eliminación de las restricciones de capacidad de la persona, y por consiguiente se sustituye la modificación de la capacidad (como uno de los efectos de la actual y vigente incapacitación) por un sistema de provisión de apoyos y medidas de protección de la persona. Este sistema de apoyos y de medidas de protección de la persona, queda configurado por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, respeto a la autonomía de la voluntad y dignidad de la persona.

El reconocimiento de estos principios como conformadores del futuro sistema de protección de la persona, ya fueron señalados por PEREÑA VICENTE[305], que concretó dichos principios en los siguientes: necesidad, temporalidad, proporcionalidad, personalización y autonomía. El primero de ellos, encuentra su base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aspecto que ha sido tenido muy presente en esta propuesta de la Asociación de Profesores, la cual exige la interpretación restrictiva y que exista una causa que impida gobernarse a la persona. Asimismo, y como complemento de materia tratada anteriormente, esta autora vuelve a advertir de la errónea interpretación que se lleva a cabo en la Observación General Nº 1, cuando la misma señala que *"los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica"*, extremo este rebatido por aquella al establecer que la puesta en marcha de un procedimiento de protección no afecta a la capacidad jurídica pero sí a su ejercicio, por lo que de acuerdo a ello se insta a los Estados Partes a tomar las medidas necesarias para llevar a cabo y facilitar dicho ejercicio; en relación con el principio de temporalidad, el mismo queda configurado bajo una doble exigencia, consistente en que las medidas impuestas sean acordadas para el plazo más breve posible así como que sean objeto de revisiones periódicas; el tercer principio y que se corresponde con el de proporcionalidad, conlleva a su vez dos exigencias, la graduación de la medida y que la misma sea adoptada de acuerdo a las circunstancias y situaciones particulares que se den en el caso, principio que es recogido asimismo de forma explícita por el artículo 12.4 de la Convención; como cuarto principio que se señala, nos encontramos el de personalización de la medida de acuerdo a la voluntad, preferencia y deseos manifestados o conocidos de la persona con discapacidad; y por último, el principio de autonomía de la voluntad de la persona, el cual se configura en la libertad de la persona para tomar sus propias decisiones, principio recogido en dos sentencias, la sentencia del Tribunal Supremo 244/2015, de 13 de mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sánchez Gargallo y la sentencia del Tribunal Supremo 487/2014, de 30 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado José Luis Calvo Cabello. En la primera de ellas, se declara que deberían haberse preservado espacios de autonomía que en el caso planteado permitían reconocer capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre

[305] PEREÑA VICENTE, M., "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para…", op.cit., págs. 19 y ss.

cuestiones relacionadas con su persona, y en relación con la segunda de las citadas sentencias, se trata la cuestión espinosa de determinar el establecimiento de los límites de esa autonomía[306].

Esta importancia del respeto a la autonomía en la toma de decisiones de la persona, así como a los principios que acabamos de enumerar, encuentra su tratamiento dentro de los principios generales que se recogen en el artículo 171-1, y ellos como pilares fundamentales del sistema de apoyo que hace la propuesta de la Asociación de profesores. Quizás llama la atención la regulación taxativa que se hace de las instituciones por medio de las cuales se hará la prestación de apoyos dentro de la esfera tanto personal como patrimonial de la persona y que recoge el artículo 171-2. Además, y según el orden establecido en esta lista, queda patente el papel que va a desempeñar la curatela, citada en primer lugar y con vocación de preferencia a cualquiera de las otras figuras si así lo demanda la situación o el caso en cuestión.

Observar, que esta propuesta mantuvo la institución de la tutela como medida de protección de la persona, institución sobre la que ya ha tenido ocasión de pronunciarse nuestra jurisprudencia en el sentido de considerarla respetuosa y adaptada a las exigencias de la Convención, calificación que no comparten los detractores de esta institución, representados en su mayor parte por los colectivos que engloban a las personas con discapacidad, las corrientes de pensamiento que se corresponden con la concepción de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, así como la parte de la doctrina que tiende a una eliminación entre las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar y la asunción de las mismas bajo una única forma o concepto que represente la capacidad jurídica de la persona sin distinción y limitación alguna. No obstante, la regulación que de estas figuras se hace en el Capítulo IV cuando se refiere a los apoyos estables, el cual encierra una cierta flexibilización de las mismas, especialmente de la tutela para su mejor aplicación dentro del nuevo sistema de apoyo, y sin perjuicio de la necesidad para ambas instituciones del inicio de un procedimiento judicial. Además en lo referente a estas instituciones de la curatela y tutela, especialmente en lo concerniente a la regulación del cargo de curador y tutor, se hace un gran esfuerzo por proponer una detallada regulación con el fin de evitar cualquier posible abuso que pudiera surgir en el desempeño de dicho cargo, y fomenta la delación voluntaria de la persona protegida en cuanto a dichas instituciones, y con ello lograr el mayor respeto a su voluntad y preferencias.

También la lista incluye instituciones hasta ahora residuales en cuanto a su práctica dentro del Código Civil, el defensor judicial y la guarda de hecho y que se encuentran regulados en los Capítulos IX y X de la propuesta; o la inclusión en dicha lista de figuras de una manera expresa y novedosa, como son la asistencia, regulada en el Capítulo VII, y en nuestra opinión, en imitación al Derecho foral catalán que mediante la Ley 29 de julio de 2010 del libro 2.º del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, y en concreto, por medio de su artículo 226-1, creó esta figura especialmente adaptada para la atención de personas mayores, como pone de manifiesto QUESADA

[306] Ambas sentencias ya han sido objeto de análisis en el apartado dedicado al estudio de la Jurisprudencia dentro del presente trabajo.

GONZÁLEZ[307], quien considera que esta institución puede ser un medio de protección muy útil y adecuado para las personas, que entre otras situaciones, padezcan enfermedades mentales en una fase leve, como por ejemplo, la demencia senil, alzhéimer o *"Late"*[308], las cuales les impiden cuidar de su persona y bienes convenientemente; o el desarrollo y mejora de los llamados poderes preventivos o disposiciones de autotutela, regulados en el Capítulo VIII, figuras todas ellas respetuosas y adaptadas a los principios que promulga la Convención. Para terminar la exposición de la parte relativa a la capacidad de la persona, dentro de esta propuesta, no observamos una regulación explicita de las causas de incapacitación en la forma que sí realiza el Código Civil, en el sentido de si se mantienen las mismas, son ampliadas, o queda abierto en un espectro amplio y general como el concepto de discapacidad que recoge la Convención en su artículo primero.

Para concluir con el comentario de la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, a continuación vamos a reseñar algunas notas en relación con el ámbito de la capacidad de la persona dentro del Derecho de sucesiones, especialmente en lo concerniente a la capacidad para otorgar testamento, materia que como ya hemos apuntado con anterioridad, será objeto de un análisis más exhaustivo en la tercera parte o capítulo de este trabajo, pero sin perjuicio de anticipar algunos aspectos en relación con la misma. La propuesta que hizo esta asociación en relación con esta materia se recoge en el Título VI, titulado "DE LAS SUCESIONES", dentro del Libro Cuarto que se corresponde con los modos de adquirir la propiedad. Si bien, dentro del Capítulo I se habla de la sucesión hereditaria en líneas generales así como de la capacidad para suceder, es dentro del extenso segundo Capítulo donde se aborda la capacidad para disponer por testamento y de la regulación de las distintas formas testamentarias, esto es, del testamento abierto, cerrado, ológrafo, militar, marítimo, del realizado en país extranjero, o del testamento mancomunado.

El artículo 462, apartados del 1 al 5, recogió una línea continuista con el actual Código Civil, pues sigue manteniendo los mismos impedimentos en cuanto a la capacidad para testar, si bien existe una técnica jurídica más depurada en terminología y acorde con la que promulga la Convención al excluirse expresiones como "cabal juicio", "enajenación mental", etc. Llama la atención la inclusión del apartado 4 dentro de este artículo, señalando la responsabilidad del notario a la hora de emitir el juicio de capacidad, el cual podrá ayudarse de dos facultativos, pero sin olvidar en este sentido que la responsabilidad es sólo y exclusiva del notario, aspecto este recogido expresamente el apartado 36 de dicho artículo. En cuanto a este juicio, y según recoge el apartado 18 del citado artículo, más que hacer una regulación del procedimiento del mismo, se opta por remitirse a los mecanismos de la legislación notarial, por lo que de alguna manera se ha

[307] QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C., *La asistencia y otras instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el Derecho Catalán,* Ed. Reus, Madrid, 2019, pág. 20.

[308] En relación con este término denominado *"Late"*, la autora señala que el mismo es un término inglés que significa tarde, y el cual es la palabra escogida para denominar un nuevo tipo de demencia que afecta a las personas de muy avanzada edad y que hasta hace poco se diagnosticaba erróneamente como alzhéimer porque sus síntomas son parecidos.

querido dejar enmarcado dentro de dicho ámbito de regulación este aspecto, que es nuclear a la hora del otorgamiento de un testamento.

Conviene destacar la posibilidad de aplicación del testamento cerrado, como solución práctica a las personas que no puedan comunicarse verbalmente, y por consiguiente su aplicación efectiva dentro del ámbito de la discapacidad. En relación con la capacidad dentro de otra forma testamentaria, esto es, la del testamento mancomunado, queda flexibilizado y reducido en cuanto a las exigencias relativas a la capacidad para otorgar el mismo, hasta el punto de quedar reducida dicha exigencia a la sola mayoría de edad sin entrar en ningún tipo de causa más, situación que entendemos justificada como consecuencia de la obligada intervención notarial que requiere esta tipología testamentaria, salvaguarda que hace que no sea necesario establecer ningún otro requisito añadido. Asimismo, para concluir el comentario de esta propuesta, conviene dejar reseñada la regulación en cuanto a la invalidez de un testamento cuando se carezca de capacidad natural y que realiza el apartado b) del punto 78 de este artículo 462, aun habiendo cumplido todos los requisitos legales exigidos para el acto.

En este elenco de propuestas e ideas hemos podido observar las diferentes y a veces antagónicas aportaciones que presentan todas ellas para la elaboración de un texto legal que satisfaga y de respuestas a las realidades y problemática actual que encierra el ámbito de la discapacidad, y de este modo, que las personas con discapacidad encuentren una efectiva protección de sus derechos y respeto a su dignidad como persona, representándose esto último en el respeto de su voluntad. Las divergencias en la manera de regular este ámbito y que proponen las propuestas analizadas, depende en gran medida de la posición que inicialmente se adopte en cuanto a la concepción e interpretación de la capacidad de la persona, así como de su ejercicio.

Observamos cómo las propuestas de los sectores más cercanos al ámbito propio de la discapacidad, como los movimientos que engloban a este colectivo de personas, o la propuesta del Real Patronato, fueron propuestas más rupturistas y extremas en aplicación de los principios consagrados en la Convención, lo cual conlleva una ruptura casi total con el sistema vigente dentro de nuestro ordenamiento, pues según estos colectivos dicho ordenamiento no es respetuoso con los principios que promulga la Convención, puesto que el mantenimiento de instituciones representativas como la tutela, de la limitación o restricción de la capacidad de obrar de la persona chocan completamente con los presupuestos de dicha Convención. En cuanto a la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, podríamos señalar que la misma se construyó sobre una base más continuista con nuestra regulación actual, aunque depurada en técnica legislativa. No obstante, lo que sí queda patente y es intento común de todas estas propuestas que hemos abordado, fue el esfuerzo que intentaron realizar para la adaptación de los principios inspiradores de la Convención dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y ello en aras de una mayor efectividad en la defensa y protección de los derechos de las personas con discapacidad, con el objetivo de conseguir la inclusión de este colectivo en nuestra sociedad.

Una vez expuestas y analizadas las propuestas de los diferentes colectivos de ámbito público y privado en materia de discapacidad vamos a analizar si el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 hoy Ley 8/2021, como primer texto sobre el que se

pudieron vislumbrar las líneas normativas así como el espíritu sobre el que se empezó a configurar la nueva normativa reguladora dentro del ámbito de la discapacidad y por la que optó el legislador, fue o no sensible a estas demandas y necesidades, y si las mismas fueron tenidas en cuenta por el legislador, o si por el contrario, supuso una regulación normativa continuista a la recogida en el Código Civil de la época, con una cierta modificación y adaptación terminológica, y ello al entender el pre-legislador que nuestro actual sistema normativo de regulación de la capacidad y protección de la persona cumplía ya con los principios de la Convención, y por ende, con las exigencias y demandas que hasta este momento se han venido realizando por parte del Comité de los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas.

II.2.2. La capacidad jurídica en el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

La reforma operada por nuestro Código Civil en el año 1.983, supuso una transformación profunda de los postulados e instituciones aplicables dentro del ámbito de la discapacidad, especialmente como consecuencia de la introducción de nuevas figuras y principios, como por ejemplo, y entre otras, la referida a la tutela legal, o bien, la introducción del principio de graduación en torno a la incapacitación de la persona. No obstante, la aplicación de este principio de graduación, no ha sido desarrollada más que en una doble aplicación práctica del mismo, esto es, la relativa a la incapacitación total de la persona, y por otro lado, la concerniente a la incapacitación parcial, predominando la primera de ellas según ha quedado patente en multitud de sentencias dictadas desde dicha reforma hasta la actualidad.

El sistema que se ha venido aplicando dentro de nuestro ordenamiento, se basaba en dos principios fundamentales en relación con la incapacitación de una persona, esto es, por un lado, la necesidad de una sentencia firme en virtud de las causas establecidas en la Ley (artículo 199 del Código Civil hoy modificado por la Ley 8/2021), y por otro lado, la existencia de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico y que impedían gobernarse a la persona por sí misma (artículo 200 del Código Civil, también modificado por la Ley 8/2021). La combinación de estos dos aspectos delimitada la instauración de un régimen de protección de tutela, como ha ocurrido en la mayoría de los casos, o bien, la aplicación de un régimen más flexible de protección de la persona como es el supuesto de la curatela, quedando de forma residual la aplicación práctica de otros sistemas de protección y que también recogía el Código Civil, como la prórroga de la patria potestad, la guarda de hecho, etc.

Es por ello, que desde la citada reforma llevada a cabo en el año 1983, han pasado ya más de treinta y ocho años sin una modificación profunda en materia reguladora de la discapacidad. Ha sido a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006 y de su posterior ratificación por parte del Estado español en el año 2008, cuando se ha puesto de manifiesto de una forma acuciante la necesidad de una reforma profunda del sistema legal español dentro de este ámbito de la discapacidad. Esta reforma, parte de la necesidad de adaptación de una parte de nuestra normativa legal

que afecta al ámbito de la discapacidad, a los principios y postulados que se recogen en la Convención, y ello como resultado de la obligación asumida por los Estados que ratificaron la misma, consistente en la adopción de las medidas necesarias para que todas las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en las mismas condiciones de igualdad que el resto de personas, medidas que deberán respetar su dignidad, voluntad y preferencias, y que deberán ser proporcionales y ajustadas a las circunstancias y necesidades particulares de cada persona, y en consecuencia, la necesidad de que dichas medidas deban ser revisadas de forma periódica por las correspondientes autoridades u organismos judiciales.

Como resultado de esta necesidad, y después de más de doce años desde la ratificación de la Convención por parte del Estado español, el día 21 de septiembre de 2018, el Ministerio de Justicia presentó el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, posteriormente convertido en Proyecto de Ley[309] con fecha 14 de julio de 2020 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales con fecha 17 de julio de 2020, y actualmente, previa elaboración del otro Proyecto de Ley de fecha 16 de marzo de 2021, convertido en la Ley 8/2021, de 2 de junio. Dicho Anteproyecto, fue el inicio de una reforma de gran calado, la cual, vio alterada su tramitación en diversas ocasiones por diversos acontecimientos de carácter político, de índole social, jurídica, etc., hasta llegar a su culminación mediante la promulgación de la citada Ley 8/2021.

Es de destacar, la complejidad que desde sus inicios ha revestido todo el proceso de modificación que se llevó a cabo no solo por este Anteproyecto de 21 de septiembre de 2018, sino también por el Anteproyecto de 14 de enero de 2019, así como por los Proyectos de Ley de 17 de julio de 2020 y 16 de marzo de 2021, hasta llegar a la vigente Ley 8/2021. Un ejemplo de ello, dejando a un lado el aspecto temporal del mismo, son las cuatro versiones previas que del Anteproyecto de 21 de septiembre de 2018 se elaboraron, si bien, es de destacar de todas ellas la primera, la cual fue redactada por la Comisión General de Codificación, concretamente por sus secciones de Derecho civil y de Derecho procesal, circunstancia esta que ha sido objeto de reconocimiento por parte del Consejo de Estado[310], y ello como consecuencia de la valiosa aportación en materia de conocimientos e iniciativas que la Comisión lleva a cabo a la hora de elaborar iniciativas normativas, incluidas las de este Anteproyecto.

Es necesario aclarar aquí y ahora, que sin perjuicio del análisis que en el siguiente capítulo del presente trabajo de investigación haremos de la Ley 8/2021, y ello como resultado final de todo el proceso legislativo que se ha llevado a cabo en esta reforma, debe entenderse que todo lo señalado en este epígrafe, se refiere propiamente a la regulación realizada por el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018, y ello como consecuencia de la transcendencia jurídica que tuvo éste al ser el primer texto que recogía o adelantaba la normativa que iba a configurar y regular el ámbito de la discapacidad, atendiendo a los criterios y principios recogidos en la Convención. Creemos necesario

[309] Este proyecto puede consultarse en el enlace https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF.

[310] Consultado el dictamen del Consejo de Estado de fecha 11 de abril de 2019 en el enlace https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34. Consulta realizada el día 1 de junio de 2019.

realizar esta advertencia, puesto que hubo cierta normativa recogida en este Anteproyecto y que al final no ha visto la luz, al ser la misma modificada no solo en cuanto a su ubicación de preceptos, sino en lo que refiere a su contenido e interpretación, al ser ésta realizada de manera diferente a la que inicialmente se hacía en dicho Anteproyecto.

Entrando ahora dentro de la propia regulación que llevó a cabo el citado Anteproyecto, en primer lugar, conviene señalar que el mismo ya empezó a ser objeto de modificación y ampliación por el Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020. En cuanto a su estructura, este texto constaba de siete artículos, una disposición adicional única, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales. El artículo primero modificaba la Ley del notario con siete apartados, los cuales se mantuvieron en igual número tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de Ley.

El artículo segundo, se refirió a la modificación operada sobre el Código Civil, texto del que se modificaron sesenta y siete apartados, y que afectaban de un modo u otro a cerca de doscientos artículos, reforma que en relación con la materia que nos interesa y sin perjuicio de las otras modificaciones llevadas a cabo en relación con este texto legal, conllevó la modificación del título IX del libro I que pasa a denominarse "De la tutela y de la guarda de menores", estructurándose el mismo en tres Capítulos, siendo el Capítulo I el relativo a la tutela, el cual comprende cuatro secciones, artículos 199 a 234; el Capítulo II, que se refirió a la figura del defensor judicial del menor, artículos 235 y 236; y el Capítulo III, que versaba sobre la guarda de hecho del menor, también con dos artículos, los 237 y 238.

En el apartado veintidós, se modificó el Título XI del Libro I, que pasó a denominarse "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica", y englobaba seis Capítulos. Dentro del Capítulo I, se recogían las Disposiciones generales, artículos 249 al 255; en el Capítulo II, se regulaban los poderes y mandatos preventivos, artículos 256 a 262; en el Capítulo III, se contemplaban la guarda de hecho de las personas con discapacidad, artículos 263 a 267; en el Capítulo IV, se regulaba la institución de la curatela, la cual adquirió mayor protagonismo dentro del Proyecto de Ley, y ejemplo de ello es la extensa regulación que se llevó a cabo sobre la misma, y que quedo recogida en cuatro Secciones, la primera relativa a las Disposiciones generales, artículos 268 y 270; la segunda, se desdoblaba a su vez en dos Subsecciones, regulándose por la primera de ellas la autocuratela, artículos 271 a 274, y por la segunda, lo relativo al nombramiento de curador, artículos 275 a 281; la tercera de las secciones, se refería al ejercicio de la curatela, artículos 282 a 290; y en la cuarta y última, se abordaron la extinción de la curatela, artículos 291 a 294. Para terminar este Título XI, se completó el mismo con dos capítulos más, el Capítulo V que reguló la figura del defensor judicial de la persona con discapacidad, artículos 295 a 298, y el Capítulo VI, que refirió a la responsabilidad por daños causados a otros, regulado por un único precepto, esto es, el artículo 299.

Asimismo, es de destacar, y ello por ser materia de análisis y estudio dentro del presente trabajo, la cual será tratada de una forma más detallada y extensa en el siguiente capítulo del presente trabajo, la modificación que se lleva a cabo en materia de sucesiones, y cuyos ejemplos representativos lo encontramos en el artículo 663, en cuya nueva redacción se establecen las personas que no pueden testar, o el artículo 665 relativo a la

capacidad necesaria para testar, así como otros preceptos relativos a este ámbito, como son los artículos 695, 697, 708, 709, 742, 753, siendo a su vez también objeto de modificación otros preceptos enmarcados dentro de este ámbito del Derecho de sucesiones, como son, el artículo 756, así como los artículos relativos a las sustituciones, esto es, los artículos 776 y 782; o el artículo 813 que contempla la llamada *"cautela socini"*; o bien, el artículo 822, que regula el derecho de habitación; el artículo 996 sobre la aceptación de la herencia por parte de la persona con discapacidad; la colación a que se refiere el artículo 1.041; y por último, los artículos 1.052, 1.057 y 1.060 y que se refieren a la partición hereditaria.

Continuando con el esquema sistemático de este Anteproyecto, por su artículo tercero se modificaba la Ley Hipotecaria mediante seis apartados, quedando recogidos de forma resumida dichos apartados en las siguientes consideraciones:

a) La inscripción en el Registro de la Propiedad de las resoluciones que establezcan las medidas de apoyo en cuestión en las fincas registrales cuya titularidad ostente la persona sobre las que se dicta, así como la afectación de un determinado bien inmueble a un patrimonio protegido cuya titularidad ostenta la persona con discapacidad, y ello de acuerdo con lo establecido en apartado cuarto del artículo 2.

b) La posibilidad de solicitar anotación preventiva en el Registro de la Propiedad por la persona que solicite las medidas de apoyo, de conformidad con lo establecido en el apartado 5 del artículo 42.

c) Dentro de la modificación que se llevó a cabo del artículo 165 de dicha Ley Hipotecaria, se regula la llamada hipoteca legal, por razón de la fianza de tutores, curadores y demás personas asimiladas.

d) De acuerdo con el apartado cuarto del artículo 168, la exigencia de hipoteca legal por parte de los menores de edad sometidos a tutela y personas con discapacidad sobre los bienes de los tutores, curadores o sobre cualquier persona que ostente un poder preventivo general, y ello por razón de la responsabilidad en la que pudieren incurrir.

e) En el artículo 192, se establecía la regulación de la fianza hipotecaria que deberán prestar los citados tutores, curadores y personas asimiladas, la cual será decretada por el Juez, de oficio o bien a instancia del Ministerio Fiscal.

f) Y finalmente, por medio del artículo 222 bis, en su último apartado 5, la reseña al Libro único informatizado de situaciones de personas para su adaptación a la reforma que se estaba realizando.

El artículo cuarto, modifico la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, reforma que se estructuró en veintiocho apartados, apartados que fueron aumentados en el Proyecto, puesto que en el Anteproyecto se establecían solo dieciséis apartados. Como un resumen de la reforma que se llevaba a cabo en este cuerpo legal, y ciñéndonos a las medidas de apoyo dentro del proceso, podemos señalar:

1) En primer lugar, por medio de sus artículos 749 y 751.2, se ponía de relevancia, la función del Ministerio Fiscal en los procesos de adopción de las medidas judiciales de apoyo en relación con las personas con discapacidad.

2) En su artículo 755, se regulaba el acceso de las sentencias dictadas en este tipo de procedimientos a los correspondientes registros públicos, esto es, el Registro Civil y el Registro de la Propiedad, o bien, a los Registros de lo Mercantil o de Bienes Muebles.

Sin embargo, podría criticarse en relación con este artículo, la falta del previo desarrollo de un sistema telemático de interconexión entre los citados registros, pues actualmente, y como ejemplo representativo, el Registro Civil no está coordinado telemáticamente con el Registro de la Propiedad para la consulta de la información correspondiente a cada Registro, interconexión que supondría un considerable ahorro de tiempo y en los procedimientos que se llevan a cabo en la práctica registral de ambos registros.

3) Se fijaba como ámbito territorial de competencia el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde residen la persona con discapacidad y sobre la que se adoptan la medida o medidas de apoyo, y la remisión de las actuaciones del procedimiento al Juzgado donde resida la persona con discapacidad en caso de cambio de su domicilio o residencia.

4) Dentro del artículo 757, se estableció la legitimación e intervención procesal, estableciendo las personas que pueden instar el proceso para la adaptación judicial de medidas de apoyo, como son el cónyuge no separado de hecho o legamente, o quien se encuentre en una situación asimilable, sus descendientes, ascendientes o hermanos, el Ministerio Fiscal, y asimismo, se autoriza la presentación de las correspondientes alegaciones a la persona que aparezca nombrada en la demanda como curador, extendiéndose en cuanto a la intervención dentro del proceso, a cualquier persona que tenga un interés legítimo.

5) En la revisión de las medidas de apoyo, el artículo 761, estableció que dichas medidas serán revisadas en el plazo consignado en la correspondiente sentencia, y se establece un plazo máximo de revisión en todo caso de tres años.

6) Y por último, y por ser materia relacionada con la que es objeto de estudio dentro del presente trabajo y recaer la misma dentro del ámbito sucesorio, conviene señalar los artículos 790, el ordinal 5º del artículo 793.3, el ordinal 4º del artículo 795, así como el apartado 2 del artículo 796, relativos en cuanto al aseguramiento de los bienes de la herencia y de los documentos del difunto, de la intervención del Ministerio Fiscal en el caso de desconocimiento de herederos legitimarios, de la prestación de caución por parte del Administrador, así como la cesación de la intervención judicial por parte de los herederos durante la sustanciación del procedimiento de división judicial de la herencia.

Por su artículo quinto, se modificó la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y se distribuyó dicha modificación en cinco apartados. Como síntesis de lo más relevante, podemos señalar: en primer lugar, la modificación del artículo 3 de dicha Ley, es decir, quien puede constituir un patrimonio protegido y la forma de hacerlo; en segundo lugar, quien puede aportar bienes al patrimonio protegido y que se regula por el apartado 2 del artículo 4; y en tercer lugar, por medio de sus artículos 5 y 7, las reglas de administración del patrimonio protegido.

En su artículo sexto, se modificó la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, quedando distribuido en diez apartados, cuyas principales modificaciones podrían resumirse en las siguientes:

a) Mediante la modificación en la redacción de los ordinales del artículo 4ª, se establece un elenco de los actos y documentos que son inscribibles, como por ejemplo,

los poderes y mandatos preventivos, la propuesta en relación con el nombramiento del curador así como las medidas de apoyo adoptadas por la persona en cuestión respecto a sí misma, las sentencias relativas en la prestación de los apoyos necesarios para la persona con discapacidad, los actos relativos a los patrimonios protegidos, los actos relaciones con los menores de edad, esto es, su tutela y defensa judicial, así como las declaraciones de prodigalidad y concurso que se adopten por parte de las autoridades competentes.

b) La inscripción por medio de la modificación del primer párrafo del artículo 44.7 de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo, y ello en relación con que se hubieran adoptado o establecido medidas de apoyo, ante lo cual deberemos recurrir al tenor literal de la sentencia si existe, y si no, a la necesaria intervención del Ministerio Fiscal.

c) En cuanto a la inscripción de las medidas de apoyo, por medio de sus artículos 72, 75, 77 y 83.1 respectivamente, se reguló dicho ámbito, en el sentido siguiente; en primer lugar, en lo relativo a la inscripción de las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento de prestación de apoyos, y que se inscribirán en el registro individual de la persona afectada, con expresión de su extensión y limite; en segundo lugar y según recoge el citado artículo 75, se recogía la inscripción de la tutela de menores en situación de desamparo; en tercer lugar, se contempla la inscripción de las medidas de apoyo adoptadas por el interesado en documento público, es decir, la inscripción de actos de autotutela y poderes preventivos; y en último lugar, señalar el reconocimiento como dato especialmente protegido, de los aspectos referentes a la discapacidad de la persona a efectos de la publicidad registral, extremo éste extrapolable a otros registros de índole pública, como puede ser, el Registro de la Propiedad.

Y por último, por medio del artículo séptimo del Anteproyecto, que constaba de dieciocho apartados, se modificó la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, siendo ampliados estos apartados por el Proyecto de Ley en diecinueve, y cuyos rasgos más destacables los podemos sintetizar en los siguientes aspectos:

1) La nueva redacción del artículo 27 en cuanto al nombramiento del tutor en lo que concierne a los menores, así como de los curadores en relación con las personas con discapacidad.

2) La regulación de acuerdo con el artículo 42 bis, a), b) y c), concerniente al expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad.

3) La introducción de un nuevo Capítulo III ter en el Título I con la regulación del expediente de declaración de prodigalidad.

4) El derecho a ser oído por parte del interesado o solicitante en relación con los actos como la rendición de cuentas o la remoción del tutor, de la persona con discapacidad si fuera posible, del menor con suficiente madurez, o si fuera mayor de doce años, o al Ministerio Fiscal, y ello según establece sus artículos 48 apartado 1, 49 apartado 1, y apartados 1, 2 y 3 del artículo 51.

5) La introducción de un nuevo artículo 51 bis, que regula la extinción de los poderes preventivos.

Después de la exposición de la estructura general y formal de este Anteproyecto, vamos a continuación a recoger los fundamentos y principios que han servido de base o pilares sobre los que asentar esta reforma que ahora se lleva a cabo. Una de las primeras

consideraciones que podemos hacer de este Anteproyecto, según se contempla en su exposición de motivos y dentro de un ámbito constitucional, es la inspiración que ha proporcionado el artículo 10 de nuestra Carta Magna a la reforma. Este artículo no solo conlleva la dignidad de la persona, sino que además esta dignidad queda desarrollada en la salvaguarda y protección de los derechos fundamentales de la personas con discapacidad, del respeto en el desarrollo y manifestación de su libre voluntad, así como de la aplicabilidad de los principios de proporcionalidad y necesidad en las medidas de apoyo que puedan establecerse para el ejercicio de la capacidad jurídica de estas personas, ello dentro del espacio temporal más corto posible, y que además, cuenten con revisiones periódicas y regulares por parte de la autoridad competente como consecuencia de las posibles modificaciones que puedan afectar a la persona con discapacidad.

Otro de los aspectos a destacar dentro de esta reforma que se llevó a cabo por este Anteproyecto, fue la instauración de las medidas de apoyo como aspecto central y nuclear de dicha reforma. El anteproyecto, reguló las medidas de apoyo en la modificación que realizó del Título XI del Libro I, en su Capítulo I relativo a las disposiciones generales, artículos 249 al 255. Éstas medidas de apoyo, ya habían sido configuradas por la Convención, como el mecanismo idóneo para el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad, y ello en las mismas condiciones de igualdad que el resto de personas. Por todo ello, y como ya hemos reseñado con anterioridad, estas medidas deben estar revestidas de una serie de principios o características por medio de las cuales, sea respetada la dignidad de la persona así como sus derechos fundamentales. Como recordatorios de dichos aspectos que deben inspirar esta medidas podemos señalar:

a) Las medidas de apoyo que se dicten en el procedimiento deben respetar la dignidad de la persona, sus derechos fundamentales, así como su voluntad, deseos y preferencias que haya manifestado esa persona. En caso de desconocimiento de dicha voluntad, se valorara para su confección su trayectoria vital, esto es, su forma y estilo de vida anterior a la afectación de su voluntad, sus creencias y demás circunstancias que pudieran ser de ayuda para conocer lo que hubiera querido esa persona ahora, o la denominada voluntad presunta.

b) La aplicación de necesidad y proporcionalidad de la medida o medidas a aplicar, así como de su revisión periódica por parte de los tribunales o autoridad competente.

c) La necesidad de que las medidas adoptadas vayan encaminadas en un futuro, a un desarrollo de la voluntad de la persona, y cuyo fin deberá ser que la persona necesite cada vez menos apoyos en el ejercicio de su capacidad de obrar.

d) El fomento de medidas preventivas de carácter voluntario, por medio de las cuales las personas que aún no tengan afectada su voluntad, puedan recoger la misma en documentos de carácter público, como son la autotutela y los poderes preventivos.

Esto último, es decir, los poderes y mandatos preventivos, fueron regulados en el Capítulo II del citado Título XI, por medio de sus artículos 256 al 262. Como aspectos a destacar de estos poderes, podemos empezar por su función, es decir, la facultad que se otorga al poderdante del mismo para establecer los apoyos que estime conveniente, por si en un futuro precisa un determinado o varios de esos apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica. No obstante y como reguló el artículo 257, para saber si se ha

producido esa necesidad de apoyo habrá que estar a las previsiones que se establecen o se recogen en el propio poder. Es de remarcar, y como analizaremos en el siguiente capítulo de este trabajo, la importancia del juicio de capacidad del notario, el cual, y sin perjuicio de la incorporación de un informe pericial, otorgará un acta notarial para garantizar el cumplimiento de esas previsiones.

Se pone de relieve en el artículo 258, la preferencia a este tipo de medidas de apoyos sobre cualquieras otras medidas de apoyo establecidas en favor de la persona, ya sean de carácter judicial o medidas que hayan sido previstas por el propio interesado. Asimismo, en estos preceptos reguladores de los poderes y mandatos preventivos, se regulan también las medidas de control y de extinción de estos poderes, o la instauración del régimen de curatela como mecanismo de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica cuando el poderdante no haya establecido otra situación, esto último, de conformidad con lo que establecía el artículo 259. Es de destacar, la exigencia y necesidad de que estos poderes preventivos, habrán de otorgarse mediante la correspondiente escritura pública, y ello según establecía el artículo 260, pero haciéndose constar la salvedad que cuando este tipo de poderes hubiere sido otorgado a favor del cónyuge o pareja de hecho, el cese de la convivencia originará en consecuencia la extinción del poder, salvo que el otorgante hubiere expresado su voluntad contrario a ello, o que dicho cese fuese motivo de un internamiento.

Por último, y en relación con estos poderes preventivos, cabe destacar el aspecto personal que los mismos revisten en cuanto al ejercicio de las facultades de representación, y ello sin perjuicio de la posibilidad de atribuir la realización de uno o de varios actos en concreto a terceras personas, aspecto que se regulaba en el artículo 261. Para terminar, y por medio del artículo 262, se hace una remisión de carácter general de esta regulación a los casos de mandato sin poder.

Asimismo, otro de los aspectos y pilares fundamentales de esta reforma, se ha visto reflejado en la nueva regulación que se ha realizado en cuanto a las instituciones de apoyo, instituciones que han quedado recogidas en tres figuras, que son, la guarda de hecho, la curatela y la del defensor judicial.

En cuanto a la primera de ellas, quedó regulada en el Capítulo III del citado Título XI del Libro I, mediante los artículos 263 a 267. Siendo esta una de las instituciones más flexibles o informales, como aspectos propios de la misma y citados de forma conjunta, podemos definir la guarda de hecho, como la prestación de los apoyos necesarios que viene realizando una determinada persona para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica cuando no existen medidas de apoyo de índole judicial o las mismas no se estén aplicando de una forma efectiva. No obstante, en la realización de actos que impliquen la acreditación de la representación sobre la persona sobre la que se ejerza la guarda de hecho, será necesaria la preceptiva autorización judicial, la cual comprenderá una serie de actos que no excedan de la mera administración ordinaria y que sean necesarios para la prestación del apoyo. Como ejemplo de actos que requieren de esta previa autorización judicial, podemos señalar, los que conlleven un peligro para la integridad física o que de algún modo puedan poner en riesgo la vida de la persona con discapacidad, o los relativos a su libertad en todos sus aspectos, etc.

Estos actos realizados por el guardador de hecho y que redunden en alguna utilidad de la persona sobre la que ostenta la guarda, de conformidad con lo recogido en el artículo 264, no podrán ser impugnados. Además, la rendición de las actuaciones realizadas por el guardador de hecho, podrá ser solicitada por el Juez en cualquier momento, ya sea de oficio o a petición o instancia de cualquier interesado. Por último, en los dos últimos preceptos que comprenden este Capítulo III, artículos 265 y 266, quedó regulado el derecho de que tiene el guardador de hecho al reembolso de los gastos y la indemnización de los posibles daños que pudiera sufrir en el ejercicio de la guarda, y ello a cargo de los bienes de la persona sobre la que ejerce dicha guarda de hecho, quedando regulado por el último de los citados preceptos la regulación de la extinción de esta institución bajo cuatro supuestos.

Siguiendo con el itinerario de las medidas de apoyo que ahora se establecen por medio del Proyecto, vamos a centrarnos en las características y aspectos fundamentales en relación con la segunda de ellas, es decir, con la curatela. De la lectura del texto, se observa como la curatela se convierte en la institución de apoyos por excelencia a la hora de prestarse los apoyos de forma continuada en el tiempo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, en detrimento de otras formas que hasta este momento se venían aplicando de forma más general, como era el caso de la tutela. Es por ello, que en este sentido queda patente el cambio o giro en la aplicación de los sistemas de protección y apoyos de la persona con discapacidad, y ello impulsado por los principios que se recogen en la Convención y de la adaptación, como es el caso de España, de su normativa legal a dicha Convención.

Puede dar la impresión que la extensa regulación normativa que se hace de esta medida de apoyo relativa a la curatela la encumbre o la sitúe por encima de las otras medidas de apoyo, pero lo cierto es que tampoco consideramos que sea así, puesto que antes de la aplicación de ésta se desarrollan otras medidas de apoyo para su anterior aplicación, como es el caso de la guarda de hecho, sobre la cual opinamos, que sí ha pasado de una aplicación residual a adquirir un mayor protagonismos en la nueva regulación que se lleva a cabo en esta reforma. Lo expuesto, puede ser debido a que la supresión de la tutela legal y que hasta ahora se venía aplicando de forma generalizada, institución que a partir de la reforma pasa a ejercerse dentro del ámbito de la minoría de edad, parece que atribuye a la curatela ese protagonismo como medida de apoyo aplicable en el tiempo. No obstante, si podemos resumir en una palabra la nueva regulación que se realiza de la curatela, es su flexibilidad, características que se puede apreciar en la regulación que el Proyecto de Ley hace de la misma.

Dentro de dicho Anteproyecto, la curatela quedó regulada en su Capítulo IV, el cual a su vez se dividió en cuatro secciones, estando divida la segunda de ellas en dos Subsecciones. Estas secciones quedaron establecidas de la siguiente forma: la 1ª Sección, recogió las Disposiciones generales por las que se regula esta figura jurídica; la Sección 2ª, contempló lo relativo a la autocuratela y el nombramiento del curador, aspectos que se regulan respectivamente en las citadas Subsecciones 1ª y 2ª; por la Sección 3ª, se abordó el ejercicio de la curatela; y por último, por su Sección 4ª, se recogió lo referente a la extinción de esta institución.

Una vez planteada la estructura formal con la que se regula esta medida de apoyo en el Anteproyecto, podemos destacar los siguientes aspectos de la misma. Según se desprende de los artículos que conformaban las disposiciones generales, artículos 268, 269 y 270, la curatela se deberá establecer mediante la pertinente resolución judicial, la cual deberá ser dictada cuando no exista otra medida de apoyo, o aun existiendo dichas medidas, no fueran suficientes o no estuvieren adecuadas a la hora de prestar el apoyo para ejercer la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

En esta resolución donde se establezca esta medida de apoyo de la curatela, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

1) Sin perjuicio de lo ya señalado en cuanto a las características que deben revestir las medidas de apoyo en relación con la dignidad de la persona, el respeto a su autonomía de la voluntad, deseos, preferencias, etc., se establece expresamente en el caso de aplicación de la curatela como medida de apoyo, su revisión periódica en el plazo de tres años, y en todo caso ante cualquier modificación y cambio que se produzca en la situación de la persona con discapacidad.

2) Este tipo de resoluciones o bien de sentencias, no podrán contener la mera prohibición de derechos, y se garantizará asimismo mediante las oportunas medidas de control los abusos indebidos que pudieran producirse en cuanto a los intereses de la persona sobre la que se establecen estas medidas de apoyo, así como la rendición de cuentas por parte del curador en cualquier momento, y ello sin perjuicio de que también en cualquier momento el Ministerio Fiscal pueda recabar la información que estime oportuna en relación con la prestación del apoyo en cuestión.

Siguiendo el recorrido normativo que antes hemos señalado, y entrando ahora en lo concerniente a la figura de la autocuratela, institución tratada en la Subsección 1ª de la Sección 2ª, artículos 271 a 274, cabe destacar y al igual que ocurría en la constitución de los poderes preventivos, la necesidad de otorgamiento de una escritura pública donde quede regulada la prestación de apoyos en el ejercicio de la capacidad de obrar que en un futuro pudiere necesitar el otorgante de la misma, y ello con la finalidad de que este ejercicio sea realizado en las mismas condiciones de igualdad que el resto de personas. En esta regulación que la persona realiza, puede establecerse quien quiere que sea su curador o sus curadores, o en un sentido contrario, quien no quiere que le preste los apoyos que necesite, así como establecer el contenido y regulación del contenido y ejercicio de la propia curatela.

En este sentido al que nos acabamos de referir, señalar que la regulación que se efectúe en este documento, será de carácter vinculante para el Juez, al menos que éste aprecie una modificación sustancial de las condiciones que en un principio fueron reguladas, y consecuencia, sea necesario la adaptación de nuevas medidas de apoyo como resultado de dicha modificación, aspecto que deberá ser suficiente motivado por la autoridad judicial, siendo la finalidad perseguida, la mejor protección y salvaguarda de los intereses de la persona sobre las que se establecen estas medidas de apoyo. Este ámbito sobre la modificación de las medidas establecidas previamente por la persona y modificadas por la autoridad judicial, y especialmente a lo que concierne al nombramiento del tutor, ya lo hemos tratado de forma práctica cuando hemos analizado

la jurisprudencia en este sentido, pues habrá que hacer una valoración de cada caso en concreto y atendiendo a sus circunstancias personales.

Lo expuesto nos puede servir para reseñar ciertos aspectos en cuanto al nombramiento del curador, y ello en unión de la regulación propia que en este sentido se realizaba por su Subsección 2ª mediante los artículos 275 al 281. Partimos de una regulación de quien puede ser curador y quien no, supuestos en los que se incluyen, tanto en lo concerniente al ámbito público como privado, a las fundaciones, así como las demás personas o entidades que sin ánimo de lucro, tengan entre sus fines el desarrollo y asistencia de las personas con discapacidad. Ya hemos advertido con anterioridad, que en cuanto a este nombramiento de curador, se dará siempre preferencia al establecido previamente por la persona sobre la que se aplicarán las medidas de apoyo, nombramiento que asimismo se puede realizar a favor de varias personas.

En la regulación que se hace del curador, se establece la posibilidad de una determinada retribución en el desempeño de su cargo, así como el reembolso de los gastos justificados e indemnización a los daños sufridos, esto último, en igual analogía a lo regulado en la anterior medida de apoyo y que ya hemos analizado, esto es, la guarda de hecho, y asimismo se establece que la curatela es excusable por parte de la persona que ha sido designada.

Siguiendo con nuestro itinerario, por medio de la Sección 3ª del Capítulo IV del Título XI del Libro I del Anteproyecto que estamos analizando, concretamente en sus artículos 282 al 290, se reguló el ejercicio de la curatela. En relación con este ejercicio, cabe destacar primeramente, la necesidad de la toma de posesión del mismo ante el Letrado de la Administración de Justicia. En los citados artículos, quedaron regulados las diferentes obligaciones que asume el curador en cuanto a la persona con discapacidad y a la que presta los apoyos necesarios, estableciéndose el supuesto de que en caso de que un impedimento de carácter transitorio, o bien surja un conflicto de intereses entre ambos, y no haya otra persona que previamente haya sido designada también como curador, será nombrado un defensor judicial por dicho tiempo o acto, pero se señala, que si dicho periodo se prolonga en el tiempo el Juez podrá considerar el nombrar a un nuevo curador.

A su vez, en el artículo 285, se estableció la obligación de hacer inventario del patrimonio de la persona sobre la que se establece esta medida de apoyo por parte del curador que ejerza funciones representativas, quedando regulado por el extenso artículo 287 los actos que son objeto de la pertinente autorización judicial para su realización, y por medio del artículo 289 los actos que no la precisan. En este sentido, termina esta sección del ejercicio de la curatela con la regla general de que para los actos en los cuales se necesite autorización judicial o no, se deberá recabar previamente los informes que se estimen necesarios así como la audiencia del Ministerio Fiscal y persona sobre la que se presta el apoyo.

Por último, para terminar la regulación del ejercicio de la curatela como medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, por medio de la Sección 4ª de este Capítulo IV, artículos 291 y 294 se abordó su extinción, quedando la misma extinguida por medio de la muerte o declaración de fallecimiento de la persona sobre la que se ejerce, o bien, que dicha medida ya no sea necesaria como consecuencia de sobrevenir nuevas circunstancias. A su vez, en este apartado, quedó

regulada la rendición de cuentas, la cual prescribe a los cinco años, así como lo relativo a los gastos necesarios a cargo del patrimonio de la persona a la que se presta el apoyo. Por último, por medio del artículo 294 se establecía la responsabilidad en la que incurre el curador, ya sea por su culpa o negligencia, acción que prescribe a los tres años.

Para terminar con las medidas de apoyo que venimos señalando hasta ahora, nos queda referirnos a la última y tercera de ellas, esto es, la representada por el defensor judicial, medida que se reguló en el Capítulo V, del Título XI del Libro I, artículos 295 al 298. Lo primero de todo, es mencionar la naturaleza jurídica del defensor judicial, la cual se puede resumir en la afirmación de que éste solo y únicamente actuará en los casos en que la necesidad quede manifiesta y sea nombrado por un Juez.

El artículo 295 recogía los casos en que esta necesidad se hace patente, bien por la ausencia del curador por impedimento o excusa de este para el ejercicio de su cargo, o como consecuencia de que la autoridad judicial lo considere necesario, o bien, por la existencia de un conflicto de intereses. Un ejemplo muy común de este último supuesto, lo podemos encontrar a la hora de la aceptación de una o varias herencia por parte de la persona con discapacidad, como consecuencia del fallecimiento de su padre o madre, o de ambos causantes a la vez. En estos casos, es muy normal que uno de sus hermanos sea su curador, o como ocurría en la mayoría de éstos supuestos, su tutor legal. Es aquí cuando se puede producir, y dependiendo del tipo de sucesión ante la que nos encontremos, testada o sucesión legal denominada también intestada, la concurrencia de un conflicto de intereses, especialmente a la hora de aceptar dicha herencia o herencias. En consecuencia, en este ejemplo al que estamos aludiendo podrá ser nombrada la figura de un defensor judicial por el conflicto de intereses que pudiere producirse entre el hermano curador y el hermano sobre el que se presta el apoyo.

Asimismo, se establecía que cuando la causa de imposibilidad no afecte a todas las personas que hubieran sido nombradas para prestar el apoyo, no será preciso el nombramiento de un defensor judicial, salvo que ninguna pueda realizarlo o que la autoridad judicial lo considere necesario, pero ello con la debida motivación.

Por último cabe señalar, que en cuanto a las causas de inhabilitación, excusa y remoción del defensor judicial, son aplicables las que hemos analizado con anterioridad y en relación con el curador, por lo que nos remitimos a ellas.

Después de una exposición de la estructura formal que se contemplaba en el Anteproyecto de Ley, así como de las reseña de los principios y características de las novedades que en el mismo se recogían en cuanto a la materia que nos ocupa, esto es, el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, especialmente por el establecimiento de las medidas de apoyo necesaria para que ese ejercicio pueda ser realizado en condiciones de igualdad, vamos a analizar si todo ello ha satisfecho las exigencias y demandas que hasta este momento se venían reclamando por parte de diversos sectores, no solo de índole jurídico, sino de orden social, como por ejemplo las diferentes organizaciones y movimientos que representan y defienden los intereses de las personas con discapacidad.

De la lectura de la exposición de motivos del Proyecto, se puede extraer la conclusión de cómo el legislador parece posicionarse a favor de los postulados de las posiciones que aprecian que la normativa que regulaba el ámbito de la discapacidad,

especialmente en lo que concierne a las medidas de apoyo aplicables a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, no estaba adaptada a los presupuestos que promulga la Convención, y ello de acuerdo con lo que establece el artículo 12, así como de la interpretación que del mismo realiza la Observación General Nº 1 del Comité de Expertos de las Naciones Unidas de 2014.

Como consecuencia de ello, el sistema de protección de la persona con discapacidad sufre un giro radical, y se pasa ahora a un sistema donde el término apoyo adquiere una relevancia primordial. Este sistema, que como hemos señalado anteriormente, queda fundamentado en la dignidad de la persona, en sus deseos, sus preferencias, así como en la libre manifestación de su voluntad, utiliza el concepto apoyo para llevarlo a cabo y desarrollarlo. Un apoyo, que está configurado de forma amplia, y por tanto, podrá aglutinar diferentes tipos de apoyos, como son los que se refieren a un simple acompañamiento de carácter amistoso, o por el contrario, a determinados apoyos de carácter más intenso como consecuencia de la dificultad que tenga la persona para manifestar su voluntad.

Además, queda claramente establecido en el Anteproyecto, que dentro del sistema de apoyo, la representación de la persona queda relegada a un último plano o ámbito de aplicación, y cuyos casos más representativos serán aquellos supuestos donde la persona con discapacidad, como consecuencia de las diversas afectaciones que le haya producido su enfermedad, necesite la prestación de lo que podríamos denominar grandes apoyos o apoyos intensos en el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, en este sentido, el Anteproyecto establecía que en estos casos no se produce una sustitución de la voluntad como hasta ahora se venía produciendo en la aplicación práctica de la institución legal de la tutela, sino que en función de la voluntad manifestada con anterioridad por parte de la persona con discapacidad mediante los medios legales y que se contemplan en dicho Anteproyecto, o bien ante la ausencia de esa manifestación, y basándose primordialmente en sus deseos, preferencias y creencias conocidas, se conforme la voluntad de la persona con discapacidad y de acuerdo a ella, aplicar las medidas de apoyo necesarias más acorde y en consonancia con la voluntad presunta de la misma. Es por ello que debemos destacar la necesidad y el esfuerzo por parte de las personas que ejerzan esos apoyos para la búsqueda de esa voluntad presunta de la persona.

En cuanto a la modificación que se llevaba a cabo en relación con el Código Civil, una de las más extensa y mayor calado, no queda configurada la misma como una modificación meramente terminológica, que también lo es, sino que desde la base del principio de autonomía y el respecto de la voluntad de la persona, se configura la construcción de un sistema de apoyo de espectro amplio y general, que contempla un variado elenco de situaciones y actuaciones, cuyo actor principal será la persona con discapacidad, conllevando la prestación de los apoyos necesarios, no solo dentro del ámbito patrimonial de la persona, sino también personal. Como hemos apuntado con anterioridad, la dignidad de la persona, el respecto a los derechos fundamentales y el desarrollo de la autonomía de la voluntad, conforman los pilares sobre los que asentar esta reforma. La modificación que propone este Anteproyecto, supone un cambio de paradigma en el modelo instaurado dentro de la discapacidad, y para ello se pasa de un modelo médico-rehabilitador y paternalista a un modelo social de la discapacidad,

fundamento este defendido por algunos sectores doctrinales a los que nos hemos referido en epígrafes anteriores.

Asimismo, por medio de esta reforma quedaban separados los ámbitos referentes a la minoría de edad y mayoría de edad, para evitar con ello la aplicación de figuras propias de cada esfera en la otra, circunstancia ésta que no era la idónea y si se estaba produciendo, como por ejemplo, la aplicación de la patria potestad rehabilitada o prorrogada a personas mayores, o bien la aplicación del superior interés de la persona con discapacidad. Estos ejemplos a los que nos acabamos de referir, encuentran su fundamento y raíz propia en el ámbito de la minoría de edad.

Se pone de relieve asimismo en el Anteproyecto, la omisión de la tradicional distinción mantenida en nuestro Derecho referente a las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar, circunstancia ésta influenciada por la interpretación que realizó el Comité de Expertos de las Naciones Unidas del artículo 12 de la Convención por medio de la Observación General Nº 1 de 2014, construyéndose una terminología nueva consistente en "el ejercicio de la capacidad jurídica", fórmula que engloba tanto la titularidad de derechos y obligaciones como la facultad o capacidad para ejercitarlos.

En este sentido, y como primer aspecto relevante, queremos destacar dentro del punto I de la exposición de motivos del Anteproyecto, la remisión que expresamente se realiza a esta Observación General Nº 1 de Naciones Unidas del año 2014 elaborada por el Comité de los derechos de las personas con discapacidad, la cual ya hemos tenido ocasión de analizar, en el sentido de dejar configurada la capacidad jurídica de la persona como aquella que engloba tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos, esto es, sin diferenciar entre la clásica distinción de las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar recogidas por nuestra doctrina civilista. Lo expuesto, nos puede llevar a la conclusión de que esta reforma parece haberse decantado por la interpretación que en este ámbito realiza la Observación General Nº 1 de Naciones Unidas del contenido del artículo 12 de la Convención, suprimiendo las citadas capacidad jurídica y de obrar, y refiriéndose a ellas como una sola capacidad que engloba la titularidad de derechos y el ejercicio de los mismos.

Autoras como GARCÍA RUBIO[311], se refieren a esta falta de distinción entre las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar dentro del Anteproyecto, porque el mismo, al partir del pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas, no concibe la limitación, restricción o acotamiento de ningún tipo en esta capacidad jurídica, y por ello, resultaría igualmente hablar en sentido terminológico y dentro de la esfera procesal, de procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. PEREÑA VICENTE[312], mantiene que aunque parezca que en la exposición de motivos del mismo queda recogida la idea en atención a lo regulado en la Observación General Nº 1 de Naciones Unidas de que la capacidad jurídica engloba tanto la titularidad de los derechos

[311] GARCÍA RUBIO. M.ª P., "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio" en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pág. 31.
[312] PEREÑA VICENTE, M., "La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley" en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, págs. 69-70.

como la legitimación para su ejercicio, no resulta de su articulado que dicha distinción entre titularidad y ejercicio de la capacidad, o en terminología propia de nuestro Derecho las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar, sean lo mismo o deban confundirse.

Ya tuvimos ocasión cuando analizamos el debate sobre la interpretación que esta Observación realiza de este artículo, de las distintas argumentación que se habrían producido en este sentido, y dentro de las cuales, había un grupo de autores que basándose en la interpretación que hace la citada observación del artículo 12, afirmaban que el concepto de capacidad de obrar desaparecía y quedaba aglutinada bajo un único concepto de ejercicio de capacidad jurídica, extremo este que no compartíamos por las argumentaciones que ya dejamos expuestas, pero sin perjuicio de volver a reseñar que no se produce dicha eliminación o supresión entre ambas, y ello por la razón de ser que tienen los apartados tercero y cuarto del mismo, donde se manifiesta el ejercicio de la capacidad jurídica y los apoyos necesarios para poder ejercitarlo.

Es por ello, que esta autora, como una de las principales defensoras de esta corriente de pensamiento señala que la capacidad de obrar tal y como la conocemos en nuestro Derecho tiene su equivalencia en el ejercicio de la capacidad jurídica, y que ello no supone negar el principio de autonomía de la voluntad de la persona, en cuanto al respeto de los deseos y preferencias de la misma a la hora de establecer los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, observa la autora que las "medidas pertinentes" que exige y a que se refiere este artículo 12, se recogen y se concretan dentro del Anteproyecto, bajo las instituciones de apoyo de la guarda de hecho, curatela y defensor judicial, las cuales no se refieren al reconocimiento de la capacidad jurídica propiamente dicha o titularidad de derechos, sino como instituciones que serán las encargadas de proporcionar los apoyos necesarios para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica, apoyos que en determinados casos pueden ser intensos y conllevar la sustitución en la toma de decisiones, como ocurre en el supuesto de la curatela representativa, figura que este texto relega en su aplicación, considerándolo como último recurso para cuando no pueda ser ejercida dicha capacidad jurídica con otros apoyos menos intensos, ya que si no se admitiese, se produciría una falta de protección de la persona y violación de sus más fundamentales derechos al no permitirle ejercer su capacidad jurídica.

Que el Anteproyecto no distinga capacidad jurídica y su ejercicio no es contrario al pleno respeto de la voluntad de la persona que el mismo consagra como verdadero eje central de todo el sistema de apoyos. Manifestación de ese respeto de la voluntad de la persona es la previsión de que las medidas de autorregulación sean prioritarias.

En relación con este precepto, MAGARIÑOS BLANCO[313], crítica la redacción del mismo al no describirse claramente las causas que dan lugar a la necesidad de apoyo, lo que plantea la problemática a la hora de diferenciar las distintas situaciones en las que se pueda encontrar una persona con discapacidad según la causa e intensidad de la misma. Según el citado autor este precepto puede dar la confusión de incluir solo o principalmente la discapacidad psíquica al referirse de modo exclusivo a personas que requieran medidas

[313] MAGARIÑOS BLANCO, V. "Comentarios al Anteproyecto de Ley para la Reforma del Código Civil sobre Discapacidad", en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pág. 202.

de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, y para ello considera, al igual que en otros ordenamientos la inclusión en el primer párrafo de dicho artículo, concretamente después de personas emancipadas, de la expresión "a causa de una alteración intelectual, mental, sensorial o física". Sin embargo, y como venimos observando en el estudio de esta materia, opinamos, y sobre el fundamento de generalidad y amplitud que del término discapacidad hace la Convención, que el legislador es reacio a establecer cualquier tipo de sistema taxativo o limitado por un elenco prestablecido de enfermedades, prestación de apoyos y demás aspectos, abriendo de este modo su concepción y permitir de esta manera englobar todas las situaciones que pudieran plantearse.

Llama la atención la delimitación del ámbito de aplicación de estas medidas, cuando dentro del citado artículo hace referencia en exclusiva a las personas mayores de edad o emancipadas, así como la preferencia de lo voluntario a la regulación externa, es decir, el texto conmina a la persona, ante una futura necesidad de apoyos por causa de una discapacidad, a que deje establecido en qué forma y de qué manera le sean prestados esos apoyos, situación que dentro de la esfera del Derecho de sucesiones, podríamos asemejar al otorgamiento de una disposición de última voluntad o testamento, esto es, la manera en que quiero que mis herederos se repartan mis bienes, derechos u obligaciones cuando fallezca la persona, facilitando de este modo la labor a los herederos y evitando múltiples procedimientos judiciales, aunque siempre hay quien no está de acuerdo y recurre a la vía judicial para la defensa de sus derechos hereditarios. En consecuencia, la ausencia del establecimiento de estas medidas de apoyo en el plano de la discapacidad, así como la ausencia de testamento dentro de la esfera del Derecho de sucesiones, conllevará en ambos casos a la regulación legal, bien por medio de un procedimiento judicial de establecimiento del sistema de apoyos en el primero de los casos, o bien mediante la declaración de herederos *ab intestato* en cuanto al segundo.

En relación con estas medidas preventivas, quedó patente dentro del Anteproyecto, la preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación. Señalar no obstante, que solamente cuanto dentro de estos poderes o mandatos preventivos no quede regulada por medio de la manifestación de voluntad la prestación del apoyo o apoyos necesarios para la realización de un determinado acto o de varios actos, ya sean de carácter personal o con transcendencia jurídica, será cuando debamos recurrir a la heterorregulación, y ello con la obligación de deducir o averiguar lo que realmente habría querido la persona, de acuerdo con sus creencias, ideologías, entorno familiar, social, o cualquier indicio que nos indique lo que esa persona en posesión plena de su capacidad hubiera querido para ella. Es complicado que dentro de estos poderes y mandatos preventivos quede recogida la voluntad de la persona en relación con todos los actos y situaciones en los que puede intervenir a lo largo de su proyecto vital, puesto que los mismos son muy numerosos y variados, y a veces se plantean situaciones que ni siquiera hemos tenido cuenta.

En consecuencia, cuantos más extenso, detallados y completos sean estos poderes o mandatos preventivos, más seguridad podremos tener en que nuestra voluntad sea conocida y aplicada a los apoyos que necesitamos en situaciones futuras y donde nuestra voluntad se encuentra ya afectada a causa de una determinada enfermedad mental o circunstancia sobrevenida. En este sentido, lo que si deberá quedar perfectamente

establecido de forma clara dentro de este tipo de medidas preventivas, ya sea bajo la forma de un poder ordinario o de los mandatos sin poder según recoge el artículo 260 del Anteproyecto, posteriormente artículo 262 del Proyecto, es el momento cuando empezará a desplegar los efectos el poder en la prestación de los apoyos.

Conviene señalar, que en relación con el ejercicio del apoyo previsto en la medida preventiva, GARCÍA RUBIO[314], destaca la regulación que hace el último párrafo del artículo 248 del Anteproyecto, artículo 249 del Proyecto de Ley, en atención al respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que necesita el apoyo, considerando dicha norma como esencial de este nuevo sistema, donde el *"leit-motiv"* de las personas que prestan el apoyo es la de centrarse y dar cumplimiento a estas manifestaciones de la persona, dejando a un lado lo que llamaríamos la búsqueda del mejor interés de la persona con discapacidad. Respeto, que en los supuestos de apoyos más intensos, como por ejemplo el supuesto contemplado en el artículo 280 del Anteproyecto, artículo 282 del Proyecto de Ley, y referido a cuando el curador ostenta funciones representativas, también está presente en el ejercicio de la curatela en cuestión, puesto que en dicho ejercicio deben ser tenidos en cuenta la trayectoria personal, valores y creencias de las personas a las que se les preste el apoyo. A su vez, esta autora señala dos aspectos a tener en cuenta con el ejercicio de apoyo previsto en la medida que realiza el Anteproyecto; por un lado, lo relativo a las facultades de delegación por parte del encargado de prestar apoyo en este tipo de negocios preventivos, representación que será personal y no delegable en cuanto aquellas que tengan por objeto la protección de la persona; y por otro lado, se advierte de la ausencia dentro del Anteproyecto de los posibles conflictos de intereses que puedan surgir entre el autor de la medida y el prestador del apoyo. Deberemos valorar si para solventarlos se deben aplicar las soluciones que existen en materia de autocontratación, o si será más conveniente la intervención de un defensor judicial.

Como hemos señalado, este texto configura dentro de las medidas de apoyo para prestar los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, las figuras de la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial como las instituciones de apoyo por excelencia, ante lo cual, echamos en falta la regulación de una institución como es la figura de la asistencia, institución que sí es recogida dentro del Derecho foral catalán, y que asimismo fue objeto de una detallada regulación en la propuesta que llevó a cabo la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ante la ausencia de esta institución, autores como MAGARIÑOS BLANCO[315], señalan que el empleo de la misma, o como hace el Código Civil italiano cuando emplea la frase "administración de apoyo", evitaría recurrir al procedimiento judicial de la curatela, puesto que por muy graduable y revisable que se pretende ser esta institución, conllevará la rigidez propia del proceso judicial así como la problemática en la interpretación de las medidas, y ello, como consecuencia de no tener estructurado al igual que hace el Código Civil las distintas clases de curatela.

---

[314] GARCÍA RUBIO. M.ª P., "Las medidas de apoyo de carácter voluntario,…", op.cit. págs. 52-54.

[315] MAGARIÑOS BLANCO, V. "Comentarios al Anteproyecto de Ley para la Reforma del Código Civil…", op.cit. pág. 203.

Es por ello, que este autor, para evitar las consecuencias expuestas, alude a una asistencia institucional basada en acoger la voluntad de decidir y elegir la ayuda de un asistente por la persona que lo necesita y siempre y cuando se encuentre con capacidad para hacerlo en ese momento, pero ello bajo el ámbito de un proceso desarrollado dentro de la jurisdicción voluntaria y en su caso, de control judicial.

Conviene señalar en atención a estas instituciones de apoyo y protección de la persona con discapacidad, y como medios de poder llevar a cabo el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, ejercicio que asimismo fue reconocido expresamente para la guarda de hecho en el segundo párrafo del artículo 249[316] del Anteproyecto, párrafo tercero del artículo 250 del Proyecto de Ley, el desarrollo que se ha hecho en cuanto a la citada guarda de hecho[317], la cual, en el contexto normativo anterior que la regulaba no dejaba de estar configurada como una institución transitoria o en terminología actual de apoyos puntuales y ante la inexistencia de ninguna medida de protección, y cuyo nacimiento en la mayoría de los casos era desconocido por el Derecho, teniendo su fundamento en una relación de familiaridad, amistad o confianza con la persona que desempeña esa guarda de hecho. Esta figura, tenía su contacto con la esfera judicial en el momento de la necesidad de realización de actos de representación por parte del guardador, momento que proporcionaba el conocimiento de la existencia del misma, y hacía que el Juez examinase y evaluase que la misma se estaba ejerciendo correctamente, adoptando en consecuencia las medidas de control y supervisión que fueran necesarias, lo que conllevaba en la mayoría de los casos la aplicación de las tradicionales figuras legales de protección de la persona.

Ahora, la guarda de hecho, y sobre la que opinamos ha sido una de las instituciones beneficiadas en cuanto a su desarrollo y aplicabilidad por la reforma que llevó a cabo el Anteproyecto, quedó configurada como institución de apoyo propiamente dicha, y ello ante la eventual inexistencia de medidas previas eficaces como puedan ser los poderes preventivos, mandatos o autocuratela, pues en el caso de existir estas medidas previas como es lógico operarían como apoyos que han sido designados por la persona con discapacidad en su momento y por tanto con preferencia sobre aquella. La guarda de hecho, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 261 del Anteproyecto, artículo 263 del Proyecto de Ley, será uno de los primeros instrumentos

[316] El párrafo segundo del artículo 249 del Anteproyecto, hoy párrafo tercero del artículo 250 del Proyecto de Ley, establece que el *"Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente"*.

[317] El Anteproyecto hoy Proyecto de Ley regula la guarda de hecho bajo dos perspectivas, la aplicada al ámbito de la minoría de edad y la referente a las personas mayores. Aunque el primero de los ámbitos aludidos se salga de la materia de estudio, conviene señalar someramente que la guarda de hecha en aplicación a los menores de edad queda regulada en el Capítulo III del Título IX, artículos 236 y 237, artículos 237 y 238 del Proyecto de Ley. Quizás dentro de la reforma en este sentido se podría haber ido mucho más allá, pues poca variación se observa en relación con el artículo 303 del Código Civil, siendo uno de los aspectos más relevantes la posibilidad del guardador de mantener las atribuciones tutelares y sin que ello implica modificación alguna de la patria potestad. Dentro del ámbito de la Minoría de edad, se debe partir de la prevalencia de la patria potestad, sin embargo, habrá ocasiones en que por las circunstancias sea conveniente que otro familiar o una persona cercana al menor ejerce estas funciones, y ello sobre la base del conocido superior interés del menor. En cuanto al segundo de los ámbitos o esferas citados, esto es, la guarda de hecho aplicada a la mayoría de edad, la misma se encuentra regulada en el Capítulo III del Título XI, artículos 261 al 265 del Anteproyecto, y artículos 263 al 267 del Proyecto.

en la prestación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona ante la ausencia de cualquier medida, ya sean voluntarias o judiciales, o incluso en el supuesto de que existiendo cualquiera de estas medidas no alcanzasen el acto en cuestión, o no fueran eficaces, o no se protegiese de forma suficiente a la persona, y ello sin perjuicio de la pertinente autorización judicial para los casos en los que el guardador de hecho lo necesite.

Sin embargo, uno de los principales peligros que puede afectar a la guarda de hecho como institución de apoyo que se encumbra dentro de este Anteproyecto, viene representado por la falta de control judicial sobre la misma, y por ende, por las situaciones de abuso que pudieran producirse entre el guardado y la persona que presta el apoyo. En este sentido PEREÑA VICENTE[318], nos advierte del peligro de que no existan las debidas salvaguardas y controles para evitar abusos o debidas influencias en la aplicación de esta institución para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, especialmente de las que puedan estar afectadas por una enfermedad neurodegenerativa, pues no debemos olvidar que esta institución mantiene intacta nuestra capacidad de dicho ejercicio de la capacidad jurídica. Sin estas salvaguardas o medidas de control del guardador de hecho, o en resumen de un régimen jurídico adecuado y conveniente, no se llegará a la debida correcta aplicación y desarrollo de esta figura como institución de apoyo recogida en el Anteproyecto.

También en esta línea de pensamiento, fundamentada en la necesidad de un régimen jurídico, que incluya un control y supervisión de esta institución, se refieren autores como MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ[319]. Este autor, partiendo de la diferencia que existe entre el guardador de hecho, el cual carece de título legal, y la guarda de derecho o guardador legal, advierte que convertir la figura de la guarda de hecho como eje central de un sistema de protección a la persona con discapacidad psíquica, donde no conste previamente evaluada la capacidad natural del guardado ni control judicial del nombramiento del guardado de hecho, supondría: por un lado, introducir legalmente, pero sin las debidas garantías, un factor de heteronomía que limita las posibilidades de actuación de la persona con discapacidad psíquica, pues es habitual señalar que las limitaciones a la capacidad provienen tanto de la restricción de la autonomía así como de la habilitación de otras personas que actúen eficazmente en su nombre (factor de heteronomía); y por otro lado, la falta del control judicial, y por tanto de controles y salvaguardas de ningún tipo en cuanto a este nombramiento, y de la capacidad natural de lo querido y deseado por la persona con discapacidad, lo que podría ser contrario y entrar en conflicto por las previsiones que recoge el apartado cuarto del artículo 12 de la Convención.

Un ejemplo de estos abusos y vulneración de derechos lo pone de relieve PARRA LUCÁN[320] en relación con el artículo 303 del vigente Código Civil, cuando se requiere

[318] PEREÑA VICENTE, M., "La transformación de la guarda de hecho…", op.cit. págs. 70-71.
[319] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica:…*, op.cit., págs. 129-130.
[320] PARRA LUCAN, M.ª A., *La guarda de hecho de las personas con discapacidad,* en la obra colectiva en la obra colectiva "Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas", DE SALAS MURILLO (coord.), Colección Monografías de Derecho Civil, I. Persona y Familia, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pág. 257.

al guardador de que informe de la situación personal y patrimonial del guardado para establecer las debidas medidas de control y vigilancia que se estimen oportunas. El acceso de esta información fuera de lo que es propiamente la autorización judicial, podría conllevar una vulneración de derechos y originar una intromisión ilegítima del guardador de hecho en un ámbito del que carece de legitimación y que contiene datos sensibles, como por ejemplo, datos médicos, datos bancarios, patrimoniales, etc.

En cuanto a la concurrencia y problemas de aplicabilidad de la institución de la guarda de hecho con otras instituciones que el Anteproyecto también ha dejado configurado como institución de apoyo, esto es, la del defensor judicial[321], LECIREÑA IBARRA[322], señala que la primera ya viene ejerciéndose en el tiempo de una forma estable y con carácter de permanencia, mientras que la segunda surge ante la necesidad de un apoyo ocasional naciendo *"ex novo"*, y lógicamente ante la situación de no estar establecida ninguna medida de apoyo con carácter previo. La problemática en la aplicación de ambas instituciones, lo podríamos encontrar en que ante la ausencia de cualquier medida de apoyo previamente establecida, ya sea voluntaria o judicial, se debiera prestar un determinado apoyo concreto u ocasional.

En estos supuestos, la autora, considera que si estuviera nombrado el guardador de hecho, en estos supuestos estarían cubiertos los apoyos por él a excepción de los casos en que requiere la correspondiente autoridad judicial, y en caso de que no hubiera guardador de hecho, sería la figura del defensor judicial la medida de apoyo más proporcionada y suficiente para la realización del acto. Únicamente, podría ser considerado el nombramiento de un defensor judicial aun habiendo ya un guardador de hecho con carácter previo, si se desprende que de la propia voluntad del guardado de hecho así lo ha manifestado para ese acto en concreto, o bien, como consecuencia de la complejidad del acto o del posible conflicto de intereses que pudiera surgir entre el guardo y el guardador, el juez apreciase la necesidad del nombramiento de un defensor judicial, siendo en nuestra opinión, este conflicto de intereses la naturaleza jurídica y propia de esta institución de defensor judicial.

Por último, y para ir concluyendo el tratamiento que realizó el Anteproyecto en relación con los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica, ejercicio que como recoge el texto, es atribuido a las instituciones de apoyo que en el mismo se consagran, esto es, la guarda de hecho como uno de los núcleos esenciales de este sistema de protección y al que nos acabamos de referir, o la institución de defensor judicial para determinados supuestos concretos, y por último, la institución de la curatela, esta última como figura recomendada por la Convención. El presente trabajo como venimos advirtiendo, no es un estudio pormenorizado y detallado de la estructura formal,

[321] La regulación de la institución de apoyo del defensor judicial se lleva a cabo en el Capítulo V del Título XI del Anteproyecto, en sus artículos 293 al 296, artículos 295 a 298 del Proyecto de Ley, artículos que regulan el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad mediante dicha institución. Dos aspectos predominan dentro de esta institución; por un lado la utilización de forma ocasional de dicha institución en la prestación de apoyos; y por otro lado, de conformidad a su naturaleza jurídica propia, las situaciones en las que se produzca un conflicto de intereses.

[322] LECIREÑA IBARRA, A., *La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad*, en la obra colectiva "Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad", DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (dirs), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 317-318.

contenido, funciones, cargos por los cuales se ejerce la representación de las instituciones de apoyo que constaban en el citado Anteproyecto, sino en qué medida afectan las mismas en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Dentro del Anteproyecto, concretamente dentro del primero párrafo del artículo 249, y recogido como artículo 250 en el Proyecto, se configuró la curatela como la segunda institución de apoyo, quedando la misma regulada concretamente en el Capítulo IV del Título XI. La curatela, fue reintroducida dentro del Código Civil[323] por la Ley de 1983, y ello mediante una regulación muy escasa, puesto que tan solo nueve preceptos distribuidos en dos secciones es toda la regulación actual que el Código hace de dicha institución.

Es evidente, la evolución y desarrollo de la curatela que ha realizado el Anteproyecto a diferencia de la que se venía regulando en el Código Civil, puesto que en este último la curatela tiene un marcado carácter patrimonial, carácter que como señala LEGERÉN MOLINA[324], constituye de entrada una clara diferencia con la tutela, la cual si puede ser aplicada tanto en la esfera personal como patrimonial. Prueba de este cariz patrimonial lo encontramos en los actos en que el curador debe asistir al menor emancipado, aunque señala el citado autor que esta distinción ha venido perdiendo consistencia, como consecuencia de empezar aplicarse esta institución en la dimensión personal del sujeto, especialmente en los supuestos de personas con su capacidad judicial modificada, y observa en el carácter asistencial de esta institución como el elemento que hace se adapte mejor a los principios de la Convención. Este carácter asistencial en la prestación de los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, ha sido uno de los elementos determinantes a la hora de la elección de esta figura como institución de apoyo en el Anteproyecto.

Asimismo, este autor reconoce que ante la ausencia de la figura de la asistencia dentro de nuestra normativa legal, la curatela es la institución de las actualmente existentes, que mejor cumple con uno de los principios que recoge la Convención, esto es, proteger sin incapacitar, y que la misma se constituye dentro de un marco de flexibilidad y aplicabilidad de supuestos en atención de las concretas y personales circunstancias que presente la persona con discapacidad. Es en virtud de lo expuesto, así como de los diversos pronunciamientos emitidos por parte de la jurisprudencia, especialmente a partir de la sentencia 282/2009, y de la experiencia del Derecho comparado, como por ejemplo, la regulación que vienen realizando diferentes ordenamientos jurídicos europeos como el suizo, los motivos sobre los que se pueda afirmar que la curatela es la institución idónea y que mejor se adapta y permite respetar los principios de la Convención.

---

[323] El Código Civil regula la curatela en el Capítulo III del Título X del Libro I, mediante dos Secciones, una relativa a las "Disposiciones generales" y otra más específica en los supuestos de prodigalidad, supuestos que deben ser complementados por los artículos 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[324] LEGERÉN MOLINA, A., *La tutela y la curatela como mecanismo de protección de la discapacidad,* en la obra colectiva "Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas", ROVIRA SUEIRO, M. E. y LEGERÉN MOLINA, A, Ed. Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2016, pág. 210.

La curatela, como institución de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica que consagraba el Anteproyecto, quedó configurada como un apoyo continuado en el tiempo, y ello de acuerdo con lo regulado en el párrafo tercero de su artículo 249, apartado cuarto del artículo 250 del Proyecto. En este texto, se atribuyeron a la curatela una serie de atributos, como por ejemplo el de "subsidiariedad" y que se recogían en el párrafo primero del artículo 267[325] del Anteproyecto, artículo 269 del Proyecto de Ley, y ello porque solo entraría en juego en defecto o a falta de medidas preventivas (mandatos o poderes preventivos o bien, la autocuratela), su carácter "asistencial" y continuado en el tiempo aunque con revisiones periódicas, y el de "flexibilidad". Dichos atributos conforman a su vez los principios inspiradores de esta institución de apoyos, principios que como señalan autores como MUNAR BERNAT[326], se concretan en los siguientes; en primer lugar, el principio de necesidad[327], esto es, que la persona precise el apoyo de forma continuada; en segundo lugar, el principio de temporalidad[328], lo que exige una revisión de la medida en un plazo de tres años; en tercer lugar, el principio de proporcionalidad[329], y como el nombre indica, a la situación y circunstancias de la persona; y por último lugar, un cuarto principio relativo a la personalización de la medida[330], y ello en atención a la voluntad, deseos y preferencias de las persona sobre la que se preste el apoyo.

Asimismo, y como principio matriz y general que también debe estar presente en el ámbito de aplicación de la curatela como mejor institución de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona de forma prolongada en el tiempo, es el principio del superior interés de la persona con discapacidad, principio que es recogido por autoras, como DE LA IGLESIA MONJE[331] y SILLERO CROVETTO[332]. La primera de las citadas autoras, señalan que la curatela interpretada bajo los principios de la Convención, queda configurada como un modelo de apoyo y de asistencia que aun manteniendo la personalidad, requiere un complemento de capacidad para proteger dicha personalidad, lo cual debe realizarse bajo este principio del interés superior de la persona en la toma de decisiones, a fin de proteger su personalidad y ello en igualdad de condiciones que el

[325] Este párrafo primero del artículo 267 del Anteproyecto, o primer apartado del artículo 269 del Proyecto, se establece que *"La autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad"*.

[326] MUNAR BERNAT, P.A., "La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, págs. 132-133.

[327] Recogido en el segundo párrafo del artículo 249 del Anteproyecto, segundo párrafo del artículo 250 del Anteproyecto.

[328] Recogido en el artículo 266 del Anteproyecto, artículo 268 del Proyecto de Ley.

[329] Recogido en los artículos 266, artículo 268 del Proyecto, el citado párrafo segundo del artículo 249, segundo párrafo del artículo 250 del Proyecto, así como en el artículo 267 del Anteproyecto, artículo 269 del Proyecto.

[330] Recogido en párrafo tercero del artículo 248, párrafo segundo del artículo 249 del Proyecto de Ley, párrafo 1º del artículo 268, párrafo 1º del artículo 270 del Proyecto de Ley, párrafo 2º y 4ª del artículo 280, párrafos 2º y 4º del artículo 282 del Proyecto de Ley, y el artículo 281 del Anteproyecto, artículo 283 del Proyecto.

[331] DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I., "La curatela y el discapacitado desde el prisma del <<Principio del superior interés de la persona con discapacidad>>" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año LXXXIX, Septiembre-Octubre 2013, núm. 739, pág. 4.126.

[332] SILLERO CROVETTO, B., "¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York?. Posicionamiento jurisprudencial, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCI, Enero-Febrero 2015, núm. 747, pág. 405.

resto de personas, lo que le permite en consecuencia el ejercicio de la capacidad de obrar o el ejercicio de la capacidad jurídica en terminología propia de la Convención, en las situaciones que se planteen. La segunda de las mencionadas autoras, aluden a este principio en unión de la promoción de la progresiva autonomía personal de la persona, como principios inspiradores en materia de protección de la discapacidad.

En este último sentido de promoción de la progresiva autonomía de la persona como una de las exigencias de la Convención, es conveniente señalar dentro de esta institución de apoyo de la curatela, al curador y las funciones que le son inherentes en el desempeño de la prestación del apoyo, puesto como recogió el artículo 280 del Anteproyecto, artículo 282 del Proyecto de Ley, entre dichas funciones estarán, la de procurar a la persona con discapacidad el poder desarrollar su propio proceso en la toma de decisiones, teniendo en cuenta cuando se actué con facultades representativas la trayectoria vital, valores y creencias de la persona a la que preste el apoyo, tratando de determinar la decisión que esta persona hubiera tomado en esa circunstancia. Del mismo modo, la de fomentar las actitudes de la persona a la que preste el apoyo, de modo que esta pueda ejercer su capacidad jurídica cada vez con menos apoyos en el futuro.

Estos principios a los que nos acabamos de referir en relación con esta institución de apoyo, fueron desarrollándose a falta de una regulación legal dentro del ámbito jurisprudencial en diversos pronunciamientos judiciales. Ejemplo de estos pronunciamientos, podemos señalar varios, si bien podemos marcar como punto de origen o de inflexión en cuanto a la concepción e interpretación que de la misma realizó la sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, en la cual, se revistió a la curatela de un amplio grado de flexibilidad, aplicabilidad y respeto a los principios que se recogían en la Convención, ejemplo representado en palabras propias de dicha sentencia que señalaban lo siguiente: "*[…] De un lado porque ofrece al Juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones."*.

Dentro de este ámbito jurisprudencial, especialmente a raíz de la citada sentencia 282/2009, y como consecuencia de la adaptación de los principios de la Convención a nuestro ordenamiento, ha generado un debate o tensión entre las instituciones de tutela y curatela, o como señala la profesora DE SALAS MURILLO[333], entre el binomio incapacitación total/tutela e incapacitación parcial/curatela, supuestos que han tenido su aplicación dentro del ámbito jurisprudencial, especialmente en tres sentencias del Tribunal Supremo ya analizadas con anterioridad, esto es, en la sentencia del Tribunal Supremo 504/2012, en la sentencia 617/2012, y la Sentencia 421/2013. En la primera de las citadas sentencias, se recoge lo que se venía reconociendo dentro del ámbito jurisprudencial de las audiencias provinciales en cuanto a que el que el carácter parcial de la tutela significa que sólo es tutela patrimonial, y ello supeditado por la importancia o cuantía del patrimonio a proteger, planteamiento que cambia en la segunda de las sentencias reseñadas, la cual establece la curatela como mejor medida de protección y más adaptada a la Convención, pero en aplicación a un patrimonio mucho más modesto,

[333] DE SALAS MURILLO, S., "Repensar la…", op.cit., págs. 23-24.

y además señala esta institución como las más aconsejable e idónea para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona que posean enfermedades mentales. Y en relación con las últimas de las sentencias aludidas, se sigue con esta línea de reinterpretación de la curatela como figura de aplicación ante enfermedades mentales de la persona y como modelo clásico de protección en la esfera patrimonial.

En cuanto a este sentido de interpretación de la curatela que se realiza en la última de las sentencias reseñadas, ha sido criticada por autores como PALLARÉS NEILA[334], el cual señala que, a su juicio, se consigue una instrumentalización de la curatela, y ello como consecuencia del empleo y utilización de esta institución a situaciones que se encontraban amparadas por la aplicación de la tutela, y ello sobre el argumento de que una vez que ha sido declarada la incapacitación de la persona con discapacidad se amplía la pérdida de su autogobierno a ámbitos como son los aspectos personales, sanitarios y de carácter patrimonial, lo que conlleva la aplicación de una tutela encubierta bajo una apariencia irreal, que en sus estrictos términos habrá sido imposible ejercer por la entidad curadora.

Otro ejemplo jurisprudencial que podemos traer aquí a colación es la sentencia del Tribunal Supremo 341/2014, y que también ha sido objeto de análisis en otro apartado del presente trabajo. Conviene recordar que esta sentencia ahondaba en el estudio de la curatela y la tutela, así como la mejor conveniencia de una y otra en cuanto a su aplicabilidad en el caso concreto, haciéndose en la misma expresa remisión a la flexibilización que la institución de la curatela conlleva. El párrafo 5º del fundamento de derecho 7 de dicha sentencia donde se recoge y manifiesta esta flexibilidad en el sentido siguiente: *"La curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, desde el momento en que el art. 289 CC declara que "tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido". Está pensando en incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacidad, y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar. Sólo en el caso en que " la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el Código, autorización judicial " (art. 290 CC), enumerados en el art. 272 CC. En el código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el art. 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad. Y a esta idea responde la jurisprudencia según la cual "el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial" (Sentencia 995/1991, de 31 diciembre)"*.

[334] PALLARÉS NEILA, J., "Tutela versus curatela…", op.cit. pág. 6.

Para concluir con lo relativo a esta institución de apoyo, el Anteproyecto, primaba la voluntad de la persona con discapacidad en la elección de este prestador de apoyos, pero siempre con la salvedad y la excepción que marcaba el párrafo 2º del artículo 272, que admite la posibilidad que el Juez, mediante resolución suficientemente motivada prescinda parcial o totalmente de la elección hecha con carácter previo por la persona con discapacidad, siendo un ejemplo representativo de este tipo de supuestos, los casos en que se haya producido un desconocimiento, modificación o alteración en las circunstancias que entonces se tuvieron en cuenta para el nombramiento de ese curador o prestador de apoyos por parte de la persona que lo designo.

Asimismo, observamos cómo en relación al orden legal para el nombramiento del curador y que regulaba el artículo 276 del Anteproyecto, se da una preferencia al vínculo familiar y cercano de la persona que necesita el apoyo de una forma más evidente que en la regulación que de ello hacía el Código Civil del momento en su artículo 234. No obstante, y como ocurre en cuanto a quien puede ser curador de conformidad con lo que establecía el artículo 233 de dicho Código Civil, aquí el Juez también puede alterar el orden establecido, eso sí, una vez oída la persona con necesidades de apoyo. Como principio general, señalar, que si no se tuviese una certeza clara y precisa de la voluntad de la persona con discapacidad, el nombramiento siempre deberá respetar los deseos y preferencias de la persona, y en caso de que no hubiese manera de conocerla, será necesario tener en cuenta su trayectoria vital, creencias y costumbres para poder confeccionar una decisión que fuese lo más cercano o la que hubiera tomado la persona sobre la que se presta el apoyo.

Para ir concluyendo este análisis del Anteproyecto de Ley en materia de capacidad de la persona, y más concretamente dentro del ejercicio de la capacidad jurídica y de la prestación de los apoyos necesarios para que la misma pueda ser ejercitada en igualdad de condiciones, vamos a hacer algunas consideraciones en relación con dicho ejercicio pero dentro del ámbito del Derecho de sucesiones, esfera que también queda afectada por la regulación recogida en dicho Anteproyecto, aunque esta materia será tratada de una forma más extensa y detallada dentro del siguiente capítulo de este trabajo de investigación. La importancia del ejercicio de la capacidad jurídica dentro de la esfera del Derecho de sucesiones, al igual que en materia de Derecho de contratos, queda demostrada en la propia exposición de motivos del Anteproyecto de Ley, concretamente en su apartado IV, al señalar que este reconocimiento al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona de las personas con discapacidad implica la realización de actos de gran transcendencia jurídica.

Sin embargo conviene señalar al igual que lo hizo el Anteproyecto de Ley, y aun no siendo materia de estudio de este trabajo, que dicho reconocimiento conlleva la imputación subjetiva de responsabilidad civil por hecho propio, así como en la responsabilidad por hecho ajena, está última desde una concepción más restringida.

La importante reforma que llevó a cabo el Anteproyecto de Ley en materia de discapacidad, hizo que no solo se vean afectadas por dicha regulación las instituciones o figuras propias aplicables al ámbito de la discapacidad, sino que la reforma que se empezaba a llevar a cabo como consecuencia de la necesaria adaptación de la misma a los principios que se recogen en la Convención, conllevaba una modificación extensa en

cuanto al ejercicio de derechos por parte de la persona con discapacidad, lo que comprende en consecuencia una modificación que va a afectar a muchos esferas, entre ellas, la del Derecho de sucesiones.

Son muchas e importantes las instituciones de Derecho sucesorio que se han visto impactadas por la reforma, entre ellas podemos citar la relativa a materia de sustitución fideicomisaria[335] y que regulaban los artículos 782 y 808 del Anteproyecto, y que posibilita que los padres que tengan un hijo en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma puedan decidir libremente cómo disponer del tercio de legítima estricta para protegerlo, no quedando, por tanto, limitado al uso de la sustitución para ello; o la que versa sobre la regulación de derecho de habitación sobre la vivienda familiar a favor de un legitimario en situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma y que regulaba el artículo 822 del Anteproyecto; o la exención en materia de colación y por consiguiente de no ser necesario llevar a la masa hereditaria los gastos de alimentos, educación, enfermedad, etc., y que se hayan destinado a cubrir las necesidades especiales de sus hijos por parte de sus padres y ascendientes por las circunstancias físicas o psíquicas, cuestión regulada en el artículo 104l de dicho Anteproyecto de Ley; así como la regulación en materia de partición de herencia que se llevó a cabo por medio de los artículos 1052, 1057 y 1060 respectivamente.

Uno de los aspectos que queremos destacar dentro del ámbito del Derecho de sucesiones y que ha sido objeto de reforma, es la capacidad testamentaria de la persona, y ello mediante una redacción más precisa de los conceptos que la regulan, y por ende, más adaptados a los presupuestos y principios que promulga la Convención. Un ejemplo representativo de lo expuesto, lo encontramos en el artículo 663 del Código Civil, el cual establece que no podrán testar, los menores de edad o el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. En la reforma que se desarrollaba en este texto, dicho precepto quedaba redactado en el sentido siguiente:

"No pueden testar:

1.º La persona menor de catorce años.

2.º La persona que en el momento del otorgamiento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesaria para ello.".

En el capítulo siguiente tendremos ocasión de analizar con detalle la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad tras la reforma del Código civil que se ha llevado a cabo, analizando para ello los artículos que regulan este ámbito, así como la realización de un análisis de los diversos operadores jurídicos que forman parte e intervienen en este proceso de formalización de un testamento, como es el caso de los notarios, los cuales adquieren con dicha reforma una gran relevancia a la hora de valorar y emitir un juicio de capacidad en relación con la persona que otorga testamento.

---

[335] En este sentido conviene remitirse al trabajo de BOTELLA HERMOSA, P., "La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XCV, Noviembre-Diciembre 2019, núm. 776, pág. 2.786, en el cual, señalada que uno de los problemas de la nueva regulación que en esta materia se lleva a cabo por el Anteproyecto puede originar la exclusión de los descendientes con discapacidad, esto es, de los nietos, figura que sí quedaba amparada en la regulación que de esta materia llevó a cabo la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

CAPÍTULO III

CAPÍTULO III.- La capacidad de testar de la persona con discapacidad

III.1. Introducción

En los capítulos anteriores de este trabajo hemos analizado con carácter general, la capacidad de la persona, analizada esta desde la concepción dual realizada, por un lado, por la doctrinal civil clásica y representada en las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar de la persona, y por otro lado, desde la perspectiva de la Convención de Nueva York, la cual configura ambas capacidades en la fórmula equivalente al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona mediante la prestación de los apoyos necesarios que necesite para llevarla a cabo en igualdad de condiciones que el resto de personas. Ya hemos señalado, que el concepto de capacidad ha sido extensamente tratado por la doctrina, por lo que vamos a centrarnos ahora en la llamada capacidad para testar, materia que es el objeto de estudio del presente capítulo. En consecuencia, vamos a continuación a dejar establecido unas definiciones o conceptos en torno a esta capacidad, lo cual nos ayudará a ir adentrándonos en aspectos más específicos y concretos, hasta llegar al estudio de la capacidad testamentaria de las personas con discapacidad intelectual, o forma testamentaria que recoge el artículo 665 de nuestro Código Civil.

Somos conscientes, que siempre que se intenta definir un concepto jurídico, se corre el riesgo de limitar su ámbito y aplicabilidad, puesto que cada vez son más variadas y diferentes las situaciones que pueden ser objeto de regulación por parte del mismo. Sin embargo, atendiendo al criterio gramatical del concepto de capacidad para testar, podemos definir ésta, como la "*capacidad para otorgar testamento que poseen todas las personas físicas que tenga catorce o más años, excepción hecha del testamento ológrafo, que requiere la mayoría de edad, artículo 688, párrafo 1º del Código Civil, y sean conscientes de sus propios actos, artículos 662 y 663.*"[336].

También podríamos definir ésta capacidad de testar, recurriendo a la regulación legal que realiza el Código Civil en la materia. En este sentido podríamos definir ésta como aquella capacidad que tiene la persona para testar u otorgar testamento siempre que la ley no se lo prohíba, y atendiendo al momento preciso de su otorgamiento para la apreciación de dicha capacidad. Es decir, que la capacidad testamentaria es la capacidad de una determinada persona para poder otorgar un testamento válido.

Conviene señalar en relación con la capacidad testamentaria o requerida para la realización de este tipo de negocios jurídicos *mortis causa*, que nos encontramos ante una capacidad amplia y abierta, la cual excede de la que a veces es requerida para realizar otro tipo de actos o negocios jurídicos de carácter *inter vivos*, como son los contratos, o por ejemplo, los poderes preventivos, figura que también ha sido objeto de regulación por la Ley 8/2021. No obstante, en relación con este último ejemplo de los poderes preventivos y de la capacidad exigida para el otorgamiento de los mismos, conviene llamar la atención la regulación que ha realizado la citada Ley por medio de sus artículos 254 y 255 en cuanto al límite de edad para otorgarlos, es decir, en dieciséis años, atribuyendo una

[336] Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, MONTOYA MELGAR (dir.), 1ª ed., Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra, 2016, pág. 167.

capacidad más amplia y abierta a semejanza de la edad requerida para otorgar testamento. No obstante, y según la última versión aprobada, esta edad ha sido cambiada nuevamente a la mayoría de edad como edad mínima requerida para otorgar estos negocios jurídicos, con lo cual queda demostrada la diferencia y amplitud en cuanto a la edad mínima requerida para otorgar actos jurídicos *mortis causa* como el testamento, y actos *inter vivos* representados éstos últimos en los que acabamos de referirnos.

Una vez dejado expuesto unas primeras nociones en torno al concepto de capacidad testamentaria de la persona, conviene dejar fijado la materia objeto de estudio en el presente capítulo, que no es otra que la capacidad para testar de la persona con discapacidad intelectual, dejando fuera cualquier otro tipo de incapacidad que no afecte a la capacidad para tomar decisiones por la persona. Por ello, quedan fuera de nuestro estudio cuestiones relativas a los testamentos realizados por personas con discapacidad sensorial, esto es, las personas ciegas o sordas. Por tanto, nos centraremos en la capacidad para testar de la persona con discapacidad intelectual, en cualquiera de las formas válidamente admitidas y reguladas por el Código civil, y todo ello desde el nuevo enfoque e interpretación que se lleva a cabo en lo referente a esta materia la Ley 8/2021, especialmente a la hora de establecer y aplicar los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en el momento de otorgar testamento.

En este sentido, y en lo que concierne al significado del término apoyos en el ámbito testamentaria, esto es, en la forma que regula y expresa el artículo 665 del Código Civil, ya abordaremos en el epígrafe dedicado a esta materia el estudio de los mismos desde una doble perspectiva; por un lado, en lo que se refiere a los apoyos necesarios de carácter técnico, material o humano para que la persona con discapacidad puedas ejercitar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones; y por otro lado, en los apoyos relativos a que dicha persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

En relación a los apoyos señalados en primer lugar, la Ley 8/2021 ha modificado varios preceptos en relación a los mismos, concretamente los artículos 695 y 697. En referencia a estos artículos, autoras como GARCÍA RUBIO[337], señalan que son estos uno de los pocos preceptos que se refieren a la discapacidad sensorial, pues la mayoría de preceptos están dirigidos a la persona con discapacidad cognitiva. Dentro del primer apartado del primero de los artículos, se observan expresiones como "*El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su último voluntad al notario*". En cuanto al segundo de los aludidos preceptos, y como resultado de repetidas reivindicaciones de los colectivos de personas con discapacidad, era necesaria una regulación en materia de testigos, ya sea dentro del ámbito del testamento abierto como del testamento cerrado.

Dentro del primero de dichos ámbitos, se suprime la necesidad de testigos para las personas con discapacidad visual y/o auditiva, pues estos apoyos serán prestados en la forma que regula el artículo 695 y al que nos hemos referido con anterioridad, y ello como expresión fiel de la voluntad de la persona, y a lo que nosotros podemos añadir, en aras

[337] 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", en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3 julio-septiembre, 2018, págs. 177-178.

de una necesaria y deseada intimidad en la manifestación de voluntad de la persona y que no se consigue con presencia de terceras personas.

Asimismo, y dentro del ámbito del testamento cerrado, aun cuando su uso sigue siendo muy escaso y residual, se contemplan las siguientes modificaciones; posibilidad del soporte electrónico y que introduce el artículo 706 por medio de su apartado tercero; la eliminación del testamento cerrado para las personas ciegas y que regula el artículo 708, las cuales si podrán otorgarlo empleando para ello los medios mecánicos o tecnológicos que le permitan escribirlo y leerlo, así como la observación de los demás requisitos que establece este Código; y por último, la que recoge el artículo 709 en relación con las personas que no puedan expresarse verbalmente pero sí escribir.

En virtud de lo expuesto, se crea la necesidad de separar la esfera relativa a lo que llamaríamos la capacidad para testar de la aptitud para poder testar. Esta separación es defendida por autoras como VERDERA IZQUIERDO[338], la cual, en su exposición de los supuestos de falta de aptitud para otorgar testamentos, reflejados éstos en los siguientes supuestos: sujetos que no saben escribir para otorgar testamento ológrafo; o personas ciegas o quienes no sepan o no puedan leer en el caso de querer otorgar un testamento cerrado[339]; o los sordomudos a la hora de testar mediante una testamento cerrado; o los sordomudos que no saben leer ni escribir, careciendo en el caso de estos últimos de aptitud para otorgar cualquier forma de testamento. En todos estos casos, la autora nos señala que *"la aptitud para testar se refiere no, propiamente, a un concepto jurídico sino a un concepto material que se concreta en la imposibilidad física de que un sujeto pueda realizar determinadas formas de declaración de voluntad testamentaria"*. No obstante, el desarrollo de las nuevas tecnologías, así como el nuevo enfoque que proporciona la Ley 8/2021 a la hora de prestar los apoyos en relación con las personas con discapacidad, hace que nos planteemos una relectura y análisis de los supuestos planteados, y que hasta ahora se venían produciendo.

Lo expuesto, supone en definitiva y partiendo del concepto amplio de discapacidad que recoge la Convención en su artículo primero y de los principios generales consignados en su artículo tercero, una necesaria modificación de la normativa aplicable a esta materia para posibilitar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de personas dentro del ámbito testamentario, y ello mediante la correspondiente prestación de apoyos, tanto de índole humano, como técnico o material, confluyendo en un eje central o nuclear, el cual

---

[338] VERDERA IZQUIERDO, B., *La incapacitación y la discapacidad al otorgar testamento,* en la obra colectiva "Estudios sobre Dependencia y Discapacidad", GARCÍA GARNICA (dir.), 1ª ed., Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2011, págs.118-119.

[339] No obstante, en relación con el testamento notarial abierto, sí que está contemplada esta forma de poder otorgar testamento con las debidas garantías en cuanto a la intervención de los testigos y la lectura del Documento. En este sentido, es relevante el trabajo de MORETÓN SANZ, M.ª F., "Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial. El testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías. Su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de favor testamenti", en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario",* Año LXXXVI, Julio-Agosto 2010, núm. 720, págs. 1863-1864. En relación con el artículo 697 del Código Civil y que regula este ámbito, el cual, después de su modificación por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, establece la reducción de tres a dos testigos, así como la supresión de la doble lectura del testamento, señala ésta autora, que lo expuesto encuentra su justificación en aras de una mayor intimidad y discreción del acto a realizar, y sin perjuicio de garantizar y proteger los intereses del invidente o de quien no pueda leer por sí el testamento.

podemos situar en la figura del notario, quien, si cabe aún más, va a ver aumentado su relevancia a la hora de prestar los apoyos necesarios a la persona que lo necesita en el momento de otorgar testamento, tengo esta atribuida algún tipo de discapacidad o no.

En este sentido podemos traer aquí a colación, y como ejemplo jurisprudencial de los conceptos recogidos en los párrafos anteriores, la Sentencia del Tribunal Supremo 298/2017, de 16 de mayo, cuya ponente fue la Magistrada María de los Ángeles Parra Lucán, y en la que se establece expresamente que: "*La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos* de las *Personas con Di*scapacidad*, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (artículo 12.3)".*

Se trata, como declara el artículo 1 de la Convención, de 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. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención).

En esta sentencia, y sin perjuicio de añadir que la misma resalta el carácter flexible de la curatela frente a la tutela, por ser esta última más acorde con la discapacidad total o ausencia de capacidad total, en lo que aquí nos interesa, es un ejemplo del tipo de sentencias en cuanto a la regulación de la esfera de la capacidad de testar de la persona discapacitada de conformidad con lo establecía el artículo 665 del Código Civil, extremo éste que se recoge en el apartado f) del punto 4 del fundamento de derecho quinto relativo al recurso de casación, en el cual se señala lo siguiente: *"f) 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."*.

Esta sentencia introduce un reconocimiento y ampliación de la capacidad de testar de la persona con discapacidad y que es objeto del proceso, haciendo una reinterpretación en lo que concierne a la evaluación de la misma, diferente de las realizadas en primera y segunda instancia, en la cuales, se suprimía la capacidad de testar en aplicación de lo que regulaba el apartado 2º del artículo 663 de dicho Código Civil, es decir, están incapacitados para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Siguiendo con nuestra exposición abordaremos en primer lugar, la evolución histórica en la concepción y tratamiento normativo que se ha realizado por parte de nuestro legislador en relación con la capacidad testamentaria, desde la reforma del Código Civil del año 1983, pasando por la reforma que en materia testamentaria se llevó a cabo por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, hasta llegar a la nueva redacción que resulta de la Ley 8/2021.

A continuación, y una vez expuestos los matices o aspectos generales que conforman la capacidad para testar, y como guía dentro de nuestro trabajo de investigación, analizaremos los diversos problemas que sobre los mismos han surgido en nuestra doctrina civil en la aplicación de los preceptos que regulaban este ámbito, esto es, los artículos 662 a 666 del Código Civil, prestando entre todos ellos, especial atención a la regulación que llevaba a cabo el artículo 665, artículo que conjuntamente con el artículo 663 han sido objeto de modificación por la Ley 8/2021. Por ello, será parte de nuestro trabajo un estudio relativo a la esfera subjetiva en lo referente al otorgamiento de un testamento, o dicho en otras palabras, quien puede testar o quien no; o bien las situaciones que se planteaban cuando la sentencia de incapacitación se pronunciaba o establecía alguna limitación o restricción de esa capacidad, o a su vez, el caso contrario, es decir, cuando no hacía pronunciamiento alguno respeto a la capacidad de testar de la persona; los aspectos concernientes a cuando intervenían los facultativos y que han sido objeto de supresión por dicha Ley 8/2021, y ello como símbolo de eliminación de cualquier atisbo o referencia al carácter médico-rehabilitador que venía impregnando el antiguo sistema que regulaba el ámbito de la discapacidad. Asimismo, también analizaremos la importancia del juicio de capacidad emitido por el notario autorizante en relación con este negocio jurídico *mortis causa*.

Como parte final de nuestro trabajo, y ya desde la nueva perspectiva que configura la Ley 8/2021, analizaremos el significado de los apoyos que debe prestar el notario para que la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, y en relación con ello, estudiaremos si esta prestación de apoyos, de alguna manera desvirtúa el acto o negocio jurídico de otorgar testamento como lo conocíamos hasta ahora, en el sentido de si el mismo vulnera la naturaleza de los actos de carácter personalísimos y que impregna y es elemento esencial de estos negocios *mortis causa*.

Por último, abordaremos cuál de las formas testamentarias puede resultar la más idónea para que la persona con discapacidad ejercite su capacidad jurídica, o bien, si como resultado de las naturalezas jurídicas que configuran las mismas hay alguna forma que no pueda ser ejercitada por dichas personas con discapacidad, o dicho en otras palabras, si a partir de ahora y en aplicación de los principios que fundamentan la Ley 8/2021 y que se derivan de la Convención, conllevará que todas las personas con discapacidad puedan otorgar cualquier forma testamentaria como resultado del ejercicio de su capacidad jurídica, y ello en las mismas condiciones de igualdad que el resto de personas, sin que quepa ya una limitación o restricción de este derecho, a semejanza de lo que ocurría con la revocación de la privación del derecho de sufragio en relación con las personas con discapacidad, lo que ha supuesto un total y pleno reconocimiento de dicho derecho para las mismas.

Es por ello, que en el presente trabajo, analizaremos si es posible la configuración de diversas situaciones que hasta ahora generaban controversias o no podían producirse, como por ejemplo, el otorgamiento de un testamento cerrado por parte de una persona con discapacidad con la prestación de los debidos apoyos necesarios, o de un testamento ológrafo.

Como se desprende de lo hasta ahora expuesto, se observa como el artículo 665 tiene una gran trascendencia a la hora de analizar la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad intelectual, por abarcar el mismo una regulación concreta de este ámbito, valoración en la que el notario autorizante del acto adquiere un papel decisivo a la hora de establecer si la persona en cuestión posee la suficiente capacidad para llevar a cargo el negocio *mortis causa* que se pretende otorgar. Este juicio de capacidad se efectuaba hasta la reforma con la necesaria valoración que realizaban dos facultativos, circunstancia ésta ahora suprimida por la Ley 8/2021, y ello como eliminación de cualquier elemento que recordase al antiguo sistema que regulaba esta materia.

En este sentido, y sin perjuicio del desarrollo que llevaremos a cabo sobre esta materia más adelante, podemos adelantar aquí, que en lo que concierne a la intervención de dos facultativos como requisito para el otorgamiento del testamento en cuanto a las dudas fundamentadas que se le pueden plantear al notario autorizante de dicha disposición de última voluntad sobre si la persona tiene o no capacidad para otorgar testamento, ha sido uno de los elementos que más modificaciones ha sufrido, puesto que en los Anteproyectos de Ley de 21 de septiembre de 2018 y 14 de enero de 2019 seguían manteniéndose su intervención, habiendo sido cambiada la referencia a los mismos en el el Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 con el término de expertos, y finalmente suprimida expresamente la participación de los mismos en el acto testamentaria por el Proyecto de Ley de 16 de marzo de 2021, redacción que se ha mantenido casi inalterada hasta la versión definitiva de la Ley 8/2021.

En este sentido, y cuando abordemos la regulación que hacía este artículo 665 en relación con los facultativos, y a diferencia del ámbito matrimonial donde las dudas para prestar el consentimiento requieren de un dictamen, se seguía mantenido la necesidad del dictamen favorable de dos facultativos que reconozcan y dictaminen favorablemente sobre la aptitud de la persona. Por ello, en dicho estudio, abordaremos la concurrencia e interconexión de las valoraciones de la capacidad emitidas desde éstos diferentes ámbitos, es decir, por un lado, la que era emitida por el notario dentro del ámbito jurídico y, por otro lado, la que emitían los facultativos desde un ámbito o esfera de carácter médico, lo cual nos servirá para establecer si alguno de estos aspectos o juicios predominaba sobre el otro, es decir, si el criterio médico o valoración de la capacidad de la persona desde este punto de vista era suficiente para el otorgamiento del testamento, o si el mismo debía ir acompañado siempre del juicio de capacidad favorable emitido por el notario, o viceversa, analizando en consecuencia la situación de discrepancias que podían llegar a producirse.

Como queda expuesto, es obligatorio en nuestro estudio centrar parte del mismo en el papel que va a desempeñar el notario a la hora del otorgamiento de un testamento, y ello sin perjuicio de la figura del testador como protagonista principal de este acto de declaración de últimas voluntades. Esta intervención notarial, queda representada en dos aplicaciones prácticas, puesto que su participación no se limita al juicio de capacidad de la persona que pretende otorgar testamento, sino también por el asesoramiento y prestación de apoyo que lleva a cabo en la realización de este acto o negocio *mortis causa* para que la persona con discapacidad ejercite su capacidad jurídica.

El decisivo papel que puede desempeñar el notario a la hora de prestar el apoyo en el momento de realizar el testamento, y entendido éste como uno de los elementos que conforman el sistema de apoyos que puede operar dentro del Derecho de sucesiones, es recogido por autoras como GARCÍA RUBIO[340], la cual considera, que en los testamentos que pudiéramos denominar como sencillos, el notario será precisamente el apoyo puntual adecuado que el testador precisa a la hora de ejercer su capacidad jurídica, pues su asesoramiento como buen conocedor de esta materia puede ser suficiente a la hora de salvar los problemas o las dificultades de la persona que pretende otorgar dicho testamento, intervención que conlleva el cumplimiento de los principios que recoge la Convención en materia de apoyo, extremo este contemplado en el párrafo tercero del artículo 12, al cual se le daría pleno cumplimiento en este sentido.

En este sentido, podemos añadir, que la intervención del notario como prestador de apoyo queda desplegada en una doble función; por un lado, en la de proteger y velar por los intereses de la persona que va a realizar un testamento; y por otro lado, en la de proporcionar y dotar de seguridad jurídica al acto que se realiza, y ello, mediante el cumplimiento de los requisitos formales que marcan las normas reguladoras de este negocio jurídico, convirtiendo por tanto el mismo, en un negocio jurídico o testamento válido y eficaz, desplegando en el momento del fallecimiento del testador todos sus efectos jurídicos.

Antes de continuar, y para tener una mejor concepción del acto jurídico o negocio *mortis causa* al que nos estamos refiriendo, creemos conveniente dejar señaladas también de forma sistemática algunas consideraciones en relación con el testamento propiamente dicho, concretamente en cuanto a su origen y noción, lo cual nos ayudará en la concepción y estudio de la capacidad requerida para su otorgamiento. En este sentido, para encontrar el origen del testamento dentro de nuestro Derecho, podemos recoger el itinerario histórico que realiza RIVAS MARTÍNEZ[341], el cual destaca dentro de nuestro Derecho Histórico, el Libro 3, Título 5, Ley 1 del Fuero Real, donde se contempla la realización del testamento con intervención del llamado Escribano, o al que actualmente denominaríamos notario. Seguidamente señala que las Partidas, reciben el Derecho romano con la exigencia de que el testamento contuviese la institución hereditaria, y ello según se desprende de la Partida 6, Título 1, Ley, Además, en esta misma Ley se admiten las dos maneras de hacer testamento, el *"nuncupativo"*[342] y el que se hace por escrito. Asimismo, la Novísima Recopilación, por medio del Libro 10, Título 18, Ley 1, la cual recogía la regulación que se efectuaba en el ordenamiento de Alcalá, en su título 19, se alejaba de los antecedentes romanos, y excluía la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento. A su vez, en el Proyecto de 1851, por medio de artículo

---

[340] GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia…", op.cit. pág. 176.

[341] RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral.* Tomo I, 3ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2005, págs. 76-78.

[342] Entiéndase el significado de *"nuncuptativo"* como el que se aplica al testamento que se otorga de palabra o por minuta que ha de leerse ante notario y testigos. Definición consultada en la página de internet https://es.thefreedictionary.com/nuncupativo#:~:text=(Del%20lat.,leerse%20ante%20notario%20y%20testigos.

555, se señalaba que *"El testamento es un acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una o más persona"*. Y por último, el Anteproyecto de 1882-1888, en su artículo 662, ya se recogía una norma de redacción idéntica a la que hoy se contempla en el artículo 667 de nuestro Código Civil.

Dentro de nuestro Código Civil, concretamente en el citado artículo 667, se reseña una definición de testamento, representada la misma en: *"El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de una parte de ellos, se llama testamento"*. Es criterio dentro de la doctrina civil como señala O´CALLAGHAN MUÑOZ[343], un error y de mala técnica legislativa, que los textos legales intenten proporcionar definiciones, y ello sobre la base de que será la doctrina la que deba realizar este tipo de definiciones conceptuales, puesto que, la norma jurídica regula una institución y de esta regulación obtendremos la definición, la cual, será objeto de modificaciones y variaciones con el tiempo. La definición del concepto de testamento que recoge el artículo 667 del Código Civil, fue objeto de duras críticas por parte de la doctrina, como por ejemplo, la realizada por SANCHEZ ROMÁN[344], el cual señala que este artículo define el concepto testamento de una manera que no es exacta, ni completa y que además, no es útil. Estos conceptos críticos quedan fundamentados en el sentido siguiente:

a) No es exacta, pues la misma atribuye al testamento un carácter exclusivamente patrimonial, carácter que aunque en la mayoría de los supuestos testamentarios será de esta índole, no impide por ello que puedan regularse por medio de este instrumento otros aspectos o actos de diversa naturaleza, ya sean de carácter personal, familiar, o bien, de carácter más concreto como reconocimiento de hijos extramatrimoniales, nombramiento de tutor, o cláusulas para fines piadosos, etc.

b) No es una definición completa, porque en la misma se han omitido caracteres especiales y de carácter esencial del testamento, los cuales influyen en su validez y eficacia, como por ejemplo los aspectos de personalísimo y revocable.

c) Y por último, es una definición que no es útil, puesto que dicha definición no aporta nada ni tiene aplicación práctica alguna.

No obstante otros autores como CASTÁN TOBEÑAS[345], sin perjuicio del fondo de verdad que contienen dichas censuras, atenúan los indicados defectos en base a las siguientes consideraciones:

1.ª Que los caracteres del testamento no incluidos en la definición de testamento que recoge el Código Civil, constan reconocidos en otros preceptos de este texto legal.

2.ª Y que las disposiciones de carácter personal y familiar, esto es, las que no tienen la consideración de patrimoniales, y que puedan ser objeto de regulación testamentaria, constan autorizadas en otros ubicaciones del Código, por lo que si este artículo 667 hace solamente mención de los bienes, es debido a que el testamento es el

[343] O´CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Código Civil comentado y…, op.cit. pág. 698.
[344] SANCHEZ ROMÁN, F., *Derecho Civil Español. Común y Foral. Parte Especial. Derecho de sucesión (Mortis causa),* Tomo Sexto (último), vol. 1.º, 2ª ed., Establecimiento Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Madrid, 1910, págs. 202-204.
[345] CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral,* Tomo Sexto, Derecho de Sucesiones, vol. I, 9ª ed., Ed. Reus S.A., Madrid, 1989, págs. 466-467.

medio o instrumento por el cual el hombre expresa su voluntad para deferir la sucesión en los que le correspondan.

En conclusión, afirma este autor, que aunque los defectos que resalta la doctrina en torno a la definición de testamento que recoge el Código Civil no sean de absoluta gravedad, si hubiera sido preferible no establecer una definición de una institución tan conocida como el testamento, o bien y puestos a definir, haberla realizado con un mayor rigor científico y eficacia práctica.

En este ámbito de definir el concepto de testamento, como instrumento o expresión representativo de la capacidad testamentaria, autores como el citado RIVAS MARTÍNEZ[346], y desde un punto de vista doctrina, definen el testamento como *"aquel negocio jurídico unilateral, personalísimo y solemne, esencialmente revocable, en virtud del cual una persona física con capacidad suficiente, según su arbitrio y las normas legales, dicta disposiciones (patrimoniales o no) para después de su muerte"*.

Sin embargo, autores como LACRUZ BERDEJO[347], utilizando un recurso jurisprudencial como es la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940, completa la definición que lleva a cabo el artículo 667 del Código Civil, y ello como doctrina general del testamento, en el sentido de *"que tanto de la declaración general contenida en el art. 658 del Código civil, al decir que la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, como de la definición consignada en el 667 del propio cuerpo legal, indicando que el testamento es un acto, se desprende inequívocamente que se trata de un acto o negocio jurídico, que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad, sujeta a todas las reglas concernientes a las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos y que, ante todo, exige y presupone una voluntad expresada en forma suficiente inteligible"*. Y *"que igualmente nos enseña el indiciado art. 667, en relación con el 668 del Código sustantivo, que el testamento es un acto por el cual se dispone, total o parcialmente, de los bienes para después de la muerte"*, llegando el Tribunal Supremo en cuanto a la voluntad del causante manifestada en aquél, a las siguientes conclusiones: *"1ª Que al ser esencialmente el testamento un acto de disposición de bienes o derechos, no es un verdadero testamento el acto que, aun presentando la forma externa de tal, puede dudarse si constituye un simple esbozo y no un acto definitivo, o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar con respecto al destino de su patrimonio, sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresamente que se empleen; 2ª Que siendo el testamento acto por el que alguno dispone para después de su muere, no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante; 3ª Que si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre es necesaria la esencia de la disposición mortis causa en sus palabras."*.

El testamento, como acto o negocio jurídico y según acabamos de señalar, encuentra su justificación según señalan autores como DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE

[346] RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de Sucesiones…*, op.cit. pág. 80.
[347] LACRUZ BERDEJO, J.L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones,* 4ª ed., revisada y puesta al día por JOAQUÍN RAMS ALBESA, Ed. Dykinson, 2009, pág. 165.

LEÓN Y GULLÓN BALLESTEROS[348], en que es un precepto de autonomía privada dirigida a la reglamentación de una situación jurídica, la cual, viene originada como consecuencia de quedar sin titularidad los bienes, derechos y obligaciones de su autor o causante, destacando asimismo estos autores, que para calificar como testamento un determinado negocio será necesario que se manifieste una verdadera intención de testar, por lo que ni el acto en cuestión, por las dudas que genera en cuanto a su carácter definitivo o no, o las simples indicaciones mediante consejos o ruegos por parte del testador, puedan significar que dicho acto sea considerado como un negocio jurídico *mortis causa* de testamento.

III.2. Evolución histórica de la normativa aplicable a la capacidad para testar

Dentro de la evolución normativa que se ha llevado a cabo en nuestro ordenamiento jurídico en relación con la capacidad de testar, la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, marca un antes y un después en la concepción y regulación de esta materia, especialmente en los testamentos otorgados ante notario. Esta ley, realza si cabe aún más, la institución notarial, dado su prestigio y arraigo, no solo dentro de nuestra sociedad, sino de nuestro ordenamiento jurídico, al exaltar la figura del notario como una de las mayores garantías para que puedan desarrollarse todos los aspectos esenciales que configuran el acto del testamento, como son por ejemplo, la identificación del testador, la apreciación de su capacidad, la ausencia de vicios e influencias debidas, el apoyo o ayuda en el momento de recoger la voluntad del testador y adaptarla mediante la elaboración de las correspondientes cláusulas o disposiciones testamentarias pertinentes, etc.

Este reconocimiento, prestigio o seriedad de la institución Notarial, ha sido recogido por nuestra Jurisprudencia en múltiples sentencias[349], citando a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1987 (Roj: 8952/1987), cuyo ponente fue el Magistrado Don Mariano Martín-Granizo Fernández, la cual, en su fundamento de derecho tercero, expresa lo siguiente: *"d) La manifestación del notario autorizante del testamento en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial adquieren una especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción «iuris tantum» de aptitud, que sólo puede destruirse mediante una completa prueba en contrario"*.

---

[348] DÍEZ-PICAZO Y PONDE DE LEÓN, L. Y GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Tomo 2, Derecho de Sucesiones, 12ª ed., Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2017, pág. 50.

[349] En este sentido podemos citar entre otras, las Sentencias de 8 de mayo de 1922 (en la que en su comienzo se reseña *"Que la Sala sentenciadora, al fundar su fallo por el que se desestima la demanda en el supuesto de que la integridad mental, en orden del derecho de testar, es una presunción iuris tantum, o sea que el estado de capacidad del testadora constituye siempre la regla general, que sólo puede destruirse por una prueba evidente y completa en contrario, se ajusta a lo que la jurisprudencial tiene establecido, de acuerdo con el artículo 666 del Código Civil y demás preceptos legales que regulan la testamentificación, por lo que no es aplicable al caso el artículo 663 del mismo."*), o las Sentencias de 23 de febrero de 1944, 25 de marzo de 1957, 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967, 21 de junio de 1986, etc.

Para entender la evolución en torno al concepto de la capacidad testamentaria de la persona, sería conveniente fijar como punto de partida, como es la regulación que ya se efectuaba en el Proyecto de Código Civil del año 1851[350], conocido también con el nombre de "Proyecto de García Goyena", en el cual, por medio de su artículo 600, ubicado en el Capítulo 4º relativo a la capacidad para disponer y adquirir por testamento, dentro del Título I y que se refiere a las herencias, del Libro Tercero y que reza con el nombre de los modos de adquirir la propiedad.

En dicho artículo, se establecía lo siguiente: *"Pueden disponer por testamento los varones mayores de catorce años, y las hembras mayores de doce, que al hacerlo gocen de su cabal juicio. Los locos o dementes que tengan lúcidos intervalos, pueden disponer durante ellos"*. De la lectura de este precepto, queda establecida la incapacidad para testar bien por la concurrencia de una determinada edad, la cual se diferenciaba en el caso de que fuera hombre o mujer, así como por la incapacidad por enajenación mental o no encontrarse la persona en su cabal juicio. No obstante, dicho precepto, contiene la previsión de que la persona que en el momento del otorgamiento del testamento se hallaré en un intervalo lúcido, pudiese formalizar dicho acto de últimas voluntades, si bien, esta valoración de intervalo lúcido podría presentar ciertos problemas en su apreciación.

Autores como ALBADALEJO GARCÍA[351], fijan el origen de artículo 665, no en nuestro Derecho histórico ni en los presupuestos que recogía el propio Proyecto de 1851, sino en el artículo 739 del Anteproyecto, el cual a su vez lo toma del Código de Méjico entonces vigente (Código de 1871), artículos 3.415 y 3.420 ambos inclusive, normativa sobre la que nuestro legislador realizó un compendio o resumen para de este modo dar forma al citado artículo 665.

No obstante, el Código Civil de 1889, ampliaba y complementaba este artículo, en tres aspectos:

a) Primeramente, por medio de su artículo 662, que disponía que podían testar aquellos a los que la Ley no se lo prohíbe expresamente, lo que conllevaba que aparte de los impedimentos específicos que ahora se recogían con una nueva redacción, el establecimiento de un principio o regla general de que la capacidad para testar es la regla general, y las incapacidades serían las excepciones a la misma. En este sentido, encontramos ejemplos jurisprudenciales de aplicación de esta regla general que recoge este artículo, como es la Sentencia del Tribunal Supremo 280/2004, de 31 de marzo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Alfonso Villagómez Rodil, en la cual, en el cuarto párrafo del fundamento de derecho segundo, se reseña que: *"La capacidad del testador ha de destruirse con severidad precisa, acreditando que estaba aquejado de insania mental con evidentes y concretas pruebas (Sentencia de 8-6-1994), ya que juega a su favor la presunción de capacidad establecida en el artículo 662, presunción calificada con el rango de fuerte presunción en la sentencia de 22 de junio de 1992, no obstante admite que pueda destruirse mediante pruebas cumplidas y convincentes demostrativas de que en el acto de la disposición testamentaria la testadora no se hallaba en su cabal juicio,*

[350] Consulta realizada el día 24 de febrero de 2021 en la página https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf.

[351] ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo IX, Vol. 1º-A, Artículos 657 al 693 del Código Civil, Ed. Edersa, Madrid, 1990, pág. 84.

lo que aquí no ha ocurrido, pues, continua declarando la sentencia referida, que resulta erróneo el intento de la parte recurrente de transmutar la prueba pericial en prueba de presunciones para acomodar la impugnación a las pautas jurisprudenciales elaboradas respecto al artículo 666 y concordantes, ya que la prueba pericial ha de ser apreciada con arreglo a la sana crítica, conforme al artículo procesal 632. Esta doctrina se mantiene en forma reiterada desde antiguas sentencias de 25-4- 1959, 7-10-1982, 26-9-1988).".

Asimismo, en este mismo sentido de presunción de capacidad para testar, también podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1988 (Roj: 1965/1988), cuyo ponente fue el Magistrado Don Mariano Martín-Granizo Fernández, en la cual, por medio de su fundamento tercero (repetido), se recoge el principio general e indiscutido de derecho, consagrado por el Código Civil y confirmado por la doctrina de esta Sala en esta materia, estableciendo *"que la capacidad de las personas se presume siempre mientras que su incapacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo; b) Que a tenor de lo dispuesto en el art.° 666 del Código Civil, la estimación del estado mental de todo testador viene referida «al tiempo de otorgar el testamento».".*

b) En segundo lugar y como hemos apuntado, se unificaba la edad de testar tanto para hombre como para mujeres en el límite de catorce años según recoge el apartado 1º del artículo 663. En relación con este límite temporal, autores como ALBADALEJO GARCÍA[352], aprecian que dicha edad de catorce años para poder testar es insuficiente, y sería más conveniente pedirse la mayoría de edad o quizás, la emancipación, puesto que esta última presume o considera que la persona es ya madura antes de la mayoría de edad, y ello sobre la justificación de la importancia que reviste el acto de testar, y de dejar en consecuencia esta facultad en manos de párvulos.

c) Y en último lugar, por medio del apartado 2º de este artículo 663, bajo una nueva redacción, se establece la imposibilidad de testar para el que habitual o accidentalmente no se hallaré en su cabal juicio. Este aspecto, lo encontramos tratado también en diferentes pronunciamientos judiciales, entre los cuales y a modo de ejemplo, podemos señalar la Sentencia del Tribunal Supremo 848/1998, de 19 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Alfonso Villagómez Rodil, en la que su fundamento de derecho primero, recoge los siguientes extremos: *"El artículo 663 del Código Civil emplea la expresión cabal juicio, y el 664 la explica al referirse a la enajenación mental y si bien aquélla no puede resultar técnicamente muy afortunada, si resulta lo suficiente expresiva en cuanto autoriza una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas (artículo 200 del C.Civil). El precepto se ha de aplicar no sólo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz, (sentencia de 22-6-1992), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada, que es el caso de autos, ya que doña Leticia fue declarada incapaz a medio de auto de 9 de julio de 1981 -posterior a la fecha del otorgamiento de su disposición de última voluntad-, pero la proximidad temporal también es significativa, en cuanto a que la anomalía mental ya existía, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado*

[352] ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y…*, op.cit, pág. 70.

estado anómalo mental y no se ha de esperar a que durante el "iter" del proceso aquel tenga que manifestarse necesariamente. La decisión judicial que declara y confirma la situación de incapacidad, juega a efectos de la ineficacia de la presunción de capacidad para testar del artículo 662, -favor testamenti-, que cabe ser destruido por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario (Ss. de 12-5-1962, 13-10-1990, 30-11-1991, 10-2 y 8-6-1994)".

En relación con lo expuesto, este autor se plantea la pregunta del porqué de este artículo 662 aparte de la existencia del artículo 663. La respuesta la podríamos encontrar en la influencia de nuestro Derecho histórico, así como de las regulaciones contenidas en el Derecho comparado de la época, y del que como ejemplo representativo podemos señalar la regulación que hacía el Código civil francés, que en su artículo 902 establecía la imposibilidad de testar de aquellas personas que la ley declaraba incapaces para ello.

Conviene señalar, que los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, recogían una testamentifacción activa más restringida que en nuestro ordenamiento, y ello según señalan autores como GOMÉZ MORÁN[353], que en su estudio de la "testamentifaccio" en Francia, aprecia que el Derecho Civil francés sienta un criterio más restringido que el español, puesto que en su artículo 903, autoriza al menor de edad para disponer de sus bienes vía testamento, siempre que el mismo hubiera cumplido dieciséis años, o aún antes, cuando se tratase de donación hechas con ocasión de matrimonio de conformidad con lo establecido en el artículo 901. En cuanto a este segundo, también señala que dentro del Derecho español de la época ya permitía las donaciones preconyugales desde que los menores estén en condiciones de contraer, es decir, desde los doce años y los catorce años según sexo, y siempre que éstas sean autorizadas por las personas que deben dar consentimiento al enlace. Por ello, con carácter general, en el Derecho francés, hasta los dieciséis años no puede disponer el menor más que de la mitad de los bienes, cuya disposición si le estaría permitida caso de ser mayor, excepto si fuese llamado para el servicio de las armas, pues en este caso se le tiene considerado como mayor de edad, para todos los efectos relativos a la testamentifacción.

En este sentido, autores como VERDERA IZQUIERDO[354], aprecian dentro de otros ordenamientos jurídicos un escalonamiento de la facultad de disponer, y cita como ejemplo el artículo 904 del Code, que establece como edad necesaria para otorgar testamento los dieciocho años, pero pudiendo a partir de los dieciséis años disponer de la mitad de sus bienes.

Después de este inciso de Derecho comparado, y siguiendo nuestro análisis del artículo 665 del Código Civil, podemos observar como en el estudio del mismo es necesaria la remisión e interpretación conjunta con los citados preceptos 662, 663, 664 y 666 de dicho Código, extremo éste que se observa en los ejemplos jurisprudenciales que hemos señalado con anterioridad, y más, cuando resulta que la interconexión de la materia que regulan estos preceptos son las que configuran y dan forma a uno de los principios

[353] GÓMEZ MORÁN, L., "La <<testamentifaccio>> activa del menor en el Derecho comparado", en *Revista General de Derecho,* octubre 1944-diciembre 1945, Tomo I, Año II, Número 15*,* Valencia, 1945, págs. 680-681.
[354] VERDERA IZQUIERDO, B., *La incapacitación y la discapacidad.…*, op.cit. pág. 118.

de carácter general más relevante dentro del ámbito del Derecho de sucesiones, esto es, el llamado *favor testamenti*.

Este principio, ha sido puesto de manifiesto en multitud de sentencias, como por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 535/2018, de 28 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz, en la cual, se aborda la cuestión del otorgamiento de un testamento por parte de una persona con su capacidad modificada judicialmente antes de la firmeza de la sentencia de incapacitación sin la observación del artículo 665 del Código Civil, precepto que como hemos reseñado establece la precaución o necesidad de dos facultativos en los casos de personas con la capacidad modificada parcialmente o restringida. El alto tribunal se decanta por la validez del referido testamento en aplicación del principio de *favor testamenti* como manifestación que ensalza la voluntad de la persona, y ello sin perjuicio de que con carácter posterior pudiere ser recurrido la falta de capacidad del testador, y en consecuencia, producirse la nulidad del testamento. En este sentido, esta sentencia señala que *"la declaración de incapacidad tiene efectos « ex nunc» y no «ex tunc», es decir, se produce a partir del momento de la firmeza de la sentencia de incapacidad y no con efectos retroactivos, por lo que es patente la validez de los actos procesales en los que ha intervenido la persona antes de ser declarada incapaz […]. Consecuencia de lo expuesto es que, al interpretar el presupuesto de hecho del art. 665 CC, […] el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar […], se ha de entender que la citada sentencia sea firme. Tal interpretación no ha de verse como una dificultad para anular los actos otorgados por las personas en tanto no haya recaído una declaración judicial firme de incapacidad, pues siempre cabe la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte. En nuestro caso la de instar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental de la testadora, que fue el supuesto objeto de enjuiciamiento en la sentencia 234/2016, de 8 de abril."*.

Asimismo, este principio de *favor testamenti*, y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado, lo encontramos en otras muchas sentencias, en las que a continuación reseñamos: la Sentencia del Tribunal Supremo 289/2008, de 26 de abril, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O´Callaghan Muñoz, en la cual, en su fundamento de derecho tercero, establece que *"La jurisprudencia ha mantenido reiteradamente la necesidad de que se demuestre "inequívoca y concluyentemente" la falta de raciocinio para destruir la presunción de capacidad para testar (sentencia de 27 de noviembre de 1995) y que "la incapacidad o afección mental ha de ser grave... no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas" (sentencias de 27 de enero de 1998, 12 de mayo de 1998, 27 de junio de 2005); asimismo, que la presunción de capacidad, favor testamenti, "cabe ser destruido por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario" (sentencia de 19 de septiembre de 1998)."*; o bien la Sentencia del Tribunal Supremo 461/2016, de 7 de julio de 2016, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno, en la cual, dentro del punto 3 del apartado Tercero del recurso de casación, se reseña que *"[…] nuestro Código Civil no establece, tal y como alega la parte recurrente, que en los actos o negocios mortis causa, caso del testamento, la exigencia de la capacidad mental respecto al discernimiento acerca de la finalidad, contenido, o*

transcendencia del acto realizado deberá ser mayor que en los negocios inter vivos. Más bien, y en atención al ámbito en donde opera la acción de nulidad entablada, nuestro Código Civil sitúa el contexto del debate en la necesaria prueba, por parte del impugnante, de la ausencia o falta de capacidad mental del testador en el momento de otorgar el testamento. Esta carga de la prueba deriva del principio de favor testamenti, que acoge nuestro Código Civil, y de su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado […]. Con lo que el legitimado para ejercitar la acción de nulidad del testamento debe probar, de modo concluyente, la falta o ausencia de capacidad mental del testador respecto del otorgamiento del testamento objeto de impugnación y destruir, de esta forma, los efectos de la anterior presunción iuris tantum de validez testamentaria. Prueba concluyente que, por lo demás, no requiere en sede civil, concorde con la duda razonable que suelen presentar estos casos, que revele una seguridad o certeza absoluta respecto del hecho de la falta de capacidad del testador, sino una determinación suficiente que puede extraerse de la aplicación de criterios de probabilidad cualificada con relación al relato de hechos acreditados en la base fáctica. […] Por último, tampoco resulta correcta la alegación acerca de la valoración preferente o determinante que la instancia realiza con relación al juicio de capacidad del notario autorizante, que al igual que la presunción derivada del principio de favor testamenti admite prueba en contrario, pues la sentencia de la Audiencia valora dicho juicio de capacidad en el «contexto» de la prueba practicada.”.

La evolución y modernización en materia testamentaria dentro de nuestro ordenamiento jurídico, llevó al legislador a la promulgación de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos[355]. Entre los aspectos que buscaba esta Ley y que recogen en su exposición de motivos, podemos señalar los siguientes:

a) La modernización y modificación de varios aspectos en materia del testamento notarial.

b) La integración de los supuestos en los que se otorga un testamento en intervalo lúcido dentro de la regulación propia del ámbito de incapacitación de la persona.

c) La regulación de medios mecánicos en lo que se refiere a la aplicación de los mismos en los testamentos cerrados.

d) La supresión de la intervención de los testigos con carácter general en materia testamentaria, en aras de una mayor discreción y reserva del acto que se realiza como consecuencia de la propia naturaleza del mismo, quedando la intervención de dichos testigos para supuestos concretos, como son por ejemplo, cuando el testador no sabe o no puede leer, o no sabe o no puede firmar, prestando ésta Ley especial atención a la persona sordomuda.

e) Y por último, se contempla la regulación de los casos en que el testador manifieste su última voluntad en una lengua no conocida por el notario autorizante del acto o negocio, y ello con un doble propósito: por un lado, en conseguir o asegurar la

[355] Esta ley fue publicada el día 23 de diciembre de 1991, en el Boletín Oficial del Estado, con el número 306, y entro en vigor el día 13 de enero de 1992.

redacción del testamento en la lengua empleada por el testador; y por otro lado, poder ajustar el testamento a la pluralidad de las lenguas oficiales que existen en España.

Una de las consecuencias de esta Ley, es el reforzamiento y reconocimiento a la figura del notario y al papel que desempeña en el acto del otorgamiento de un testamento como negocio jurídico *mortis causa*. Para seguir un itinerario y orden coherente en el análisis de dicha Ley, seguiremos el mismo orden que los artículos que reforma, por lo que en consecuencia, el primero de los aspectos que debemos destacar es la apreciación o juicio de capacidad que realiza el notario en relación la persona que pretende otorgar testamento o testador.

Este juicio de capacidad realizado por el notario es recogido en varios preceptos de esta Ley, como por ejemplo hacía el artículo 665, cuando se señala que el notario designará dos facultativos que previamente reconocerán a la persona que pretenda otorgar testamento cuando la sentencia de incapacitación guarde silencio en este sentido; o bien, en el artículo 685, en su último inciso, cuando se señala *"También deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para para testar"*; o bien, dentro del artículo 696, el cual, en el último inciso alude al juicio de capacidad en términos prácticamente similares al citado artículo 685. A su vez, este juicio de capacidad realizado por el notario en cuanto al testador, también se contiene dentro de la regulación propia del testamento cerrado, especialmente en lo dispuesto en el apartado 4º del artículo 707 del Código Civil

Como hemos señalado anteriormente, una de las novedades más destacada de esta Ley la encontramos en la eliminación de la intervención de testigos dentro del ámbito testamentario, ya sea tanto en el testamento abierto como en el cerrado, dejando su intervención en aquellos supuestos especiales, esto es, en los testamentos que son otorgados ante algún fedatario no notario y en los llamados testamentos extraordinarios. Dentro de éstos últimos, podemos reseñar el otorgado por el testador en peligro inminente de muerte, supuesto que permite otorgar testamento ante cinco testigos idóneos sin necesidad de notario[356]; o bien el testamento relativo a los casos de epidemia, donde puede otorgarse un testamento sin intervención del notario ante tres testigos mayores de dieciséis años[357]. No obstante, en ambos supuestos, y si es posible, se requiere que el testamento sea escrito, y ello como prueba escrita del acto que se realiza, si bien, esta requisito no es de obligado cumplimiento, puesto que el artículo 702 que lo regula no habla de una exigencia absoluta.

No obstante, la regulación en materia de testigos queda recogida en el artículo 697 del Código Civil, siendo necesaria su presencia en número de dos, en los tres siguientes supuestos: en primer lugar, cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento; en segundo lugar, cuando el testador, aunque pueda fírmalo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento. En los supuestos de que el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del notario y deberán declarar que coincide con la voluntad

[356] Este supuesto está contemplado en el artículo 700 del Código Civil.
[357] Supuesto que regula el artículo 701 del Código Civil.

manifestada; y por último, siendo éste uno de los casos más frecuentes, cuando el testador o el notario así lo soliciten.

Parte terminar este inciso en materia de testigos, también cabría reseñar la presencia de los mismos en el supuesto del artículo 684, esto es, cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el notario no conozca, planteándose aquí la cuestión de si el testigo necesariamente debe conocer el idioma del testador, según señala el apartado tercero del artículo 681, o si por el contrario, no es éste un requisito imprescindible. Antes de la reforma de la Ley de 20 de diciembre de 1991, la forma testamentaria que regulaba este artículo era considerada como una forma extraordinaria, consideración que con arreglo a dicha ley desaparece. Autores, como RIVAS MARTÍNEZ[358], señalan que a pesar de la interpretación que aisladamente se podría realizar del párrafo 3º del artículo 681 del Código Civil, no es necesario que los testigos conozcan el idioma del testador, puesto que lo indispensable en esta forma testamentaria, es la intervención del intérprete que traduzca la disposición del testador, siendo este el mecanismo por el cual, tanto los testigos como el notario conozcan la voluntad del testador. En este sentido, el autor cita la Resolución de fecha 22 de noviembre de 1916 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), en la cual, se señala la innecesaridad de que los testigos sean conocedores de la lengua del testador, al apreciar que los intérpretes son un medio de comunicación entre el testador, testigos y notario.

De lo expuesto en los párrafos anteriores, se observa como la apreciación de la capacidad testamentaria, no era una atribución exclusivamente notarial, puesto según recogía el antiguo artículo 685, párrafo 1º, en su inciso final, *"También procurarán el notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar"*. Cabe destacar, que en la redacción de este artículo efectuado por la Ley 30/1991, queda solamente la figura del notario, como la persona o institución sobre la recae de forma exclusiva el juicio y apreciación de la capacidad del testador, sin hacer ahora alusión alguna en cuanto a los testigos.

En cuanto a la supresión de la intervención de los testigos en el acto del otorgamiento notarial, ya sea abierto o cerrado, y en los supuestos normales en que el testador se encuentre en plenas facultades para otorgar testamento, encuentra su justificación en los aspectos que ya hemos apuntado con anterioridad, esto es, en una mayor prevalencia del derecho a la intimidad, sigilo o reserva en relación con las disposiciones que el testador quiera recoge en su testamento. Sin embargo, esta afirmación de carácter general puede ser objeto de matización, como la realizada por ALBALADEJO[359], el cual, en este sentido señala que la razón de haber sido suprimida la referencia a los testigos y hablar solo de la figura del notario dentro de este artículo, es como consecuencia de la eliminación que con carácter general operó la ley en este aspecto, pero aprecia que cuando por excepción estos concurran, hay la misma razón que

[358] RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto otorgado ante notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991,* Ed. Dykinson, Madrid, 1993, págs. 62-63.
[359] ALBALADEJO GARCÍA, M., "Algunos extremos de la regulación de los testamentos modificados por la reciente Ley de 20 de Diciembre de 1991", en *Actualidad Civil,* núm. 24, semana 15, junio, 1992, pág. 352.

había antes de la reforma para exigirles el juicio sobre la capacidad del testador, juicio que según el artículo 685.2º, en los testamentos ante sólo testigos, es únicamente de "procurar asegurarse"[360], manteniéndose asimismo este sentido de "procurar" en los testamentos notariales con testigos. No obstante, éste artículo es usado por el autor para justificar que en el ámbito notarial no se pueda pedir más que este procurar, pero sin que quede demostrado, a su juicio y por razones al margen del referido artículo, que no pueda pedirse el carácter de "deber" en cuanto a la apreciación de la capacidad del testador.

Cabe por último señalar en cuanto a la intervención de los testigos, la modificación que lleva a cabo esta ley, especialmente en el número de testigos cuando por casos excepcionales intervienen en testamentos notariales, esto es, en la necesidad de dos testigos idóneos, como es el caso del artículo 697 para el testamento abierto, o, bien, y dentro del ámbito del testamento notarial cerrado, lo establecido por el artículo 707 en sus apartados 5º y 7º. Asimismo, la ley también introduce diversas modificaciones en cuanto a la idoneidad de los testigos, y ello según establece el artículo 681.

Como otro de los aspectos que con carácter general estamos reseñando de esta Ley, cabe destacar la cuestión relativa a la unidad de acto y que se realiza en el artículo 699, el cual, señala que las formalidades en materia testamentaria y que se recogen en esta sección, se practicarán en un solo acto que comienza con la lectura del testamento. Autores como CARPIO MATEOS[361], destacan este precepto, por zanjar de una vez por todas la cuestión de la unidad de acto y presencia de los testigos a la fase previa de manifestación de la voluntad, y ello en el sentido de que la unidad de acto comienza con la lectura del testamento y según reseña el artículo, y no antes.

En este sentido, encontramos una definición de este concepto de unidad de acto dentro de la doctrina del Tribunal Supremo, la cual, FERNÁNDEZ COSTALES[362] recoge en su comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1991 (Roj: 10285/1991), cuyo ponente fue el Magistrado Don Jaime Santos Briz, y en la que se entiende que el otorgamiento o acto de testar en sentido estricto, únicamente comprende o abarca la lectura del testamento, la expresión de conformidad del otorgante con la redacción efectuada por el notario y la firma. Asimismo, autores como RIVAS MARTÍNEZ[363], señalan que esta unidad de acto que establece la doctrina del Tribunal Supremo se enmarca dentro de una las dos posturas que la doctrina española venía reconociendo, concretamente, en la representada por la "unidad de acto media o atenuada", en la cual, el otorgamiento del testamento comprende sólo las fases de lectura,

---

[360] En la nota al pie señala ALBALADEJO lo siguiente: Rechazándose la enmienda 9 del Congreso y 23 del Senado que pedía cambiar el <<procurarán asegurarse de su capacidad>> por <<confirmarán su capacidad>>. Se justificaba la enmienda diciendo ser <<incorrecto técnicamente establecer un requisito no exigible (<<procurarán>>). Pero, por mi parte, veo dos cosas, una que ¿por qué no es exigible el deber de procurar?; otra, que aun no siéndolo, ¿qué mayor fuerza tiene el confirmar la capacidad, si es que no se quiere que signifique <<asegurarse>> de la capacidad?.

[361] CARPIO MATEOS, F. y PEINADO RUANO, J., "Los nuevos testamentos. Comentarios y Fórmulas.", en el *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, núm. 132, diciembre, 1991, pág. 2.932

[362] FERNÁNDEZ COSTALES, J., "Nulidad de testamento abierto. Alcance del principio de unidad de acto en la Ley de 20 de diciembre de 1991 y en la anterior redacción del Código Civil. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de noviembre de 1991", en *La Ley*, Tomo 1992-2, Madrid, 1992, pág. 333.

[363] RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto otorgado ante notario.…*, op.cit. pág. 105.

aprobación por el testador y firma de cuantos han de intervenir, quedando fuera de esta unidad de acto la fase anterior y previa compuesta por la manifestación de la voluntad del testador, así como su redacción, actos que son preparatorios, y que junto con los principales, formaban la unidad de acto que defendía la otra postura de la doctrina, denominada "unidad de acto rígida".

Para concluir los aspectos más significativos y modificaciones que en materia testamentaria introdujo la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, podemos citar los cambios relativos al testamento cerrado, especialmente los relativos a la inclusión de los medios mecánicos para la redacción de estos testamentos, así como la nueva regulación y tratamiento que se lleva a cabo en relación con los testigos que puedan intervenir en esta forma testamentaria, cambios estos últimos que ya hemos abordado con anterioridad.

Por último, y para ir terminando esta evolución histórica-normativa en relación con la capacidad testamentaria, nos queda exponer que novedades introduce el Proyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad en torno a la materia que estamos tratando, es decir, sobre la capacidad testamentaria. Este Proyecto de Ley ha sido el resultado de la evolución y adaptación de la normativa española a los presupuestos promulgados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006, ratificada por el Estado español en el año 2008, la cual, ha supuesto un punto de inflexión en el desarrollo y aplicación de los derechos de las personas con discapacidad, incluido entre otros muchos y en la materia que ahora nos ocupa, en el derecho a poder otorgar testamento por parte de las personas con discapacidad, y ello como consecuencia del ejercicio de su capacidad jurídica mediante los apoyos necesarios, proporcionando asimismo los Estados ratificantes de la Convención, las medidas necesarias para que éste ejercicio sea realizado en las mismas condiciones de igualdad que el resto de personas, y con las máxima garantías y salvaguardas para la persona con discapacidad que lo realiza.

Como ya hemos analizado en partes anteriores de este trabajo, el significado apoyos adquiere un relevancia primordial a la hora de poder ejercer la persona con discapacidad su capacidad jurídica. En este capítulo de nuestro trabajo, analizaremos qué conlleva el aplicar estos apoyos en materia de capacidad testamentaria o capacidad para testar, y si como resultado de lo expuesto, a partir de ahora, todas las personas con discapacidad son capaces de poder otorgar testamento, y ello con todos los efectos y consecuencia que conlleva este acto o negocio *mortis causa*.

Cabe señalar, que no solo los presupuestos o principios que promulga la Convención hacían necesaria una reforma en esta materia de capacidad testamentaria en relación con las personas con discapacidad, especialmente intelectual, sino que además la necesidad de dicha reforma podría quedar también reforzada por otros cambios y modificaciones necesarias y aplicables a este ámbito. Autores como RUBIO GARRIDO[364], aprecian la necesidad de una reforma en materia de capacidad testamentaria, basándose en los siguientes aspectos: en primer lugar, la edad para testar

[364] RUBIO GARRIDO, T., en *Comentarios al Código Civil,* Tomo IV, (Arts. 588 a 818), Edición especial para el Consejo General del Notariado, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 5.112.

sigue siendo baja (dejando a salvo lo relativo al estamento ológrafo), y ello en comparación con la mayoría de edad, esto es, 18 años de edad, que según señala este autor era aún superior en tiempos pasados, como en el año 1889, donde la misma quedó fijada entre los 23 y 25 años; en segundo lugar, el desarrollo de la llamada capacidad natural, basado ello en la búsqueda obligada del estado mental de la persona en el momento en que ésta pretenda otorgar testamento; en tercer lugar, la posibilidad de que las personas incapacitadas puedan otorgar testamento, y ello en la forma que establecía el artículo 665 del Código Civil; y en último lugar, orientación, al menos implícita, para considerar el cabal juicio al tenido, normalmente, por una persona de 14 años, o sea identificado con ese grado incipiente de autogobierno que permite plasmar una voluntad nítida sobre a quién se quieren dejar los bienes *mortis causa* y una comprensión elemental de la transcendencia del negocio testamentario.

A continuación, y sin perjuicio de un desarrollo y análisis más exhaustivo de la materia a lo largo del presente capítulo, vamos a continuación a exponer de una forma general, las modificaciones que la Ley 8/2021 ha llevado a cabo en relación con la capacidad para testar, exposición que realizaremos en el orden de los artículos que han sido objeto de modificación por el mismo, y que resumimos en los siguientes aspectos:

a) En primer lugar, en cuanto al artículo 663 del Código Civil, no se modifica lo relativo a su párrafo primero en cuanto a la edad de testar al mantenerla en 14 años, edad que como acabamos de señalar previamente, puede tener sus detractores y partidarios, y ello en aras de considerar dicha edad como una edad demasiada baja en la cual la persona aún pueda no tener formada su voluntad completamente, o suficientemente madura para este tipo de acto o negocio jurídico, o por el contrario, que se sea una edad suficiente para poder llevar a cabo este acto jurídico. Sin embargo, sí que es objeto de modificación lo consignado en su apartado segundo, donde es modificada la tradicional expresión *"El que habitual o accidentalmente no se hallaré en su cabal juicio"* por una nueva terminología que se traduce en la expresión *"La persona que en el momento de testar tenga afectadas las facultades necesarias para hacerlo"*.

Esta modificación, nos acerca ya a uno de los objetivos o fines de esta modificación que realiza el Proyecto, puesto que lo que se quiere resaltar y ser tenido en cuenta, es la importancia de las facultades de discernimiento de la persona en el momento justo de otorgar testamento, juicio que como ya hemos señalado deberá ser realizado por el notario, y en los supuestos en que lo requiera, de los facultativos que este designe. Con ello, nos podemos plantear si a partir de ahora, es posible emitir un juicio, con carácter previo, sobre la capacidad de testar de una persona con discapacidad en la sentencia donde se dicten y regulen los apoyos que deben prestársele, o conforme a esta normativa, el único momento donde se puede hacer esta valoración es en el momento del otorgamiento del correspondiente testamento.

b) En segundo lugar, en lo referente al artículo 665 del Código Civil, y sin extendernos ahora, puesto que este precepto será analizado de una forma individual y detallada más adelante en el presente capítulo, puede resumirse en el reconocimiento y confianza que se atribuye a la labor notarial. Este artículo convierte al notario en, el apoyo principal y fundamental a la hora de otorgar un testamento, no solo para las personas con discapacidad, sino para el resto de personas.

c) En tercer lugar, la nueva regulación del artículo 695 del Código Civil, pone de manifiesto la importancia de la aplicación de las nuevas tecnologías para las personas con discapacidad, ya sea intelectual, física, sensorial, etc. Nos encontramos con uno de los pocos artículos dedicados a personas con discapacidad sensorial, ya que la columna vertebral de la Ley 8/2021 versa sobre la discapacidad intelectual.

No debemos olvidar que dentro de la Convención, el concepto discapacidad se ha configurado como un concepto amplio y general, el cual abarca todo tipo de discapacidad de la persona.

Esta aplicabilidad de los medios tecnológicos que hemos señalado, son recogidos al principio de este artículo con las palabras *"El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al notario"*, y asimismo en su último apartado cuando señala *"Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad."*.

d) En cuarto lugar, se modifica el artículo 697 relativo a la intervención e idoneidad de los testigos, suprimiendo el apartado segundo del mismo, y dejando este artículo solo con dos apartados. Ya hemos señalado con anterioridad, como afecta la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, sobre modificación en materia testamentaria en relación con la intervención de los testigos, suprimiendo con carácter general su presencia, especialmente en lo que refiere al testamento notarial abierto y cerrado ordinario, y dejando dicha intervención para concretas y especiales formas testamentarias, pero sin perjuicio de posibles intervenciones cuando así se requiera en los citados testamentos notariales abiertos y cerrados.

No obstante, cabe destacar en relación con la redacción de este precepto, las críticas que recibió por parte de diversos colectivos y asociaciones que representan a las personas con discapacidad, especialmente, el redactado por Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), en el cual, mediante su escrito de enero del año dos mil diecisiete[365], propone la siguiente redacción en relación con la modificación de este artículo 697 del Código Civil:

"*Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:*

1º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento. En tal caso, los testigos leerán el testamento en presencia del notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

2º Cuando el testador o el notario lo soliciten.

3º Cuando el testador sea una persona con discapacidad que precise apoyos para acceder al contenido del testamento, el notario ofrecerá la información y documentación mediante los canales o en los formatos apropiados a la discapacidad de que se trate, proporcionando o admitiendo los medios técnicos, materiales y humanos necesarios a dicho fin.".

[365] Se puede consultar este escrito en la siguiente página de internet: https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/propuesta-de-modificaci%C3%B3n-del-art%C3%ADculo-697-del-c%C3%B3digo-civil-para-eliminar.

La justificación de esta modificación del citado artículo, quedaba representada por los siguientes aspectos:

a) La eliminación de restricciones y evitar de este modo cargas añadidas a las personas con discapacidad cuando otorgan testamento.

b) La visión paternalista que proyecto el Código Civil hacia el colectivo que conforman las personas con discapacidad, proporcionando un trato desigual y con mayores cargas que el resto de testadores y que no poseen ninguna discapacidad, vulnerando de este modo el derecho a la intimidad y sigilo por la existencia de los testigos en el acto del otorgamiento de este esencial e importante negocio jurídico.

c) Esta nueva redacción que se planteaba, conlleva la no obligatoriedad en la intervención de los dos testigos que se proponen en los supuestos de testadores con ese tipo de discapacidad, lo cual hace que el acto sea mucho más gravoso que el resto, pudiendo ser sustituida dicha intervención por la información y documentación testamentaria que ofrezca el notario por medio de los canales o formatos apropiados a la discapacidad de que se trate, proporcionando o admitiendo los medios técnicos, materiales y humanos necesarios a dicho fin. Cómo podemos observar en estos supuestos, se aprecia la importancia de la figura del notario en la prestación de los apoyos necesarios para que las personas con este tipo de discapacidades puedan ejercer su capacidad jurídica o de obrar plenamente.

En este sentido, ya señalamos que la razón principal por la que la Ley 30/1991 suprimía la intervención de los testigos, buscaba la mayor intimidad y protección de la voluntad manifestada por el testador en el acto que realiza. Lo expuesto tuvo su resultado en una nueva redacción por parte de la Comisión General de Codificación de este artículo 697, suprimiendo la exigencia de la intervención de los testigos en los testamentos abiertos otorgados por personas con discapacidad visual o auditiva, remitiéndose por ello a las herramientas que se recogen en el artículo 695.

e) En quinto lugar, y agrupando los preceptos relativos a los testamentos cerrados, cabe destacar la modificación que se lleva a cabo en relación con éstos en cuanto a la forma de realizarlos, y ello como resultado de los avances y medios tecnológicos a los que ya nos hemos referido anteriormente, avances que han supuesto un antes y un después en lo que se relativo a estas formas testamentarias. Un ejemplo de lo expuesto, lo encontramos en el artículo 708, el cual, y sin perjuicio de mantener la prohibición de esta forma testamentaria en relación con las personas que no saben leer y escribir si incluye ahora la posibilidad de realizar este tipo de testamentos por personas que posean discapacidad visual, y ello como consecuencia de los expresados medios tecnológicos, y siempre y cuando se respeten los requisitos de validez que recoge el Código Civil.

Dentro de las modificaciones del ámbito del testamento cerrado, nos encontramos asimismo, con la añadidura de un último párrafo al artículo 709 en relación con la presentación de testamento otorgado por personas ciegas o con discapacidad visual, las cuales *"deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas."*.

Para ir concluyendo esta somera exposición de las modificaciones introducidas por el Proyecto de Ley, y como resultado de la evolución histórica y normativa de la

materia que estamos tratando dentro del Derecho de sucesiones, y aunque algunas de las figuras que hemos señalado queden fuera del ámbito propio de nuestro estudio relativo a la capacidad testamentaria, podemos citar otras modificaciones que se llevan a cabo en el citado Proyecto de Ley en cuanto a la incapacidades para suceder, como por ejemplo, la señalada en el primero apartado del artículo 753 del Código Civil en cuanto a la incapacidad relativa de suceder por el curador representativo de la persona que otorga testamento cuando éste se haya realizado con carácter posterior a la extinción de la curatela. Señalar a su vez, que este tipo de incapacidad para suceder también podrá ser extrapolable a los supuestos donde existan riesgos por la función representativa o de cuidado que se ejerza sobre la persona con discapacidad, y en la que pudieran incurrir indebidas influencias o presiones por parte de aquellas a éstas para de este modo, condicionar la redacción y disposición de su correspondiente testamento.

III.3. La capacidad testamentaria regulada en el artículo 665 del Código Civil y su problemática en la interpretación de los aspectos jurídicos que lo integran antes de su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Aspectos de su nueva regulación y significación como avance en el reconocimiento de la capacidad testamentaria de las personas con discapacidad

Una vez que hemos abordado en el anterior epígrafe los aspectos que con carácter general conforman la definición de la capacidad testamentaria, así como los orígenes normativos del artículo 665 del Código Civil antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, el cual, toma su redacción casi literalmente del Código mejicano[366], vamos a continuación a analizar con profundidad la forma testamentaria que regulaba este artículo, y ello mediante el estudio de los aspectos que han sido objeto de más discusión por parte de la doctrina civil, como por ejemplo, el ámbito de aplicación subjetivo de este artículo, o si el mismo solo era de aplicación en el caso de que la división de apoyos guarde silencio o puede ser extensible a otros supuestos, o bien, si estamos solamente en una forma testamentaria circunscrita al ámbito notarial, o también podía ser aplicada la regulación de este artículo a otras formas testamentarias, como son la correspondiente al testamento cerrado o el testamento ológrafo.

Asimismo, analizaremos también el determinante papel que desempeñaba y desempeña el notario en la forma testamentaria que regula este artículo, pero ésta ya puesta en relación también con la nueva perspectiva y regulación que ha conllevado la entrada en vigor de la Ley 8/2021, observando si dicha intervención es solo como un elemento formal y necesario para el otorgamiento válido de este tipo de testamento, o también, y como consecuencia de la entrada en vigor de la citada Ley que va a regular esta materia, será también revestido como la persona idónea para prestar los apoyos necesarios para que la persona con discapacidad pueda otorgar testamento válido en el ejercicio de su capacidad jurídica.

---

[366] ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y…,* op.cit, pág. 84.

Esta nueva atribución de funciones, encuentra su razón de ser en la regulación que recoge la Ley 8/2021 en el ámbito del derecho de sucesiones, concretamente, en materia de capacidad testamentaria, por medio de las modificaciones que lleva a cabo del artículo 665 del Código Civil, así como del artículo 663, y ello en consonancia a los principios que establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establecen que no pueda prohibirse, limitarse o restringirse cualquier tipo de derecho atribuido a las personas con discapacidad, entre ellos, a las personas con discapacidad intelectual, por medio de una sentencia judicial o cualquier otro tipo de pronunciamiento.

No es casualidad, que la Ley 8/2021 haya realizado la reforma de la capacidad testamentaria reformando los dos mencionados preceptos, esto es, el artículo 663 y el artículo 665, puesto que los mismos se complementan de una manera muy estrecha según veremos a lo largo del presente epígrafe.

Para el análisis de este artículo 665, debemos ineludiblemente partir de la redacción originaria del mismo antes de su reforma por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia testamentaria.

El artículo 665, en su redacción originaria, establecía lo siguiente: *"Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuanto éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos."*.

Posteriormente, y en virtud de la reforma operada por la citada Ley 30/1991, este artículo quedó redactado con la siguiente redacción: *"Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad."*.

La modificación que fue llevada a cabo en relación con este artículo, no queda solo en un plano o ajuste terminológico, sino que la misma conlleva una gran reforma operada en esta materia, y ello como consecuencia de los distintos elementos que integran dicho precepto.

Vamos a continuación a exponer las líneas generales y argumentos de los elementos que integran este artículo, así como de lo que significó la reforma en relación con la forma testamentaria que regula el mismo. Para ello, podemos resumir los principios generales que conformaban dicho precepto en los siguientes:

a) El principio de presunción de capacidad testamentaria de la persona, puesto que a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en los que no se admite la posibilidad de que una persona con discapacidad intelectual pueda realizar testamento, nuestro ordenamiento jurídico se decanta por una posición mucho más abierta y amplia, al incluir este tipo de forma testamentaria. Este principio de presunción de capacidad para testar de la persona, ya ha sido recogido en diversos pronunciamientos, entre ellos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1988 (Roj: 1965/1988), cuyo ponente fue el Magistrado Don Mariano Martín-Granizo Fernández, en la cual, por medio de su fundamento tercero (repetido), apartado a), se establece lo siguiente: *"Que constituye un principio general e indiscutido de derecho, consagrado por el Código Civil y confirmado*

por la doctrina de esta Sala, el de que la capacidad de las personas se presume siempre mientras que su incapacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo.".

b) La aplicación del principio de *favor testamenti,* o lo que es lo mismo, que dentro de nuestro Derecho de sucesiones, para que un testamento pueda ser declarado nulo, se necesita probar de forma concluyente la falta de capacidad que tenía el testador en el momento de otorgarlo. En consecuencia y como acabamos de señalar, este principio, puede ser aplicable desde la esfera de falta de capacidad de la persona que otorga el testamento, como desde la óptica de la validez del testamento.

En este sentido, podemos señalar, entre otros muchos ejemplos jurisprudenciales, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988 (Roj: 9400/1988), y cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Morales Morales, en la cual, en su fundamento de derecho Sexto, se expresa, *"[…], pues esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción iuris tantum que se ajusta a la idea tradicional del favor testamenti y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental (Sentencias de 25 de abril de 1959 y de 7 de octubre de 1989), así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción iuris tantum de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (Sentencias de 25 de marzo de 1957 ; 16 de abril de 1959 ; 7 de febrero de 1967 ; 21 de junio de 1986 ; 10 de abril de 1987), con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad […]."*; o asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo 231/2016, de 8 de abril, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz, en la cual, en el punto 4 del fundamento de derecho tercero, establece lo siguiente: *"4.- La sentencia de 19 de mayo de 2015, Rc. 230/2014 , aunque dictada en relación con el artículo 752 CC , puede ser traída como pauta interpretativa del precepto del Código Civil Catalán que nos ocupa, por cuanto, como hemos expuesto, ambos responden a una misma ratio preventiva relativa a la libertad de disponer del testador vulnerable. La sentencia declara lo siguiente: «conforme a la necesaria interpretación sistemática del precepto, también debe puntualizarse que su incidencia en el plano de la ineficacia testamentaria tampoco escapa a su debida ponderación por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido, no sólo como mero canon interpretativo, sino también como principio general del derecho, con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación a la voluntad manifestada por el testador (favor testamenti); [entre otras, SSTS 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012 y 15 de enero de 2013, núm. 827/2012]."*.

Estos dos ejemplos jurisprudenciales que acabamos de reseñar se corresponderían con la aplicación del principio *favor testamenti* en relación con la capacidad del testador.

Asimismo, y en lo que se refiere a la validez del testamento, podríamos señalar como ejemplo jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo 255/2015, de 19 de mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno, y donde se planteaba la nulidad de cláusulas testamentarias como consecuencia de los legados que la testadora realizaba a una orden religiosa, analizándose en consecuencia la interpretación y doctrina jurisprudencial resultante de la aplicación del artículo 752 del Código Civil.

c) Y como último principio general, la preferencia dentro del ámbito de nuestro Derecho sucesorio, de la aplicación de la sucesión testada sobre la sucesión intestada, y ello como desarrollo y preferencia de la voluntad de la persona a la hora de establecer el destino de su patrimonio después de su fallecimiento. No debemos olvidar, que si no fuera por la aplicación de este artículo 665 del Código Civil, las personas con discapacidad intelectual se verían abocadas inexorablemente a la sucesión intestada o legal, a no ser que antes de su declaración de incapacidad hubieran otorgado algún testamento.

Una vez señalados los principios generales que se desprendían de este artículo 665, vamos a continuación a señalar aspectos de carácter más concreto y que conforman dichos principios generales, incidiendo especialmente en las modificaciones que referente a éstos introdujo la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1991, y que debido a su importancia, analizaremos y serán abordados de una forma más detallada y concreta en los diversos sub-epígrafes que iremos desarrollando a continuación a este.

1) Como un primer aspecto a reseñar, podemos destacar que en la redacción originaria de este artículo se empleaba el término "demente", el cual fue sustituido por el "incapacitado por virtud de sentencia". Este cambio fue objeto de discusión doctrinal, en el sentido de señalar si el término demente también abarcaba a los perturbados de hecho, o por el contrario, solo era aplicable a las personas sobre las que había recaído una sentencia firme de incapacitación. En esta controversia doctrinal que se originó como consecuencia del citado cambio, nos encontramos con una parte de la doctrina, aunque más minoritaria, representada por autores como por ALBALADEJO GARCÍA[367] y LACRUZ BERDEJO[368], que defendían, en líneas generales, que la utilización del término demente también era aplicable a la esfera de los perturbados de hecho, y ello en contra de lo que mayoritariamente defendían la doctrina y jurisprudencia, basando su planteamiento, entre otros argumentos, en haber tomado la redacción este precepto de la utilizada en el Código mejicano para la regulación de esta materia, en el cual, sí queda recogida esta posibilidad. En sentido opuesto a esta minoritaria posición, nos encontramos una posición mayoritaria doctrinal, cuyos autores, entre otros, son citados por el propio ALABALADEJO GARCÍA, el cual señala a: BELTRÁN DE HEREDIA, PABLO, VALLET DE GOYTOSOLO, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, PUIG FERRIOL, MIGUEL TRAVIESAS, PUIG BRUTÁU, O´CALLAGHAN, ROCA SASTRE, ARMERO, HERNÁNDEZ GIL, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CASTÁN, BONET, DE ALFONSO, COELLO, SANTOS BRIZ, que mantiene que la aplicación de este artículo precisa de la preceptiva incapacitación judicial.

---

[367] ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo IX, Vol. 1.º-A, Artículos 657 a 693 del Código Civil, Ed. Edersa, Madrid, 1990, pág. 81-82.

[368] LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones,* Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1981, pág. 205.

No obstante, la modificación que supuso la Ley 30/1991 en la redacción de este artículo, se justificaba en adaptar la forma testamentaria que contemplaba este artículo 665 al vigente tratamiento legal de la incapacitación de la persona, y ello según consta expresamente reseñado en el párrafo segundo del preámbulo de dicha Ley, el cual establece lo siguiente: *"Esta revisión afecta a varios aspectos del testamento notarial cuyas características definitorias se conservan. Así, se ajusta el supuesto tradicionalmente denominado del testamento en intervalo lúcido al vigente tratamiento legal de la incapacitación: se prevé la identificación mediante el uso de documentos oficiales al efecto, inexistentes en 1889 con las características de los que existen en la actualidad, y se regula el empleo de medios mecánicos para la confección del testamento cerrado."*.

Esta nueva redacción, como una de las principales consecuencias de la misma, suponía que los perturbados de hecho ya no tenían cabida dentro del ámbito de aplicación de este número, circunstancia esta aún criticada por ALBALADEJO GARCÍA, posición que abordaremos más detenidamente cuanto analicemos el ámbito de aplicación subjetivo de este artículo. En este mismo sentido, hay autores como ÁLVAREZ LATA[369], que señalan que la posición de ALBALADEJO GARCÍA en cuanto a la aplicación por analogía de los incapaces de hecho de esta forma testamentaria redactada por el nuevo artículo 665, sería una interpretación demasiado extensiva de la letra de la Ley, que conllevaría *"verbi gratia"* la nulidad a priori del testamento ológrafo en esos casos.

2) Otras de las diferencias más relevantes en la redacción que se da a este artículo, es la inclusión en la nueva redacción de: *"Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento"*. Estas palabras, que sirven para incluir y adaptar la regulación de la forma testamentaria recogida en el artículo 665 al ámbito legal de la incapacitación y que operaba desde la reforma en esta materia en el Código Civil del año 1983, no ha estado exenta de críticas, motivadas principalmente por la relación que se pretendía establecer entre ambos campos jurídicos, esto es, el ámbito testamentario y el sistema legal de incapacitación.

En este sentido autoras como GÓMEZ LAPLAZA y DÍAZ ALABART[370], señalan que lo que se pretendía era que la limitación de la capacidad de obrar de los incapacitados no fuera genérica y uniforme para todos, sino que en la correspondiente sentencia de incapacitación el Juez adaptara y adecuara dichas limitaciones a la situación concreta de cada persona incapacitada, esto es, que la graduara, y ello con la idea de no privarle de su capacidad de obrar sino solamente en las cuestiones en las que fuera indispensable, buscando siempre y en todo momento su protección. Esta reseña de que por medio de la sentencia de incapacitación puede restringirse la capacidad de testar de la persona con discapacidad, entiéndase intelectual, ha conllevado a plantearse a buena

[369] ÁLVAREZ LATA, N., *Comentario al art. 665 del CC.,* en "Comentarios al Código Civil", BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), 3ª ed., Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2009, pág. 828.

[370] GÓMEZ LAPLAZA, M.ª C. y DÍAZ ALABART, S., *La capacidad testamentaria de los incapacitados,* en la obra colectiva "Estudios de Derecho de Sucesiones. *Liber Amicorum* T.F. Torres García", DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.ª P. (dirs.), HERRERO OVIEDO, M. (coord.), Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2014, pág. 533.

parte de la doctrina, de si es legalmente posible limitar o restringir, aunque sea de modo parcial, o bien, de forma total, la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad intelectual en ese momento procesal, más aun teniendo en cuenta, y como expresa el propio Código Civil, que el momento al que ha de otorgarse especial importancia en relación a la capacidad del testador, es el momento de otorgar el testamento, extremo éste que recoge expresamente el artículo 666 de dicho cuerpo legal, que establece lo siguiente: *"Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento"*[371].

Este debate doctrinal, tiene su razón de ser en que el momento idóneo y donde necesariamente se ha de apreciar la capacidad testamentaria del testador, dentro del ámbito del testamento abierto, es en el otorgamiento del mismo. En este sentido, autoras como ROCA TRÍAS[372], han señalado que dicho momento del otorgamiento es el momento transcendental para evaluar la capacidad del testador, dejando a un lado las incapacidades que pueden afectar al mismo, las cuales divide en tres tipos:

a) Un primer tipo, referido a la incapacidad que pueda afectar al testador de carácter permanente, pero sin que sobre el mismo haya recaído sentencia de incapacitación alguna. Para ello, la citada autora pone como ejemplo jurisprudencial la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1978 (Roj: 129/1978), cuyo ponente fue el Magistrado Federico Rodríguez Solano y Espín, en la cual, se anuló el testamento otorgado por una mujer en los términos que resultan del tercer apartado del CONSIDERANDO, y que señala lo siguiente:*"[…],por lo que al declararse por la resolución impugnada, a la vista de los diversos elementos de prueba aportados al juicio, que la otorgante del testamento, cuya nulidad se postula, padeció con varios años de antelación a su comparecencia ante el notario, de oligofrenia en grado segundo con facultades mentales inferiores a las de una niña de cuatro años, cuya enfermedad, por su carácter permanente e irreversible, no permite se produzcan intervalos de lucidez y al declararse nula dicha disposición testamentaria por el Tribunal "a quo", no incurrió ésta en las infracciones denunciadas en el motivo que por consecuencia carece de viabilidad."*.

No obstante, es conveniente añadir, que de la lectura de dicha sentencia, es necesario destacar la reseña que se hace a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1944 (Roj: 75/1944), cuyo ponente fue el Magistrado José Castán Tobeñas, que en relación con el momento del otorgamiento del testamento como espacio temporal donde apreciar la capacidad del testador, y que establece lo siguiente: *"la jurisprudencia de esta Sala tiene proclamada: Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario; que la apreciación de esa capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento del acto testamentario; que aunque la afirmación hecha por el notario de la capacidad del*

[371] Cabe destacar, que dicha mención al momento de otorgar testamento como pilar sobre el que ha de asentarse la evaluación de la capacidad del testador, ya estaba recogida tanto en el Proyecto del Código Civil de 1851, o llamado Proyecto de García Goyena, en el cual, por medio de su artículo 605, que expresaba que "Para calificar la capacidad de testar se atiende únicamente al tiempo en que se otorga el testamento".
[372] ROCA TRÍAS, E., *Comentarios al artículo 665 del Código Civil,* en "Comentarios a las reformas del C.C. desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre", BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1993, págs. 948-949.

testador puede ser destruida por ulteriores pruebas demostrativas de que en el acto del testamento no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, requiérese que dichas pruebas sean muy cumplidas y convincentes. De acuerdo con esta doctrina y por exigencia del artículo 666 del Código Civil , conforme al cual "para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento", resulta absolutamente necesario para que la impugnación de un testamento otorgado con los requisitos legales prospere, que se haya prescindido una prueba concluyente sobre el estado de incapacidad de la testadora precisamente y únicamente en el momento de otorgar el testamento. No vale la declaración genérica de incapacidad, pues ésta ya está contemplada en el artículo 665 que prevee la forma y requisitos para que puedan testar los incapaces en los intervalos lúcidos. No valen tampoco los hechos anteriores y posteriores al testamento porque lo que hay que demostrar es que no existía el intervalo lúcido afirmado por los facultativos y comprobado por el notario y los testigos.".

b) Un segundo tipo de incapacitación que puede afectar al testador, es la relativa a la incapacidad sobrevenida, es decir, que por trastornos psíquicos posteriores, el testador no tenga la capacidad necesaria para otorgar el testamento en cuestión, señalando la autora como ejemplo jurisprudencial de lo expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1977 (Roj: 57/1977), cuyo ponente fue el Magistrado Don Manuel González-Alegre Bernardo, en la cual, dentro del punto cuarto del recurso de casación se expresa literalmente lo siguiente: *"[…] Pues bien, en la sentencia de instancia, dice para negar la capacidad de la testadora, que se ha apoyado en el examen conjunto de la prueba y muy especialmente en los dictámenes periciales vertidos en el proceso. Precisa luego la circunstancia física y psíquica de la testadora, refiriéndolas: es persona de 79 años, que sufría desdé tiempo anterior una arteroesclerosis avanzada que disminuía su capacidad mental y que, más tarde, concretamente el día 6 de diciembre de 1972, fue internada en una clínica por padecer trombosis cerebral, progresiva e irreversible, de la que falleció veinte días después, mostrándose somnolienta, obnubilada y sólo capaz de responder a preguntas elementales para luego caer en sopor. Por ello, añade, no pudo explorarse su sensibilidad, sin que sea admisible la posibilidad de un intervalo lúcido. Y para concluir, que la testadora no se hallaba en su cabal juicio, sino privada totalmente de las precisas facultades de inteligencia y voluntad, y desmoronada su personalidad sin Juicio ni discernimiento para elaborar pensamientos y decisiones propias, aunque pudiera hacer algún gesto o pronunciar alguna palabra, incluso trazar maquinalmente en tal estado su propia firma."*.

c) Y para finalizar, y como tercer tipo a destacar en cuanto a las incapacidades relativas que pueden a afectar al testador, la autora señala que puede ocurrir que la incapacidad sea transitoria, y ello no porque el testador se encuentre afectado por una enfermedad que le impida el pleno uso de sus facultades mentales, sino porque como consecuencia de otras circunstancias la declaración de voluntad emitida por la persona que otorga testamento no sea realizada con la debida y suficiente voluntad y libertad requeridas para dicho acto. Este supuesto, viene recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1982 (Roj: 1162/1982), cuyo ponente fue el Magistrado Don Jaime Castro García, en cuyo primer CONSIDERANDO, se establece, "*que necesitada toda declaración de voluntad, encaminada a la producción de efectos jurídicos, de*

aptitud en el sujeto que la emite, es claro que integrado el testamento por un elemento constitutivo primordial, en que consiste la manifestación del causante tendente al logro de un resultado que el ordenamiento respeta y protege como querido por el testador (artículo 658 y 667 del Código Civil), obviamente carecerá de eficacia el negocio jurídico mortis causa cuando su autor adolece de falta total o de insuficiencia de las facultades intelectivas y volitivas, de manera que en el momento de otorgarlo, que es el de valoración de su capacidad (artículo 666 del mismo código), no ha podido el testador expresar su voluntad libre y conscientemente, ajustada al propio entender y querer interno; […] el 663, número segundo, del patrio niega la testamentifacción activa al que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, amplia fórmula asimismo utiliza en el campo del derecho foral […], en la que habrán de ser incluidas no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas sino también cualesquiera causas de alteración psíquica que impidan el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos, por carecer de conciencia y libertad en palabras.".

Siguiendo con este planteamiento de que en la sentencia de incapacitación se pueda o no privar a la persona con discapacidad intelectual de su capacidad de testar, y sin perjuicio del análisis y estudio que más detalladamente haremos de este supuesto más adelante, de forma general, podemos dejar ahora planteados de forma sistemática los supuestos que pueden derivarse de que la sentencia se pronuncie o no sobre la capacidad de testar de la persona con discapacidad intelectual, y que son los siguientes:

i) En primer lugar, que la sentencia no contenga pronunciamiento alguno sobre la capacidad de testar, supuesto éste que entraría de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 665 del Código Civil.

ii) En segundo lugar, que la sentencia contenga una pronunciamiento favorable sobre la capacidad de testar de la persona con discapacidad intelectual, lo cual supondrá que la misma podrá realizar testamento en la misma forma que cualquier otra persona sobre la que no haya recaído sentencia de incapacitación alguna, y no carezca de capacidad natural de querer y entender el acto que realiza. Se estará aquí únicamente a la emisión del juicio de capacidad que realizar el notario que autoriza el testamento. Dentro de este supuesto, podría darse una subcategoría, la cual estaría representada por el supuesto de que la sentencia contenga un pronunciamiento parcial sobre la capacidad de testar, supuestos que habrá que estar a lo que concreta y explícitamente recoja dicho pronunciamiento judicial. Un ejemplo característico de este tipo de casos, serán por ejemplo, los pronunciamientos judiciales que permitan a la persona con discapacidad intelectual otorgar un testamento solamente en lo que concierne a las cuestiones del alma, o bien, cuestiones de carácter personal, privándoles en lo que se refiere a la disposición *mortis causa* de sus bienes patrimoniales, ya sean inmuebles y muebles.

iii) Por último y en tercer lugar, podemos señalar el supuesto de que la sentencia de incapacitación prive de la capacidad de testar al incapacitado, siendo ésta cuestión muy debatida en el ámbito doctrinal. No obstante, dentro de este tipo de supuestos en los que se limita la capacidad de testar de la persona incapacitada, podemos encontrar un subtipo consistente en que en dicha sentencia se limite a la persona que se incapacita la facultad

de disposición y administración de sus bienes, pero sin hacer reseña alguna sobre la capacidad testamentaria de la misma, produciéndose aquí la problemática de si dicha limitación es extensible a la disposición de bienes *mortis causa*. Ya abordaremos esta cuestión también más adelante, pero sin perjuicio de poder adelantar que tanto la doctrina como dentro del ámbito jurisprudencial, se ha optado por entender que la administración de estos bienes *mortis causa* es diferente e independiente de la administración de los bienes *inter vivos*, y ello como consecuencia de la propia naturaleza y regulación específica de cada ámbito jurídico.

No obstante, y cuando se produzca estos supuestos de que la sentencia de incapacitación anule, restringa o prohíba el poder otorgar testamento a la persona incapacitada, la única manera de no abocar el destino de los bienes de esa persona a una sucesión legal o *ab intestato*, sería que la misma hubiese otorgado un testamento con anterioridad a la sentencia de incapacitación, o bien se hubiese dispuesto una sustitución ejemplar, o en última caso, se produjese con carácter posterior a la sentencia de incapacitación, y un procedimiento de modificación de medidas en el que se contemplase la facultad de poder testar de la persona incapacitada.

En este sentido, y como otra consecuencia a tener en cuenta dentro de estos supuestos en que se priva a la persona incapacitada de poder otorgar testamento mediante la correspondiente sentencia de incapacitación o resolución de provisión de apoyos, es el caso de que ésta haya otorgado con carácter previo a su incapacitación un testamento, ya sea abierto, cerrado u ológrafo, el cual no va a poder ser objeto de revocación por tener ahora su capacidad de testar restringida por dicha sentencia. Entiéndase aquí que nos referimos a un testamento válido, en el cual se habrán guardado todas las formalidades y solemnidades relativas a la forma testamentaria empleada, y que desplegará todos sus efectos desde el momento que el testador haya fallecido, y ello según contempla el artículo 664 del Código Civil, que señala que *"El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido"*. No obstante, este tipo de testamentos realizados con anterioridad a una sentencia de incapacitación, y no siendo muy lejanos en el tiempo a la misma, suelen ser objeto de una alta litigiosidad por parte de los herederos que ven afectadas o mermadas de alguna manera sus expectativas hereditarias.

Para terminar con esta cuestión de que sea en la sentencia de incapacitación donde se prive, restringa, o se limite aunque sea de forma parcial la capacidad testamentaria de la persona, podemos reseñar a su vez en relación con la misma una doble problemática legal:

Por un lado, y según ya hemos dejado señalado con anterioridad, si el momento idóneo donde habrá de ser valorada la capacidad del testador será el estado en que se halle el mismo al tiempo de otorgar testamento, se estaría dejando vacío de contenido lo establecido en el artículo 666 del Código Civil, precepto que ha sido utilizado y defendido por nuestra Jurisprudencia en numerosas sentencias, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 5023/1992, de 22 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Almagro Nosete, y en la cual, en su fundamento de derecho segundo, se reseña que *"dado que si establece el artículo 666 que "para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento", este mandato*

no impide que una sintomatología manifestada, abruptamente, con posterioridad, sirva como explicación de trastornos antecedentes de la conducta."..

Por otro lado, también estaríamos dejando sin sentido lo que establecía el apartado segundo del artículo 663 de dicho texto legal, puesto que estaríamos privando a todas las personas que no pueden testar, de hacerlo en los momentos de intervalos lúcidos o donde hayan podido recobrar su capacidad natural, esto es, de querer y entender la transcendencia del acto que están llevando a cabo.

Y por último, y según abordaremos más adelante en el presente trabajo, estaríamos contradiciendo los principios que promulga la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el sentido de que como consecuencia de la ratificación por parte del Estado español de dicha Convención en el año 2008, de acuerdo a ella, no es posible restringir, privar, limitar o anular cualquier tipo de derecho de las personas con discapacidad, sino al contrario, deberá ser el Estado el que garantice con las medidas necesarias que se prestarán todos los apoyos necesarios para que la persona con discapacidad pueda realizar el acto es cuestión, en este caso el testamento, y ello en las mismas condiciones de igualdad que el resto.

Cuestión distinta a lo expuesto, es si nos podemos plantear de qué manera o forma podrán ser realizados estos apoyos dentro del propio acto del otorgamiento del testamento, puesto que no debemos olvidar que estamos ante un acto de los llamados personalísimos, el cual no admite ningún tipo de representación, complemento de capacidad o asistencia. Esta cuestión la analizaremos más adelante cuando abordemos la temática del notario como figura ideal para prestar estos apoyos.

3) Para ir concluyendo con el análisis de las aspectos concretos antes y después de la reforma operada por la Ley 30/1991 sobre la redacción que conformaba el artículo 665, conviene señalar también la problemática que se suscitaba en torno a la designación de facultativos que realizaba el notario autorizante del acto testamentario, los cuales, previamente reconocían al testador, sin que dicho fedatario público pudiera autorizar el testamento cuando éstos aprecien la falta de capacidad testamentaria para el acto. Dentro de esta necesaria formalidad que contemplaba este artículo 665, se ha produjo dentro de nuestra doctrina un debate en torno al papel de estos facultativos, y ello como consecuencia de la interconexión que se producen entre dos ámbitos distintos, esto es, el ámbito médico y la esfera jurídica, quedando representado el primero de ellos por la intervención de los facultativos, y el segundo de ellos, por la intervención del notario que autoriza el testamento. Las líneas generales en las que podríamos resumir esta problemática, sin perjuicio de su correspondiente análisis detallado que realizaremos más adelante, son las siguientes:

a) En primer lugar, nos debemos referir al ámbito médico, y ello en lo que se refiere al tema de los facultativos. En este sentido, el artículo 665 se refería a un determinado número en relación con los mismos, esto es, de dos, designación que nos podría haber llevado a plantearnos, no solo si el número de éstos puede verse alterado por la intervención de más facultativos, o viceversa, si es posible y sin seguir la literalidad de la letra del artículo la intervención de uno solo de estos facultativos con la concurrencia del juicio del notario para el otorgamiento del preceptivo testamento. En este sentido podríamos adelantar ahora aquí, que la doctrina de modo general aceptaba la posible

intervención de más de dos facultativos a la hora de valora la capacidad de la persona con carácter previo al otorgamiento del testamento. Sin embargo, en el caso contrario, esto es, el poder solo comparecer un solo facultativo no parece un supuesto tan claro, puesto que en estas situaciones producía el riesgo de que el testamento fuese declarado nulo por un defecto de forma.

Asimismo, y siguiendo con la intervención de los facultativos, se planteaba la cuestión de qué tipo de especialistas tienen que ser, cuestión ésta también analizada por la doctrina, la cual, entendió que era mucho mejor la intervención de especialistas en psicología, psiquiatría u otras especialidades o disciplinas médicas análogas a éstas. No obstante, fue también y expresamente valorado por la jurisprudencia la intervención del médico de familia como un facultativo idóneo para poder apreciar la capacidad testamentaria de la persona incapacitada por sentencia, y ello como consecuencia de la experiencia en el desempeño de su función médica diaria, así como de ser un conocedor en primera persona del historial clínico del sujeto que pretendía otorgar testamento y de las patologías que pudieran afectarle en la realización de dicho acto jurídico o negocio sucesorio.

b) En segundo lugar, como otra de la problemática que presentaba la redacción de este artículo en esta materia que estamos tratando, es la referida a los dictámenes de estos facultativos, en cuanto a que los mismos tuvieran la consideración de determinantes para el otorgamiento del correspondiente testamento por parte de la persona con discapacidad intelectual, o dicho en otras palabras, si la emisión del juicio de capacidad que realizaba el notario estaba siempre supeditada a este juicio médico, o si por el contrario, el notario, a pesar de este juicio favorable podía discrepar del mismo, y en consecuencia negarse al otorgamiento del testamento, pues no debemos olvidar que estamos interconectando dos ámbitos diferentes, el médico y el jurídico, y su resultado en diversas ocasiones puede ser diferente, aunque lo normal es que sea coincidente.

Una vez que hemos dejado planteada desde una perspectiva general, la problemática jurídica en torno a este artículo 665 del Código Civil, a continuación vamos a ir abordando cada uno de éstos aspectos más controvertidos y que hemos señalado con anterioridad, los cuales, han sido objeto de diferentes discusiones e interpretaciones dentro de la doctrina civil.

Una vez que hayamos analizado de forma completa todas las cuestiones que planteaba la redacción del artículo 665 antes de su modificación operada por la Ley 8/2021, nos adentraremos en el estudio concreto del juicio de capacidad que realiza el notario para poder apreciar la capacidad testamentaria de la persona, y asimismo, analizar desde la entrada en vigor de dicha Ley, la nueva perspectiva y concepción de este fedatario público como principal e idóneo medio de apoyo para el ejercicio de la capacidad testamentaria por parte de las personas con discapacidad. Posteriormente, y como parte final del presente trabajo, abordaremos el nuevo paradigma que ha supuesto la entrada en vigor de la Ley 8/2021 en lo que se refiere a la capacidad testamentaria de las personas con discapacidad. En este sentido analizaremos el alcance de la reforma así como la nueva redacción que se lleva a cabo de este artículo, y en consecuencia, poder valorar si la misma ha sido respetuosa y fiel a los principios inspiradores que promulga la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y en consecuencia

qué elementos y aspectos concretos han sido necesarios modificar para dicha adaptación normativa.

III.3.1. El alcance subjetivo y ámbito de aplicación del artículo 665 del Código Civil antes de su modificación por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre

Uno de los aspectos controvertidos que habían surgido en torno al artículo 665 del Código Civil, especialmente en lo que resulta de su redacción originaria, es a qué personas alcanza o se aplica la forma testamentaria que regula dicho precepto, esto es, si solamente se podía aplicar a las personas incapacitadas en virtud de una sentencia firme, o si también, esta regulación alcanzaba a los denominados perturbados de hecho, es decir, personas que aún no han sido incapacitadas por sentencia.

Este debate, como hemos dicho, tenía su razón de ser en la redacción originaria que tenía el artículo 665, y que establecía lo siguiente: *"Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará al notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos."*. Como consecuencia de la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre en materia testamentaria, este artículo quedó modificado en el siguiente sentido: *"Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos Facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuanto éstos respondan de su capacidad."*.

Como se desprende la redacción de ambas versiones, resulta que donde antes se decía "*Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido"*, ahora se establece *"Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento"*.

La redacción originaria dada a este artículo 665, originó en su tiempo un debate dentro de la doctrina, basado en que la inclusión de la expresión de demente dentro de la letra del artículo conlleva incluir, aparte de los incapacitados como destinatarios de la norma, a los perturbados de hecho, supuesto éste que será más difícil incluir en la regulación que en este sentido realizo la Ley 30/1991 de dicho precepto.

Este debate doctrinal, estaba dividido o representado por dos corrientes, siendo una de ellas, la más minoritaria, la representada por ALBALADEJO GARCÍA, como máximo percusor, y defendida también por LACRUZ BERDEJO, y otra corriente, siendo ésta la mayoritaria y asimismo aceptada por la jurisprudencia, la cual, quedó representada, y según cita el propio ALBALADEJO[373], en autores como BELTRÁN DE HEREDIA, PABLO, VALLET DE GOYTOSOLO, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, PUIG FERRIOL, MIGUEL TRAVIESAS, PUIG BRUTÁU, O´CALLAGHAN, ROCA SASTRE, ARMERO, HERNÁNDEZ GIL, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CASTÁN, BONET, DE ALFONSO, COELLO, SANTOS BRIZ. Asimismo ALBALADEJO, señalaba que otros

[373] ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y.*…op.cit. pág. págs. 81-82.

autores como NAVARRO AMANDI, SÁNCHEZ ROMÁN, OSSORIO Y SCAEVOLA, entendían que también es aplicable al loco de hecho.

En cuanto a la posición doctrinal defendida por ALBALADEJO[374], este autor afirma, que a pesar de que la mayoría de la doctrina así como la jurisprudencia[375] entienden que el artículo habla de personas que hayan sido incapacitadas judicialmente, el texto legal se está refiriendo a todo demente habitual que se halle en intervalo lúcido, esté o no declarado judicialmente como incapacitado, por lo que en conclusión el artículo en cuestión abarca tanto al demente judicialmente incapacitado como al loco de hecho al que no se incapacitó.

Los argumentos utilizados por este autor en su concepción de que el artículo 665 no solo se refiere a personas incapacitadas, sino también al perturbado de hecho o demente que pretende otorgar testamento en intervalo lúcido, los podríamos resumir en los tres siguientes argumentos:

1) En primer lugar, en la base normativa, puesto que el legislador no redactó este artículo siguiendo nuestro derecho histórico, ni el Proyecto de García Goyena, sino el entonces vigente Código mejicano del año 1871, haciendo una síntesis de los artículos que en dicho código trataban esta materia y que fueron resumidos en el citado artículo 665.

2) En segundo, lugar, de conformidad con lo establecido en el artículo 200 de nuestro Código Civil en su redacción originaria. Hasta su reforma del año 1983, este artículo 200 establecía lo siguiente:

"Están sujetos a tutela:

1.º Los menores de edad no emancipados legalmente.

2.º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir.

3.º Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos.

4.º Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil.".

En lo que se refiere a los menores de edad, podemos tener el caso de menores en los que concurra causa de incapacitación, siendo esta persistente más allá de la mayoría de edad, y en consecuencia, podrían ser incapacitados por las personas que ejerzan su tutela o patria potestad, y todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 205 de la época. Sin embargo, si dicha incapacitación no se solicita, bien porque no se pide o porque se considera que dicha causa o causas de incapacitación desaparecerán con el tiempo antes de la mayoría de edad, estos menores, de acuerdo con la facultad que les otorga el apartado 1º del artículo 663, podrían otorgar testamento, negocio jurídico que por su incapacitación necesitarían de la intervención de dos facultativos aún sin estar incapacitados mediante la correspondiente sentencia judicial, so pena de mantener la

[374] ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y…*op.cit. pág. pág. 80.

[375] En este sentido y según cita el propio ALBALADEJO GARCÍA, las sentencias de 10 de junio de 1897, 25 de octubre de 1901, 22 de enero de 1913, 18 de abril de 1916 y 12 de mayo de 1962, señalan que el artículo en estudio se refiere a los incapacitados judicialmente. No obstante, este autor, también reseña que existen pronunciamientos de la Jurisprudencia, como son las Sentencias de 7 de junio de 1907 y de 16 de noviembre de 1.918, en los cuales, consta acreditado que no es necesario la declaración judicial de incapacitación para poder usar y aplicar el artículo 665 del Código Civil.

posición contraria de la que defiende el autor que solamente se aplicará los presupuestos del artículo 665 del Código Civil a los incapacitados judicialmente.

3) Y en tercer lugar, si el artículo 665 se refiriese solamente a los incapacitados judicialmente, podrían testar, hasta en la forma de testamento ológrafo, sin intervención de los facultativos, los dementes no incapacitados judicialmente o perturbados de hecho, porque como dice este autor, lo verdaderamente sensato en estos supuestos, es que salvo que se demuestre el cabal juicio al momento de testar por el demente no incapacitado o perturbado de hecho, se presuma que carece de él entonces quien en tal época se halla habitualmente demente. Es por ello, que en virtud de lo expuesto, y como el supuesto de aplicación práctica de este artículo 665 era asegurarse de que el incapacitado judicialmente goza de un intervalo de lucidez cuando otorgar testamento, debe aplicarse por analogía dicha formalidad al demente habitual que también goce de un intervalo de lucidez.

En este sentido, podemos citar a autores como GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN HERRANZ[376], los cuales, cuando se refieren a las personas que no tienen capacidad para hacer testamento, señalan entre otros supuestos, a *"los que padecen enajenación mental, mientras se hallen en ese estado; y así se presume hasta que se prueba lo contrario, si la demencia era el estado habitual del testador."*[377].

Asimismo, otros autores como SÁNCHEZ ROMÁN[378], señala que *"El sistema del Código en este punto de la capacidad mental, consiste en presumirla, por regla general, salvo prueba en contrario; negar capacidad, en principio, á todos los estados de mayor ó menor perturbación mental, pero admitiendo la consideración de prueba que justifique, aun en esos estados, la capacidad actual suficiente, como sinónima de cabal juicio que es su medida legal, al tiempo de otorgar el testamento, incluso por el mismo demente ó incapacitado habitualmente, por la doctrina de los intervalos lúcidos, y establecer medios que puedan servir, en todo caso, á garantizar la verdad del cabal juicio del testador, como se deduce de las prescripciones de los arts. 665 y 685."*. En relación, con este autor[379], podemos señalar que también sería uno de los partidarios de la doctrina que entienden que este artículo 665 no se engloba únicamente dentro de la demencia declarada oficialmente, sino que dicho artículo puede y debe ser utilizado en todos aquellos casos en que el notario dude del cabal juicio del testador, sin olvidar también la relación que guarda el citado precepto con el artículo 685, donde notario y testigos deben procurar asegurarse de la capacidad del testador, también extensibles a los dementes declarados judicialmente como a los dementes que no lo están.

Uno de los autores que defienden también esta posición doctrinal representada especialmente por ALBALADEJO, es LACRUZ BERDEJO[380], quien señalaba que la

---

[376] GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN HERRANZ, J.M., *Elementos del Derecho Civil y Penal de España,* 14ª ed., revisada y corregida, Tomo II, Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1886, pág. 25.
[377] Ley 13, tít., I, Part. VI. Gregorio López, en la glosa 6.ª (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 11de Febrero de 1860.)
[378] SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil,* Tomo Sexto, vol.1.º, 2ª ed., Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pág. 216.
[379] SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil VI.*…, op.cit. pág. 217.
[380] LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, F.de A., *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones,* Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988, pág. 215.

incapacidad para testar no se deriva estrictamente de la incapacitación, puesto que el loco, aun estando el mismo incapacitado como consecuencia de la afectación de una determinada enfermedad mental, puede otorgar testamento en los momentos en que se encuentre en intervalo lúcido y recobre la lucidez, o dicho en otras palabras, en los momentos temporales en que se posea la suficiente capacidad natural para realizar este acto o negocio jurídico *mortis causa,* y ello según se desprenden del artículo 665.

Este autor, basa su posición sobre la base de dos aspectos: por un lado, de acuerdo con lo que el texto y el espíritu o finalidad del propio artículo 665; y por otro lado, sobre la base normativa que recoge el Código Civil mejicano, y que sirve para la redacción de este artículo. Asimismo, resalta el carácter de excepcional de dicho artículo, como consecuencia de los inexistentes precedentes normativos que hay sobre esta materia, tanto en el Proyecto de 1851, como en los Códigos civiles de nuestro entorno, como el francés e italiano.

Para poder apreciar mejor este planteamiento recogido por el autor, consideramos conveniente dejar reseñados a continuación los artículos del Código Civil mejicano vigente en ese momento, cuya síntesis fundamenta el precepto que ahora es objeto de estudio.

El artículo 3414, se refiere a la validez de los testamentos otorgados antes de la enajenación mental, esto es, de los testamentos de los dementes en intervalo lúcido.

Por su parte, el artículo 3416 señala que siempre que un demente pretenda hacer testamento, tanto su tutor, y en defecto de este su familia, dirigirán una solicitud por escrito al Juez, el cual, acompañado de dos facultativos, se trasladarán a la casa del paciente.

Asimismo, el artículo 3417 nos habla del examen de los facultativos al enfermo, quienes conjuntamente con el Juez, realizaran cuantas preguntas consideren oportunas al efecto de cerciorarse de su estado mental, estado del que se levantará acta formal para su constancia, y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 3418.

Para ir concluyendo el elenco de estos preceptos normativos, el artículo 3419, establece que el resultado es favorable, se procederá a la formalización del correspondiente testamento.

Y por último, el artículo 3420, dice que al pie del testamento se pondrá razón expresa de que durante todo el acto el paciente conservo perfecta lucidez de juicio, requisito forma y sin cuya constancia expresa el testamento sería nulo.

De la lectura de estos preceptos del Código mejicano, se extrae el argumento de que los destinatarios de este precepto resultaban ser tanto los incapacitados judicialmente como los perturbados de hecho o incapacitados no judicialmente.

Para finalizar la posición doctrinal defendida por LACRUZ BERDEJO[381], este autor refuerza su planteamiento en la interpretación que realiza del artículo 665 del Código Civil, y ello en un doble sentido:

[381] LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, F.de A., *Elementos de Derecho Civil V.*…, op.cit. págs. 215-216.

a) En primer lugar, porque no sería nada prudente obviar toda vigilancia sobre el testador que no se encuentra incapacitado y que habitualmente no se halla en su cabal juicio, aunque el mismo tenga intervalos lúcidos, porque sin la regulación que se contempla en este artículo, dicho testador no podría otorgar testamento.

b) Y en segundo lugar, porque atendiendo a la literalidad de la letra que se recoge en este precepto, se habla de "demente" y no de "incapacitado por demencia", y solo será mediante el mecanismo o forma testamentaria que contempla el mismo por medio del cual podrá testar, a excepción, de que se le reintegre la capacidad por medio de la correspondiente sentencia judicial, y con ello salga del ámbito de aplicación práctica de este precepto.

A continuación, y una vez expuesta la corriente doctrinal en el sentido de si el artículo 665, en su redacción originaria, conllevaba considerar aplicable el precepto, no solo a los incapacitados judicialmente, sino a los perturbados de hecho, vamos a continuación a entrar analizar lo que defendía la corriente mayoritaria, la cual estaba representada por una multitud de autores, señalando entre otros, a BELTRÁN DE HEREDIA, PABLO, VALLET DE GOYTOSOLO, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, PUIG FERRIOL, MIGUEL TRAVIESAS, PUIG BRUTÁU, O´CALLAGHAN, ROCA SASTRE, ARMERO, HERNÁNDEZ GIL, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CASTÁN, BONET, DE ALFONSO, COELLO, SANTOS BRIZ. En esta exposición, y debido a la gran cantidad de autores que defendían esta posición doctrinal, creemos conveniente realizar un resumen con las explicaciones dadas por alguno de ellos, las cuales nos sirvan como ejemplos representativos para dejar expuesta su argumentación doctrinal, y ello con el fin de aclarar porque no es posible incluir a los perturbados de hecho o dementes que habitual o accidentalmente no se encuentran en su cabal juicio y no están incapacitados judicialmente, dentro del que fue ámbito de aplicación de este artículo.

No es casualidad que hayamos elegido a BELTRÁN DE HEREDIA[382], como primero de los autores que vamos a utilizar para exponer esta línea doctrinal, y ello como consecuencia del estudio que lleva a cabo en torno a este tema, destacando seguidamente las siguientes consideraciones de interés:

1) Este autor, fundamentaba su defensa de que el artículo 665 se refiere solo y exclusivamente a los declarados judicialmente incapaces y no a los perturbados de hecho, partiendo del carácter general que contemplaba el artículo 663, en su apartado 2º en lo referente al cabal juicio, en interconexión con las formas más concretas que recogían los artículos 664 y 665 del Código Civil. Destaca que esta distinción está no solo admitida en la Jurisprudencia, como señala la consultada y antigua sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1897 (Roj: 603/1897), cuyo ponente fue el Magistrado Don Enrique de Illana y Mier, en la cual, en el último párrafo antes del último considerando, se establece literalmente que *"Considerando que caen consiguientemente por su base dichas infracciones, ni existe tampoco la del art. 665, cuyo precepto se refiere clara y terminantemente á las condiciones que deben cumplirse para que un demente pueda*

[382] BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P., "Incapacidad de testar del que <<habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio>>", en *Revista de Derecho Privado,* Tomo L, Enero-Diciembre, Madrid, 1966, págs. 249 y ss.

testar aprovechando un intervalo lúcido, distintas de las reguladas en el 685, cuando el testador no se haya reconocido como demente."; así como en las también y antiguas sentencias señaladas por este autor de fechas 25 de octubre de 1901, que reseña que *"Sin estar judicialmente declarada la incapacidad mental de una persona no puede reputársela constituida en estado permanente de demencia ni, por tanto, darse el caso a que se refiere el artículo 665 del Código Civil."*,; o bien, la de 22 de enero de 1913, que establece que *"Del texto de los arts. 665 y 685 del Código Civil, como de la doctrina reiteradamente establecida por el Tribunal Supremo se deduce que las garantías del art. 665 sólo son de observar cuando se trata de testamento que haya de otorgar el que esté judicialmente declarado incapaz, pues en los demás casos basta con que el notario y los testigos procuren asegurarse de que a su juicio tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar conforme al art. 685."*.

2) Para este autor, una de las principales diferencias entre el incapacitado judicialmente y el perturbado de hecho dentro del ámbito de aplicación práctica del artículo 665, es que en el caso del incapacitado judicialmente hay una presunción absoluta de incapacidad desde el momento en que fue dictada la preceptiva sentencia de incapacitación, y en consecuencia, contra esta presunción no cabe más prueba en contrario que el testamento hubiera sido otorgado en un intervalo lúcido, esto es, se consagra que la incapacidad es el principio general, y la excepción es la capacidad de la persona, mientras que en el caso del perturbado de hecho, se produce todo lo contrario, la capacidad testamentaria de la persona es la regla general, y la incapacidad para llevar a cabo el acto es la excepción, o dicho de otra manera, la capacidad se presume y la incapacidad habrá que probarla. Es en virtud de lo expuesto, en este ámbito que regulaba el artículo 665, el Código Civil adoptaba la interpretación que el intervalo lúcido es lo excepcional o accidental, y el estado de enajenación mental la regla general.

En este sentido de que el no declarado judicialmente incapaz se presume capaz, es también defendido por autores como VALLET DE GOYTISOLO[383], el cual, expresa una argumentación basada en resoluciones judiciales, y señala que *"la integridad mental en orden a la facultad de testar constituye una presunción iuris tantum"* (Sentencias de 16 de noviembre de 1918, 8 de mayo de 1922, 25 de octubre de 1928, 24 de noviembre de 1933, 10 de abril de 1944, 21 de abril de 1965 y 26 de marzo de 1969), y en consecuencia es necesario que *"se demuestre cumplidamente la incapacidad del testador, destruyendo esta presunción iuris tantum"* en contrario (Sentencia de 23 de marzo de 1924), y que *"obliga estimar que concurre capacidad plena en el testador si no existe prueba completa y evidente en contraste"* (Sentencia de 3 de febrero de 1951), es decir, que esa *"prueba en contrario"* requiere *"que la incapacidad que se atribuye al testador tenga cumplida demostración"* (Sentencia de 1 de febrero de 1956), o sea, *"que las pruebas de que disponga para ello [el Juzgador] sean convincentes"* (Sentencia de 21 de marzo de 1974).

[383] VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho de Sucesiones. II Perspectiva Dinámica,* Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1984, pág. 31.

Asimismo, otro de los autores que también basaba su defensa en estas presunciones que estamos señalando, es MIGUEL DE LAS TRAVIESAS[384], que afirma que en el caso de que no exista tal declaración de incapacitación, habrá que estar a cada caso en concreto, en el cual habrá que analizar y fijar si en el momento de otorgar testamento el perturbado de hecho está en su cabal juicio, y ello como consecuencia del que en el supuesto de los incapacitados judicialmente existe una presunción general de incapacidad, y en el caso de los dementes que no están incapacitados judicialmente, no existe dicha presunción de incapacidad, sino todo lo contrario, es decir, se aplica la regla general de capacidad, y por ello se entiende que son plenamente capaces para otorgar testamento salvo que se demuestre lo contrario con las pertinentes pruebas.

3) Siguiendo con otro de los argumentos que nos presentaba BELTRÁN DE HEREDIA[385], lo encontramos en la naturaleza de la intervención de los facultativos, puesto que en el caso de los incapacitados judicialmente, dicha intervención no solo se realiza como medio de prueba, sino también como requisito de solemnidad propio de esta forma testamentaria, y en el caso de los perturbados de hecho o dementes no incapacitados judicialmente, no es necesaria dicha intervención, salvo que a juicio del notario y de los testigos, apreciasen estos la falta de capacidad o aptitud para testar, siendo en esta caso, la intervención de los facultativos a efectos de salvar la validez del acto y responsabilidades de los intervinientes.

Para finalizar las líneas argumentativas que eran recogían por esta posición doctrinal, podemos observar como uno de los argumentos en los que se basaba o se apoyaba la misma, es el respaldo que la jurisprudencia proporcionaba a la defensa de su interpretación, y como apreciaban DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS[386], de una forma constante, ha quedado relacionado este artículo 665 con una declaración judicial de incapacidad, pese a que en el mismo sólo se habla del demente, sin exigir aquella, y en este sentido citan, entre otras, las Sentencias de 27 de junio de 1908, 11 de enero de 1913 y 18 de abril de 1916.

En este mismo sentido exigir una declaración judicial para poder aplicar este artículo, se posicionan autores como CASTÁN TOBEÑAS[387], y para ello utilizó diversos pronunciamientos jurisprudenciales, como por ejemplo, la Sentencia de 25 de octubre de 1901, la cual señala en lo que aquí interesa, que sin estar judicialmente declarada la incapacidad mental de una persona, no puede reputársela constituida en estado permanente de demencia ni, por tanto, darse el caso que requiere el artículo 665; o la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1913 (Roj: STS 12/1913), cuyo ponente fue el Magistrado Don Ramón Barroeta y Jiménez, referida a la aseveración realizada por el notario de una persona que no se encuentra judicialmente incapacitada; o bien, la citada Sentencia de 8 de mayo de 1922 al referirse a la integridad mental en orden

[384] MIGUEL TRAVIESAS, M., "El testamento", en *Revista de Derecho Privado,* Tomo XXI, Enero-diciembre, Madrid, 1934, pág. 111.
[385] BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P., "Incapacidad de testar del que <<habitual o accidentalmente no se hallare…", op.cit. págs. 251-252.
[386] DÍEZ-PICAZO Y GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, 3ª ed., revisada y puesta al día, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1986.
[387] CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral,* Tomo Sexto, Derecho de Sucesiones, volumen segundo, 7ª ed., revisada y puesta al día, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1973, pág. 33.

al derecho de testar como una presunción *iuris tantum*; y como último ejemplo jurisprudencial a señalar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1927 (Roj: STS 819/1927), cuyo ponente fue el Magistrado Don Mariano Avellón Quemada, la cual establece la importancia del juicio notarial en relación con la capacidad de la persona, extremo éste que requerirá de la aplicación de lo recogido en los artículo 685 y 666 del Código Civil.

En esta línea jurisprudencial, y como ejemplo más reciente que aglutina lo recogido por las sentencias citadas en el párrafo anterior, tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1982 (Roj: 1162/1982), cuyo ponente fue el Magistrado Don Jaime Castro García, en la cual, en el penúltimo considerando se constata expresamente lo siguiente: *"[…]; y el motivo tercero, amparado el anterior en la causa primera del artículo 1.692 de la Ley Procesal, cita como violado el artículo 665 de aquel Cuerpo sustantivo cuando la Sala sentenciadora tiene por no demostrada la demencia, a lo que ha de añadirse que el precepto en cuestión y las garantías que señala convienen, según generalizado parecer doctrinal -con alguna autorizada voz discrepante- y reiterada jurisprudencia (sentencias de 10 de junio de 1897, 25 de octubre de 1901, 22 de enero de 1913 y 12 de mayo de 1962), a quien ha sido declarado judicialmente incapaz y por ello no puede conceptuársele autor de una manifestación de voluntad consciente, de suerte que en los demás supuestos basta con que el notario y los testigos procuren asegurarse de que a su juicio tiene el testador la lucidez necesaria para testar, conforme el artículo 685."*.

En relación con la aplicación subjetiva del ámbito de aplicación del artículo 665 solamente en cuanto a los incapacitados judicialmente, y no en relación a los perturbados hecho o dementes no incapacitados judicialmente, aparte del apoyo que la jurisprudencia proporcionó en este sentido, y siendo esto una de las bases argumentativas de los partidarios que defendían esta posición doctrinal, hubo una serie de autores como por ejemplo, COELLO GALLARDO[388], HERNÁNDEZ GIL[389], PUIG BRUTAU[390] o ROCA SASTRE[391], quienes amplían dicha argumentación, en el sentido de destacar que será la labor propia que desempeña el notario, así como los testigos, en cuanto al análisis de la capacidad del testador, el mecanismo idóneo y aplicable a los perturbados de hecho o dementes sobre los cuales no exista aún una declaración judicial de incapacitación. Será únicamente en estos supuestos o casos, en que atendiendo a las circunstancias personales de la persona en el acto del otorgamiento de testamento, y siempre y cuando pudieran surgir razonables dudas en cuanto a la capacidad testamentaria de la misma, se pueda solicitar la intervención de los facultativos médicos de igual modo que señala el artículo 665, para así poder asegurarse la capacidad testamentaria de la persona, pero ello, no

[388] COELLO GALLARDO, A., *Sucesiones. Comentarios a los artículos del Código Civil con la jurisprudencial aplicable y formularios prácticos,* Tomo I, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, pág. 62-63.

[389] HERNÁNDEZ GIL, A., .*Lecciones de Derecho Sucesorio (Resumen de Explicaciones de Cátedra),* Ed. Sucesores de Rivadeneyra, S.A., Madrid, 1969, pág. 85.

[390] PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil,* Tomo V, 2ª ed., ampliada y puesta al día, volumen II, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, págs. 37-38.

[391] ROCA SASTRE, R. M.ª, en KIPP. T., *Derecho de Sucesiones.* Traducción de la decimoprimera revisión. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, volumen primero, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1976, pág. 196.

como requisito formal indispensable que suponía este artículo en los casos de otorgamiento de testamento por la persona que se encuentra judicialmente incapacitada, sino como mecanismo idóneo que pudiera servir para salvar en la medida de lo posible la futura impugnación a que pudiera verse sometido este testamento, así como en lo concerniente a la responsabilidades que se deriven tanto de la intervención notarial como de la de los testigos.

No obstante, y una vez expuesta la problemática doctrinal que surgió en torno a la interpretación de si el antiguo artículo 665 del Código Civil era aplicable a los perturbados de hecho no incapacitados judicialmente, lo que se desprende claramente como consecuencia de la reforma operada por la Ley 30/1991, es que la nueva redacción dada a este precepto conlleva a considerar que la forma testamentaria que se regulaba en el mismo solo abarca a los incapacitados judicialmente, lo que para ALBALADEJO GARCÍA[392], significa que esta modificación no solo ha venido a recoger con más claridad la interpretación del artículo en cuestión, sino que ha significado un cambio en el espíritu de su aplicación subjetiva, alcanzando solamente a los incapacitados judicialmente, extremo éste que resulta desacertado para el autor.

En este sentido, y bajo la redacción llevada a cabo por la Ley 30/1991 del artículo 665, ALBALADEJO GARCÍA[393], señalaba que la razón de sospecha de falta de cabal juicio en el momento de realizar el testamento, surge de igual tanto para los incapacitados judicialmente como para los perturbados de hecho, y ante ambas sospechas, la solución debería ser igual, esto es, la intervención de los facultativos para asegurarse del estado de juicio cabal de la persona que otorga testamento, lo que prueba que ante estos supuestos debe darse la misma solución.

Asimismo, este autor, en relación con los defensores de la postura que este artículo 665 solo operaba en cuanto a los incapacitados judicialmente, afirma que éstos pueden alegar que la aplicación del artículo 665 a los perturbados de hecho significaría la invalidez del testamento que estos hubieran otorgado con anterioridad sin la asistencia de los pertinentes facultativos, con los consiguientes inconvenientes, planteamiento que es rebatido por el citado autor como consecuencia de la falta de intervención de los facultativos desde una doble perspectiva: por un lado, que es mucho más prudente declarar la invalidez del testamento otorgado por el perturbado de hecho sin la intervención de los facultativos, puesto que el notario, puede equivocar su dictamen en el juicio de capacidad por desconocer el funcionamiento de la enfermedad que posee el testador en el momento de realizar este acto jurídico *mortis causa*, al no ser ésta su área de conocimiento propia; y por otro lado, que si se alegase que el testamento otorgado por el perturbado de hecho es válido porque el mismo fue realizado en un intervalo lúcido, la no intervención de los facultativos también podría extrapolarse y declararse la validez de los testamentos realizados por los incapacitados judiciales en intervalo lúcido, sin ser

[392] ALBALADEJO GARCÍA, M., "Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de Modificación del Código Civil en materia de testamentos", en *Revista de Derecho Privado,* Tomo LXXVI, enero-mayo, Madrid, 1992, pág. 717.
[393] ALBALADEJO GARCÍA, M., "Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley…", op.cit. pág. 724.

motivo suficiente el señalar que en este caso no es válido el testamento porque existe una sentencia de incapacitación.

Podemos traer aquí la definición de intervalo lúcido que realizó BELTRÁN DE HEREDIA[394], el cual, partiendo de su mismo sentido gramatical y de la preexistencia de una enfermedad mental, que quita la capacidad de entender y querer, "*se puede considerar el intervalo lúcido como aquel estado en el cual un enfermo mental recobra, transitoria y plenamente, sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural en la evolución de su enfermedad, bien sea por el empleo de un tratamiento médico adecuado*".

Una vez que hemos dejado analizada la problemática que surgió dentro de la doctrina civilista en relación con el ámbito de aplicación subjetivo de la normativa recogida en el artículo 665 en su redacción originaria, o dicho en otras palabras, de los destinatarios a los que iba dirigida la norma, vamos a continuación a seguir con nuestra hoja de ruta marcada al principio de este epígrafe en cuanto al estudio y análisis de la capacidad testamentaria regulada por medio de dicho artículo, pero ahora ya desde la redacción que al mismo se le atribuyó por medio de la Ley 30/1991.

En este sentido, y bajo la modificación que dicha Ley llevó a cabo del citado precepto, abordaremos la problemática jurídica que se desprende de los nuevos elementos que integran y conforman esta redacción, así como la asimilación e introducción de esta materia bajo el ámbito de aplicación del tratamiento legal de la incapacitación que propugnaba dicha Ley, integración que derivó en la problemática jurídica de si la sentencia el momento idóneo para regular y dictaminar dicha capacidad de la persona incapacitada.

Analizaremos también las distintas situaciones que se podían producirse en el caso de que la sentencia optase por pronunciarse o no en cuanto a la capacidad testamentaria de la persona, lo que conllevaba el planteamiento de diversos y diferentes supuestos como consecuencia de ello, los cuales podemos sintetizar en los siguientes:

En primer lugar, que la sentencia no decretase nada en torno a la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad, y en consecuencia quedaba supeditado este juicio de capacidad al momento de otorgar testamento, momento que creemos debería ser el idóneo para su valoración y donde era de aplicación lo establecido en el artículo 665 del Código Civil.

En segundo lugar, que la sentencia se hubiera pronunciado en un sentido contrario y de carácter negativo, restringiendo o limitando, ya sea de forma parcial o total, la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad, supuesto este recogido de forma generalizada en muchas de las sentencias analizadas. Cabe reseñar, que dentro de este supuesto, podemos encontrar una sub-modalidad, que es el reconocimiento parcial en cuanto a la capacidad testamentaria, esto es, reconocer que la persona pueda disponer en testamento de diferentes aspectos de su vida, como bienes muebles, cuestiones médicas, cuestiones relativas a fines piadosos, aspectos personales, pero sin que ello implicase un reconocimiento o autorización a la disposición de bienes de carácter patrimonial o de

[394] BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P., "Incapacidad de testar del que <<habitual o accidentalmente no se hallare…", op.cit. pág. 253.

ciertos bienes que por su valor y complejidad requieran una especial capacidad cognitiva de la persona, como pueden ser por ejemplo, acciones, fondos, determinados productos bancarios, bienes inmuebles de gran valor, obras de arte, etc.

Y por último y en tercer lugar, la situación que podía producirse cuando la sentencia establecía y reconocía de modo expreso que la persona con discapacidad posee plena capacidad para otorgar testamento, quedando asumido en consecuencia este supuesto bajo los parámetros que ordinariamente y de forma general se aplican dentro del ámbito notarial con respecto a las personas con plena capacidad y que pretenden otorgar un testamento.

III.3.2. La problemática jurídica de la restricción y limitación de la capacidad de testar en la sentencia de incapacitación

La Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamento, conllevó la modificación del artículo 665, que quedó redactado en los siguientes términos: *"Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad."*.

Dicha Ley, supuso un ajuste o adaptación del testamento otorgado en intervalo lúcido al tratamiento legal de la incapacitación, que ha estado vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Conviene empezar señalando lo dispuesto en la exposición de motivos de la Ley 30/1991, en la cual, se dejaba patente la asunción de la capacidad testamentaria dentro del sistema legal de incapacitación: *"La vigencia, más que centenaria, de la regulación en el Código Civil del testamento notarial proporciona experiencia sólida que aconseja su revisión modernizadora. Esta revisión afecta a varios aspectos del testamento notarial cuyas características definitorias se conservan. Así, se ajusta el supuesto tradicionalmente denominado del testamento en intervalo lúcido al vigente tratamiento legal de la incapacitación."*.

No queda del todo claro a qué se refiere esta alusión a la figura del testamento en intervalo lúcido, y que pertenece a la esfera del Derecho sucesorio, con el ámbito o tratamiento legal de la incapacitación. No encontramos a primera vista, interconexión entre los ámbitos relativos a la capacidad testamentaria y el tratamiento legal de la incapacitación. Quizás, el fondo de esta Ley al establecer esta relación entre dichos ámbitos, podría haber sido un intento de conseguir cada vez más, sentencias más personalizadas y graduadas de las que se venían dictando hasta ese momento (sentencias donde el resultado final era una incapacitación total de la persona, con la restricción de diferentes derechos, ya sean civiles, como por ejemplo otorgar testamento, conducir vehículos a motor, o el uso de armas de fuego, o la prohibición de ejercer el derecho de sufragio, ya sea en su vertiente activa como pasiva), puesto que en esos años, la similitud en la redacción de éste tipo de sentencias dictadas en los pronunciamientos de incapacitación parecía un "copia pega".

No obstante, cabe destacar, que esta tendencia, y especialmente en los últimos años, ha sufrido un proceso de transformación o inversión, lo cual ha conllevado una evolución o sensibilidad por parte de los Jueces a la hora de redactar sus sentencias, consiguiéndose con ello sentencias cada vez más elaboradas y desarrolladas en torno a la determinación de la capacidad de obrar de la persona en todas sus vertientes, no sólo de las que podríamos aglutinar dentro de su esfera patrimonial, las cuales, por nuestra tradición jurídica adquirían una gran trascendencia, sino de cuestiones atribuidas dentro de la esfera personal, teniendo en cuenta sus preferencias y voluntad, y en este sentido, podemos citar como ejemplo las preferencias que pueda manifestar la persona con discapacidad de quien quiere que sea su tutor, o bien, cuestiones relacionadas con los aspectos médicos que requiere y necesita su enfermedad, manifestando la preferencia por un determinado médico o especialista, etc.

En este sentido, no podemos dejar de recordar el gran avance que se ha conseguido en relación al reconocimiento y protección de derechos de la personas con discapacidad, como por ejemplo el derecho fundamental del reconocimiento al sufragio reconocido en el artículo 23 de nuestra Carta Magna, ya sea en su vertiente de sufragio activo y de sufragio pasivo. Este tipo de derecho fundamental, ha estado en su restricción y limitación muy unido, entre otros derechos, al derecho de poder otorgar testamento por parte de las personas con discapacidad, puesto que era muy normal que cuando la sentencia contenía algún pronunciamiento en este sentido, se estuviese limitando, entre otros derechos, y por ser el caso que aquí nos ocupa, la capacidad para testar de la persona. Estas restricciones de derechos, han sido objeto de durante muchos años de numerosas críticas por parte de diversos sectores doctrinales, así como de diferentes movimientos sociales que defienden los intereses de las personas con discapacidad. El resultado de este avance en aras de no privar o prohibir a las personas con discapacidad determinados derechos civiles, ha quedado reflejado en el último apartado del artículo 269 del Código Civil, el cual señala expresamente que *"En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos"*. Asimismo, en la propia Disposición Transitoria primera de la Ley 8/2021, ya se hacía constar que a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto, como por ejemplo y como veremos más adelante, la relativa a la facultad de testar.

Conviene recordar en relación al Derecho de sufragio, que el mismo ya ha sido objeto de modificación y nueva regulación por medio de la Ley 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, la cual ha revocado la privación del Derecho de sufragio de las personas con discapacidad y que hasta entonces se veía efectuando en las sentencias de incapacitación, y cuyo resultado, ha supuesto que más de cien mil personas con discapacidad puedan ejercer dicho derecho, ya sea en su vertiente activa como pasiva.

En cuanto al segundo de los derechos regulados en las referidas sentencias de incapacitación, y que es objeto de nuestro ámbito de estudio, esto es, la capacidad de testar, analizaremos en el último epígrafe de este trabajo, si la nueva regulación que ha llevado a cabo la Ley 8/2021, consigue un efecto similar al ya conseguido en cuanto al Derecho de sufragio, es decir, un reconocimiento pleno de la capacidad de testar o del ejercicio por parte de la persona con discapacidad a otorgar testamento, siempre bajo el

juicio de capacidad, asesoramiento y prestación de apoyos que realiza el notario autorizante del mismo.

Quizás, no con un sentido tan tajante como la Ley 2/2018, pero si equivalente, la nueva regulación que se lleva a cabo en esta Ley sobre la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad busque ese carácter general sobre la base de uno los principios que reconoce y promulga la Convención, que es la no limitación, restricción o prohibición del ejercicio de cualquier tipo de derecho por parte de las personas con discapacidad, equiparándolas al resto de personas y en igualdad de condiciones, aspectos éstos en lo que el Estado en cuestión tendrá que promover y dictar las medidas pertinentes y necesarias para su efectivo cumplimiento.

Llegados a este punto, vamos a continuar con el estudio del artículo 665 del Código Civil en su redacción previa a la modificación llevada a cabo por la Ley 8/2021. Para ello, vamos a comenzar su análisis abordando la reseña que hace en el mismo en cuanto a la determinación por medio de la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos de la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad. Este artículo establecía que *"Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento […]."*. En virtud de lo expuesto, nos encontramos que la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos originaba diversas y diferentes situaciones como consecuencia de que se juzgue o no la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad, situaciones que recogemos ahora de forma sistemática para desarrollarlas después más extensamente. Dichos supuestos son:

1) Que la sentencia no contuviese pronunciamiento alguno acerca de la capacidad de testar de la persona, lo cual conllevaría a la aplicación del artículo 665 del Código Civil, es decir, sería el supuesto concreto e ideal para el cual se redactó el mismo, puesto que si la persona con discapacidad pretende otorgar testamento dentro de un intervalo lúcido, el notario designará a dos facultativos que evaluarán y establecerán si el sujeto en cuestión tiene esa capacidad testamentaria requerida para otorgar el testamento, sin la cual, no será posible realizar este negocio jurídico *mortis causa*. Dentro de este supuesto, la doctrina se ha planteó si nos estamos refiriendo sólo al llamado testamento abierto, o si por el contrario y dentro del ámbito de aplicación de este precepto también pueden incluirse otras formas testamentarias, como el testamento cerrado, puesto que en cuanto al testamento ológrafo, la mayoría de la doctrina coincide en este sentido que no era posible esta forma testamentaria dentro del ámbito de aplicación de este artículo, por no existir ningún tipo de juicio, control o apreciación de la capacidad de testar de la persona, y ello como consecuencia de la propia naturaleza que conforma esta forma testamentaria.

No obstante, dentro de este supuesto, nos podíamos encontrar un subtipo de caso, consistente en que la sentencia no se pronuncie expresamente sobre la capacidad de testar de la persona, pero que sí impida realizar de forma genérica cualquier acto de disposición. En este aspecto, había que estar a lo establecido en la sentencia en cuanto a la extensión y límites de la incapacitación que se efectúa, y ello de conformidad con lo dispuesto en el 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Consideramos, que en este tipo de casos, y en aplicación de los principios de *favor testamenti* y de los principios que se recogen en la Convención en torno a no restringir, limitar o prohibir el ejercicio de derechos civiles por

parte de las personas con discapacidad, se podía entender que la capacidad testamentaria no resultaba afectada por la limitación de los actos de disposición que recogía la sentencia. Además, podemos señalar que estos supuestos tienen cabida bajo la regulación y aplicación práctica que llevaba a cabo el artículo 665, lo que implicaba la posibilidad de que la persona incapacitada pueda otorgar testamento siempre y cuando se cumplan las formalidades y solemnidades que contemplaba dicho precepto.

En apoyo de lo expuesto, nuestra Jurisprudencia se decantó por considerar que la que simple restricción de actos de disposición, sin hacer referencia expresa a la limitación de la capacidad testamentaria de la persona, no conllevaba la anulación de esta última, y ello de conformidad con las siguientes apreciaciones; por un lado, la necesaria distinción que se debe hacer entre los actos *inter vivos* y actos *mortis causa*; por otro lado, porque en relación a estos últimos, nos hallamos dentro de la esfera de los llamados actos personalísimos, los cuales no permiten ningún tipo de representación ni complemento de capacidad por parte del tutor, curador o asistente legal, lo que conlleva que si extendiésemos dicha restricción a los actos *mortis causa* abocaríamos a la persona con discapacidad a una sucesión legal o *ab intestato*, a no ser que esa persona ya tuviese otorgado un testamento válido con anterioridad, o se hubiese dispuesto una sustitución ejemplar a su favor por ejemplo; y en último lugar, porque para estos supuestos de actos jurídicos o negocios *mortis causa*, el propio artículo 665 se erigió como el cauce o medio idóneo para que la persona incapacitada pudiera otorgar testamento.

En este sentido, es destacable la Sentencia del Tribunal Supremo 146/2018, de 15 de marzo, y cuya ponente fue la Magistrada Doña María de los Ángeles Parra Lucán, en la cual la parte demandante sostenía que la testadora carecía de capacidad bastante para otorgar los testamentos al no estar en su sano juicio y no poder comprender el alcance del acto dispositivo que estaba realizando, por padecer desde siempre de discapacidad intelectual, y que en la sentencia de incapacitación no se hace distinción entre los actos de disposición de bienes que se puedan realizar o no, y asimismo, que el testamento es un acto de disposición de bienes. Tales argumentos, fueron rebatidos por la parte demandada, en el sentido de apreciar que la sentencia que la incapacitó la consideraba apta para la vida normal y cotidiana, limitando su capacidad para los actos de disposición *inter vivos*, no para otorgar testamento, y haciendo constar la misma, que en cuanto al otorgamiento del segundo testamento, el acto fue realizado con las previsiones que recogía el artículo 665, esto es, con la intervención de dos facultativos de los que la testadora era paciente a petición del notario autorizante del acto.

En esta sentencia, queda establecido, que en atención a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos*, y que asimismo existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual que se traduce en la aplicación del artículo 665. Además, en el caso concreto, se menciona el acierto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Gijón, Sección 7ª, cuando afirma que la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento, y que el testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades que exigía el artículo 665.

2) La segunda de las situaciones que se podía plantear, es que la sentencia de incapacitación o resolución judicial de previsión de apoyos contuviera un pronunciamiento de carácter favorable sobre la facultad de testar de la persona con discapacidad, es decir, que se le esté reconociendo plena capacidad para otorgar testamento, y por consiguiente, en la realización de dicho acto esta persona estaría supeditada a las mismas reglas de juicio de capacidad que el resto de personas con capacidad plena y que pretendiesen otorgan testamento. Como consecuencia de lo expuesto, nos podríamos plantear si en estos supuestos la persona incapacitada podía realizar testamento bajo cualquiera de sus formas, es decir, testamento abierto, testamento cerrado o incluso el testamento ológrafo.

3) Y como último de los supuestos que nos podíamos encontrar en relación con la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos, sería el supuesto más restrictivo, y cuyo caso era que la sentencia restringa, limite o prive a la persona con discapacidad de este derecho de poder otorgar testamento, ante lo cual e inevitablemente, se condenaba a esta persona a la sucesión legal o intestada. En este sentido, como analizaremos a continuación, observaremos si este el momento idóneo o preciso para regular o apreciar esta capacidad testamentaria, o si por el contrario y de conformidad con lo establecido en el artículo 666 del Código Civil, sería más conveniente enjuiciar esta capacidad testamentaria o capacidad natural en el momento en que se realiza el testamento.

No obstante, esta situación a la que estamos aludiendo de restringir o limitar la capacidad testamentaria de la persona, y por consiguiente su deriva hacia una sucesión legal o intestada, podía ser evitada y como hemos apuntado con anterioridad, si la persona con discapacidad hubiera otorgado un testamento anterior al momento en que ha sido incapacitada, aunque si bien es cierto, que este tipo de supuestos, especialmente cuando el testamento hubiera sido otorgado en un fecha relativamente próxima a la incapacitación, solía ser motivo de múltiples disputas y litigiosidad en sede judicial, puesto que la mayoría de las personas que tienen interés en la sucesión, ya sean en su posición de legatarios, herederos o legitimarios, solían interponer acciones de nulidad de dicho testamento, alegando que en el momento de otorgamiento del mismo el testador, ya no se encontraba en uso de sus plenas facultades mentales para poder realizar dicho negocio jurídico.

Vamos a continuación a analizar con más detalle los tres supuestos planteados y las cuestiones jurídicas que los mismos planteaban.

III.3.2.a. Supuesto en que la sentencia de incapacitación no se refería a la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad. Ámbito de aplicación natural del artículo 665 del Código Civil

Como hemos visto, la imposibilidad de otorgar testamento por falta de capacidad tenía su base legal en los criterios establecidos en el artículo 663 del Código Civil, en el cual, se establecía que están incapacitados para testar tanto los menores de catorce años, así como los que no se hallaren habitual o accidentalmente en su cabal juicio, englobando

este supuesto tanto a las personas incapacitadas judicialmente en virtud de sentencia firme como a las personas incapacitadas de hecho. Sin embargo, la reforma que se llevó a cabo del artículo 665, permitió que las personas incapacitadas pudieran otorgar testamento, y de este modo, en los supuestos en que no existía una sustitución ejemplar o un testamento anterior otorgado por la persona que ahora se incapacitaba, no condenar a estos sujetos a la sucesión legal o intestada.

En virtud de lo expuesto, y cuando la sentencia de incapacitación guardaba silencio en relación con la apreciación de la capacidad de testar de la persona cuya capacidad queda modificada judicialmente, y la misma sea firme, no antes, es cuando la operativa del artículo 665 entraba en juego.

El supuesto de hecho al que ahora nos estamos refiriendo era el siguiente: una persona sobre la que recaía una sentencia firme de resolución judicial de provisión de apoyos, la cual, guardaba silencio sobre su capacidad de testar, pretendía otorgar testamento (entiéndase testamento abierto, aunque algunos autores reconocen la aplicación de este artículo al testamento cerrado, supuesto éste que será objeto de análisis en el presente apartado). En este tipo de situaciones, el notario designaba a dos facultativos, los cuales, evaluaban la capacidad de la persona con discapacidad para la realización de dicho acto o negocio jurídico, y en el caso de establecer que tenía la suficiente capacidad, el notario lo autorizaba, absteniéndose de autorizarlo en caso contrario, es decir, cuando quedaba demostrado que el testador no tenía la suficiente capacidad de querer y entender el acto que estaba intentando llevar a cabo, o dicho en otras palabras, no tenía la suficiente capacidad para testar.

No obstante, aquí se planteaba la primera de los cuestiones problemáticas y que han sido tratadas por la doctrina, en el sentido de si se entiende que la persona con discapacidad podía otorgar bajo el ámbito de regulación del artículo 665, solamente testamento abierto, o bien, podía otorgar otro tipo de testamento, como por ejemplo el testamento cerrado o el ológrafo.

Parecía entenderse, que al testamento que se estaba refiriendo el precepto es al testamento notarial abierto, con exclusión de cualquier otra forma testamentaria. En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA[395] señalaba tres tipos de posiciones que podían adoptarse en este punto, y ello en relación con las distintas clases testamentarias en intervalo lúcido: en primer lugar, admitir que solamente podía otorgarse el testamento abierto; en segundo lugar, admitir tanto la forma del testamento abierto como la del testamento cerrado, pero no admitir las referidas al testamento ológrafo o formas privilegiadas de testar; y en tercer lugar, que la persona incapacitada se halle en un intervalo lúcido con todas sus facultades cognitivas y volitivas, y en consecuencia y en equiparación con el resto de personas que poseen plena capacidad testamentaria, se reconozcan el poder realizar cualesquiera de las formas testamentarias admitidas dentro de nuestro Derecho.

En conclusión, este autor aprecia que no se encuentra problema alguno en aplicar, de conformidad con lo que establecía el artículo 665, la forma del testamento abierto en

[395] BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P., "Incapacidad de testar del que <<habitual o accidentalmente no se hallare…", op.cit. pág. 254.

cuanto a su otorgamiento en intervalo lúcido, extendiéndose asimismo a otras formas testamentarias, como son el testamento ológrafo o formas especiales para testar, Sin embargo, el problema que surgiría, especialmente en cuanto a estas últimas, sería el error de forma del acto que se realiza a tenor de lo establecido en el artículo 687, puesto que al no haberse cumplido las formalidades propias del artículo 665, evaluación de la capacidad de la persona por parte del notario en el momento del otorgamiento del testamento, o bien, la intervención de los facultativos, conllevaría que los testamentos realizados ya sea en forma ológrafa o los llamados especiales, fueran nulos de pleno derecho. No obstante, en lo que concierne al testamento cerrado, como apreciaba la mayoría de la doctrina, es donde nos encontrábamos los mayores problemas a la hora de establecer si esta forma testamentaria, sería una forma válida para poder otorgar testamento por parte de la persona incapacitada en intervalo lúcido, y por tanto entenderse la misma dentro del ámbito de aplicación del artículo 665.

Dentro de la doctrina, nos encontrábamos partidarios de que es posible aplicar esta forma testamentaria dentro del ámbito de aplicación práctica del artículo 665, y otra posición doctrinal que entendía que no es posible. Las argumentaciones de una y otra son las siguientes:

a) Por un lado, y como ejemplo de autores más restrictivos a que la persona incapacitada en intervalo lúcido pudiera otorgar testamento bajo otras formas testamentarias, incluido la del testamento cerrado, encontrábamos a LÓPEZ R. GÓMEZ[396], y ello sobre el argumento de que si bien el testamento abierto se realizaba en un solo acto donde el testador manifiesta su voluntad ante el notario y los testigos, en los testamentos cerrados, se produce la problemática temporal de cuando se redacta el testamento hasta la extensión del acta por parte del notario, lo que conllevaría que ni el notario ni los testigos podían conocer cuál había sido la voluntad y las disposiciones del testador, o en palabras propias, si en el momento de realizar el testamento, el testador se encontraba en un estado lúcido, puesto que puede ocurrir que al redactar el testamento no lo esté, y posteriormente cuando el notario levantaba el acta para verificar su otorgamiento, era cuando la persona incapacitada se encuentre en intervalo lúcido. Este autor, señalaba, que a pesar de que no haya dificultad en que las solemnidades requeridas por el artículo 665 y aplicables al testamento nuncupativo pueden también ser cumplidas en el acta del otorgamiento del testamento cerrado, y sin perjuicio del principio general que establece el artículo 666 referente a que será el momento de otorgar testamento cuando se aprecie la capacidad testamentaria de la persona, estos principios debían aplicarse de una forma limitada y de aplicación estricta al testamento de la persona incapacitada en intervalo lúcido, y ello atendiendo a la letra y al espíritu que resultaba del citado artículo 665.

Este aspecto del momento temporal relativo a cuando se redactaba el testamento cerrado y cuando se presentaba para la extensión del acta de su otorgamiento, era también

[396] LÓPEZ R. GÓMEZ, N., *Tratado Teórico Legal del Derecho de Sucesión, según los precedentes históricos del Derecho de Castilla, del Código Civil y las especialidades de las legislaciones forales,* 3ª ed. aumentada con la Jurisprudencia dictada hasta el día por el Tribunal Supremo y varios modelos de partición de herencias por el Dr. CASTAÑEDA Y ALCOVER, V., Tomo I, Madrid, 1916, pág. 65.

señalado por autores como MANRESA Y NAVARRO[397], como uno de los aspectos problemáticos para la aplicación de esta forma testamentaria para estos supuestos, puesto que no podíamos cerciorarnos del estado de lucidez del testador en el momento en que lo redactaba, y ello sin perjuicio de que posteriormente se pudiera apreciar la capacidad testamentaria del mismo en el momento de la presentación al notario.

Además, este autor, apreciaba que la aceptación de este tipo de forma testamentaria realizada por la persona incapacitada en intervalo lúcido, se oponía al espíritu del artículo 666, pues según él, para apreciar la capacidad del testador hay que estar al momento de otorgamiento del testamento, circunstancia ésta que no puede ser corroborada en el testamento cerrado, lo que conllevaría aceptar por válido un testamento realizado en estado de demencia o sin estar en su cabal juicio, y sin que la posterior presentación del mismo para la extensión del acta de otorgamiento convalide lo que un principio fue nulo. Por último, opinaba este autor como otro elemento que reafirmaba su posición en cuanto a la no aceptación de esta forma testamentaria por la persona incapacitada en intervalo lúcido, era derivado de lo establecido por el propio artículo 665, cuando el mismo establecía que el notario deberá dar fe del dictamen de los facultativos en el testamento, y que éstos deberán suscribir ésta, además de los testigos, circunstancias éstas que por su propia naturaleza solo podrían realizarse en el testamento abierto.

Como un resquicio de validez y en oposición al argumento planteado por MANRESA Y NAVARRO, autores como OSSORIO MORALES[398], señalaban que podría objetarse que reconocido el otorgante por los facultativos en el acto de presentar la disposición testamentaria al notario, expresando su voluntad de que se tenga por testamento el contenido del pliego que en ese momento se entregaba, la sanidad de juicio apreciada entonces bastaría para haberte tenido por válido y eficaz el testamento querido por él conscientemente como tal en dicho momento de lucidez. Sin embargo, este último autor, reconoció la argumentación de MANRESA Y NAVARRO, en el sentido de que de esta forma, hubiera podido estar convalidando una disposición testamentaria nula en su origen al haber estado redactada en estado de demencia y no poder haber sido apreciada la capacidad en ese momento por el notario y los facultativos.

En este sentido, autores como PEÑA LÓPEZ[399] señalaba que esta forma del testamento abierto como única forma testamentaria válida en cuanto a las personas sobre las que haya recaído sentencia de incapacitación y no hubieran dispuesto nada en relación con su capacidad para testar. Asimismo, en esta misma posición encontramos a RAMS ALBESA[400], que aparte de señalar que el ámbito de la regla del artículo 665 incluyó el testamento abierto, consideraba discutible la aplicación de este precepto al ámbito del testamento cerrado, pero señalando no obstante, que *"si se considera que no ha debido ser escrito necesariamente por el testador y que la testamentifacción se concentra en el*

[397] MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª, *Comentarios al Código Civil Español,* Tomo V, 6ª ed. corregida, aumentada y puesta al día por MARÍN PÉREZ., P., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, 379-380.
[398] OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión Testada,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 51.
[399] PEÑA LOPEZ, F., *El Testamento,* Tema VI, en la obra colectiva "Manual de Derecho Civil", Sucesiones, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), 3ª ed., Ed. Bercal, S.A., Madrid, 2015, pág. 133.
[400] RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil,* V, Sucesiones, LACRUZ BERDEJO Y OTROS, 3ªed., revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 163-164.

acto del otorgamiento, en el cual se hace valer como testamento el escrito que antes no lo era", parecía que podía aceptarse esta forma testamentaria, apoyando dicha afirmación a su vez en lo recogido en el artículo 707, apartado 5.º[401] y de lo regulado por el artículo 698[402]. Estos preceptos fueron modificados por la Ley 30/1991. Por último, establecía este autor, que la forma relativa al testamento ológrafo quedaría excluida del ámbito de aplicación de este artículo 665.

b) Por otro lado, tenemos las posiciones que defendían autores como SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, CASTÁN Y DE BUEN, quienes en líneas generales señalaban que la persona incapacitada en intervalo lúcido también puede otorgar testamento cerrado, señalando como ejemplos representativos de estar corriente, los argumentos que exponía SANCHEZ ROMÁN[403] y DE BUEN. El primero de ellos, destacaba, que todo quedaba sometido a la influencia del acto del otorgamiento, puesto que háyase escrito cuando quiera el testamento cerrado, cuando se procede a su otorgamiento mediante la correspondiente acta con la intervención del notario y de los testigos, es el momento de poder apreciar la capacidad del testador para constatar de que se encuentra en un intervalo lúcido y puede otorgar esta forma testamentaria, porque no cabe referir la capacidad del testador a dos momentos distintos, uno en el momento en que preparaba el testamento cerrado, lo escribe y lo firma o rubrica, y otro cuando se otorgaba ante el notario. Será en este último momento, el del otorgamiento mediante el acta donde se valorará la capacidad testamentaria de la persona incapacitada si se encontraba en un intervalo lúcido, lo que cual era aplicable y de conformidad con lo establecido por el artículo 665. Asimismo, este autor, utiliza el recurso gramatical de las diferencias entre las palabras hecho y otorgado, y siendo recogida la primera de dichas acepciones por el artículo 664 del Código y no la segunda, daba pie a considerar que el testamento hecho antes de la enajenación mental sería válido conforme a la redacción de este precepto, pero sin atribuir a esta antinomia de dicción entre ambos vocablos un papel decisivo en la defensa de esta forma testamentaria en relación con la persona incapacitada en intervalo lúcido.

El último de los citados autores, esto es, DE BUEN LOZANO[404], en su traducción y notas que realizaba a COLIN Y CAPITANT, señalaba que no existían en el Código Civil precepto alguno que explícita o implícitamente niegue la capacidad para otorgar ésta forma testamentaria, y que asimismo, las exigencias y solemnidades que recogía el artículo 665 podían ser perfectamente extrapoladas para su efectivo cumplimiento al acta del otorgamiento del testamento cerrado, por lo que en consecuencia, la apreciación de la

---

[401] Este apartado 5º del artículo 707 del Código Civil establece lo siguiente: *"Extendida y leída el acta, la firmará el testador que pueda hacerlo y, en su caso las personas que deban concurrir, y la autorizará el notario con su signo y firma. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los dos testigos idóneos que en este caso deben concurrir.*".

[402] El artículo 698 del Código Civil, señala: "Al otorgamiento también deberán concurrir: 1.° Los testigos de conocimiento, si los hubiera, quienes podrán intervenir además como testigos instrumentales. 2.° Los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado. 3.° El intérprete que hubiera traducido la voluntad del testador a la lengua oficial empleada por el notario.".

[403] SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil,* Tomo Sexto, vol.1.º, 2ª ed.…, op.cit., pág. 219.

[404] COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil,* traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre el Derecho Civil Español por DE BUEN LOZANO, D., Tomo Octavo y último, Derechos Sucesorio-Donaciones-Ausencia, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1928, pág. 221.

capacidad por parte del notario y de los testigos en su caso, era un regla aplicable y extensible al otorgamiento de todos los testamentos, incluido el que realizaba la persona incapacitada en intervalo lúcido.

En virtud de lo expuesto hasta ahora, hemos podido analizar, la problemática que surgía dentro del supuesto de que la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos guardaba silencio en cuanto a la capacidad testamentaria de la persona, supuesto natural de aplicación del artículo 665 del Código Civil. Además, dentro de dicho ámbito, hemos analizado asimismo las distintas posiciones doctrinales en torno a los tipos de testamentos que podían realizarse por parte de la persona incapacitada en virtud de sentencia judicial. A este respecto, y para terminar este supuesto analizado, podríamos dejar señaladas las siguientes consideraciones:

1) En primer lugar, la preferencia, y así se decantaba la mayoría de la doctrina, del ser el testamento abierto el único testamento idóneo para otorgarse por la persona incapacitada en un intervalo de lucidez. Lo expuesto tiene su justificación, aparte de los motivos y reseñas doctrinales que hemos recogido con anterioridad, en evitar en la medida de lo posible, la alta litigiosidad o gran número de impugnaciones judiciales que se producían en este ámbito, y ello como consecuencia de la falta de capacidad testamentaria atribuida al testador por no encontrase en un intervalo lúcido o en pleno uso de sus facultades mentales. En virtud de lo expuesto, el artículo 665 surgió como un defensor o garantía que se podía aplicar a los testamentos otorgados por personas incapacitadas y sobre la que la sentencia guardaba silencio en esta materia, pues la intervención de los facultativos a instancia del notario conllevaba una inversión de la carga de la prueba a diferencia de lo que ocurría si se admitiesen las otras formas testamentarias, como son la relativa al testamento cerrado o al ológrafo.

Esta fue una de las diferencias insalvables y elementos que se recogen para establecer la dificultad de admitir el testamento cerrado como forma testamentaria aplicable en estos supuestos, puesto que en el testamento abierto existía una garantía previa o presunción *iuris tantum* de que el testador tenía capacidad para realizar este negocio jurídico, y en cambio, en las otras formas testamentarias, como son el testamento cerrado u ológrafo, la presunción podía invertirse en contra del testador, puesto que podía alegarse que el mismo no ostentaba la suficiente capacidad en el momento de realizar el testamento, o bien, que se produjeron alguno de los vicios de la voluntad de la persona, influencias indebidas, etc., afectando éstos a la validez del testamento. Lo expuesto, conllevó que se invirtiera la carga de la prueba, siendo el testador en estos casos el que tenía que demostrar que en el momento de la realización del testamento si se encontraba con facultades cognitivas y volitivas suficientes para la realización del acto. En consecuencia, la realización de estas formas testamentarias relativas al testamento cerrado u ológrafo no ayudó a evitar o medrar la alta judicialización de estos actos o negocios sucesorios a los que nos estamos refiriendo.

En este sentido, podemos señalar que la intervención del notario para apreciar y valorar la capacidad testamentaria de la persona, aspecto éste recogido en el inciso final del apartado 1º del artículo 685, así como la constancia expresa en el correspondiente testamento del juicio del notario, circunstancia ésta recogida en la parte final del artículo 696, constituyó unas garantías o formalidades extras que a nuestro modo de ver reforzó

la forma del testamento abierto, aspectos que a nuestro juicio fueron tenidos en cuenta por el juzgador en un posterior proceso judicial de impugnación del testamento por falta de capacidad legal del testador. Lo expuesto no quita que estos testamentos no fueran y sigan siendo impugnados por falta de capacidad del testador, pero en la mayoría de sentencias[405] dictadas en este sentido resultaban muchos más los testamentos que eran declarados válidos de los que eran declarados nulos.

2) En segundo lugar, en relación con el testamento cerrado, había que conjugar dos esferas opuestas o antagónicas; por un lado, la representada por la falta de seguridad jurídica, especialmente en la redacción y elaboración del documento ante la falta de apreciar la capacidad testamentaria de la persona que lo realiza; y por otro lado, la escenificada por la defensa de la voluntad de la persona, es decir, de anteponer la prevalencia y desarrollo de la misma, como principio que debía ser reconocido en su máxima expresión dentro del ámbito de la discapacidad, antes que la señalada seguridad jurídica, la cual y según estos defensores, estuvo representada en la apreciación de la capacidad para otorgar testamento cuando el notario levantaba la correspondiente acta del testamento, y por tanto, fuera éste el momento en que se cumplían las solemnidades y formalidades que recogía el artículo 665, así como de la literalidad del artículo 666, el cual señala que el momento idóneo para apreciar la capacidad del testador será en el otorgamiento del testamento, momento éste que en el testamento cerrado se produce con la expedición de dicha acta por parte del notario.

Para justificar las posiciones doctrinales que defendían la aplicación válida del testamento cerrado como forma testamentaria en estos supuestos, debemos entender que la separación temporal que podía darse entre el momento temporal de la redacción del testamento y la presentación para la extensión del acta de otorgamiento por parte del notario, no invalidaba en forma alguna que esta forma testamentaria podía ser utilizada por la persona incapacitada en intervalo lúcido, pues como hemos apuntado con anterioridad, se estaría enjuiciando la capacidad testamentaria de la persona doblemente, en un primer momento en la realización y elaboración del documento, y en otro momento posterior, en la expedición del acta del otorgamiento del mismo, lo que implicaría que

[405] Como por ejemplos jurisprudenciales al tema que estamos tratando, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 54/1998, de 27 de enero, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Albacar López, y en este sentido, las sentencias que se recogen en su fundamento de derecho segundo, o bien, lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de marzo de 1944 (Roj: 66/1944), cuyo ponente fue el Magistrado Don Celestino Valledor y Suárez Otero, en la cual y concretamente en el apartado tercero de los fundamentos de derechos, se señala lo siguiente: *"Considerando que en materia de testamentifacción activa, la capacidad intelectual del testador para poder prestar consentimiento es inicialmente apreciada por el Notario y los testigos, quienes procurarán asegurarse de que, a su juicio, hay capacidad en el otorgante, afirmándolo así en el mismo testamento, por ser requisito ineludible en orden a su validez formal, según disponen los arts. C85 y 6S7 del Código Civil, sin que sea preciso amparar expresa y concretamente en la fe pública esta afirmación, a diferencia de otras, como la de conocimiento del otorgante y testigos arts. 156, 185 y 187 del Reglamento del Notariado- no obstante lo cual, adquiere especial relevancia de certidumbre la aseveración notarial, y por ella es preciso pasar, mientras no sea sometida a revisión en vía judicial y se demuestre cumplidamente la incapacidad del testador, destruyendo la enérgica presunción iuris tantum que en sentido contrario revela el acto del otorgamiento, en el que se haya llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador al través de la apreciación, puramente subjetiva que de ella hayan formado el Notario y los testigos."*.

estaríamos gravando o penalizando esta forma testamentaria por su propia naturaleza jurídica, la cual conllevaba estos dos momentos temporales que hemos reseñado.

3) Y en tercer lugar, y como aspecto donde parecía existir cierta unanimidad dentro de la doctrina, podemos señalar que la forma del testamento ológrafo estuvo excluida como forma testamentaria para poder ser llevada a cabo dentro de este tipo de supuestos en que la persona con discapacidad se encontraba en un intervalo lúcido y la sentencia guardaba silencio sobre su capacidad testamentaria, y ello por la lógica ausencia del notario en la apreciación de la capacidad del testador y ser éste uno de los requisitos de formalidad esenciales y que recogía el artículo 665.

En este sentido, autoras como TORRES GARCÍA[406], señalaba expresamente que la forma del testamento ológrafo estaba excluida para todas aquellas personas que habían sido declaradas legalmente incapaces, mientras duraba dicha declaración de incapacidad, y ello como consecuencia de los requisitos que llevaba consigo el acto. En consecuencia, el declarado incapaz mientras duraba la declaración de incapacidad, no podía hacer testamento ológrafo, y ello aunque en el fondo pudiera ser válido por ser expresión de una voluntad libre y consciente, dicho testamento sería inválido en cuanto a la forma, puesto que el testador lo realizaba él solo y sin que hubiera podido ser apreciada o comprobada su capacidad para testar en ese momento, ya sea por el notario, o por medio de los facultativos a instancia del notario, o de los testigos en su caso.

Autores como ARMERO DELGADO[407], que partían de la base de la ausencia del juicio de capacidad realizado por el notario en los testamentos ológrafos, señalaba que la jurisprudencia adoptaba un criterio más restrictivo en cuanto al juicio de la capacidad en esta forma testamentaria, y para ello, traía a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1919, en la cual, se declaraba nulo un testamento ológrafo de quien sin estar privado totalmente de sus facultades mentales, las tenían perturbadas hasta el punto de que su voluntad no estaba perfectamente regulada por su inteligencia.

Asimismo, conviene reseñar, que en cuanto al resto de formas testamentarias especiales, como pueden ser el testamento militar, el testamento marino, o el testamento hecho en país extranjero, tampoco cabría la aplicación de las mismas dentro del supuesto que es objeto de análisis, puestos que estas formas son por su propia naturaleza incompatibles con el estado de demencia de la personas, y por tanto inaplicables.

III.3.2.b. Supuesto en que la sentencia de incapacitación contenga un pronunciamiento favorable sobre la capacidad de testar.

En el anterior epígrafe, hemos abordado el estudio y análisis de la aplicación práctica del modificado artículo 665 del Código Civil, es decir, el supuesto en el que la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos no contenía pronunciamiento alguno sobre la capacidad de testar de la persona con discapacidad y

[406] TORRES GARCÍA, T.F., *El testamento ológrafo,* Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1977, pág. 207 y nota al píe núm. 177 de la pág. 208.
[407] ARMERO DELGADO, M., *Testamentos y Particiones (Doctrina, Jurisprudencia y Formularios),* Tomo Primero, Títulos Sucesorios, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, pág. 213.

ésta pretendía otorgar testamento. Sin embargo, podían ocurrir otros dos supuestos que son dignos de estudio, esto es, cuando la sentencia de incapacitación o resolución de provisión de apoyos recogía expresamente el pronunciamiento favorable sobre la capacidad de testar de la persona incapacitada, o por el contrario, cuando se establecía la prohibición, restricción o limitación de la misma por parte del juez en dicha sentencia. Cualquiera de los dos pronunciamientos, ya sea en sentido positivo como en sentido negativo realizado por el juez en la sentencia en relación con la capacidad de testar de la persona, implicaba la no aplicación del artículo 665.

En el primero de los casos, es decir, si la sentencia contenía un pronunciamiento expreso y favorable sobre la capacidad testamentaria de la persona incapacitada, entendemos que le serían de aplicación las mismas reglas y formalidades que a cualquier persona que tuviese plena capacidad para otorgar testamento, y ello como consecuencia del reconocimiento de la regla general en torno a la presunción de capacidad de la persona en aplicación de lo regulado en el artículo 662 del Código Civil, el cual, señala que podrán testar todos aquellos a los que la ley no se lo impide expresamente. En este sentido de equiparación que se produce en cuanto al otorgamiento del testamento entre el incapacitado y el resto de personas que poseían el pleno uso de sus facultades, podemos señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1974 (Roj: 2723/1974), cuyo ponente fue el Magistrado Don Julio Calvillo Martínez, en cuyo Considerando Tercero, la cual señala lo siguiente: *"[…] por otra parte, aun admitiendo el primer supuesto, cabe notar que aquellos actos realizados por el incapacitado que fueren excluidos de la declaración de incapacidad estén sujetos al mismo régimen jurídico de impugnación por nulidad fundada en la falta de razón, que los actos de quién no ha sido total ni parcialmente incapacitado […]"*.

La aplicación práctica de lo expuesto, era que una persona incapacitada cuya capacidad para testar hubiera sido reconocida así expresamente en la sentencia, podía testar sin recurrir a los presupuestos que establecía el artículo 665, a no ser que el notario autorizante del otorgamiento de dicho testamento, en la realización del juicio de capacidad que el mismo realiza, hubiese atisbado algún signo o circunstancia que le hubiera hecho plantearse que la persona no tiene suficiente capacidad, y hubiera requerido la intervención de médicos facultativos que determinasen sobre su estado mental.

En cuanto al segundo de los supuestos aludidos, esto es, cuando la sentencia contenía un pronunciamiento negativo, ya sea limitando parcialmente o restringiendo en su totalidad la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad, aspecto éste que analizaremos con más detalle y detenimiento en el epígrafe siguiente, tampoco era de aplicación el citado artículo 665, puesto que en estos casos debíamos estar a lo que el juez hubiera resuelto. Lo expuesto, avocará a la sucesión legal o intestada, salvo que la misma hubiere otorgado un testamento previo, en cuyo caso había que estar a las disposiciones testamentarias contempladas en él, o bien que se hubiera establecido una sustitución ejemplar por alguno de sus ascendientes. Es de advertir, que si éste testamento hubiera sido otorgado en fechas no muy lejanas en el tiempo a la de la sentencia judicial de resolución judicial de provisión de apoyos, era muy probable que el mismo sea objeto de impugnación por los herederos que hubieran visto perjudicadas sus expectativas

hereditarias sobre la base de que la persona no se encontraba en su cabal juicio o tenía afectada su capacidad para otorgar testamento.

En el presente epígrafe, y como punto común consistente en el reconocimiento de la capacidad testamentaria de la persona, vamos a fundamentarlo o argumentarlo desde una doble consideración; por un lado, los que podríamos llamar los efectos y aspectos propios que se derivan del acto de reconocer la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad dentro de la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos; y por otro lado, la constancia de los argumentos o posiciones que defendieron los partidarios de que la sentencia de incapacitación no debía restringir o regular la capacidad de testar de la persona.

No obstante, antes de continuar y abordar las cuestiones a las que acabamos de aludir, creemos conveniente dejar señaladas las directrices o líneas principales que en torno a la capacidad testamentaria han venido realizando nuestros tribunales de justicia, aspectos éstos sobre los que se han sustentado los diferentes pronunciamientos que se han venido realizando en este ámbito. En este sentido, autores como COBAS COBIELLA[408], reseñan algunas cuestiones comunes, las cuales podemos resumir en las siguientes:

a) En primer lugar, el testamento queda configurado como una cuestión de hecho, donde lo transcendente era la evaluación de todos los elementos que confluían en el acto de su otorgamiento, y donde no se debían confundir las situaciones deficitarias de salud de la persona, incluidas situación con síndromes de disminución perceptiva y cognoscitiva de evaluación médica, con aquellas otras situaciones de deficiencia o trastorno mental que aparte podían generar una determinada incapacidad jurídica. Dentro de este ámbito, se prestó especial atención a los estados de senilidad, los cuales podían presentarse en diferentes y variados grados, dándose dentro de los mismos y entre otros estados, situaciones de lucidez, no solo de carácter temporal, sino también situaciones de estanqueidad fluctuante por ejemplo.

b) La concurrencia en el otorgamiento de todos los presupuestos precisos para hacer del mismo un acto válido, esto es, la emisión de un juicio de capacidad suficiente para dicho acto, formalidades propias e intrínsecas de la forma testamentaria elegida, etc., etc., no impedía que dicho acto jurídico o negocio *mortis causa* podía ser declarado nulo, como consecuencia de que el testador no estaba en el uso pleno o requerido de sus facultades volitivas y cognoscitivas, y siempre y cuando esto hubiere quedado acreditado con las correspondientes pruebas concluyentes y veraces.

c) La capacidad se presume y es la regla general, esto es, una presunción *iuris tantum* [409], y la incapacidad o restricción de la incapacidad será la excepción, o dicho en

---

[408] COBAS COBIELLA, M.ª E., *Aspectos sustantivos del Derecho Hereditario,* (autora de determinados epígrafes dentro del Capítulo II) en la obra colectiva "Derecho de Sucesiones", ALVENTOSA DEL RÍO, J. y COBAS COBIELLA, M.ª E. (dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 481 y ss.

[409] En este sentido la autora COBAS COBIELLA pone como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 347/2000, de fecha 8 de mayo, Sección Sexta, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Pedro Núñez Ispa, y en la que fue desestimada la demanda que propugnada la nulidad del testamento, manteniéndose que la testadora, en este caso una anciana, tenía la suficiente capacidad legal para realizar el acto, y ello sobre la base de la fe pública notarial expresada en el documento, sin perjuicio de que la constatación de la capacidad del testador por el notario autorizante suponga o sea un acto concluyente, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva conformando con ello una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, la cual puede ser destruida mediante prueba en contrario.

otras palabras, mientras el testador no haya sido declarado incapacitado mediante la correspondiente sentencia firme, su capacidad para testar se presumía, siendo éste un claro supuesto donde el notario autorizante del acto, y los testigos en su caso, debían procurar asegurarse de que el testador poseía la capacidad suficiente para realizar el acto.

d) Otro de los aspectos que también ha sido recogido por la jurisprudencia como uno de los principios a proteger dentro de este ámbito testamentario que estamos analizando, es el principio de *favor testamenti*. En este sentido, autoras como DE LA IGLESIA MONJE[410], señalaban que la Sentencia del Tribunal Supremo 827/2012, de 15 de enero de 2013, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno, profundizó en la revitalización del principio de *favor contractus* no solo en su concepción tradicional de canon interpretativo, sino también en su propia configuración como principio general de Derecho, pero no como un canon hermenéutico que conforma nuestro ordenamiento jurídico con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como son por ejemplo la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL), así como el Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. No obstante, y esto es lo innovador de esta sentencia según aprecia la citada autora, es que en la nueva configuración consistente en la flexibilización del ámbito de la ineficacia contractual, también participa el señalado principio *favor testamenti*, como proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa,* de forma que una vez constatada la capacidad de la persona para la realización de dicho acto, *"debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y forma que, solo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones la eficacia de la declaración testamentaria realizada"*.

e) Otro aspecto relevante en esta materia testamentaria, era que la incapacidad o afección mental que poseía la persona eran de ser lo suficientemente grave, como para hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de la persona que la padecía, y por consiguiente se pueden hacer las siguientes matizaciones: en primer lugar, que la falta de capacidad no vale apoyarla en simples conjeturas o presunciones; en segundo lugar, que ni la enfermedad, ni la demencia impedían el libre ejercicio de la facultad de testar cuando la persona enferma recuperaba el pleno uso de sus facultades intelectuales o bien, se encontraba en un estado de intervalo lúcido; y en tercer lugar, se establecía que la edad senil no era motivo suficiente para considerar a una persona de avanzada edad incapaz de poder otorgar un testamento, circunstancia ésta que analizaremos más adelante en el correspondiente epígrafe.

Asimismo, también era recogido en líneas generales por nuestros tribunales, que los graves padecimientos físicos no eran motivos que supusiesen una limitación o afectación de la capacidad testamentaria de la persona, si éstos no afectaban a su estado mental con eficacia suficiente para constituirle en ente privado de razón.

---

[410] DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I., "Principio general de derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos y su concreción en el principio de favor testamenti", en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XC, Marzo-Abril 2014, núm. 742, pág. 610.

f) Para apreciar la nulidad de un determinado testamento como consecuencia de la falta de capacidad del testador, era necesario apreciar la misma en el momento del otorgamiento de dicho acto jurídico o negocio *mortis causa*, sin que la posterior declaración de incapacitación conlleve o suponga la anulación del testamento otorgado con anterioridad. En ese sentido, podemos matizar, que para poder demostrar que el testamento realizado con anterioridad a la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos era realizado con falta y ausencia de capacidad para ello, debía demostrarse por la parte demandante que la enfermedad que poseía el testador ya afectaba en ese momento la capacidad del testador, circunstancia ésta bastante compleja de evidenciar, especialmente en los supuestos que se iban distanciando temporalmente de la fecha de la sentencia de incapacitación.

g) Y por último, podemos señalar como aspectos que eran tenidos en cuenta por nuestros tribunales en torno a la capacidad testamentaria de la persona, es que el Código Civil no establece que en este tipo de actos jurídico o negocio *mortis causa* como es el testamento, la exigencia de una capacidad mental mayor respecto al discernimiento acerca de la finalidad, contenido o transcendencia del acto realizado que en los negocios *inter vivos*.

Una vez expuestas dentro del ámbito jurídico las líneas o directrices que han ido conformando la regulación de la capacidad testamentaria de la persona, a continuación señalaremos los efectos que podían derivarse del reconocimiento expresado en la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos de esta capacidad testamentaria. Empezaremos señalando una primera consecuencia que no se nos puede pasar por alto dentro de este ámbito, y que consiste en que este reconocimiento a la persona incapacitada en relación a su capacidad de testar, conllevaba que la misma podía otorgar testamento en cualquiera de las formas establecidas o admitidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, esto es, por ejemplo el testamento más utilizado de forma generalizada que es el testamento abierto, o asimismo, el testamento cerrado, o incluso el llamado testamento ológrafo, y ello como consecuencia de que su capacidad testamentaria era igual o equiparada a la de una persona con sus facultades plenas, quedando solamente afectada por las propias formalidades y requisitos que resultaban de la forma elegida como acto de disposición de sus bienes y del juicio de capacidad que el notario determinarse. Conviene aquí traer a colación y a efectos meramente recordatorios, la clasificación que realiza nuestro Código Civil en torno a los testamentos, los cuales se pueden clasificar en comunes o especiales según señala el artículo 676, quedando comprendidos dentro de los primeros, los señalados testamento ológrafo, abierto o cerrado, considerándose asimismo como testamentos especiales y según señala el artículo 677, el testamento militar, el testamento marítimo o el hecho en país extranjero.

No obstante, dentro del ámbito de nuestro Derecho de sucesiones, es tradicional distinguir dentro de los testamentos comunes, los llamados ordinarios, los cuales estarían formados por los ya citados testamento ológrafo, testamento abierto y testamento cerrado, y los denominados, testamentos o formas testamentarias excepcionales, como por ejemplo, la que regula el artículo que es objeto de estudio en el presente trabajo de investigación, esto es, el artículo 665, o bien el testamento realizado en lengua extranjera y que contempla el artículo 684, o bien la forma testamentaria que recogía el artículo 695,

el cual, ha sido al igual que el citado artículo 665 objeto de reforma por medio de la Ley 8/2021, y que regula los supuestos o casos en que el testador tenga discapacidad visual o auditiva. Asimismo, también podemos reseñar el testamento otorgado cuando el testador se halla en peligro inminente de muerte y que recoge el artículo 700, o bien y como última forma testamentaria a destacar dentro de las modalidades excepcionales, el testamento realizado en caso de epidemia y cuyas formalidades contempla el artículo 701.

A su vez, no podemos dejar de señalar, otro posible efecto que podía producirse en el supuesto del reconocimiento expreso dentro de la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos de la capacitad de testar de la persona incapacitada, en el sentido de poder plantearnos posibles casos o problemas en torno a una vulneración del principio de igualdad reconocido por nuestra Constitución en su artículo 14, puesto que la capacidad testamentaria de la persona incapacitada resulta enjuiciada y evaluada doblemente, una primera vez, por parte de la autoridad judicial dentro del propio proceso de incapacitación, y otra segunda vez, dentro de la esfera notarial por parte del notario autorizante del testamento. Aunque en este sentido, no podemos olvidar, que cada vez que decidimos otorgar testamento, entiéndase en la forma del testamento abierto, el notario enjuiciará o valorará nuestra capacidad para establecer si es suficiente para la realización de dicho acto.

No obstante, ya sea en su vertiente positiva como más adelante veremos en su aspecto negativo, consideramos que la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos no era lugar o momento idóneo para evaluar y decidir sobre un posible reconocimiento o a *sensu contrario*, una determinada limitación, restricción a prohibición de la capacidad de testar de la persona que es objeto del proceso de incapacitación. Como aspecto común a ambos casos, podemos señalar, que de esta manera estábamos obviando el momento en que dicha capacidad debía ser evaluada, y que no era otro que en el momento en que se realice el acto u otorgamiento del pertinente testamento, recayendo este juicio en la persona del notario autorizante del acto, el cual, tenía siempre de conformidad con lo establecía el artículo 665 el apoyo de los médicos facultativos en el supuesto que se apreciase cualquier sospecha o duda fundamentada en que la persona que otorgaba dicho testamento no se hallaba en su cabal juicio o no estaba en uso de las facultades necesarias y requeridas para la realización del acto.

Lo expuesto, quedaba asimismo agravado en cuanto a la sentencia que privaba de la capacidad de testar en otro argumento más, que era al relativo a que se impedía la posibilidad de aplicar los estados o intervalos lúcidos, es decir, que cuando la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos privaba la capacidad de testar negaba que pudiera producirse un intervalo lúcido en la persona incapacitada como consecuencia de la evolución de la enfermedad que sufría, la cual, podía hacer que recuperase parcialmente o totalmente la capacidad suficiente para poder otorgar el correspondiente testamento.

Como complemento y desarrollo de estos efectos que estamos señalando en torno al supuesto de que la capacidad de testar de la persona era así reconocida en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos, podemos añadir ahora los argumentos y posiciones que defendían los partidarios de que la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos no debía llevar

a cabo esta privación o restricción del derecho a testar y que a continuación reseñaremos, adelantando aquí que uno de los principales argumentos, sino el argumento central, descansaba sobre la base de que el acto o negocio jurídico de hacer testamento, no dependía o no estaba vinculado a la capacidad de las persona, o mejor dicho a la capacidad de obrar de la persona, sino a la llamada capacidad natural que poseía el testador en el momento de realizar el testamento, siendo ésta la que había de ser tenida en cuenta a la hora de establecer su capacidad testamentaria.

Es por todo ello, que la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos no era el momento idóneo o lugar ideal donde establecer la limitación o restricción de la capacidad de testar de la persona incapacitada, puesto que en la misma no quedaba reflejada ni esa capacidad natural, ni el momento en que debía ser evaluada la misma, que no es otro que el del otorgamiento del testamento, y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 666.

Como uno de los autores más representativos de esta corriente en contra de que la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos privase de la capacidad de testar, y que resumía perfectamente todas las argumentaciones que podían esgrimirse para defender dicha posición, nos encontramos a ALBALADEJO GARCÍA[411], el cual basa su planteamiento crítico en este ámbito en los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, para este autor, la sentencia, lo que debía plasmar eran dos posibilidades o aspectos; por un lado, en la posibilidad que en la misma se reconocía la capacidad de testar de la persona con discapacidad, y por ende, el otorgamiento de un testamento en cualquiera de las formas válidas y reconocidas por nuestro Código, puesto que éste reconocimiento supondría situar a la persona con discapacidad en un estado o posición igual a la persona cuya capacidad testamentaria se halla intacta; y por otro lado, la posibilidad de que la sentencia guarde silencio sobre la capacidad de testar, lo que conllevaba a la aplicación literal de las aspectos y solemnidades que contemplaba el artículo 665.

b) En segundo lugar, porque no puede dejarse en manos del Juez el privar a una persona sobre su capacidad de testar, puesto que dicha atribución sería equiparable a decir que no existen o no se contempla la posibilidad de intervalos lúcidos de la persona, puesto que el juzgador no puede presuponer ni adivinar el estado de éstos intervalos en la persona en un futuro. El aceptar esta posibilidad estaría conllevando no reconocer los intervalos lúcidos que contenía el artículo 665 y su no aplicación en el supuesto de que la persona con discapacidad podía atravesar por alguno de ellos. En este sentido, autores como LACRUZ BERDEJO[412], señalaban que la incapacidad para testar no derivaba estrictamente de la incapacitación, pues incluso la persona incapacitada como resultado de una determinada enfermedad mental, podía llegar a otorgar testamento en los momentos de lucidez, y ello como resultado de que la enfermedad que padece no se manifieste de forma continua permitiendo dichos episodios lúcidos.

[411] ALBALADEJO GARCIA, M., "Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley…", op.cit. págs. 721 y ss.

[412] LACRUZ BERDEJO J.L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones,* 2ª ed., revisada y puesta al día por JOAQUÍN RAMS ALBESA, Ed. Dykinson, 2004, pág. 163.

c) En tercer lugar, y continuando con el planteamiento del citado autor, señalaba que siendo la capacidad la aptitud que la ley confiere para poder realizar un acto, no basta solamente con ella, puesto que para la validez del acto en cuestión deberemos entender y querer lo realizado, esto es, de tener las suficientes condiciones para realizarlo. En conclusión esas condiciones también llamadas capacidad natural, es la que se exige al testador para poder otorgar un testamento, es decir, a los mayores de catorce años que sean capaces legalmente, por lo que ésta capacidad natural no se verá afectada por los pronunciamientos de la sentencia de incapacitación.

En este sentido de la capacidad natural requerida para testar, encontramos diversos ejemplos jurisprudenciales, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 1063/2007, de 4 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, en la cual, en el último párrafo del fundamento de derecho undécimo, se señala que *"La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a todo testador. Ahora bien, la situación de no encontrase en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 CC, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue (SSTS de 11 de diciembre de 1962 y 7 de octubre de 1982). Y es indudable que esta voluntad no puede ser atrapada en un documento notarial en un momento de la vida de una persona que ni desea dejar patente su última voluntad ni podía expresarla de forma consciente y libre."*.

Asimismo, nos encontramos con autores como ROVIRA PEREA[413], que entienden que la capacidad testamentaria es tan amplia que coincide sencillamente con la capacidad natural, puesto que solo se exige que el testador esté en su cabal juicio y no ser menor de catorce años[414], señalando a su vez, que incluso cuando existe una sentencia de incapacitación y se está reconociendo que la persona no tiene técnicamente hablando capacidad civil, se les debe reconocer capacidad testamentaria, y ello por medio del mecanismo que recoge el artículo 665 o bien bajo la forma de la sustitución *cuasi pupilar* y que establece el artículo 776. En conclusión, este autor señalaba que el requisito de la capacidad desempeña un papel muy diferente en este tipo de negocio jurídico *mortis causa* a diferencia de lo que ocurre en los demás negocios jurídicos, como por ejemplo en los contratos, por lo que para los actos de otorgar un testamento bastará la mera capacidad o aptitud natural sin más elementos o añadiduras.

---

[413] ROVIRA PEREA, J.M., "Forma, Capacidad y Unidad de Actos en los Testamentos (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990)", en *Revista La Ley*, 1992-2, 9ª Sección Doctrina, Distribuciones de La Ley, S.A., Madrid, 1992, pág. 998.

[414] En este sentido debe excluirse lógicamente la forma del testamento ológrafo, para el cual se exige la mayoría de edad.

Autores como LACRUZ BERDEJO[415], señalaba en un principio, que de conformidad con lo establecía el artículo 665, se podía llegar a la conclusión de la que sentencia de incapacitación podría tanto excluir absolutamente la testamentifacción como prescindir de la intervención de facultativos. No obstante el citado autor, como ejemplo jurisprudencial que puede servir para rebatir esta idea, señala la Sentencia del Tribunal Supremo 479/1994, de 20 mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Almagro Nosete, y que es contraria a dicha conclusión, pues casa la de instancia que había declarado que la incapacitada no tenía capacidad para testar en ninguna de las formas legalmente establecidas. Asimismo, autores como PARRA LUCÁN[416], utilizan esta sentencia para señalar que al margen de la sentencia de incapacitación, deben quedar determinados actos que no afectan al ámbito contractual, y que por su relevancia y carácter personalísimo, la ley permite realizar a la persona incapacitada cuando ésta se encuentra en un intervalo lúcido. Esta autora señala que la validez de esos actos dependerá, en el caso que nos ocupa, del estado mental de la persona en el momento de otorgar el correspondiente testamento.

Siguiendo la línea de autores que se posicionan en torno a que la sentencia de incapacitación no debe privar o contener pronunciamiento alguno sobre la capacidad de testar de la persona, autores como GUTIÉRREZ CALLES[417], realizan las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, porque toda restricción de derechos debe limitarse al máximo y más aún en el caso que nos ocupa, esto es, en el de la testamentifacción activa, puesto que estamos dentro de la esfera de los llamados actos personalísimos, los cuales, por su propia naturaleza no admiten los supuestos de representación o complemento de capacidad, ya sea por el tutor, el curador o el asistente. En este mismo sentido, entre otros autores, podemos citar a REVERTE NAVARRO[418], quien en el comentario que realiza del artículo 210 relativo a la extensión y límites de la sentencia de incapacitación, señala como un ejemplo de este tipo de actos personalísimos, aparte de la testamentifacción activa, el acto de contraer matrimonio, el reconocimiento del hijo extramatrimonial, o el sufragio activo (esta último ya resuelto al reconocerse a todas las personas con discapacidad el derecho de sufragio activo y pasivo por medio de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General).

Asimismo, como otro ejemplos de autores que se posicionan en una interpretación restrictiva de la incapacidad, especialmente sobre la base de los actos personalísimos,

---

[415] LACRUZ BERDEJO, J.L. Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil, I,* Parte General, Volumen Segundo, Personas, Nueva Edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Ed. Dykinson, 1998, pág. 155.

[416] PARRA LUCÁN, M.ª A. Y OTROS, *Curso de Derecho Civil,* Volumen I, Derecho Privado, Derecho de la Persona, DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), 3ª ed., Ed. Colex, 2008, pág. 445.

[417] GUTIÉRREZ CALLES, J. L., "Matrimonio, testamento y derecho de sufragio activo del incapacitado", en la *Revista del Poder Judicial,* Ed. Consejo General del Poder Judicial, 3.ª época, número 56, 1999 (IV), págs. 365-366.

[418] REVERTE NAVARRO, A., *Comentario del Artículo 210 del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 658.

podemos señalar a ÁLVAREZ LATA[419], quien aprecia que como consecuencia de la naturaleza propia de este tipo de actos, y puesto que el representante no puede actuar, la sentencia no debería vetar "con carácter anticipado" su realización de forma genérica, puesto que esta capacidad de testar va a depender de la concreta capacidad natural de la persona en el momento de su ejecución. Asimismo, esta autora señala que como consecuencia de que la capacidad natural de la persona con discapacidad puede oscilar en el tiempo, pudiendo ser dichas oscilaciones de forma esporádicas o poco duraderas, habrá pocas posibilidades de que se pueda proceder a una modificación de la correspondiente sentencia de incapacitación en relación a reconocer la capacidad de testar de la persona, por la lentitud y complejidad del proceso, pero sin embargo, estos intervalos lúcidos, aun siendo no muy largos en el tiempo, permitirían que la persona incapacitada, de conformidad con las reglas y presupuestos que se contienen en el artículo 665 pudiese otorgar testamento. El no reconocimiento de esto último, podían suponer una falta de concordancia entre el artículo 662 y 665, lo que conllevaría o podría fomentar situaciones de incapacidad jurídica[420]. Por último, cabe señalar, que la citada autora propone la vía de la sustitución ejemplar como remedio a la incapacidad de testar.

Sin embargo, autores como CAFFARENA LAPORTA[421], el cual y sin perjuicio de remitirnos a él en el siguiente epígrafe como partidario de la tesis que promulgan o defienden que la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos pueden privar de la capacidad testamentaria, dudan de esta remisión a los actos personalísimos como argumento o justificación de que la sentencia de incapacitación no debería regular la capacidad de testar, y ello, en primer lugar, porque no resultan claro cuáles son los actos que integrarían el supuesto de hecho de la regla concebida, y en segundo lugar, porque cada vez son más las excepciones a la misma. Es por ello, que no cabe conceder a esta idea un valor normativo que vaya más allá del alcance de los preceptos en que se sustenta.

b) En segundo lugar, porque de acuerdo a los artículos que regulaban y regulan esta materia, artículos 663.2, 664, 665 y 666 del Código Civil, la incapacidad de testar no se deriva ni resulta de la incapacidad declarada judicialmente, sino de la incapacidad natural que realmente presente en cada caso y momento el testador. No obstante, como señala GUTIÉRREZ CALLES, pudiera admitirse que la sentencia, como consecuencia de una falta de entendimiento y voluntad de la persona objeto del proceso de incapacitación, quedase privada de su capacidad de testar, pero porque exista esa carencia y no porque la resolución la aprecia, y en este sentido, advierte que si lo que se está evitando es que una persona otorgue testamento por falta de capacidad de discernimiento

---

[419] ÁLVAREZ LATA, N., *La actuación de la persona con retraso mental (incapacitada o no incapacitada) en la esfera jurídico-privada*, Capítulo Tercero, en la obra colectiva "Derecho y Retraso Mental. Hacía un Estatuto Jurídico de la Persona con Retraso Mental", SEOANE RODRÍGUEZ J.A. (coord.), Ed. Fundación Paideia, A Coruña, 1999, pág. 245.

[420] Como señala la autora en la nota número (123) puesta a píe de la página 245, así se suele denominar a los casos en que la incapacidad de obrar no puede ser suplida por un representante legal, por lo que se está ante una incapacidad de obrar total, con respecto a la que no subyace una capacidad de obrar potencial.

[421] CAFFARENA LAPORTA, J., *La sentencia de incapacitación y la capacidad de testar,* en la obra colectiva "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo", Tomo I, Semblanzas, Derecho Civil, Parte General, Ed. Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003, pág. 321.

para ello, son suficientes las garantías que contemplaba el artículo 665 en torno al otorgamiento de un testamento parte de la persona incapacitada en intervalo lúcido.

Asimismo, señala el autor que estas garantías se ven reforzadas por la unidad de acto que imponía la interpretación conjunta de los artículos 665 y 666, de manera que una vez los facultativos declaren la capacidad para poder testar de la persona incapacitada, el notario debía recoger esta voluntad testamentaria del otorgante sin solución de continuidad, haciendo constar precisamente esta circunstancia en el testamento.

c) Y en tercer lugar, y de acuerdo con la obligación que se impone al Juez por parte del ya derogado artículo 210 de graduar la extensión y límites de la incapacitación, la aptitud de testar en una cuestión diferente a la capacidad de obrar de la persona y que se enjuicia en el proceso de incapacitación, y en consecuencia conlleva a apreciar y valorar esa aptitud o capacidad de testar en el momento del otorgamiento del testamento.

A continuación vamos a analizar el último de los supuestos que nos podemos encontrar si la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos contenía o no un pronunciamiento acerca de la capacidad testamentaria de la persona incapacitada, esto es, el supuesto en que en dicha sentencia o resolución contenía un pronunciamiento desfavorable o de carácter restrictivo en cuanto a esta capacidad de testar.

III.3.2.c. Supuesto en que la sentencia de incapacitación contenga un pronunciamiento desfavorable sobre la capacidad de testar. Su problemática jurídica

Una vez expuestos en los epígrafes anteriores, el análisis de los supuestos de que en la sentencia de incapacitación guardaba silencio en relación a la capacidad de testar, ámbito en el que el artículo 665 del Código Civil desplegaba todos sus efectos, así como del caso en que la sentencia recoja de forma expresa el pronunciamiento favorable o reconocimiento de la capacidad de testar, vamos a continuación analizar el supuesto contrario, esto es, que la resolución judicial de provisión de apoyos limite, restringa o prohíba que la persona que ha sido objeto de incapacitación pueda otorgar testamento. De los tres supuestos hasta ahora analizados, es a nuestro juicio, el supuesto que ahora nos proponemos abordar es el más problemático como consecuencia de los efectos que dicho pronunciamiento conlleva.

No han sido pocas las sentencias o pronunciamientos en sede judicial, que han establecido la incapacidad plena o absoluta de la persona para gobernarse por sí mismo, y en consecuencia, extender ésta a todos los actos o negocios jurídicos referentes a la administración y disposición de sus bienes, derechos y obligaciones de contenido patrimonial, sin perjuicio asimismo de la limitación y restricción de otro tipo de derechos.

Sin embargo, dentro del ámbito jurisprudencial, en el epígrafe anterior ya citábamos la Sentencia del Tribunal Supremo 479/1994, de 20 mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Almagro Nosete, la cual ha servido como fundamento y argumento a los defensores de la tesis de que la sentencia de incapacitación no debe negar la capacidad de testar, y ello como consecuencia de una nueva interpretación que se fue

abriendo paso del artículo 665 en su redacción anterior a la Ley 8/2021, y especialmente sobre la base de lo establecido en el artículo 666, esto es, de que la capacidad del testador deberá ser apreciada en el momento del otorgamiento del testamento.

No obstante, autores como GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO[422], han profundizado en el estudio de la citada sentencia, planteándose la cuestión de hecho desde una doble perspectiva; por un lado y en un sentido negativo, si como consecuencia de la que la incapacitada no tenía capacidad para testar en ninguna de las formas legalmente reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la mencionada sentencia, por consiguiente, tampoco podría recurrirse a la forma testamentaria que configuraba el entonces nuevo artículo 665; y por otro lado y en un sentido positivo, si atendemos al tenor literal de la sentencia que casa la sentencia de instancia, la incapacitada siempre podía testar si se cumpliesen los requisitos del citado precepto.

No obstante este autor, llama la atención en cuanto que las sentencias de primera instancia y de la Audiencia fueron dictadas bajo la redacción antigua del precepto, donde prácticamente por unanimidad se entendía que la forma testamentaria que regulaba el artículo 665 no podía ser privada por la incapacitación. Aquí podemos añadir, que el origen de lo expuesto en que antes de la reforma del año 1983 en materia de tutela dentro del Código Civil, se configuraba y entendía en un rígido sistema en este ámbito, donde solamente tenían cabida o conjugaban dos esferas, la de la incapacitación absoluta o parcial, y ello como consecuencia de la ausencia de graduación de la capacidad de la persona, aspecto éste que introdujo dicha reforma. Es por ello, que si en esa época anterior a la reforma, si se impedía la aplicación del artículo 665, se condenaba a la persona a la vía de la sucesión legal o intestada para la administración y destino de sus bienes después de su fallecimiento, a no ser que tuviera ya otorgado un testamento previo o anterior, o estuviese bajo los efectos de sus sustitución ejemplar.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO[423], señala que el término capacidad puede concebirse en un doble sentido, en primer lugar, como aptitud positiva para realizar un acto jurídico, y por consiguiente, en el caso de que la sentencia no contuviese pronunciamiento favorable sobre la capacidad de testar podría acudirse a la forma testamentaria que recogía el artículo 665[424]; y por otro lado, entender la capacidad de una forma o sentido general, como una institución del Derecho positivo, comprendiéndose dentro de ésta tanto el aspecto positivo como negativo en cuanto a la aptitud para realizar un determinado apto, lo que conllevaba la aplicación del artículo 665 cuando la sentencia no dijera nada en relación con la capacidad de testar, puesto que en caso contrario, habría que estar a lo dispuesto en la misma. Asimismo, este autor señala como otro de los motivos o argumentos favorables a que la persona que es objeto de incapacitación pudiera otorgar testamento, se sustentaba sobre la base del derogado artículo 210 del Código Civil, que señalaba que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión

[422] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., "Comentario a la Sentencia de 20 de mayo de 1994" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 36, septiembre-diciembre 1994, pág. 1.053.
[423] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., "Comentario a la Sentencia de 20 de mayo de…", op.cit. pág. 1.055-1.057.
[424] Como principal valedor de esta concepción de la capacidad tenemos autores como ALBALADEJO, cuya posición doctrinal en torno a este artículo ya hemos abordado con anterioridad.

y los límites de la incapacitación, por lo que no parce muy lógico que el legislador prevea el incumplimiento por el Juez del artículo 210, regulando el testamento de un incapacitado cuya sentencia no determina la extensión y límites de la incapacidad.

En virtud de los planteamientos y presupuestos que acabamos de recoger, el pensamiento de este autor podría quedar resumido en las siguientes consideraciones: en primer lugar, parece que el legislador decidió, de acuerdo con el tenor literal del artículo 665 y de una interpretación que no fuerce su sentido, establecer que la sentencia de incapacitación pueda privar de la capacidad de testar[425]; en segundo lugar, la interpretación que considera que el artículo no autoriza a que la sentencia de incapacitación pueda privar o restringir la capacidad para testar, necesita del término "favorable" o algún otro similar después de la palabra "pronunciamiento". Matiza el autor que esta última postura tiene su origen en el equivocado prejuicio de que la incapacitación no pude prohibir la realización de actos personalísimos como por ejemplo, el de otorgar testamento o contraer matrimonio, siendo esto discutible, puesto que el legislador podrá tener en cuenta consideraciones de oportunidad a la hora de impedir dichos actos, o bien, y como hacen otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el francés, por medio del artículo 504 del Code, o el italiano, por medio de su artículo 591.2, en los cuales la incapacitación priva sin más la capacidad o facultad de testar de la persona; y por último, en la tradición de admitir la capacidad de testar en intervalos lúcidos, circunstancia ésta que puede rebatirse por los profundos cambios sociales en este ámbito, y que suponen que no existan grandes inconvenientes en admitir que la sentencia de incapacitación prohíba la capacidad de testar, puesto que ello significa simplemente un juicio de oportunidad para valora la capacidad de la persona, pudiendo ser posteriormente modificado mediante otra sentencia si así se apreciase.

Después de lo expuesto, una cuestión que nos podríamos plantear ahora, es si la privación o revocación de este derecho a poder otorgar testamento por medio de la sentencia o resolución judicial de provisión de apoyos, era una limitación que hubiera de hacerse de forma expresa dentro de dicha sentencia, o simplemente, con señalar la prohibición de realizar cualquier acto de administración o disposición de bienes sería suficiente para incluir dentro de los mismos el de la prohibición para otorgar testamento. En virtud de ello, nos encontramos con dos opciones o posiciones que podemos resumir en; por un lado, considerar que esta limitación de administración o disposición de bienes, incluye o se extiende también a los actos *mortis causa*, y por consiguiente, se está restringiendo también la capacidad de testar de la persona; y por otro lado, y en un sentido menos restrictivo, entender que dicha limitación se refiere única y exclusivamente a los actos de administración *inter vivos*, dejando fuera de dicho ámbito aquellos actos de administración o disposición *mortis causa*, como es el caso de otorgar testamento. El aceptar una u otra posición dependerá de si consideramos que la sentencia necesariamente deba recoger o no de forma expresa y explícita la privación de poder testar, y en consecuencia, la extensión de la prohibición a los actos *mortis causa*. Uno de los problemas que nos podemos encontrar en este sentido, es que no todas las sentencias han

[425] En este sentido o solución, también se inclinan según cita el autor, otros como CAPILLA RONCERO, RIVAS MARTÍNEZ y ROCA TRÍAS.

estado lo suficientemente justificadas y motivadas, especialmente en lo referente a la limitación y privación derechos, como por ejemplo, el que ahora nos ocupa, esto es, el derecho a poder otorgar testamento, así como el derecho de sufragio entre otros, circunstancia ésta que venía siendo demandada por distintos colectivos y movimientos sociales que representan a las personas con discapacidad, así como por parte de diversos operadores jurídicos.

En este sentido autoras como ESPIÑEIRA SOTO[426], estima que la sentencia, debe contener un pronunciamiento expreso sobre la falta de capacidad de testar para privar al incapacitado judicialmente, de la oportunidad de otorgar testamento, y añade, que resulta difícil pensar que una sentencia pueda privar de forma genérica de la posibilidad de testar, pues existe el derecho a testar, si bien el testador debe tener en el momento de realizar la declaración testamentaria, capacidad de entender y querer el acto jurídico o negocio *mortis causa* que realiza. En este sentido, nos unimos a la posición que defiende esta autora, puesto que sin estar de acuerdo que la sentencia sea el lugar y momento idóneo donde privar de la capacidad de testar a la persona, si así se hiciera, por lo menos se debería de haber de forma explícita y concreta, puesto que no debemos olvidar que semejante pronunciamientos conllevan la ruptura de principios generales dentro del ámbito del Derecho sucesorio, con son, no solo el principio de *favor testamenti*, sino asimismo del principio o regla general de la presunción de la capacidad de la persona y de la interpretación restrictiva en materia de incapacitación, y por último, de lo que establecía el artículo 665 y establece el artículo 666 del Código Civil.

En relación con lo que acabamos de exponer en los párrafos precedentes, autoras como ÁLVAREZ LATA[427], justificaban la regla del artículo 665, de acuerdo a tres presupuestos: por un lado, la predilección de nuestro sistema jurídico por la sucesión testada frente a la sucesión intestada o legal; por otro lado, en la interpretación restrictiva de la incapacidad sobre todo en la esfera de los actos personalísimos, como ocurre en el caso del otorgamiento de un testamento; y por último, de los presupuestos que recogía el artículo 663 del Código Civil.

En virtud de lo expuesto no solo en los párrafos anteriores, si no en lo que hemos dejado reseñado en los epígrafes anteriores, podemos observar como la mayoría de la doctrina se ha ido decantando o posicionándose a favor de la tesis de los partidarios que defienden que la sentencia de incapacitación no debería privar de la capacidad de testar a la persona incapacitada.

No obstante, dentro de la corriente minoritaria de autores que defendían que la propia sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos pueda modificar la capacidad testamentaria de las personas con discapacidad, y en consecuencia, la inoperancia del artículo 665, nos encontramos a GIL RODRÍGUEZ[428]. Este autor señala que no será lo habitual ni estará indicado siempre que las sentencias de

---

[426] ESPIÑEIRA SOTO, I., "¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?", en *Revista de Derecho Civil,* vol. II, núm. 2, abril-junio, 2015, pág. 287.

[427] ÁLVAREZ LATA, N. *Comentario al art. 665 del…*, op.cit. pág. 828.

[428] GIL RODRÍGUEZ, J., *Comentario del Artículo 665 del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 787-788.

incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos nieguen al incapacitado la realización de determinados actos de carácter personalísimo, como por ejemplo, el contraer matrimonio o en el caso que nos ocupa, otorgar testamento, pero realiza las siguientes consideraciones en el sentido indicado de que la sentencia de incapacitación restringa la capacidad testamentaria de la persona:

a) En primer lugar, este tipo de restricciones o limitaciones en la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos, no conllevaba ampliar el ámbito natural de representación del tutor. Conviene recordar aquí que como todos sabemos, los actos personalísimos no admiten representación legal de ningún tipo.

b) En segundo lugar, las permisiones específicas de referencia (artículo 665) se configuraban y eran acordes con el rígido expediente del status de incapacitado y con el carácter típicamente uniforme de la incapacitación en la redacción originaria del Código Civil, sistema opuesto al que prescribe el derogado artículo 210 de dicho cuerpo legal.

c) La posición defendida por el autor conllevaba a la actualización de las garantías que establecía el artículo 665 del Código Civil, haciendo que los facultativos interviniesen y dictaminasen a solicitud de la autoridad judicial y con eficacia supeditada al pronunciamiento de ésta, la cual salvaguarda la institución.

d) No hace inútiles dichas autorizaciones legales, ya que, en sus propios términos, servían todavía para los afectados por deficiencias o anomalías psíquicas que no hubieran sido incapacitados y para aquéllos que, habiéndolo sido, su sentencia no contemple expresamente dichas actuaciones.

e) La interposición de la autoridad judicial no contradecía el sistema que ha trasladado a aquélla la función de apreciar y decidir sobre otras cuestiones o incidencias, no menos importantes, en el desarrollo de la personalidad de la persona incapacitada, autorizaciones que si no serían ilícitas (artículo 3.º 2 LO, 1/82), como por ejemplo, las relacionadas con la privación de libertad personal, esterilización, etc.

f) Y por último, señala el autor, que estas limitaciones o restricciones en la sentencia de diferentes posibilidades de actuación por sí genéricamente no prohibidas por la Ley, no tenían un carácter definitivo, puesto que como consecuencia de la evolución de la enfermedad en una mejoría, o de nuevas circunstancias que hubieran podido sobrevenir, se podía instar previo los correspondientes exámenes pertinentes, un nuevo pronunciamiento que dejaba sin efecto o modificase aspectos de la sentencia de incapacitación inicial o resolución judicial de provisión de apoyos

CAFFARENA LAPORTA[429], realiza una serie de argumentaciones para rebatir los presupuestos planteados por los defensores de que la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos no privaba de la capacidad de testar, en el sentido de que no eran muy convincentes a la hora de poder criticar este supuesto, especialmente a raíz de la reforma llevada a cabo del artículo 665 por la Ley de 20 de diciembre de 1991, puesto que si nos basamos en la literalidad del artículo después de su reforma, parece claro poder admitir que del mismo resulta que era la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos la que se pronunciaba sobre

[429] CAFFARENA LAPORTA, J., La sentencia de incapacitación y la capacidad de…, op.cit. págs. 339-341.

la capacidad de testar de la persona incapacitada, ya sea en su vertiente positiva como en su vertiente negativa.

Como primer aspecto a destacar, el autor señalaba que debemos partir de la profunda reforma del año 1983 operada en el Código Civil en materia de incapacitación, que conllevó la transición de un sistema rígido donde no existía la graduación de la capacidad, y por tanto, resultaba casi obligado no limitar o restringir la realización de determinados actos, como los llamados derechos personalísimos, puesto que si se limitaban no iban a poder ser ya desarrollados por la persona en un intervalo de lucidez. Pero como consecuencia de la reforma y de la introducción de la graduación de la capacidad, no existía impedimento alguno en que el Juez, en su caso, podía limitar, restringir o privar determinados derechos en cuestión, y ello como consecuencia de la falta de entendimiento y voluntad de la persona incapacitada como resultado de la enfermedad que posee. Además y como consecuencia de una variación en dicha enfermedad, cabe siempre la posibilidad de una modificación de la sentencia en cuanto al alcance de la incapacitación.

No obstante, podemos nosotros añadir en este sentido, y según ya hemos dejado señalado con anterioridad, que este tipo de modificación de las sentencias en cuanto a su alcance y extensión como consecuencia de nuevas circunstancias sobrevenidas como resultado del proceso evolutivo de la enfermedad, no era siempre una cuestión rápida o de fácil acceso, especialmente en la esfera judicial. Dentro de ésta, es por todos conocido la carga de trabajo que soportan los tribunales de justicia en nuestro país, lo que hace muy complicada la revisión de la sentencia en plazos relativamente cortos, que son como suelen manifestarse estos episodios de lucidez, complicándose aún más si cabe esta circunstancia en los lugares de nuestra geografía donde no existen juzgados especializados en el ámbito de la incapacitación, y estos supuestos deben ser resueltos por los juzgados de primera instancia e instrucción, los cuales conocen de más asuntos para su resolución. Es por ello, que esta vía puede conllevar el desaprovechamiento de este intervalo de lucidez, por ejemplo en el caso del otorgamiento de un testamento entre otros tipos de actos, los cuales sí se podrían realizarse de una manera más rápida y efectiva, por ejemplo dentro del ámbito notarial en cuanto al caso que nos ocupa, aplicando aquí las garantías que establece el artículo 665.

Asimismo, reseña el autor que el propio preámbulo de la Ley 20 de diciembre de 1991, tuvo como fin adecuar el artículo 665 a la nueva regulación de la incapacitación, al señalar que *"se ajusta el supuesto tradicionalmente denominado del testamento en intervalo lúcido al vigente tratamiento legal de la incapacitación"*, y por tanto, dentro de este régimen. la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos gradaba el grado de discernimiento de la persona que se incapacita, y por tanto no existía impedimento alguno en que dentro de dicha graduación se valorase si el incapacitado podía otorgar o no testamento, sin que ello vulnerase o contradígase el régimen legal de incapacitación.

Como segundo aspecto a destacar dentro de la contra-argumentación que realizaba CAFFARENA LAPORTA[430], y en contra de los presupuestos que defendían los partidarios de que la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos no podía privar la capacidad de testar en atención a que la capacidad quedaba supeditada a la capacidad natural de entender y querer en el momento de otorgar testamento, y ello de acuerdo con lo que establecía y establece los artículos 663 y 666 del Código Civil respectivamente, el autor señalaba que éste argumento no descansa sobre bases muy firmes, puesto que en relación con el primero de los artículos citados, no excluye la posibilidad de que en relación a los incapacitados, la sentencia de incapacitación, según los casos, atendiendo al grado de discernimiento y las características de la enfermedad, reconozca la misma capacidad de testar, o niegue dicha capacidad o permita el otorgamiento del testamento adoptando las cautelas que exigía el artículo 665, puesto que es precisamente el texto de este último artículo el que sirve para proporcionar cobertura legal a esta posibilidad, aplicándose asimismo la regla general que recoge el artículo 662, de que *"pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente"*. A su vez, y en cuanto a lo que establece el artículo 666, señalaba el autor que resulta un precepto que resulta aplicable sin ningún problema en el caso de que se entienda que la sentencia de incapacitación pueda privar de la capacidad de estar, puesto que el término utilizado en el mismo de "estado", sirve tanto para referirse a la existencia o ausencia de cabal juicio, como a la mayoría o minoría de edad para testar, como a las distintas situaciones que pudieran darse en relación con la incapacitación.

Otro de los aspectos a destacar por este autor como contra-argumentación a los presupuestos planteados por los defensores de que en la sentencia de incapacitación no se debe privar de la capacidad de testar, y ello sobre la base de que el testamento es un acto personalísimo, señala que éste argumento es más utilizado para los supuestos de contraer matrimonio o de reconocimiento de una hijo extramatrimonial, actos que el incapacitado podrá llevar a cabo si se encuentra en un intervalo lúcido. Pero en relación con el acto de otorgar testamento, dicha remisión tenía su aplicación práctica y válida antes de la reforma operación en el Código Civil en materia de incapacitación, puesto que el sistema rígido que se aplicaba dejaba sin posibilidad a la persona incapacitada de poder realizar actos personalísimos en un episodio o intervalo lúcido si dichos actos eran prohibidos como consecuencia del estado de incapacitación. Es por ello, que como consecuencia del nuevo régimen de incapacitación presidido por la introducción práctica de la graduación de la capacidad, no hay problema alguno en poder limitar este tipo de acto, puesto que la sentencia, de acuerdo con la valoración realizada de la capacidad de la persona así como de los factores que sobre ella pueden derivarse de conformidad con la enfermedad que posea, el Juez ya habrá fijado los límites y extensión de los actos a realizar, pudiendo incluir dentro de los mismas la falta de capacidad para testar, pero reconociendo a su vez otros actos personalísimos.

Una vez expuesta la réplica en contra de los principales argumentos que venían defendiendo los partidarios o defensores de la tesis de que la sentencia de incapacitación

[430] CAFFARENA LAPORTA, J., La sentencia de incapacitación y la capacidad de…, op.cit. págs. 335-336.

o resolución judicial de provisión de apoyos no debía privar de la capacidad testamentaria de la persona incapacitada, CAFFARENA LAPORTA[431] recoge otros argumentos de carácter más general como son el principio de interpretación restrictiva de la incapacidad, o la conveniencia de no fomentar las situaciones de incapacidad jurídica, o la vulneración del principio de *favor testamenti*. En cuanto a los dos primeros, dichos argumentos podrían haber tenido una trascendencia importante antes de la reforma del artículo 665 por la Ley 20 de diciembre de 1991, pero a partir de ese momento y de acuerdo a la literalidad de la letra del artículo, dichos argumentos no tienen cabida. No obstante, señala el citado autor, que los planteamientos de los partidarios que consideran que la sentencia de incapacitación no debería privar la capacidad testamentaria de la persona, han sido objeto de una gran aceptación por parte de la doctrina, así como de aplicación práctica, especialmente por las Audiencias Provinciales[432].

Y en cuanto al último de ellos, esto es, el referido al *favor testamenti*, el autor[433] aprecia que este principio se cumple también en el supuesto analizado, puesto que a la persona incapacitada se le permite hacer testamento conforme a las especialidades que marcaba el artículo 665, cuando en la sentencia de incapacitación no consta ningún tipo de pronunciamiento respecto a la capacidad de testar.

Parte terminar con la exposición del pensamiento de este autor, conviene señalar que CAFFARENA LAPORTA[434], pone la problemática en torno a la privación de la capacidad de testar por medio de la sentencia de incapacitación, en el sentido de si la misma podría suponer la vulneración de algunos derechos constitucionales de la persona, como son por ejemplo el artículo 33 y 49 de nuestra Constitución, y ello en relación con los derechos fundamentales recogidos en los artículo 10 y 14 de dicho texto por las alusiones que se hacen a los mismos. El autor señala que en cuanto al primero de ellos, que versa sobre el derecho que tiene toda persona a disponer de sus bienes *mortis causa*, el mismo no queda configurado como un derecho fundamental en sentido estricto, atribuyéndose a dicho precepto el valor y protección que recogen todos los derechos comprendidos en el Capítulo Segundo, del Título Primero de nuestra Carta Magna.

---

[431] CAFFARENA LAPORTA, J., La sentencia de incapacitación y la capacidad de…, op.cit. pág. 338.

[432] En este sentido, vista la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, 19/1996, de 15 de enero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Luces Gil, en la cual, se recurre de forma específica por el Ministerio Fiscal la limitación de la capacidad de testar de la persona incapacitada, a la que se une el recurso de la representación de la parte demanda en referencia a la privación del Derecho de sufragio, esta última desestimada, según se señala en el fundamento de derecho cuarto, por la notoria disminución de la capacidad de razonamiento de la demandada, el grave deterioro de su memoria y sus dificultades de comprensión de la realidad. En cuanto a la capacidad testamentaria, la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia, en el sentido que expresa el Fundamento de Derecho Tercero, en el cual, se señalan los dos aspectos en los que se fundamenta la doctrina mayoritaria en relación a no establecer privaciones o restricciones especiales de la testamentifacción activa. Dichos aspectos son, en primer lugar, por ser el testamento un acto personalísimo que no admite nunca un complemento de capacidad por parte del representante legal, ni por la asistencia o aprobación del curador; y en segundo lugar, porque de conformidad con lo establecido en los artículos 663.2.º, 664, 665 y 666, de los cuales se desprende que la ineficacia del testamento dependerá de la incapacidad natural de la persona en el momento de realizar el acto en cuestión, y no como consecuencia de una declaración judicial de incapacitación o incapacidad formal.

[433] CAFFARENA LAPORTA, J., La sentencia de incapacitación y la capacidad de…, op.cit. pág. 343.

[434] CAFFARENA LAPORTA, J., La sentencia de incapacitación y la capacidad de…, op.cit. págs. 344-345.

En cuanto al segundo de los preceptos constituciones aludidos, ubicado el mismo dentro de los principios rectores de la política social y económica, no puede decirse que no fuera respetado por el artículo 665 del Código Civil, puesto que la modificación que se realizó de este precepto tuvo como fin su adaptación al nuevo régimen de incapacitación establecido por la reforma del año 1983, reforma que reguló ésta materia de conformidad con los valores y principios constitucionales, y cuyo objetivo primordial fue el establecimiento de un sistema de protección de la persona incapacitada mediante un sistema flexible de graduación de la incapacitación, para de este modo conseguir una mayor autonomía para poder realizar todos los actos posibles y ello en aras de un mayor desarrollo de su personalidad.

Por todo ello y para finalizar, señala el autor que la limitación de la capacidad testamentaria que se contemplaba dentro del artículo 665 por medio de la sentencia de incapacitación, *"responde a las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la norma sobradamente desde una perspectiva constitucional"*.

En relación con lo expuesto, la Ley 8/2021, ha supuesto como veremos a continuación, un cambio radical de perspectiva. En su Disposición Transitoria Primera, relativa a la privación de derechos actualmente existentes, en la cual, se hace expresa mención al tema que hemos tratado, estableciendo lo siguiente: *"A partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto."*. En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la Ley, cualquier restricción, limitación o privación del derecho a testar de la persona con discapacidad, ya sea parcial o total, en las correspondientes sentencias de incapacitación o de modificación de la capacidad de obrar como actualmente se venían denominando, quedarán automáticamente sin efecto o anuladas.

Lo expuesto, entre otros de los muchos aspectos ahora regulados y reconocidos en relación con los derechos de las personas con discapacidad, conforma este nuevo sistema promulgado por parte de la Convención y que ha sido recogido por nuestro legislador en la Ley 8/2021, por medio de la cual se tiende hacia un reconocimiento de la capacidad plena de las personas con discapacidad, ya sea en su vertiente de reconocimiento y protección de sus derechos, así como en su ejercicio.

III.3.3. El concepto y significado de las enfermedades mentales y alteraciones psíquicas que afectaban a la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio

III.3.3.1. La influencia de las enfermedades mentales dentro del ámbito testamentario. Su incidencia en torno a la capacidad testamentaria de la persona

El estudio de las diferentes enfermedades mentales o alteraciones psíquicas que de un modo u otro puede alterar la capacidad cognitiva de la persona a la hora de realizar un testamento, aun siendo un ámbito propiamente dicho que queda fuera de la esfera jurídica, ha sido objeto de estudio y análisis por parte de la doctrina y de diversos autores civilistas, y ello como una ayuda o complemento para poder conseguir de este modo un

diagnóstico más preciso, y en consecuencia poder emitir un dictamen de carácter positivo o negativo en cuanto a la realización de determinados actos con transcendencia jurídica por parte de la persona sobre la que recae una enfermedad mental, ya sea de forma transitoria o permanente.

Sin embargo, la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha supuesto una evolución y superación en cuanto a la consideración de estas determinadas enfermedades mentales, como impedimentos, restricciones o limitaciones en relación con la capacidad de la persona, especialmente y en cuanto aquí nos atañe, en lo relativo a la capacidad testamentaria. A partir de la entrada en vigor de dicha Ley, se deja a un lado la consideración de cualquier aspecto que signifique una restricción o anulación de derechos de las personas con discapacidad, para conseguir por medio de los apoyos necesarios y de la capacidad que ostente la persona, la realización de actos jurídicos, entre ellos, el de poder otorgar testamento.

No obstante, creemos conveniente dejar ahora reseñadas, y dentro del estudio del artículo 665 antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, algunas reflexiones en cuanto a cómo afectaban estos trastornos o patologías en relación con la capacidad testamentaria de la persona, para de estar modo apreciar cual ha sido la evolución dentro de este ámbito.

El Código Civil, por medio de su artículo 663, utiliza una fórmula amplia, y con un marcado carácter negativo, a la hora de regular la capacidad para testar, y ello, mediante el impedimento por razón de edad, esto es, de no tener cumplido la edad mínima requerida para el acto de testar, y por otro lado, aquellas personas que no se hallen en su cabal juicio, extremo éste último que presente una mayor complejidad para su aplicación.

Para entender que una persona se hallaba en su cabal juicio, y según venía entendiendo así no solo la doctrina, sino también la jurisprudencia, se requería un doble requisito; por una lado, el tener conocimiento del acto jurídico o negocio que se está llevando a cabo, es decir, el comprender que significa otorgar un testamento; y por otro lado, alcanzar mediante la realización de dicho negocio *mortis causa*, lo querido y manifestado por la voluntad de la persona.

Según establecía expresamente el apartado segundo del artículo 663 del Código Civil, estarán incapacitados para testar el que habitual o accidentalmente no se hallaré en su cabal juicio, aspecto interconectado asimismo con el fin que perseguía el artículo 665, en el sentido de asegurarse de que la persona con discapacidad y que pretendía otorgar testamento se encontraba en un intervalo lúcido para realizar el mismo, y por consiguiente, con el suficiente intelecto y voluntad para realizar el acto en cuestión. En esta concepción del cabal juicio, autores como LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA[435] apreciaban que *"para testar es necesario que el juicio de quien ordene su sucesión sea cabal, es decir, que quien dispone tenga, no sólo capacidad, sino capacidad suficiente de entender y querer precisamente sus disposiciones, y de apreciar los motivos para hacerlas, sin que baste hallarse en un umbral de conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permite asentir y firmar, o simplemente con*

[435] LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., "*Elementos de Derecho Civil V, Derecho de…*, op.cit. pág. 212-213.

una capacidad mental tan disminuida que las manías y las obsesiones eliminen la claridad de juicio y la libertad de la decisión.".

En cuanto al término cabal juicio, podemos traer ahora a colación y para un mejor entendimiento en la concepción del mismo, entre otras definiciones, la planteada por ROCA-SASTRE MUNCUNILL[436], quien señalaba que *"cabal juicio significa capacidad natural, es decir, suficiente discernimiento del testador acerca de la finalidad, contenido y trascendencia del negocio testamentario"*. En virtud de lo expuesto, este autor apreciaba que carecen de este tipo de capacidad, no solo los menores de catorce años o los declarados locos o dementes en virtud de sentencia firme, sino también el no declarado como tal, siéndolo, y en terminología de la época, el imbécil o débil mental, y asimismo, los que sin ser su enfermedad mental de manera o forma habitual, sufren trastornos mentales ya sea de forma circunstancial o accidental, en el momento de otorgar el testamento, y en consecuencia quedan privados del discernimiento necesario para otorgar dicho acto o negocio *mortis causa*. No obstante, y según señala este autor, podrá otorgar testamento aquel que sea declarado en un intervalo lúcido, siempre y cuando constare así acreditado a juicio del notario autorizante del acto o de los correspondientes facultativos.

Por último, dicho autor apreciaba, que el delirio febril, la embriaguez, el sonambulismo, la sugestión hipnótica, así como cualquier otro tipo de perturbaciones mentales ocurridas de forma transitoria, impedirán testar en el momento en que se sufran, siempre y cuando éstas supongan una privación del discernimiento natural o propio de toda persona normal o humana, términos sinónimos al de cabal.

En este sentido, el autor remite a la Sentencia de 11 de diciembre de 1962, (ROJ: 2560/1962), y cuyo ponente fue el Magistrado Don Emilio Aguado González, en la cual, en su Considerando letra a), se señala *"Que el principio general de capacidad para testar que establece el artículo 662 tiene como una de sus excepciones la del número segundo del artículo siguiente, en que se incapacita para otorgarlo al que habitual o accidentalmente no se hallare en su "cabal juicio", expresión legal empleada sin pretensión científica, pero con amplia comprensión práctica, y aun cuando el término "cabal" es sinónimo de lo completo, justo, acabado o exacto y en tal sentido no parece pueda predicarse de la salud mental que, como la física, es raramente perfecta, también por "cabal" se entiende lo "normal", en cuya acepción, indudablemente, la Ley, en este caso, la emplea, refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos propios del acto verdaderamente humano, caracterizado porque se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que con el mismo se persigue, voluntad que la falta de inteligencia vicia de por sí, por no poderse querer verdaderamente lo que no es antes conocido y, por ello, el estado patológico mental por vía de amencia o de demencia, impide al testador hallarse en ese "cabal juicio" que la Ley exige para que pueda actualizarse la capacidad de imponer su voluntad última para después de la muerte, que la Ley potencialmente reconoce como regla general y, por tanto, afirmada en la fundamentación de la sentencia que se recurre, la falta de aptitud de la testadora para elaborar pensamientos y decisiones propias por*

[436] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *"Derecho de Sucesiones"*, Tomo I, Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1989, pág. 103.

carecer de discernimiento, conciencia y voluntad, es indudable que la misma no se encontraba en su "cabal juicio".".

En este mismo sentido, y de carácter más reciente, podemos señalar la Sentencia del Tribunal Supremo 1063/2007, de 4 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana, en la cual, en el último párrafo del fundamento de derecho undécimo, se señala que *"la situación de no encontrarse en su cabal juicio a la que se refiere el artículo 663 del Código Civil no reduce su ámbito a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o de determinarse con discernimiento y espontaneidad, privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue (SSTS de 11 de diciembre de 1962 y 7 de octubre de 1982).".*

Conviene resaltar, y así ha sido remarcado por la jurisprudencia, que en relación con la capacidad de testar, no sólo resultaba afectada ésta por las enfermedades mentales, sino también por cualquier causa de alteración psíquica de la persona que incidan en sus deseos, discernimiento y espontaneidad, y en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1982 (Roj: 1162/1982), cuyo ponente fue el Magistrado Don Jaime Castro García, en la cual, en su primer considerando se establece lo siguiente: *"que necesitada toda declaración de voluntad, encaminada a la producción de efectos jurídicos, de aptitud en el sujeto que la emite, es claro que integrado el testamento por un elemento constitutivo primordial, en que consiste la manifestación del causante tendente al logro de un resultado que el ordenamiento respeta y protege como querido por el testador (artículo 658 y 667 del Código Civil), obviamente carecerá de eficacia el negocio jurídico mortis causa cuando su autor adolece de falta total o de insuficiencia de las facultades intelectivas y volitivas, de manera que en el momento de otorgarlo, que es el de valoración de su capacidad (artículo 666 del mismo código), no ha podido el testador expresar su voluntad libre y conscientemente, ajustada al propio entender y querer interno; sentido en el cual, […], en la que habrán de ser incluidas no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas sino también cualesquiera causas de alteración psíquica que impidan el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos, por carecer de conciencia y libertad en palabras, de la sentencia de 11 de diciembre de 1962.".*

No obstante, y en esta línea jurisprudencial, creemos conveniente traer aquí la definición y el tratamiento en torno al intervalo lúcido que se realizó en una sentencia ya comentada con anterioridad en el presente trabajo, esto es, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1959 (Roj: 1296/1959), cuyo ponente fue el Magistrado Don Pablo Murga Castro, en la cual, En la cual, se señala lo siguiente: *"[…], a) Que la expresión "intervalo lúcido" si en la fecha de la promulgación del Código Civil pudo tener algún contenido meramente empírico, hoy está totalmente abandonada por la psiquiatría, e incluso en los estados de confusión senil, por alteraciones no típicamente*

cerebrales ni medulares, aun ajenas al caso que nos ocupa, verdaderamente patológico, tampoco es correcta la expresión, puesto que si accidentalmente los enfermos pueden por breve tiempo estar claros, para tornarse de nuevo en confusos, las restantes pérdidas y alteraciones subsisten siempre durante estos intervalos, b) Mas como el intervalo lúcido" es un concepto consagrado en nuestro Derecho positivo, que fue elaborado de acuerdo con fracasadas directrices de la ciencia médica, hay que recordar la definición que de tal estado hizo D´Agusseau como "entera suspensión de la locura, verdadera tregua del furor, que no difiere de la paz más que por su efecto permanece solo un cierto tiempo"; y en este sentido, casi todas las enfermedades mentales pueden tener, aunque muy raramente, intervalos lúcidos, con la excepción de las permanentes y no modificables, los que afectan a un estado transitorio de conciencia, pero no a la capacidad jurídica del paciente; que de aquí se desprende" que la presunción de capacidad ocasional establecida en el artículo 665 del Código Civil lógicamente puede ser combatida con éxito.. la luz de la prueba practicada, de las reglas del sentido común o sana crítica y de las conclusiones de la técnica psiquiátrica; y así numerosas sentencias de este Tribunal siguen esta trayectoria la de 7 de junio de 1893 declara nulo el testamento otorgado por la persona que adolecía de incapacidad mental, judicialmente declarada, aunque los médicos certificasen que se hallaba la testadora en un momento de lucidez; la de 26 de noviembre de 1919 declara nulo el testamento otorgado por quien no tenía plenas facultades mentales; la de 1 de julio de 1901 declara nulo el testamento por falta de capacidad mental de la testadora, sentándose la doctrina de si se declara que el testador padecía enfermedad, si bien no privarle de manera absoluta de sus facultades mentales, las perturbó de tal modo que la voluntad no estaba perfectamente regalada por la inteligencia y se impone declarar también que es nulo el testamento otorgado en estas condiciones, y la sentencia de 30 de septiembre de 1911 negó eficacia a un testamento porque el testador no era consciente, con la debida claridad y precisión, en el momento de su otorgamiento. […].".

Autores como CASTÁN TOBEÑAS[437], advertían de que toda perturbación intelectual, ya sea de carácter permanente o transitorio, incapacita para poder otorgar un testamento, y a este respecto destaca tres precisiones: en primer lugar, que la enfermedad exista en el momento del otorgamiento; en segundo lugar, que sea de carácter grave, hasta el extremo de excluir en la persona que la padece la conciencia de los propios actos[438]; y en último lugar, que sea objeto de prueba especial y concluyente por quien impugna el testamento, pues la capacidad de testar se presume en toda persona hasta que no se pruebe

[437] CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral,* Tomo Sexto, Derecho de Sucesiones, vol. I, 9ª ed., Ed. Reus S.A., Madrid, 1989, pág. 479.

[438] CASTÁN TOBEÑAS, en la nota a pie de página de la anterior cita, señala lo siguiente: "La perturbación mental puede ser parcial en el caso de la llamada monomanía, que tiene lugar cuando una persona desvaría en una determinada esfera de ideas, conservando su inteligencia lúcida y sana en los demás. Algunos, como Troplong, han supuesto que el monomaníaco ha de ser tenido por absolutamente incapaz para testar, ya que aunque en apariencia la monomanía no constituya más que una locura parcial y circunscrita, en siempre signo de una radical perturbación de la mente. Pero el criterio más general en la doctrina y en la jurisprudencia de otros países, especialmente Italia, estima que las disposiciones del monomaníaco se tendrán por válidas o nulas según guarden o no relación con la esfera de ideas en que su inteligencia desvaríe, y que, por consiguiente, es preciso, en cada caso especial, examinar cuidadosamente la extensión de la alteración mental (Losana, Polacco).

lo contrario, sin que sea suficiente para impugnarla simples presunciones o conjeturas, extremo éste que se reseña en la citada Sentencia de 7 de octubre de 1982 y a la que acabamos de referirnos en el párrafo anterior.

No obstante, y como paso previo a la constancia de las enfermedades mentales que podían afectar a la capacidad para testar, creemos conveniente para su mejor comprensión, recoger el resumen jurisprudencial que en este tema realizó la Sentencia del Tribunal Supremo 54/1998, de 27 de enero, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Albacar López, la cual, en su fundamento de derecho segundo. En el mismo se señala la doctrina de la Sala en torno a la acción de nulidad de los testamentos, por medio de los siguientes presupuestos:

a) Que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos.

b) Para desvirtuar la capacidad testamentaria no bastan las simples presunciones o indirectas conjeturas, no siendo posible contradecir los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte.

c) Establece que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido.

d) A la hora de poder establecer la incapacidad para poder testar, son insuficientes las siguientes:

1) La edad senil del testador, *"pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrépito y achacoso […]"*. En este sentido, ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho.

2) Asimismo, que el testador se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con un grado de eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón.

3) No es impedimento para poder apreciar la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el notario y los testigos.

e) En cuanto a la sanidad de juicio, ésta se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser, de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum* que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario *"evidente y completa", "muy cumplida y convincente", "de fuerza inequívoca",* cualesquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad,

aún en estado latente en el sujeto, pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración.

f) A su vez, la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria u otorgamiento, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador, adquiere especial relevancia de certidumbre mientras no se demuestre "cumplidamente" en vía judicial, su incapacidad destruyendo la enérgica presunción *iuris tantum* que revela el acto del otorgamiento, en el cual se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el notario.

g) Por último, se expresa que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, puesto que el artículo 665 del Código Civil, no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado. Ello no implica, que en determinados supuestos, el notario, para asegurarse de la capacidad del otorgante requiera la intervención de algún especialista o facultativo médico.

Una vez expuestos los anteriores argumentos de índole jurisprudencial en torno al tratamiento de la capacidad testamentaria, nos parece conveniente resaltar como ha quedado entendido este concepto de capacidad testamentaria de la persona dentro del ámbito jurídico, así como su concepción dentro del ámbito médico, o dicho en otras palabras, la evaluación clínica sobre la capacidad de una persona para la realización de un determinado acto, como por ejemplo, el acto de testar. En esta cuestión ahonda DELGADO BUENO[439], quien señalaba que sólo el médico puede hacer una evaluación clínica de la capacidad del paciente para desenvolverse en ciertas áreas, puesto que dicho facultativo solo puede emitir un juicio clínico sobre la capacidad del paciente para desarrollar una determinada actividad, y por el contrario, entiende que el Juez es solamente el único que puede declarar a una persona incapaz para determinadas funciones o actividades específicas (lo que entendemos como una incapacitación parcial), o bien para todo tipo de funciones (lo que se corresponde con la incapacitación total).

Este autor señalaba, que la capacidad específica para un acto en concreto o específico, como por ejemplo puede ser el acto de testar, parece haber sido el sentido dado a la capacidad, tanto en la Ley General de Sanidad, en su artículo 10, como en el artículo 6 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina[440]. En este sentido de

---

[439] DELGADO BUENO, S., "Evaluación de la capacidad de obrar", en *Revista Psicopatología Clínica, Legal y Forense,* Vol. 4, 2004, pág. 102.

[440] El Artículo 6 del Convenio que se realizó en Oviedo el día 4 de abril de 1997 y entró en vigor en nuestro país el día 1 de enero de 2000 (B.O.E. número 251 de 20 de octubre de 1999), señala lo siguiente: *"Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento. 1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo. 2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez. 3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para*

que la capacidad legal está en relación con un acto concreto, como por ejemplo escribir un testamento, es utilizado por DELGADO BUENO[441], para definir que una persona incapaz es aquella que presenta un deterioro (o trastorno) de tal naturaleza que no le permite tomar una decisión responsable concerniente a su persona y ello con carácter persistente, de forma total o parcial. La persona con una incapacidad específica sería aquella que presenta un deterioro (o trastorno) de tal naturaleza que no le permite tomar una decisión responsable concerniente a su persona en un momento concreto y/o para un acto concreto. Ejemplo del primer concepto serían los estados psicóticos, crónicos, residuales, los retrasos mentales y las demencias, reseñándose que para el segundo de los supuestos, esto es, los relativos a la incapacidad específica, habrá que estar al acto concreto para el cual se solicite la valoración, como por ejemplo, un esquizofrénico que abandona reiteradamente el tratamiento antipsicótico y recae repetidamente sería incapaz específicamente para tomar una decisión sobre su tratamiento (especialmente en fase de descompensación psicótica), pero podría ser capaz para testar, o para firmar un contrato.

Otro ejemplo sería la anorexia nerviosa, una patología grave que imposibilita al paciente colaborar en su propio testamento, pero este "síntoma" no hace de ella una persona incapaz para testar o incapaz globalmente. Una medida posible sería una "curatela a medida", es decir, una "curatela exclusivamente para el mantenimiento del tratamiento", en el caso del psicótico esquizofrénico que recae reiteradamente por repetitivos abandonos del tratamiento, o en el caso de la anoréxica que abandona la pauta del tratamiento a que está sometida de manera repetida.

Es por ello, que el autor no conmina a efectos de valorar la capacidad de la persona, a separar entre la llamada incapacidad global e incapacidad parcial o específica, entendiendo dentro de la primera aquellas estados referentes a cuando las personas no pueden manejar ningún tipo de asunto o tomar decisión alguna al respecto de manera adecuada, como por ejemplo, pacientes psicóticos activos crónicos retrasos mentales y demencias instauradas. Por el contrario, en lo referente a la denominada incapacidad parcial o específica, quedan englobados aquí los sujetos o pacientes que en el momento de ser evaluados, serían incapaces totalmente, pero sin cumplir con el requisito de persistencia a que obliga el Código Civil, y por lo tanto no serían destinatarios de un proceso de incapacitación, sino de tratamiento médico, puesto que remitida la condición psiquiátrica con el tratamiento, recuperan la capacidad para tomar las respectivas decisiones del tema en cuestión. Un ejemplo de este segundo grupo, lo tendríamos en los trastornos psicóticos (especialmente la psicosis esquizofrénica), estado de inconsciencia, demencias reversibles y otros trastornos cuya característica esencia sería la transitoriedad de la patología que se sufre.

---

expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización. 4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3, recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5. 5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.".

[441] DELGADO BUENO, S., "Evaluación de la capacidad…", op.cit. pág. 100, nota al pie de página señalada con el número 2.

No obstante, y en lo que aquí interesa, este tipo de enfermedades de carácter crónico y cíclico podían ser causa de incapacitación conforme al antiguo artículo 200 del Código Civil, puesto que no es obstáculo que la situación de incapacidad no sea constante o permanente, sino que sea esporádica en los procesos de fases cíclicas o críticas, y ello como consecuencia de que este precepto lo único que tiene en cuenta es que la concurrencia de enfermedad o deficiencia persistente de carácter psíquico o físico impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia de no posibilidad de gobierno persona se produzca.

En este sentido, tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986 (Roj: STS 7545/1986), cuyo ponente fue el Magistrado Don Antonio Fernández Rodríguez, en la cual, en el punto 4. de los Fundamentos de Derecho, se recoge expresamente lo siguiente: *"[…] la apreciación de la Sala sentenciadora de instancia, precisamente considerando el contenido de esos informes médicos y observación personal judicial, que aprecia doña Carmela , con una base paranoide, padece una psicosis fásica, maniaco-depresiva, de evolución crónica, con acusada sintomatología, que si ciertamente fuera de la fase cíclica, o sea en el intercrítico, no le incapacita desde el punto de vista neuropsiquiátrico, sin embargo cuando la fase cíclica le produce pérdida de juicio de la realidad y otras deficiencias, que es precisamente lo que determina, en tales circunstancias, causa de incapacidad conforme a la nueva normativa contenida en el artículo 200 del Código Civil, consecuencia de la redacción dada en virtud de la Ley 13/11983, de 24 de octubre, pues la incapacidad, a efectos civiles, no emana de lo que merezca tal consideración en el aspecto estrictamente médico de índole psiquiátrica, sino simplemente de las circunstancias, que el mencionado precepto establece, de que exista en una persona, cual sucede con la ahora recurrente, una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico -en este caso la indicada reconocida psicosis fásica, maniaco-depresiva, de evolución crónica- que impide a la persona gobernarse por sí misma -cuando, como también viene reconocido, dicha enfermedad tiene manifestación en fase cíclica, o sea cuando se producen crisis maníacas-; y sin que para la apreciación de la causa de incapacitación que previene el aludido artículo 200 del Código Civil , en su vigente redacción, sea obstáculo en que la situación de incapacidad no sea constante o permanente, sino esporádicamente cuando las referidas fases cíclicas o críticas se produzca, ya que lo que el referido precepto está considerando es únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impide a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia de no posibilidad de gobierno personal se produzca, dado que esta circunstancia lo ha de considerar es al momento de determinar la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado […]"*.

Asimismo, dentro de éste ámbito médico-legal, conviene resaltar el estudio en relación con las diferentes enfermedades que pueden a afectar principalmente a la persona en lo relativo a su capacidad de testar y que realizó ROMERO COLOMA[442], las cuales y

[442] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *"La capacidad de testar"*, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 2007, págs. 21 a 26.

de forma sistemática reseñamos a continuación: alcoholismo[443], alucinosis[444], alzhéimer[445], demencia vascular[446], epilepsia[447], esquizofrenia[448], manías[449], neurosis[450], oligofrenia[451], paranoia[452] y la enfermedad de parkinson[453].

---

[443] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *"La capacidad de…"*, op.cit. pág. 21. En este sentido, señala la autora que el consumo de alcohol no determina la existencia de un deterioro intelectual a menos que derive el mismo hacía un alcoholismo crónico.

[444] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *"La capacidad de…"*, op.cit. pág. 21. La alucinosis es una psicosis sistematizada crónica, cuyo principal tipo es el delirio crónico de Magnan, el cual, evoluciona de forma progresiva desde las interpretaciones delirantes hasta la demencia. Las personas que sufren esta enfermedad están sujetas a constantes alucinaciones que se orientan en todos los sentidos, excepto en el de la vista, y que interpretan de acuerdo con sus ideas delirantes.

[445] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *"La capacidad de…"*, op.cit. pág. 22. El conocido alzheimer, se presenta como una demencia senil progresiva como consecuencia de la degeneración generalizada de cédulas nerviosas del cerebro, las cuales quedan sustituidas por placas y marañas neurofibrilares. Este enfermedad consta generalmente, de cuatro estadios o etapas bien diferenciadas; la primera de ellas o estadio 0, es la que persona realiza su vida normal sin apreciarse signos visibles de la enfermedad; una segunda etapa o estadio 1, en la cual se empieza apreciar una negligencia moderada y dificultades en encontrar palabras, así como la perdida de la percepción espacial; una tercera etapa o estadio 2, donde se producen frecuentes y severas pérdidas de memoria y lenguaje, así como la necesidad de una asistencia para las funciones básicas de la persona; y una cuarta etapa o estadio 3, donde se deja de reconocer a los seres más cercanos e incluso a la imagen propia, comenzando a sufrir episodios de mutismo o balbuceo incoherente.

[446] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *"La capacidad de…*op.cit. pág. 23. La demencia vascular, conocida también como la demencia arterioesclerótica, está causada por una lesión vascular cerebral, distinguiéndose de la anterior enfermedad que hemos reseñado, esto es, del alzheimer, por las circunstancias en que comienza, caracteres clínicos y evolución de la enfermedad, puesto que en esta enfermedad pueden darse años de estabilidad e incluso de mejoría. En este enfermedad, el deterioro cognitivo suele presentarse de forma desigual, produciéndose pérdida de memoria, deterioro intelectual y signos neurológicos focales, mientras que la conciencia de la enfermedad así como la capacidad de juicio, pueden estar relativamente conservadas.

[447] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *"La capacidad de…*op.cit. pág. 24. Esta enfermedad se caracteriza por accesos repentinos, acompañados de pérdida brusca del conocimiento y convulsiones, dándose en determinados supuestos, casos de desdoblamiento de conciencia. En cuanto a esta enfermedad y en lo que a nuestra materia de estudio interesa, ROMERO COLOMA, estima que estas personas, fuera de estos episodios de crisis, pueden realizar testamento.

[448] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *"La capacidad de…*op.cit. pág. 24. Enfermedad basada en una profunda disociación, en la cual, el enfermo pierde todo contacto vital con la realidad. Dentro del proceso mental, se pueden producir con frecuencia etapas de remisión parcial o incluso de remisión total, pues precisamente lo que caracteriza a esta enfermedad es la contradicción en la conducta de la persona, la cual escapa a toda previsión lógica, resultando psicológicamente incomprensible. Dentro de esta enfermedad, pueden darse varios tipos, como por ejemplo la esquizofrenia paranoide, la esquizofrenia catatónica, la esquizofrenia desorganizada o hebefrénica, la esquizofrenia indiferenciada y la esquizofrenia residual.

[449] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *"La capacidad de…*op.cit. pág. 25. Son alteraciones mentales, la cuales conllevan desequilibrios psíquicos importantes en determinados supuestos, debilitándose asimismo la memoria en su poder de fijación y reproducción en procesos más acentuados, lo cual conlleva a registrar falsos recuerdos e incluso invenciones delirantes.

[450] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *"La capacidad de…*op.cit. pág. 25. Esta enfermedad puede definirse como un trastorno parcial de los aspectos funcionales de la individualidad, esto es, de un desorden metal de la persona que no se acompaña con cambios orgánicos visibles, lo que permite distinguir este tipo de enfermedades de la demencia, puesto que la misma afecta generalmente a las emociones, dejando a un lado o sin afectar la capacidad de raciocinio de la persona. La autora ROMERO COLOMA, en cuanto a la capacidad de testar de las personas que sufren este tipo de enfermedades, señala que hará que estar al caso por caso, y ello como consecuencia de la complejidad de la misma, y a efectos de evitar innecesarias y equivocadas generalizaciones.

[451] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *"La capacidad de…*op.cit. pág. 26. Llamada también como debilidad mental, y que puede definirse como un desarrollo insuficiente de las funciones psíquicas, especialmente las referentes al aspecto cognitivo. En este tipo de trastornos mentales se produce la falta de inteligencia en tres de sus modalidades, esto es, la de comprensión, la creativa y la crítica, funciones que debe poseer la persona si quiere desenvolverse de forme libre e independiente.

No obstante, dentro del elenco de las enfermedades a las que nos hemos referido, y en relación con nuestra materia de estudio, podemos añadir, que respecto a que los enfermos esquizofrénicos o con una bajo nivel intelectual puedan otorgar testamento, autores como CARPIO MATEOS[454], se planteaban la posibilidad de que los dos facultativos eran simultáneamente testigos instrumentales si el testador declara que no sabe o no puede firmar su testamento, y defiende que no existe ningún inconveniente en dicha aplicación práctica a pesar de la duda que pudiese arrojar el artículo 698, en sus apartados primero y segundo, al separar por un lado a los testigos de conocimiento, y por otro lado, a los facultativos. En este sentido, autores como CALCEDO ORDÓÑEZ[455], señalaban que el síndrome demencial, y especialmente dentro de ella, la enfermedad del Alzheimer seguida de la demencia vascular, son las patologías más utilizadas a la hora de impugnar un testamento, y ello como consecuencia del deterioro cognitivo que sufre la persona. Asimismo este autor, nos señala también como otras posibles causas sobre las cuales fundamentar la impugnación de un testamento, el síndrome delirante y alucinatorio, como consecuencia del "envenenamiento" de los afectos familiares, así como del "delirium" propio que producen las enfermedades terminales y sus afectaciones en el nivel de conciencia, sin descuidar en relación con estas patologías que estamos citando los casos de retraso mental, especialmente cuando son precedidos de una sentencia de incapacitación.

Este autor, aborda con detalle el estudio de la evaluación médico-legal en relación con la capacidad de testar, y basa las evaluaciones que se suscitan en el ámbito de la capacidad de obrar en el modelo de competencias establecido por Grisso[456], el cual se construye por la articulación de tres componentes que son:

En primer lugar el componente funcional, y que nos remite a la habilidad para estar, entendida ésta como el supuesto de otorgar testamento con el suficiente conocimiento, reflexión y puesta en práctica necesaria para ello, lo que conlleva el admitir ciertos niveles de formación, enjuiciamiento o procedimientos referentes al acto de testar, lo que supone ciertas funciones mentales. Dentro de este componente, el nivel de

---

[452] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *"La capacidad de…*op.cit. pág. 26. Es una enfermedad mental de carácter grave y progresivo, que se presenta en sus primeros estados por la aparición de una idea fija, delirante y obsesiva, quedando enmarcado y conceptuado en la actualidad dentro de los procesos esquizofrénicos, aunque con ligeras diferencias.

[453] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *"La capacidad de…*op.cit. pág. 26. Este tipo de enfermedad mental se caracteriza por la degeneración progresiva de cédulas nerviosas (neuronas) que controlan los movimientos musculares. Es una enfermedad que se presenta o manifiesta de formas muy variadas, y suele ser progresiva. Esta enfermedad mental, en sus manifestaciones más graves, puede dejar a una persona discapacitada por la rigidez y el temblor que puede producir, aunque estos suelen ser los casos menos frecuentes. Dentro de la materia que nos ocupa, habría que observar si en los casos más graves, esta enfermedad puede tener o no incidencia sobre la persona en el momento de otorgar el pertinente testamento.

[454] CARPIO MATEOS, F. y PEINADO RUANO, J., "Los nuevos testamentos. Comentarios y…", op.cit. pág. 2.933.

[455] CALCEDO ORDÓÑEZ, A., "La evaluación médico-legal en la impugnación de testamento", en *Revista El Notario del Siglo XXI,* número 58, noviembre-diciembre 2014, pág. 39.

[456] Este modelo de competencias de Grisso, está basado en la psicología clínica de orientación cognitivista y el ordenamiento jurídico sajón, del cual resulta un modelo psicológico-legal aplicable a un contexto jurídico determinado. En este sentido y para mayor ahondamiento en esta materia, nos remitimos a la obra de este autor: GRISSO, T., "Evaluating Competencies. Forensic Assessments and Instruments", Ed. Kluwer Academic Plenum, Publishers, 2ª ed. New York, 2003.

información, engloba el conjunto de conocimientos conceptuales (significado de testamento, de ciertos términos como legítima, revocabilidad) y factuales (cuestiones de hecho como bienes propios, familiares próximo, herencias vividas, testamentos previos, etc.) que la persona posee para realizar el correspondiente testamento.

Asimismo, y dentro de este primer componente, será relevante el nivel de enjuiciamiento en relación con el acto de testar, lo que conlleva que los procesos de deliberación y elección adquieran una gran relevancia en este sentido, representados éstos por ejemplo en que como enjuicia o valora los actos de gratitud, generosidad o de cuidado de un determinado familiar hacia el testador.

Por último, dentro de este primer componente, cabe citar el nivel de procedimiento, entendido éste como el proceso en que se pone en práctica la decisión de otorgar un testamento, lo que implica, la elección de la notaría, petición de cita, gastos, etc., o dicho en otras palabras, las destrezas de orientación, psicomotoras y comunicativas dirigidas a la realización del acto. En este sentido, podemos añadir que en algunas ocasiones, esta función queda bastante mermada sin que ello implique ningún tipo de incapacidad para testar, como por ejemplo los supuestos de testamentos otorgados en un hospital, donde la elección del Notario es sugerida por algún facultativo o familiar, y es el Notario el que se desplaza a dicho centro hospitalario.

El segundo de los componentes a que se alude en este modelo de Grisso que señala el citado autor, es el componente causal, es decir, la enfermedad que puede padecer la persona en el momento de otorgar testamento. Este componente comporta en un primer momento, la evaluación de la enfermedad que padeció el testador en el momento del otorgamiento del testamento, momento en que los aspectos clínicos y demás rasgos de la enfermedad adquieren gran relevancia.

Un segundo momento, será evaluar los posibles efectos e incidencias de la enfermedad en relación con la habilidad de testar, esto es, analizar cómo la sintomatología de dicha enfermedad pudo influir en los procesos de información, enjuiciamiento y procedimiento, y a los cuales nos hemos referido en el primer componente reseñado anteriormente.

El tercero de los componentes objeto de análisis, es el interactivo, es decir, la interacción que se produce entre el testador y el notario en el momento de realizar el pertinente testamento, con la excepción hecha en estos supuesto de otras formas testamentaria, como es la del testamento ológrafo. En esta fase se cuestiona primordialmente si la habilidad de testar fue suficiente en la realización de dicho acto, lo que conllevaría a cuestionar el juicio de capacidad realizado por el Notario. En este sentido, el aspecto de las incongruencias testamentarias adquiere una gran relevancia sobre la que sustentar la impugnación del testamento, y ello como consecuencia de entender éstas incongruencias como el déficit de la habilidad de testar y lo recogido en las disposiciones testamentarias por su contenido, complejidad o novedades.

Y como último componente del modelo de Grisso en relación con la evaluación médico-legal de la capacidad de testar, tenemos el de enjuiciamiento y disposición, entendido éste como un componente propio de la actividad jurisdiccional del Juez. Por medio de este enjuiciamiento realizado por el Juez se dictamina si la concurrencia de incongruencias recogidas en el testamento, es causa suficiente para demostrar que el

testador no se hallaba en su cabal juicio, o con facultades suficientes para poder otorgar testamento, y consecuencia de ello, ser declarado dicho testamento nulo.

En conclusión de lo expuesto, se señala que el modelo por habilidades proporciona al juez, mediante las congruencias que puedan darse, descripciones empíricas sobre el estado de la habilidad de testar que posee el testador en el momento de otorgar el preceptivo testamento.

Así mismo, en este sentido, puede complementarse este modelo de habilidades para otorgar testamento y en lo que se refiere a las incongruencias, por otras vías, como por ejemplo la vulnerabilidad a la influencia indebida[457], entendiendo ésta, como las posibilidades de que una persona, en este caso el testador, pueda ser manipulada por terceras personas en el momento de otorgar testamento. Otro supuesto de lo expuesto, también lo podríamos encontrar en los otorgamientos de testamentos en fechas relativamente próximas y que supongan cambios radicales en las disposiciones testamentarias.

Para terminar y complementar lo expuesto, podemos señalar otro tipo de esquemas más sencillos a la hora de establecer qué criterios pueden ser válidos para apreciar que la persona con discapacidad pueda otorgar testamento. En este sentido, autores como CORRAL GARCÍA[458], resumen esos criterios comprobando la comprensión de la persona con discapacidad en torno a tres esferas o realidades: la primera de ellas, en comprobar que la persona entiende que sus bienes se entregarán a una o a más personas; la segunda de ellas, consiste, en la comprensión de la naturaleza y cuantía de sus bienes; y en tercer lugar, en comprender que personas van a resultar favorecidas por la acción de testar, y en consecuencia, que personas serán perjudicadas por dicha acción.

Antes de abordar dentro del presente epígrafe el último aspecto en torno al análisis del artículo 665 del Código Civil, esto es, de la intervención de los facultativos médicos, y dentro de este ámbito médico-jurídico que estamos tratando en torno a la capacidad testamentaria de la persona, nos gustaría abordar una cuestión controvertida y debatida por parte de nuestro doctrina civil, concretamente, la referente a la capacidad de testar de las personas de edad avanzada, para complementar con ello, los supuestos o casos que generalmente pueden influir a la hora de otorgar testamento por parte de una persona con trastornos o enfermedades mentales.

---

[457] CALCEDO ORDÓÑEZ, señala que en el caso de acción de testar, la vulnerabilidad a la influencia indebida es una cuestión relevante por cuanto puede derivar en la sustitución de la voluntad del testador por la de otra persona. En este sentido, el citado autor recoge que el modelo de Blum, las distribuye en dependencia (entendida ésta como un estado permanente de la persona por razones de enfermedad, ligada a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o sensorial), aislamiento (la cual se representa en la privación o reducción de información pertinente, visitas de parientes, amigos y de otras medios de comunicación), manipulación emocional (la cual comporta generación de sentimientos de miedo, culpa, falsa tranquilidad, confianza, etc.), aquiescencia (circunstancia que supone el consentimiento o aceptación de una decisión tomada por otra tercera persona), y pérdidas financieras (circunstancia ésta que supone las ganancias o beneficios que adquieren los abusadores o personas que han intermediado en el proceso influenciando la voluntad del testador.

[458] CORRAL GARCÍA, E., "Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho Civil: En especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores", en la *Revista Jurídica del Notariado,* número 46, abril-junio, 2003, pág. 41.

III.3.3.2. Especial referencia a la capacidad de testador de edad avanzada

Como hemos apreciado, son muchas y variadas las enfermedades o trastornos mentales que pueden aparecer, y por consiguiente influir en la capacidad de una persona a la hora de otorgar testamento, o dicho en otras palabras, alterar la capacidad testamentaria de la persona.

Es por ello, que como complemento al elenco de enfermedades que pueden afectar a la capacidad testamentaria de la persona y aludidas en el epígrafe anterior, creemos conveniente hacer referencia dentro de este ámbito de estudio, a un supuesto o aspecto más, el cual ha tenido una gran uso dentro de la esfera judicial como motivo o circunstancia a la hora de impugnar un determinado testamento. Es el caso de los testamento realizado por personas de edad avanzada, supuesto cada vez más frecuente como consecuencia de diversas circunstancias, como por ejemplo, la del paulatino envejecimiento de la población española, o bien, de no ser el otorgamiento de testamento un fenómeno que se desarrolle mucho en edades ciertamente jóvenes o de mediana edad, circunstancia éstas que de ordinario no conllevarían una litigiosidad tan alta como en caso que estamos ahora analizando, o último ejemplo de los que estamos señalando, por cuestiones religiosos o supersticiosas.

Como consecuencia de lo expuesto, podríamos considerar si actos como la autotutela o los poderes preventivos, o el incentivar el otorgamiento de testamento en edades de la vida más temprana podrían ser una parte de la solución a esta problemática. Además, aquí debemos señalar que muchísimas de las personas que poseen una demencia senil, la cual y en función del caso en concreto, podría afectar su capacidad testamentaria, no se encuentran debidamente apoyadas en el proceso de toma de decisiones.

Dentro de este complejo ámbito del Derecho sucesorio y médico, podemos señalar, que aparte de las enfermedades que puede sufrir una determinada persona a lo largo de los años, inevitablemente la ancianidad, puede conllevar un deterioro no solo físico, sino también de nuestras capacidades cognitivas como consecuencia del transcurso del tiempo, pero sin que esto necesariamente implique o conlleve que todas las personas ancianas, especialmente a partir de una determinada edad, puedan tener restringidas o limitadas sus facultades para poder otorgar un testamento, facultades que pueden permanecer inalteradas y poseer en pleno uso hasta su fallecimiento.

En consecuencia, si una persona de edad avanzada, tiene capacidad suficiente en el acto o momento del otorgamiento del preceptivo testamento, (artículo 666 del Código Civil), y asimismo, el notario autorizante del mismo, emitió un juicio favorable en relación a su capacidad testamentaria, deberemos considerar que dicho acto jurídico o negocio *mortis causa* será válido. Sin embargo, en estos casos de testamento realizado por la personas de edad avanzada, se produce la problemática de saber a partir de qué edad una persona anciana puede tener mermadas su capacidad de testar, si es posible fijar en este sentido un límite de edad a partir del cual esta persona ya no podrá otorgar testamento, circunstancia ésta que encuentra su análogo contrario en la minoría de edad, puesto que aquí sí que se establece una determinada edad mínima requerida para otorgar

testamento, esto es, la de 14 años, y ello según señala el apartado primero del artículo 663, que expresa que no podrán testar los menores de dicha edad.

No obstante y en relación con lo que acabamos de exponer en torno a fijar una determinada edad para la realización de un determinado acto, conviene hacer ahora un pequeño inciso en nuestra exposición, en el sentido de señalar algunas consideraciones en relación a la capacidad testamentaria de los menores de edad. Este ámbito, ha sido objeto de estudio por parte de diversos autores, como PÉREZ GALLARDO[459], quien, de acuerdo con lo regulado en los artículos 5[460], 12[461] y 14.2[462] de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como del concepto de autonomía progresiva en niños, niñas y adolescentes, el cual ha estado vinculado a los derechos[463] inherentes a la personalidad o derechos personalísimos, se conmina a la gradación del ejercicio de los derechos según su madurez, esto es, conforme a la evolución de sus facultades. Estamos según el autor ante un concepto jurídico indeterminado introducido dentro del ámbito del Derecho desde la Biótica, el cual hace alusión a las competencias del niño, niña o adolescente para la toma de decisiones de índole y con trascendencia jurídica, y ello de la mano también de la psicología cognitiva.

En este sentido autoras como PELLEGRINI[464], señalan que *"el reconocimiento de la adquisición gradual de las aptitudes y cualidades madurativas de las personas menores de edad, se ha instalado como principio rector determinante para asegurar el ejercicio de los derechos en forma directa a su titular; principio denominado <<autonomía progresiva>>".*

---

[459] PÉREZ GALLARDO, L.B., *Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad,* en la obra colectiva "Capacidad y Protección de las Personas Menores de Edad y en el Derecho", CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y PÉREZ GALLARDO, L.B. (dirs.) y GARCÍA MAYO, M. (coord.), Ed. Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2021, pág. 295.

[460] El artículo 5 de la Convención sobre los Derecho del Niño, establece que *"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención."*.

[461] El artículo 12 de la Convención sobre los Derecho del Niño, señala que "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.".

[462] El apartado 2. del artículo 14 de la Convención sobre los Derecho del Niño, establece que "Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.".

[463] En este sentido, conviene señalar los importantes cambios producidos dentro de la esfera del menor de edad y que han sido introducidos por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, la cual ha sido publicado en el en el Boletín Oficial del Estado de fecha 5 de junio de 2021, entrando en vigor la misma el día 25 de junio. Llama la atención, la proximidad de fecha entre la promulgación de esta Ley y de la Ley 8/2021, de 2 de junio relativa a los derechos de las personas con discapacidad, circunstancia ésta que nos lleva a pensar en el indudable avance en el reconocimiento y protección de las personas vulnerables.

[464] PELLEGRINI, M.ª V., "Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad", en la *Revista de Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, núm. 42, abril, 2009, pág. 85.

PÉREZ GALLARDO[465], aprecia que este principio de autonomía progresiva rompe el esquema tradicionalista y dualista en torno a capacidad-incapacidad y que ha venido rigiendo en la protección de las personas menores de edad, puesto que partiendo de la concepción etaria como aspecto para la lograr una mayor estabilidad y seguridad jurídica, sin embargo, con ella no se puede apreciar en relación con los niños, niñas y adolescentes la valoración de sus condiciones de madurez y su aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica en relación a determinados actos con transcendencia jurídica, entre ellos, el de otorgar testamento[466], a lo que podemos añadir nosotros, con los debidos apoyos.

Por todo lo expuesto, consideramos, que si el debate en torno a la testamentifacción puede suscitarse con argumentos como los señalados en cuanto a la edad mínima requerida para ello, mucho menos sería conveniente cuando sí se tiene reconocida esta capacidad testamentaria, en el caso que nos ocupa, del testador de edad avanzada, limitar, restringir o acotar su capacidad para poder otorgar testamento. Además, y sin perjuicio de la referencia que haremos posteriormente, podemos adelantar aquí otra serie de motivos, que hace que no sea recomendable establecer este tipo de limitación a la capacidad de testar, como son: en primer lugar, porque habría que estar al caso por caso, puesto que hay personas de edad avanzada que mantienen perfectamente sus condiciones cognitivas, o por lo menos, las que aquí nos interesan en relación de poder realizar un testamento válido; además, este tipo de persona, al final de sus años, pueden hacer un balance de la experiencia vivida en lo referente al cuidado, atenciones y cariño que le hayan mostrado las personas más cercanas a su núcleo familiar o bien terceras personas, y a las cuales quisiera beneficiar o recompensar por ello; en tercer lugar, estaríamos contradiciendo la preferencia de nuestro sistema jurídico sobre la sucesión testada a la sucesión *ab intestato*, así como el poder conocer las preferencias, voluntad y deseos de este tipo de personas de edad avanzada, y todo ello de conformidad con los presupuestos recogidos y promulgados por la Convención, y que ahora han vista su reflejo normativo en la Ley 8/2021.

En estos supuestos de testamentos realizados por personas de edad avanzada, los posibles herederos que ven frustradas sus expectativas en cuanto a su haber hereditario, suelen ampararse en la ancianidad del testador para una posible o eventual impugnación de ese testamento como consecuencia de no hallarse el mismo en el uso pleno de sus facultades mentales. Una parte de estas impugnaciones se basan en que si en el momento del otorgamiento del testamento, así como del diagnóstico posterior de la enfermedad mental, especialmente en los casos de demencia senil, se aproximan en el tiempo, no son pocos los intentos vía judicial por parte de los herederos que se sienten perjudicados como consecuencia de la aplicación de las disposiciones testamentarias, alegando como fundamento o causa principal donde sustentar su reclamación judicial en que la

[465] PÉREZ GALLARDO, L.B., Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores…, op.cit, pág. 297.

[466] En este sentido, conviene matizar y ello coincidimos con el autor, que la forma testamentaria a la que nos estaríamos refiriendo en estos supuestos sería la forma del testamento abierto, puesto que la intervención del notario sería esencia para valora esta capacidad del menor y prestar los apoyos necesarios para llevar a cabo el acto, salvaguarda o garantía que no se daría en otras formas testamentarias.

enfermedad ya estaba presente, y que de alguna manera ésta ha podido influir en la capacidad del testador a la hora de redactar su testamento, especialmente, en patrimonios de índole considerable o importante.

Asimismo, otro de los argumentos utilizados para la impugnación de los testamentos otorgados por personas de edad avanzada, lo encontramos en los supuestos que conllevan un cambio o modificación de las disposiciones testamentarias recogidas en un testamento anterior por un nuevo testamento, donde los originarios beneficiarios ahora no lo son, o éstos consideran ahora frustradas sus expectativas hereditarias como resultado de las nuevas disposiciones recogidas en este último testamento. La Sentencia del Tribunal Supremo 1017/1995, de 27 de noviembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Fernández-Cid de Temes, en la cual se recogen; por una lado, la consideración de que la testadora no era incapaz por el mero hecho de ser anciana, extremo éste que queda recogido en el punto 2º) del Fundamento de Derecho Tercero, que explícitamente reseña, *"que la senilidad o senectud, como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil, como estado patológico, de manera que es igualmente admisible en términos generales que "la expresión cabal juicio del número 2 del artículo 663 del Código Civil, no hay que entenderla en su sentido literal de absoluta integridad sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de la aptitud mental."*; y por otro lado, esta sentencia declaró la nulidad del último de los testamentos y ello por los motivos recogidos en el último inciso del último apartado del referido Fundamento de Derecho Tercero, los cuales fundamento de acuerdo con las siguientes consideraciones: *"por los tres informes periciales coincidentes que se practicaron en el pleito y su ratificación ante el juzgado, aclarando las preguntas que las partes les formularon, emitiendo su dictamen previo análisis detenido y cuidadoso de la documentación aportada; porque la conducta de la actora al testar resulta incongruente con lo que fue toda su vida, antes y después, respecto de aquellos a los que deshereda y a quien favorece; porque, en contraposición a lo expuesto, los testigos del testamento abierto no conocieron a la testadora hasta que se encontraron con ella en el portal de la notaria; y, en fin, porque toda la jurisprudencia que se cita en el motivo es conocida y recogida, en esencia, por los juzgadores de instancia, al considerar destruida la presunción iuris tantum."*.

Autoras como ROMERO COLOMA[467], señalan en este sentido que la jurisprudencia española se decantó por estimar que la mudanza en la voluntad anterior mantenida por el testador (hecha realidad en testamentos notariales), es susceptible de destruir la presunción de capacidad de aquél, presunción *iuris tantum*, opinión que podemos dividir en dos aspectos; primeramente, esta autora considera que es arriesgado mantener esta pauta siempre y en todos los supuestos, puesto que no debemos olvidar que nuestro Código Civil[468] hace posible y configura el testamento como un acto o negocio

[467] ROMERO COLOMA, A. M.ª, "El testador anciano y los problemas de la testamentifacción activa", en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año LXXXV, Mayo-Junio 2009, núm. 713, Madrid, pág. 1.223.

[468] El artículo 737 del Código Civil, establece que "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en

jurídico revocable, puesto que la modificación sustancial llevada a cabo por el testador puede ser resultado del devenir de nuevas situaciones, las cuales estén perfectamente justificables; y como segundo aspecto, que la jurisprudencia menor parece apartarse y no compartir el criterio que sustenta el Tribunal Supremo, y en este sentido cita la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense 212/2001, de 13 de julio, y cuya ponente fue la Magistrada Doña Mercedes Pérez Martín Esperanza, la cual entró a resolver la nulidad de un testamento que revocaba uno anterior en el que se nombraba heredero al hijo de la anciana y sustituta vulgar a su nuera, mientras que en el segundo se nombraba sucesores a sus dos sobrinos, alegando en este supuesto la demencia senil de la testadora. La audiencia sentenció que en el caso enjuiciado no se podía destruirse la presunción de la capacidad de testar.

En este sentido, y dentro del ámbito judicial, la jurisprudencia ya viene estableciendo que la ancianidad no es un motivo suficiente para limitar o restringir la capacidad testamentaria de la persona de edad avanzada, y en este sentido, podemos señalar, entre otros pronunciamientos, la antigua Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de octubre de 1928 (Roj: STS 688/1928), cuyo ponente fue el Magistrado Don Diego Medina García, en la cual, en su considerando segundo dentro de los fundamentos de derecho, se señala expresamente que *"tanto más cuanto que son principios fundamentales reguladores de la testamentifacción, que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra si la perdió antes la integridad de sus facultades intelectuales, como se declaró por este Supremo Tribunal en sentencia de 22 de Enero de 1913, y en la de 29 de Diciembre de 1927", […] integridad mental, bastante para decidirse de un modo consciente y deliberado en la expresión de su postrimera voluntad, a lo que no constituye impedimento el que se halle la persona otorgante aquejada de padecimientos físicos, si dios no afectan al estado mental con eficacia bastante para constituidos en entes privados de razón, que son los exclusivamente comprendidos en la incapacidad que determina el número segundo del artículo 663 del Código civil."*; y asimismo, de lo recogido en dicha sentencia por su considerando siguiente, que señala: *"porque ni el derecho ni la medicina consienten que por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a senectud o ancianidad, se haya de considerar demente, que a esto equivale la afirmación que contiene la sentencia de ser inherente aquella situación, perfectamente fisiológica en la mayoría de los casos, al estado de demencia que constituye un estado Específico y patológico, que requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho, en absoluto ausentes de la sentencia."*.

Dentro de este ámbito que estamos abordando en relación al testamento otorgado por personas de edad avanzada, autoras como RODRÍGUEZ GUITIÁN[469], profundizan en esta materia, y examina las debilidades que pueden acarrear o llevar consigo la incapacidad de la persona anciana para otorgar un determinado testamento válido. Dichas debilidades quedan agrupadas en los achaques propios de la edad, las enfermedades

que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales.".

[469] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.ª, La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006, págs. 31 y ss.

físicas graves y las enfermedades mentales graves, la cual a su vez subdivide la autora en demencias y depresión. Dentro de la primera, esto es, de los achaques propios de la edad, señala esta autora que los achaques propios de la edad se pueden dividir en trastornos físicos, los cuales no son una causa de incapacitación para testar, y los trastornos mentales, distinguiéndose en cuanto a estos últimos, trastornos mentales de índole ordinaria, como pérdidas de memoria, confusión en los nombres, ideas, etc., y sin que éstos conformen o configuren una perturbación mental grave.

En este sentido[470], añade que estos deterioros propios de la edad no afectan a todas las facetas o esferas psíquicas de la persona de edad avanzada, por lo que puede ocurrir que la capacidad testamentaria de la misma quede inalterada, puesto que la persona, entre otras acciones, reconoce a sus hijos, sabe que es a éstos a quienes quiere nombrar herederos, a lo que podemos añadir nosotros el caso contrario, que desee nombrar herederos a terceras personas. Podemos concluir, que a pesar de sufrir determinados trastornos físicos y mentales de carácter leve como resultado de su edad, la capacidad natural de esa persona se mantiene inalterada, puesto que su entendimiento y voluntad no resulta afectada.

Otra de las debilidades que según aprecia RODRÍGUEZ GUITIÁN[471], pueden implicar la incapacitación del anciano para otorgar testamento, es la enfermedad física grave. Ya hemos dejado reseñado en el apartado anterior, que la sola enfermedad física de una persona anciana, aunque sea grave, así como las enfermedades mentales ordinarias fruto de la edad, no son motivos suficientes que avalen que esta persona está incapacitada para otorgar testamento. Sin embargo, distinta problemática puede surgir en los supuestos de los testamentos otorgados por personas ancianas próximas a morir, circunstancia ésta que podríamos denominar como el testamento realizado por el anciano (o no ya tan anciano) moribundo. En estos supuestos, podemos partir de lo regulado por el artículo 700 de nuestro Código Civil en relación con el testamento realizado en peligro inminente de muerte, del cual, y de lo plasmado por nuestra Jurisprudencia[472], se puede llegar a la conclusión implícita de que por el mero hecho de estar moribundo, y en consecuencia, próximo a morir, no conlleva a que esa persona tenga afectadas sus capacidades intelectuales, y por consiguiente, pueda otorgar válido testamento[473].

Por último, RODRÍGUEZ GUITIÁN[474] señala la enfermedad mental grave para finalizar la exposición en torno a las debilidades o enfermedades que pueden afectar a la persona de edad avanzada para otorgar un testamento válido. En relación a estas

---

[470] En relación con este ámbito, la autora pone como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 54/1998, de 27 de enero, y cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Albacar López, en la cual, en lo que aquí nos interesa, se reseña que *"en determinados momentos mencionara a su padre o madre, […] pues tales invocaciones o referencias, la práctica cotidiana demuestra que son frecuentes en la edad senil, sin afectar a otras facetas de sus facultades psíquicas"*.

[471] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.ª, La capacidad de testar: especial referencia…, op.cit. págs. 37 y ss.

[472] En este sentido nos podemos remitir a la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de octubre de 1928 (Roj: STS 688/1928), cuyo ponente fue el Magistrado Don Diego Medina García.

[473] La autora RODRÍGUEZ GUITIÁN, aprecia en cuanto al ámbito del testamento notarial, que el notario, en este tipo de supuesto en que el testador es una persona anciana próxima a morir, debería adoptar una serie de medidas y extremar las debidas cautelas para asegurarse de que el testador se halla en su cabal juicio, y ello de conformidad con lo regulado en el apartado 2º del artículo 663 del Código Civil.

[474] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.ª, La capacidad de testar: especial referencia…, op.cit. págs. 65 y ss.

enfermedades o trastornos mentales, nos remitirnos al elenco y exposición que de las mismas hemos realizado en el epígrafe anterior. No obstante, esta autora, sin perjuicio del estudio que realiza de la demencia como enfermedad características dentro de las enfermedades o trastornos mentales que pueden afectar a la persona para otorgar testamento, hace hincapié, como un supuesto a destacar dentro de las mismas, de la depresión[475], y ello no solo por su importancia, sino también por su extensa afectación en cuanto a las personas ancianas o de edad avanzada, así como sobre el resto de la población. Además, ésta enfermedad mental, resulta ser una de las más complicadas para que puedan ser observadas, en el caso del testamento abierto por el notario autorizante del mismo, y ello como consecuencia de que sus síntomas exteriores solo pueden ser apreciados por el contacto estrecho con la persona, circunstancia ésta que no ocurre en el supuesto reseñado, añadiendo además y según así es recalcado por los especialistas, que para el diagnóstico de esta enfermedad es preciso realizar una historia clínica completa.

Este tipo de enfermedad o trastorno mental, como es la depresión, también es recogido por otros autores como MESA MARRERO[476], quien aprecia, que en determinados supuestos en los cuales el testador se suicida pocos días después de otorgar testamento, podría plantearse como un indicio o un aspecto sintomático de que el mismo se encontraba en un estado de depresión, y por consiguiente no se encontraba en plenitud de sus facultades mentales. En este sentido, esta autora recoge como ejemplo jurisprudencial la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, 101/2016, de 10 de mayo, cuyo ponente fue la Magistrada Doña María Victoria Orea Albares, en la cual se aborda este ámbito pero con un resultado negativo, ya que la sentencia confirma la resolución de primera instancia y que desestimaba la demanda de nulidad de testamento, por no quedar demostrado que el otorgamiento del mismo fue realizado en un momento de falta de juicio del testador, rechazando el tribunal el suicidio del testador como una circunstancia que suponga necesariamente la ausencia de cabal juicio en el momento de dejar expresada su voluntad testamentaria.

---

[475] La autora señala cuando realizó su estudio que según la Organización Mundial de la Salud, 121 millones de personas se encuentran afectas por esta enfermedad, cantidad que nosotros actualizamos con las siguientes cifras relativas a la depresión: La depresión constituye un reto para la salud pública, ya que su prevalencia es muy alta: el número de personas que la sufren a lo largo de su vida se sitúa entre el 8% y el 15%; 350 millones de personas sufren depresión en el mundo; según la OMS, en la actualidad, la depresión es la principal causa de discapacidad en todo el mundo; en Europa, representa más del 7% de la mortalidad prematura; en España, el riesgo de que la población general desarrolle, al menos, un episodio de depresión grave a lo largo de la vida es casi el doble en mujeres (16,5%) que en hombres (8,9%), mientras que el porcentaje de personas que padece anualmente la enfermedad es del 4%; diferentes trabajos publicados cifran en un 50% los trastornos depresivos que no reciben tratamiento o no el adecuado (psicofármacos o psicoterapia o combinación). En estudios españoles como el estudio SCREEN los trastornos depresivos se encontrarían en cerca del 20% de los pacientes atendidos en Atención Primaria; hasta el 43% de los pacientes abandona el tratamiento y otro porcentaje importante no lo cumple como le ha sido prescrito; los datos señalan que cada episodio depresivo incrementa la probabilidad de una recaída posterior; aproximadamente, un 60% de los pacientes que ha sufrido un episodio depresivo presenta al menos una recurrencia a lo largo de su vida. Consulta realizada el día 26 de octubre de 2021, en la página de internet https://www.efesalud.com/las-cifras-de-la-depresion/.

[476] MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales,* Ed. Wolters Kluwer España, S.A.", Colección Notariado Hoy, Hospitalet de Llobregat, Barcelona, 2017, pág. 33-34.

Para terminar, y en virtud de lo expuesto, podemos concluir como aspecto general a aplicar en relación a los testamentos que son otorgados por personas mayores o de edad avanzada, que la propia edad de la persona, por muy avanzada que sea, no conlleva o implica un impedimento a la hora de que ésta pueda otorgar testamento, habrá que estar al caso por caso, puesto que resulta arriesgado en este sentido establecer una determinada edad como tope para otorgar testamento, circunstancia ésta que si se produce cuando hablamos de menores de edad, puesto que el Código Civil atribuye y reconoce la capacidad de testar a estos menores a partir de la edad de catorce años. En este ámbito de estudio, habrá que prestar especial atención a las enfermedades mentales graves que acompañan a la persona en su vejez, especialmente la demencia, entre otras, las cuales determinarán si la persona se encuentra de algún modo impedida a la hora de otorgar testamento.

Asimismo, conviene recordar, como así lo ha hecho nuestra jurisprudencia[477] y doctrina[478], que las personas mayores se encuentra en una situación más vulnerable e influenciable, y por este motivo deberemos establecer las suficientes garantías y salvaguardas para que éstas puedan otorgar este acto jurídico o negocio *mortis causa*.

En virtud de todo lo expuesto, podemos resumir el estudio que hemos realizado de la capacidad testamentaria del testador de edad avanzada, el cual como hemos observado conlleva su análisis no solo desde la óptica estrictamente civil, sino también desde la óptica médica, especialmente en lo que refiere a los trastornos y enfermedades mentales que afectan a la persona anciana y que son abordados por las ramas de la psiquiatría y psicología, a través del siguiente esquema, que comprenderá los aspectos positivos y negativos en torno a la capacidad de testar de estas personas ancianas:

A) Dentro de los aspectos positivos, podemos clasificar los mismos en tres, por su contenido, por su composición y por su duración:

A.1. En cuanto a su contenido, podemos señalar que las disposición testamentarias del testador de edad avanzada, están basadas en su experiencia vital, la cual y como resultado de una larga vida, serán realizadas de acuerdo a la misma y conllevará que se hayan tenido en cuentas aspectos como el conocimiento y actuación de las personas que le rodean, cuidados y muestras de cariño que haya recibido, así como actuaciones de ingratitud o de ofensa, episodios que marcarán que la formación de su voluntad. Es por lo expuesto, que esta experiencia así como la gran cantidad de datos que maneja el testador de edad avanzada, conlleva a la redacción un testamento bastante coherente y fundamentado, y ello en relación a todos estos aspectos que hemos señalado.

A.2. Por los elementos u objetos que lo integran, ya sean de carácter patrimonial, distinguiéndose aquí bienes inmuebles y muebles, o de carácter personal. Es al final de la vida cuando en líneas generales la persona ha podido acumular más número de bienes, lo cuales, serán objeto de disposición *mortis causa*, por lo que es el momento ideal para decidir, y en los aspectos que hemos señalado en el apartado anterior, el destino o a quién queremos dejar todas estos bienes adquiridos durante toda nuestra vida.

---

[477] Recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de octubre de 1928 (Roj: STS 688/1928).

[478] En este sentido, entre otros autores, BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, en "Incapacidad de testar del que <<habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio>>", en *Revista de Derecho Privado,* Tomo L, Enero-Diciembre, Madrid, 1966, pág. 260.

A.3. Y por último, por el aspecto temporal, representado éste en el tiempo que puede pasar entre el otorgamiento del correspondiente testamento por parte del testador de edad avanzada y su fallecimiento, puesto que en algunos casos y dependiendo de si la persona sufre ya algún tipo de enfermedad, este tiempo puede ser relativamente corto, y de este modo se evitaría la sucesión legal o *ab intestato*.

B) Y dentro de lo que podríamos llamar aspectos negativos en relación a estos supuestos de otorgamiento de testamento por las personas de edad avanzada, nos podríamos encontrar con las consecuencias derivadas del propio envejecimiento, circunstancia ésta que conviene recordar y según ha dejado así recogido la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, no es motivo por sí solo de restringir la capacidad testamentaria de la persona de edad avanzada. Ya hemos dejando anotada con anterioridad la problemática de las personas de edad avanzadas en cuanto a la pérdida de facultades cognitivas y que pudieran a afectar al ejercicio de su capacidad jurídica, esto es, a su capacidad de testar, así como de sus diversas manifestaciones en trastornos o enfermedades mentales, ante las cuales, habrá que estar caso por caso en su afectación en la capacidad de la persona de edad avanzada.

Al igual que las personas con discapacidad, las personas de edad avanzada o ancianas son especialmente vulnerables, por lo que su protección en el ejercicio de su capacidad jurídica deberá ser salvaguardada mediante la prestación de los apoyos necesarios, circunstancia ésta en la que el notario jugará un papel decisivo y trascendental como apoyo para poder otorgarse este negocio jurídico, y ello según recoge la Ley 8/2021, como veremos a continuación.

No obstante, seguimos afirmando, que una concienciación general de la población en torno a otorgar testamento en edades más tempranas, o bajo otras formas como los poderes preventivos o autotutela, evitaría en cierto modo la alta litigiosidad que en este ámbito se ha venido produciendo durante todos estos años.

III.3.3.3. La intervención de los facultativos a la hora de otorgar testamento en aplicación del artículo 665 del Código Civil antes de su reforma. Aspectos reseñables y problemática en su intervención

Hasta ahora, hemos venido analizando y estudiando las controversias surgidas dentro de nuestra doctrina, así como desde el ámbito jurisprudencial, no solo de los aspectos jurídicos, sino de los supuestos de carácter médico-legal y que también interconectados con aquellos, conforman los presupuestos y la forma testamentaria que regulaba el artículo 665 del Código Civil.

Dentro de este estudio, nos quedaría abordar dos importantes aspectos más; por un lado, el relativo a la intervención de los facultativos, extremo éste modificado en la última versión del Proyecto de Ley de fecha 16 de marzo de 2021, y en la cual se omite cualquier reseña a los mismos, circunstancia ésta a la que aludiremos al final del presente epígrafe; y por otro lado, la figura del notario, la cual se ha convertido en figura principal como medio de apoyo al testador por medio de la Ley 8/2021, y cuyo estudio lo realizaremos en el epígrafe posterior a éste y desde una doble esfera, correspondiendo la

primera de ellas a todo lo relativo al juicio de capacidad, y la segunda a la configuración del mismo como apoyo de la persona con discapacidad para que ésta pueda otorgar el correspondiente testamento atendiendo a sus deseos, preferencias y creencias.

Es por ello, que dentro del estudio relativo a la intervención de los facultativos, como uno de los elementos que configuraban el modificado artículo 665, lo realizamos desde el punto de vista de las controversias y situaciones que han generado debate dentro de nuestra doctrina civil antes de su supresión en la nueva regulación, pasando a continuación al estudio de la figura o el papel del notario, pero ésta ya desde la nueva regulación llevada a cabo por la Ley 8/2021, pero sin que ello signifique no constatar también el papel que dicho fedatario público ha venido desarrollando hasta la citada reforma.

No es casualidad que hayamos establecido después del análisis de los distintos trastornos y enfermedades de origen mental y que pueden afectar a la capacidad testamentaria de la persona, el estudio de las facultativos a los que aludía el artículo 665 antes de la reforma de 2021, y ello porque estos facultativos, serán las personas designadas por el notario y encargadas de poder ofrecer al notario autorizante del acto la información suficiente para determinar si la persona que pretende otorgar testamento se encuentra con la suficiente capacidad requerida para realizar el acto.

En este sentido, el artículo 665 establecía literalmente en su último párrafo que *"el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad."*.

El análisis de la última parte de este artículo nos lleva a plantearnos las siguientes cuestiones objeto de análisis:

a) En primer lugar, si los facultativos a los que aludía este artículo han de ser especialistas en enfermedades mentales o no. En este sentido nada dice al respecto el Código Civil de que este tipo de profesionales deban ser expertos en una determinada especialidad médica, pero dentro del ámbito en el que nos encontramos, será preferible que éstos facultativos tengan conocimientos en la rama de la psiquiatría o neurología, como especialidades más idóneas para valorar los efectos de la enfermedad o enfermedades mentales que afecten al testador.

b) En segundo lugar, en cuanto al número de facultativos. En el precepto se hablaba de dos facultativos, lo que planteaba la cuestión de si dicho número obligatoriamente debe ser respetado, o si por el contrario, se puede variar o modificar el número de los mismos, ya sea en un sentido negativo o de disminución de los mismos, caso que quedaría reducido a la intervención de un solo facultativo, o bien, en un sentido positivo o de aumento de éstos, como por ejemplo la intervención en un número de tres, cuatro o incluso más. Si seguimos la literalidad que tenía el artículo 665, se señalaba expresamente la intervención de los facultativos en el número de dos, por lo que desprende que el precepto está fijando un mínimo que no podrá vulnerarse, sin perjuicio del caso contrario que es la posibilidad de que intervengan un número mayor de estos especialistas.

Sin embargo, la intervención de más facultativos que los que se reseñaban en el precepto, como por ejemplo en el número de cuatro, cinco o más, podía conllevar en la práctica que no se lograse un quorum entre todos ellos respecto a la capacidad del

testador, con los problemas que eso podría suponer para el notario autorizante del acto como consecuencia de la diversidad de opiniones o dictámenes diferentes que pudieran emitirse. Creemos que si el artículo establecía el número de dos, es porque con éste número podíamos obtener la finalidad que busca el mismo, esto es, por un lado que la decisión no quedase en manos de una sola persona o facultativo, y por otro lado, no establecer un número elevado de los mismos que lo único que podía producir y como hemos señalado, era una serie de diversos y diferentes dictámenes como consecuencia del juicio clínico de estos médicos o especialistas.

c) Y en tercer lugar, el valor que adquiere el dictamen de este tipo de profesionales en cuanto a la apreciación de la capacidad del testador. En este sentido debemos señalar, que la intervención de estos facultativos en la apreciación de la capacidad testamentaria de la persona incapacitada, tiene, y como el propio texto del artículo 665 señala, un carácter formal, y en consecuencia, si el notario autorizante prescindiese de la intervención de los mismos y otorgarse el testamento por no generarle duda alguna la capacidad del testador, y ello atendiendo a las especialidades del caso en concreto y apoyado en su experiencia, estaríamos ante un testamento nulo por no haberse cumplido las formalidades o solemnidades que lleva implícitamente atribuida este tipo de forma testamentaria.

En este sentido, la mayoría de la doctrina, entre ella autores como PUIG FERRIOL[479], señalaba dos consideraciones a este respecto; por un lado, que los facultativos establezcan que el testador no tiene la suficiente capacidad testamentaria para realizar el acto, por lo que el notario se abstendrá en estos supuestos, y según establecía expresamente el artículo 665, de autorizar el testamento; y por otro lado, que la emisión de un juicio positivo en torno a la capacidad de la persona que pretendía otorgar testamento constituyese o pudiese atribuírsele como un testamento definitivamente válido, cuestión que este autor responde en sentido negativo, y ello de acuerdo a lo establecido reiteradamente por nuestra jurisprudencia, que consideran que este tipo de aseveraciones no constituye una prueba irrebatible de la capacidad del testador.

No obstante, autores como RIVAS MARTÍNEZ[480] profundiza en este ámbito de los dictámenes de los facultativos en relación con la capacidad legal necesaria para testar por parte del incapacitado judicialmente, distinguiendo los siguientes supuestos:

a) Como señala la doctrina, cuando exista un dictamen de estos facultativos apreciando la falta de capacidad del testador, no se podrá otorgar el testamento en cuestión, y el notario deberá de abstenerse de ello.

b) Pero en el caso de que se produjese un dictamen positivo, esto es, de que en el momento de testar la persona incapacitada se encontrase con capacidad para realizar el acto, señala que pueden producirse a su vez dos situaciones:

b.1. En primer lugar, que los facultativos designados estimasen la capacidad mental del testador para hacer testamento, pero el notario no lo considerase así a su juicio. Como señala el autor, en estos supuestos parte de la doctrina entiende que habrá de otorgarse el testamento, pero el notario podrá consignar en el mismo sus

[479] PUIG FERRIOL, L., *Comentario del Artículo 665 del Código Civil,* Separata I, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1676.
[480] RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto otorgado ante notario…*, op.cit. pág. 105.

apreciaciones o consideraciones en relación con la capacidad del testador, aspectos que ante una posterior impugnación serán elementos a tener en cuenta, puesto que esta disidencia en la apreciación del juicio de capacidad del testador provocará mayores dudas en cuanto a la validez del testamento por falta de capacidad del testador. Este autor se enmarca en una posición más restringida que la de la doctrina, al señalar que en estas situaciones el notario no debería autorizar el testamento, puesto que es él quien debe reputar al testador capaz para el otorgamiento del testamento, puesto que una cosa será la pericia médica que corresponde a los facultativos y otra será la pericia o apreciación de la capacidad legal, la cual correspondiente al notario autorizante de este negocio sucesorio.

b.2. Y en segundo lugar, que tanto los facultativos como el notario aprecien que la persona incapacitada ostente la suficiente capacidad para otorgar testamento, situación que conllevará el otorgamiento del mismo.

En relación con este último, se ha planteado por la cuestión de qué valor o fuerza probatoria tendrán los dictámenes emitidos por estos especialistas. En este sentido, ha sido la jurisprudencia la que ha fijado la fuerza o alcance de éstos dictámenes señalando que no puede considerarse los mismos como una prueba irrebatible o que no se pueda cuestionar. Como ejemplos representativos de lo expuesto tenemos, entre otras sentencias, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1959 (Roj: 1296/1959), cuyo ponente fue el Magistrado Don Pablo Murga Castro, la cual se basa en la cuestión de que la aseveración hecha por los médicos o facultativos intervinientes de que testador estaba al otorgar testamento en un momento de plena lucidez mental, no constituye prueba irrebatible. En dicha sentencia, y según resulta de su Considerando, se reseña lo siguiente: *"[…]; y aun admitiendo la tesis del recurso y reconociendo, en su consecuencia, que, según la expresión que en el mismo se emplea la presunción de capacidad ocasional establecida en el artículo 665 del Código Civil , puede ser destruida por prueba en contrario, por no ser, por su índole, iuris et de iure, el Tribual "a quo" afirma que esa presunción no ha sido desvirtuada en el pleito; y como en el único motivo del recurso no se aduce ningún elemento de prueba que enerve aquella presunción ni que demuestra de modo evidente como requiere el número séptimo del referido artículo 1.692, tratándose de una declaración de hecho, la equivocación del Juzgador de instancia, el recurso no puede prosperar."*.

Asimismo dentro de este ámbito de la transcendencia del informe de los facultativos tenemos la sentencia 146/2018, de 20 de julio, cuya ponente fue la Magistrada Doña María de los Ángeles Parra Lucán. De esta sentencia, podemos destacar previamente, y según lo señalaba la sentencia recurrida, que "*la limitación de la capacidad de obrar para realizar actos de disposición sin intervención del curador no comprende los actos de disposición mortis causa, sino que debe estarse a la opinión del notario y de los médicos que aprecien in situ la capacidad del otorgante*", lo que conlleva el reconocimiento al notario y a los facultativos como elementos claves o de garantía para apreciar la capacidad testamentaria de la persona incapacitada, ya sea en sentido positivo o de reconocimiento, o bien en un sentido negativo o de no reconocerle dicha para testar a la persona.

En este sentido, RUIZ MOROLLÓN[481], en el comentario que hace de la citada sentencia, remarca que los que deben responder de la capacidad son los facultativos y el notario, y ello como se desprendía claramente del artículo 665 del Código Civil, puesto que como establece la sentencia en el referido fundamento de derecho tercero, corresponde al notario asegurarse de que, a su juicio, el testador tiene la capacidad legal necesaria para testar, lo que en el caso hizo contando con el juicio favorable de dos facultativos. A su vez, y como hemos reseñado con anterioridad, este tipo de sentencias son una claro ejemplo jurisprudencial de cómo se valora al médico de cabecera como facultativo idóneo para apreciar la capacidad testamentaria de la persona incapacitada.

Por último este autor, en cuanto a los aspectos procedimentales de los informes emitidos por las facultativos, señala que los mismos se incorporarán al testamento, quedando insertos en la matriz los documentos originales, siendo estos identificadores tanto del paciente como de los facultativos que intervienen, y en los cuales, deberá quedar claramente reseñados el tipo de patología que afecta a la persona y su influencia en cuanto al acto que se pretende llevar a cabo, esto es, el de otorgar testamento en nuestro caso, incluyendo en dichos informes, la metodología, conclusiones y resultados que se han alcanzado.

El autor, remarca que debemos huir en este tipo de negocios jurídicos de formas y fórmulas prestablecidas, lo que conlleva, que la realización de estos informes deberán revestir un cierto rigor jurídico en su elaboración, puesto que no debemos olvidar y según recoge el último párrafo del apartado ii) del fundamento de derecho tercero de la citada Sentencia 146/2018, que *"la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar. En consecuencia, con independencia de cuál sea la causa de la discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, y con independencia de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione, de manera que la persona recupere sus facultades, el art. 665 CC ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar"*.

Como consecuencia de lo expuesto, se puede apreciar la importancia que tenía la aplicación práctica de este artículo 665 como posibilidad o vía para que una persona que tenga su capacidad modificada judicialmente pueda otorgar testamento y no condenarla a la sucesión legal o *ab intestato*, y asimismo, que la intervención tanto del notario autorizante de este acto *mortis causa* como de la intervención de los facultativos, queda establecida como una garantía más dentro de esta forma testamentaria.

Y por último, y como otro ejemplo jurisprudencial en relación a la intervención de los facultativos dentro del procedimiento que regula el artículo 665 del Código Civil, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo 535/2018, de 28 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz. en la cual, se juzga la validez del testamento abierto otorgado con anterioridad a la firmeza de la sentencia de incapacitación parcial, sin haber tenido en cuenta las formalidades que establece el

---

[481] RUIZ MOROLLÓN, F., "El testamento del judicialmente incapacitado", en la *Revista Jurídica del Notariado,* número 106, abril-junio, año 2018, págs. 129-130.

artículo 665, esto es, la falta de designación de los dos facultativos que respondiesen de la capacidad testamentaria de la testadora. En el único recurso que se plantea, se señala, que la doctrina de esta sala establece que mientras no gane firmeza la sentencia que declara la incapacitación de una persona, cuyo estado civil pasa a ser el de incapaz, se presume siempre que tiene capacidad mental, no pudiendo destruirse la presunción más que mediante una prueba concluyente en contrario, a través de una acreditación directa de que, en el preciso momento en el que celebra el negocio jurídico, se hallaba en una situación psíquica en la que no le era posible entender y querer el acto jurídico que realiza (entre otras, sentencias 145/2006, de 14 de febrero, 836/2005, de 10 de noviembre, 1101/2004, de 19 de noviembre). Es por ello, que conforme a la referida doctrina, la sentencia de incapacidad tiene carácter constitutivo y la declaración produce efectos *"ex nunc"* y no *"ex tunc"*, esto es, se produce a partir del momento de la firmeza de la sentencia de incapacidad y no con efectos retroactivos, entendiéndose válidos todos los actos del incapaz realizados antes de la declaración de incapacidad, sin perjuicio de la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte.

En consecuencia, se establece la necesidad de firmeza de la sentencia de incapacitación. De ahí, que la sentencia declarando la incapacitación es eficaz desde el momento en que sea firme, aunque no despliegue sus efectos *"erga omnes"* desde su inscripción en el Registro Civil. Lo expuesto se apoya en la Sentencia 234/2016, de 8 de abril, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno, en el sentido de que para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente (entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 289/2008, de 26 de abril, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O'Callaghan Muñoz), la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos *ex tunc* de la sentencia de incapacitación. En virtud de lo expuesto, es correcta la aplicación del principio de *favor testamenti* por parte de la Audiencia y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado.

Para terminar, y como señalamos al principio de este apartado, no queremos dejar de reseñar la modificación que ha llevado a cabo la Ley 8/2021 en el ámbito de la intervención de los facultativos, hasta llegar a su nueva regulación y en consecuencia, supresión de los mismos como elemento formal y necesario que conformaba esta forma testamentaria.

En el Anteproyecto de Ley de fecha 14 de enero de 2019, se redactaba el artículo 665 del Código Civil en los siguientes términos: *"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."*. En la versión del Anteproyecto de fecha 21de septiembre de 2019 se mantenía la reseñada redacción.

Posteriormente, en el Proyecto de Ley de fecha 14 de julio de 2020, hubo una ligera modificación de la redacción recogida en el último Anteproyecto y en relación con

la denominación de estos especialistas, a los cuales pasa a denominarse "expertos". La redacción que se dio al precepto fue la siguiente: *"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 expertos que previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud."*. Conviene resaltar de la lectura del mismo, que se sigue requiriendo la presencia de dos de estos expertos, sin que el número de los mismos sufra distinción y diferencia alguna con el número de facultativos que regulaba la redacción anterior de este artículo 665.

Finalmente, en el último Proyecto de Ley de fecha 16 de marzo de 2021, es cuando observamos una profunda modificación en relación a este artículo 665, la cual conlleva la supresión de cualquier tipo de remisión en torno a la intervención de médicos, facultativos, expertos, especialistas etc., presentando una nueva redacción, la cual será objeto de un análisis detallado dentro del último epígrafe dentro del presente trabajo y dedicado a este afecto, y que ahora adelantamos: *"La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que estime necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias."*.

De lo expuesto, y en relación con el tema que ahora estamos analizado de los facultativos, nos llama la atención la supresión de cualquier referencia a estos especialistas dentro de la forma testamentaria que regula el precepto. Podemos adelantar aquí, que la supresión puede producirse porque la nueva Ley pretende apartarse de todo lo que pudiera significar alguna referencia al ámbito o modelo médico-rehabilitador, puesto que uno de los fines de esta Ley es la transformación de este modelo por un modelo basado en los derechos humanos, los cuales serán ejercidos mediante la prestación de los apoyos necesarios para cada acto en que la persona con discapacidad participe, y ante el cual, el Estado deberá proporcionar todas las medidas, garantías y salvaguardas para que esto se lleve a cabo.

Sin embargo, lo que no llegamos a entender, es si el fin que se buscaba era éste desde un principio y según quedaba patente desde los presupuestos promulgados por la propia Convención, como es que la modificación más radical, por lo menos en el ámbito de intervención de los facultativos o especialistas y que recogía hasta entonces este artículo 665, se ha producido en el último Proyecto de Ley.

Para terminar, y en relación a la supresión de la intervención de los facultativos en aplicación de las formalidades que recogía este artículo 665, se han manifestado en contra de ello diversos autores, como por ejemplo, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO[482], el cual señala, que a la vista de la modificación llevada a cabo por la Ley 4/2017 del artículo 56.II de nuestro Código Civil, así como de los resultandos o hechos de muchas sentencias del Tribunal Supremo en esta materia, alerta de la corriente que se va

[482] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., "Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación. Comentario a la STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018,1090)", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 108, septiembre-diciembre 2018, pág. 325.

generando en el sentido de eliminar las formalidades que exigía el citado artículo 665, y defienden el mantenimiento de las mismas, llevando un paso más allá la relativa a la intervención de estos especialistas, al señalar que éstos deberían ser a su juicio, psiquiatras.

III.4. El juicio notarial de capacidad testamentaria

En los anteriores epígrafes de este trabajo, hemos analizado diferentes aspectos en torno a la capacidad de la persona. Llegados a este punto en relación con el estudio de la capacidad de la persona, especialmente en lo que se refiere el ámbito testamentario, vamos ahora a abordar el análisis relativo al juicio de capacidad que realiza el notario respecto de la persona que interviene a la hora de realizar un determinado acto o negocio jurídico, aspecto este muy tenido en cuenta en su regulación y forma de llevarse a cabo dentro del ámbito del Derecho notarial, y ello como consecuencia de los efectos con transcendencia jurídica que se derivan del acto en cuestión, centrándonos en nuestro caso en el juicio de capacidad a la hora de otorgar testamento, especialmente en lo referente al testamento abierto o notarial.

Esta intervención que lleva a cabo este fedatario público, la analizaremos desde una doble perspectiva; por un lado, la relativa a la valoración del juicio de capacidad que emite el notario; y en segundo lugar, desde el ámbito de la nueva regulación y configuración que lleva a cabo la Ley 8/2021 en relación a los supuestos en que una persona con discapacidad pretenda otorgar testamento, abordando aquí el determinante y nuevo papel que se atribuye a este fedatario público como un apoyo institucional y determinante para que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, y por consiguiente, el ejercicio de su capacidad jurídica en esta esfera del Derecho.

No obstante, conviene matizar en relación con esta nueva configuración que le atribuye la citada Ley, que no encontramos este carácter de novedoso o de nuevo papel en la atribución de estas funciones al notario, aspecto éste señalado y entendido así por diversos sectores, puesto que esta atribución de funciones, ya venía siendo así ejercida, y ello como consecuencia de la labor propia de las funciones que tiene atribuidas, esto es, las funciones de asesoramiento, información y ayuda jurídica que presta a toda persona que interviene o comparece para la realización de un determinado acto o negocio jurídico.

Conviene también matizar, que nuestro estudio en relación con esta materia, y al estar refiriéndonos al papel que desempeña el notario, encuentra su mejor y natural ubicación dentro del ámbito relativo al testamento abierto, sin perjuicio de hacer algunas consideraciones o reseñas en relación con el testamento cerrado o el testamento ológrafo, y ello como consecuencia de que estas últimas formas testamentarias, por su propia naturaleza jurídica, quedan fuera o escapan a la intervención del notario en cuanto a la valoración de la capacidad de la persona para poder otorgar el acto, puesto que el momento que más se puede aproximar a esta intervención de este fedatario para dicha valoración de capacidad, sería el momento que el notario extiende la correspondiente acta del otorgamiento de un testamento cerrado, en la cual, aparte de expresar el número y la

marca de los sellos con que está cerrado dicho instrumento, identifica al testador así como de hallarle, a su juicio, con capacidad legal necesaria para otorgar testamento en ese momento.

Es por ello, que dentro del ámbito del testamento abierto, la intervención del notario a la hora de valorar la capacidad natural de la persona para poder otorgar el acto, es la que mayores garantías y certeza jurídica puede proporcionar sobre al acto realizado, siendo ello un aspecto determinante ante una posible impugnación posterior de dicho instrumento por falta de capacidad del testador.

Autores como RODRÍGUEZ ADRADOS[483] destacan esta certeza como atributo destacado de la función notarial, la cual, partiendo de la supuesta certeza del Derecho objetivo, la función notarial *"tiende a conseguir la certeza de su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas y a los derechos subjetivos, en su estática y en la dinámica del tráfico, en una actuación preventiva o sin contienda"*. Por ello entendemos, que un testamento cerrado, u ológrafo en su caso, y que sean otorgados por una persona con discapacidad intelectual, cuya formación de voluntad y redacción no están sujetas a ningún tipo de juicio de capacidad o valoración en el momento de su realización, sean más proclives a una futura impugnación en sede judicial por falta de capacidad del testador, puesto que a diferencia del testamento abierto, la intervención y valoración positiva de la capacidad del testador realizada por el notario, constituye una fuerte presunción que requiere de una prueba concluyente y fuerte para poder ser destruida.

En los apartados anteriores ya hemos analizado los aspectos jurídicos que conformaban el artículo 665 en sus anteriores redacciones, reflejando los aspectos más confusos y que mayores discusiones doctrinales habían originado en su interpretación. Con la nueva regulación que ha llevado a cabo la Ley 8/2021 de este artículo, se han superado y modificado varios de esos aspectos que conformaban la concepción y reconocimiento de la capacidad testamentaria de la persona, especialmente, en lo relativo al ámbito de la persona con discapacidad. La reforma operada este ámbito por dicha Ley, y que se llevado a cabo especialmente por la modificación de los artículos 663 y 665, ha conllevado la modificación y superación de conceptos como por ejemplo, la necesidad de estar en su cabal juicio, o la intervención de los facultativos, para dar cabida a partir de ahora, a nuevos elementos donde el proceso de formación de la voluntad de la persona, la capacidad natural para querer y entender el acto por parte de la persona con discapacidad, el proceso de toma de decisiones, así como la prestación de los apoyos necesarios para la realización del acto, conformarán el nuevo panorama dentro del ámbito testamentario, especialmente en lo referido y como ya hemos señalado, al otorgamiento del testamento abierto.

Es por ello, que tanto el juicio de capacidad del notario en relación con la capacidad natural de la persona con discapacidad para comprobar que esta persona quiere y entiende el acto que va a realizar, así como la prestación de los apoyos y ajustes necesarios que debe proporcionar el mismo para que la persona desarrolle su propio

[483] RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "La función notarial y los principios y valores constitucionales", en la *Revista de Derecho Notarial,* Abril-Junio, 1983, pág. 476.

proceso de toma de decisiones y comprenda los efectos que se derivan de su manifestación de voluntad, serán los dos elementos que analizaremos a continuación.

III.4.1. Aspectos relativos al juicio de capacidad realizado por el notario

III.4.1.1. Noción del juicio notarial de capacidad y su regulación legal

En primer lugar, antes de analizar los aspectos relativos al juicio notarial de capacidad y sus aspectos legales, creemos conveniente establecer el origen normativo de la apreciación de la capacidad de los otorgantes que realiza el notario, el cual, lo encontramos por primera vez en una instrucción de fecha 12 de junio de 1861, donde se señalaba que *"Los escribanos harán constar en toda escritura la capacidad legal de los otorgantes para celebrar el acto o contrato a que se refieran, expresando las circunstancias que según los casos determinen dicha capacidad"*, sin que esta referencia conste en la posterior Ley Orgánica del Notario de 1862.

En este sentido TORRES ESCÁMEZ[484], señala que dicha instrucción provocó una indeseable dualidad de régimen en la redacción de las escrituras, según fueran éstas o no susceptibles de inscripción, propiciando una nueva instrucción de 9 de noviembre de 1864, mediante la cual se hacía necesaria la constatación del juicio de capacidad en todas las escrituras. Asimismo, este autor aprecia que los primeros tratadistas dejaron patente el carácter puramente subjetivo en relación con la apreciación que debe realizar el notario, sin apoyarse en este ámbito en ningún otro compareciente y excluyendo o dejando a un lado las formulaciones de carácter ambiguo o inciertas. Finalmente, dicho autor señala que la inclusión dentro de nuestro Derecho positivo de la necesidad de que el notario manifieste o recoja expresamente el juicio de capacidad de las personas que intervienen en el acto, fue mediante el Reglamento Notario del año 1921, formulación, que ha venido manteniéndose inalterada y sin cambios significativos hasta nuestros días.

Como ya señalamos en su momento cuando definimos el término capacidad, una de sus principales características era sus distintas acepciones o significados que se derivaban del mismo, siendo esta facultad polisémica y polivalente según señalaba autores como MIR JORDANO[485], que define este término como la *"aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, o facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho"*. En este sentido, el diccionario de la Real Academia Española (DRAE), en sus diversas acepciones en relación con este término, señala como una de ellas la *"aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimento de una*

[484] TORRES ESCÁMEZ, S., *El juicio notarial de capacidad. Su aplicación al incapacitado en régimen de curatela,* en la obra colectiva "Homenaje a Don Antonio Hernández Gil", volumen II, MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L. (dir. y coord.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, págs. 1.404-1.405.

[485] MIR JORDANO, R., *Capacidad. Conjugación de palabras, ideas y conceptos,* en la obra colectiva "Personalidad y Capacidad Jurídicas", 74 contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba (coords.) CASADO RAIGÓN, R. y GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., Tomo II, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pág. 882.

obligación", a la que podemos añadir otra, como la *"aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones"*.

En este ámbito, el citado TORRES ESCÁMEZ[486], recoge el significado de la noción de capacidad como paso previo a la definición del juicio de capacidad[487] que realiza el notario, definiendo la primera de ellas como la *"aptitud o idoneidad para algo"*, definición que se complica cuando se le añaden adjetivos como legal, jurídica, civil, natural, de obrar, etc., y la segunda de ellas como *"la declaración que realiza el notario en todas las escrituras y en algunas actas, normalmente al final de la comparecencia y antes de la calificación del acto, por la cual expresa su creencia de que los otorgantes tienen las condiciones personales de aptitud e idoneidad con arreglo a la Ley para que el acto o negocio documentado produzca sus efectos normales"*.

Un ejemplo práctico de los que acabamos de decir, y hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, lo podríamos encontrar reflejado con la siguiente manifestación contenida dentro de una cualquiera escritura: "Tienen, a mi juicio (se refiere al notario que autoriza el acto) capacidad legal y legitimación para formalizar la presente escritura de compraventa (por ejemplo), a cuyo efecto…(continuaría la escritura, con el exponen, el otorgan y finalmente el otorgamiento y autorización que realiza el notario del acto que se ha llevado a cabo)". No obstante, y como ejemplo más cercano a nuestro ámbito de estudio, dentro de lo que es un testamento, dicho manifestación de capacidad la podemos encontrar reflejada en los siguientes términos: "Tienen, a mi juicio, capacidad, y legitimación legal, para otorgar el presente testamento".

Sin embargo, y como hemos señalado, las expresiones anteriores podrían resultar válidas con esa redacción hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, la cual, y para garantizar el máximo respecto a la finalidad de la norma, hace que el notario se replanté la redacción de las mismas en el sentido que recoge la Circular Informativa 2/0201 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de fecha 1 de septiembre, acerca de la interpretación de dicha Ley.

De conformidad con la interpretación que hace de la Ley esta circular, y como consecuencia del reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y suprimirse la distinción entre las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar, resulta necesario la adaptación de las viejas fórmulas instrumentales que se han venido utilizando en las diferentes escrituras en torno a la capacidad legal necesaria exigida para el otorgamiento de la mismas, y por ello, al no limitar legalmente la discapacidad el ejercicio de la capacidad jurídica, ya no cabe hablar de *"capacidad legal necesaria o suficiente para el otorgamiento de un instrumento público"*. No obstante, esto no implica que el notario no deba valorar y enjuiciar la capacidad de las personas que intervienen en el acto, en nuestro caso, el de un testamento, y ello con independencia de la existencia o no de una discapacidad, puesto que dicho juicio de discernimiento viene exigido expresamente en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

En virtud de lo expuesto, así de lo recogido en la Observación General Nº 1 del Comité cuando se refiere a la capacidad jurídica y la legitimación para actuar, los términos

[486] TORRES ESCÁMEZ, S., *El juicio notarial de capacidad.*..op.cit. pág. 1.400
[487] TORRES ESCÁMEZ, S., *El juicio notarial de capacidad.*..op.cit. pág. 1.404.

"capacidad legal necesaria o suficiente" no es la expresión más acorde a la finalidad de la nueva Ley, y ello desde una doble perspectiva: por un lado, porque aunque la expresión capacidad legal puede referirse o interpretarse como capacidad jurídica, la utilización del adjetivo legal parece expresar que la ley es el referente para apreciar la capacidad; y por otro lado, porque al no ser susceptible de graduación la capacidad jurídica, no es posible hablar de capacidad jurídica necesaria o suficiente, puesto que esta es siempre incondicional.

Consecuencia de todo lo expuesto, conlleva la adecuación y utilización de nuevas fórmulas instrumentales, destacando a continuación la propuesta de algunos ejemplos o expresiones a utilizar por parte del notario:

a) En primer lugar, una solución sería la reproducción del artículo 17 bis 2.a) de la Ley del Notariado, expresándose por parte del notario, que *"Tienen, a mi juicio, capacidad para el otorgamiento de este instrumento público"*. Con el empleo de esta fórmula, nos estaríamos refiriendo al término capacidad como la situación de hecho en el momento del otorgamiento de la escritura o acto en cuestión.

b) En segundo lugar, y como un modelo más literal de los presupuestos que recoge la Ley 8/2021, cabría expresar el juicio del capacidad que realiza el notario en el sentido siguiente: *"A mi juicio, ejerce su capacidad jurídica mediante su decisión de otorgar esta escritura pública de…(acto que se realiza)"*. Como señala la referida Circular, el empleo de esta fórmula evita la ambigüedad de la palabra capacidad, y se pone de relieve que el juicio notarial recae sobre la autonomía de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Las expresiones a las que hemos aludido, con carácter general, podrían ir consignadas tanto en la comparecencia como en el otorgamiento o cláusula de cierre de la escritura, sin perjuicio que a juicio del notario se puedan combinar en ambas. Además, se abre la posibilidad en los que se refiere al otorgamiento de recoger también el juicio de discernimiento con la expresión de la siguiente fórmula: *"Leo esta escritura y el otorgante, que cuenta, a mi juicio con el discernimiento necesario, presta libremente su consentimiento informado (en su caso, con los apoyos necesarios)"*.

En cuanto a esto último, esto es, en lo relativo a los apoyos necesarios, la intervención de terceras personas como prestadoras de esos apoyos, hace conveniente la inclusión de nuevas formulaciones con las siguientes redacciones propuestas:

1) *"Tienen, a mi juicio los comparecientes la capacidad para el otorgamiento de esta escritura, en el caso de (don o doña…) con el apoyo de quien (o quienes) le asiste (o asisten) para materializar su voluntad."*

2) *"A mi juicio, los comparecientes han decidido llevar a efecto esta escritura pública en el ejercicio de su capacidad jurídica, en el caso de (…) con el apoyo de quien le asiste para materializar su voluntad"*.

Cuando la persona con discapacidad concurra con apoyos, habrá que extremar la precaución en la redacción, puesto que a excepción de que los apoyos comparezcan como curador o apoyo representativo, en los demás supuestos la persona con discapacidad comparecerá en su propio nombre y derecho, asistido por los apoyos que necesite. Se propone en este sentido una formulación nueva en los supuestos de curador representativo, puesto que en estos casos sería conveniente incluir una advertencia

conforme el artículo 249 del Código Civil en el siguiente sentido: *"Advertido el curador de que debe atenerse, siempre que sea posible, a lo previsto en el artículo 249 del Código Civil, en cuanto a respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, otorga…"*. Supuesto este que no es de aplicación al caso que nos ocupa, el otorgamiento de testamento que no podrá hacerse por el curador representativo.

Centrándonos ahora en el caso que nos ocupa, esto es, en los supuestos de otorgamiento de un testamento por parte de una persona con discapacidad, y de acuerdo con la nueva regulación que recogen los artículos 663 y 665 del Código Civil, el notario no podrá autorizar un testamento cuando la persona no pueda expresar o conformar su voluntad. Es por ello que el Notario debe procurar que el testador desarrolle su propio proceso de toma de decisiones, apoyándole en todo lo que necesite, pero sin que el notario pueda intervenir en la formación de la voluntad del testador, por tratarse el testamento de un acto personalísimo.

No obstante, y al establecerse por la Ley 8/2021 la plena capacidad de las personas con discapacidad mediante el ejercicio de su capacidad jurídica en igual de condiciones que el resto de personas, en los supuestos de testamentos se hace innecesario establecer diferencias en la constatación del juicio notarial en este sentido, y por ello, serían válidas las formulaciones de carácter general y a las que nos hemos referido anteriormente, como por ejemplo la representada en *"Tiene, a mi juicio, capacidad para otorgar este testamento",* o bien, *"Tiene, a mi juicio, el discernimiento necesario para otorgar este testamento",* o también, *"A mi juicio, ha decidido otorgar este testamento en el ejercicio de su capacidad jurídica."*

Por último, la Circular que ahora estamos analizando, expresa que en estos supuestos donde el notario ha prestado su apoyo para que la persona con discapacidad haya podido desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, no parece o resulta conveniente el reflejar esta asistencia en el propio testamento, y ello para evitar diferencias o procedimientos diferentes que el resto de testamentos otorgados por otras personas, sin perjuicio de que este proceso de prestación de apoyos sea recogido mediante un acta previa.

No obstante, y en lo que concierne a las actas, algunos autores como CÁMARA ÁLVAREZ[488], admiten la no inclusión del juicio de capacidad en las actas, puesto que la capacidad en sentido técnico solo se puede referir a declaraciones de voluntad, mientras que en las actas persiguen exclusivamente la finalidad de acreditar un hecho (cualquiera que sea la naturaleza de éste, incluso aunque consista en una declaración de voluntad negocial) y por tanto la de pre-constituir una prueba sobre la existencia de dicho hecho. En este sentido, este autor puntualiza, que en relación con las actas no es necesario realizar ningún juicio de capacidad, puesto que en estas al no producirse ninguna declaración de voluntad no resulta necesario, por lo que podemos estimar que la única capacidad exigible al requirente es la propia capacidad de obrar general[489]. En esta misma línea coinciden

[488] CÁMARA ÁLVAREZ, M., "El notario latino y su función", en la *Revista de Derecho Notarial,* año LXXVI, abril-junio, 1972, págs. 90-91.
[489] CÁMARA ÁLVAREZ, M., "El notario latino y…", op.cit. pág. 95.

autores como TAMAYO CLARES[490], pero matizando que en determinadas actas, vía reglamentaria, puede ser requerido este juicio de capacidad, como por ejemplo las actas de subastas o bien, en las que el administrador solicite la presencia de un notario en una junta general de una determinada sociedad.

En relación con lo expuesto, PÉREZ GALLARDO[491], aprecia en relación con el juicio de capacidad, que aunque el notario no es un perito, debe saber aplicar las máximas de la experiencia cuando se trata de apreciar la capacidad volitiva de los sujetos, lo que permite autorizar el correspondiente instrumento público. Este autor señala que *"El juicio notarial de capacidad [...] es el sello indeleble en el que se sustenta la manifestación de voluntad o consentimiento, en tanto sin discernimiento, ni voluntad, no puede existir acto o negocio jurídico alguno"*. Para dicho autor, solo las personas capaces de acuerdo con la apreciación *ad hoc* que realiza el notario, y con independencia del grado de capacidad o de competencia del sujeto, constituirá el hecho determinante para la autorización de cada instrumento público.

Asimismo, MARTÍNEZ DIE[492], configura la construcción del juicio de capacidad sobre tres principios o pilares fundamentales; por un lado, el principio de inmediatez, puesto que el notario, como único funcionario público autorizado para dar fe de los actos o negocios jurídicos, y en lo que concierne a la valoración de la capacidad del interesado o de la persona que pretende intervenir, deberá apoyarse en su propio examen, personal y directo del mismo. En este sentido, GÓMEZ TABOADA[493], afirma que la experiencia, tanto de carácter personal como profesional, así como su sentido común, serán determinantes en la confección del juicio de capacidad que emita el notario; en segundo lugar, el principio de legalidad, esto es, que la formación del juicio favorable o negativo que el notario realiza sobre la capacidad de la persona que pretende otorgar el acto, deberá realizarlo sobre la base de conocimientos jurídicos, la cual no debe confundirse con un dictamen o juicio médico emitido por especialistas, puesto que lo relevante dentro del ámbito del derecho, es indagar si la persona entiende el acto que realiza y especialmente las consecuencias que de él se derivan; y en tercer lugar, el principio de responsabilidad, es decir, que el juicio notarial sobre la capacidad natural de la persona para realizar el acto en cuestión, solo y exclusivamente se lleva a cabo bajo la responsabilidad del notario, sin que esta responsabilidad pueda ser extrapolable a otros intervinientes en el acto.

En esta línea en torno a la noción del concepto de juicio notarial de capacidad, nos llama la atención la concepción y clasificación que del mismo realizo BALLARÍN

---

[490] TAMAYO CLARES, M., *Temas de Derecho Notarial,* ed. 5ª, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001, págs. 137-138.

[491] PEREZ GALLARDO, L.B., *Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas. Especial referencia a las personas con discapacidad,* en la obra colectiva "Discapacidad y Derecho Civil", PÉREZ GALLARDO, L.B. (coord.), Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2014, pág. 56.

[492] MARTÍNEZ DIE, R., "El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias", en la *Revista La Notaria,* Tomo II, núm. 5, mayo 2002, pág. 65.

[493] GÓMEZ TABOADA, J., *Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento*, en la obra colectiva "Derecho Notarial", Tomo II, PÉREZ GALLARDO, L.B. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (coords.), Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pág. 334.

MARCIAL[494], quien señala que en todo juicio realizado por el notario juega de un modo u otro el cálculo de probabilidades, y en este sentido argumenta, que como consecuencia de la seriedad y buen hacer que históricamente ha estado rodeada a esta institución, ha conseguido que las afirmaciones realizadas por los notarios en este ámbito ostenten un altísimo grado de probabilidad de que las mismas son verdaderas.

Por último, consideramos conveniente también traer a colación la concepción que realiza RIVAS MARTÍNEZ[495] del juicio de capacidad del notario en relación con la capacidad de testar, y que recoge el artículo 685, señalando este autor que es *"una de las labores (quizás la más esencial, con la identificación del testador) que debe realizar el notario para poder autorizar válidamente el testamento y conseguir que el negocio documentado pueda obtener y desplegar todos sus efectos"*.

Después de lo expuesto, podríamos resumir como puntos de interconexión entre toda la materia analizada en este ámbito de noción del juicio notarial de capacidad, expresiones y términos como el de mandato legal, capacidad natural, momento de realización del acto o negocio jurídico, presunción de veracidad, o responsabilidad. Es por ello, y atendiendo a estos términos, que podríamos atrevernos a enunciar como definición del juicio notarial de capacidad en la forma siguiente; *"aquella aseveración que por mandato legal realiza el notario como funcionario público designado para ello, de la capacidad natural que presenta una persona en el mismo momento de realización de un determinado acto o negocio jurídico, conformando una presunción de veracidad y que proporciona seguridad jurídica, y de la cual solo y exclusivamente responde dicho fedatario público"*.

En la normativa actual, encontramos de una manera muy expresa la regulación de este mandato legal que se realiza al notario sobre la capacidad de los intervinientes, en el apartado 8º del artículo 156 del Reglamento Notarial, el cual señala que *"La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación"*, y asimismo, en un formato muy parecido en el artículo 167 de dicho texto legal, que expresa lo siguiente: *"El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate"*.

A su vez, los artículos 1 y 17 bis de la Ley del Notariado, así como los artículos 1 y 2 del Reglamento Notarial, configuran al notario como único funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.

---

[494] BALLARÍN MARCIAL, A., "Naturaleza y clases de <<juicio>> del Notario", en la *Revista Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Tomo XXXV, Ed. Editoriales de Derechos Reunidas, S.A., Madrid, 1996, pág. 542.

[495] RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Comentario al artículo 685,* en el Código Civil Comentado, correspondiente al Libro III De los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087), DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), Volumen II, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2016, pág. 348.

Dicha normativa, y dentro del ámbito testamentario que ahora nos ocupa, tiene su representación dentro del ámbito civil por medio del artículo 685[496] del Código Civil, el cual, en el inciso final del primer apartado establece *"También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar"*, y asimismo, por medio de su apartado segundo, señala que *"En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad"*. En este sentido, tenemos también la imposición que se hace al notario de dejar reseñado el juicio de carácter favorable emitido por él acerca de la capacidad del testador en relación con su propia disposición testamentaria, y que establece el artículo 696[497].

En virtud de lo expuesto, se desprende claramente como nuestro ordenamiento jurídico atribuye y designa a este fedatario público, como la persona idónea para valorar y enjuiciar la capacidad de la persona ante la realización de un determinado acto o negocio jurídico en este ámbito. Hasta aquí, parece no concebirse ninguna duda acerca de esta función que desarrolla el notario, la cual, también ha estado siempre revestida de una labor de información y asesoramiento en cuanto al acto a realizar. Ahora bien, en este sentido y en interconexión con el ámbito de la discapacidad, podemos señalar, que hasta la regulación llevada a cabo por la Ley 8/2021, el notario interactuaba principalmente y prestaba labores de asesoramiento con los representantes legales de las personas con discapacidad, generalmente con los tutores, o con los progenitores que tenían a su cargo a un hijo con discapacidad, etc., es decir, los notarios no interactuaban en la mayoría de estos supuestos con las propias personas con discapacidad, y por tanto no podían valorar ni la capacidad de éstos, ni su voluntad, deseos y preferencias, y ello en los supuestos en que la persona con discapacidad pudiera dar a conocer y manifestar por cualquier medio su voluntad.

Por ello, los notarios, se limitaban a asesorar y en su caso autorizar los actos o negocios jurídicos que se les presentaban, en los cuales y como hemos dicho solían intervenir los representantes de las personas con discapacidad legitimados para ello.

En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el notario, va a experimentar un cambio relevante en relación con las personas que comparecen para realizar un determinado acto o negocio jurídico en la notaria, especialmente en lo que se refiere con la interactuación con personas con discapacidad, puesto que a diferencia de lo que ocurría en la anterior regulación, ahora la interactuación con la persona con discapacidad se producirá en mayor número de ocasiones y deberá valorar si ésta persona tiene la suficiente capacidad para entender el acto que realiza y las consecuencias que se derivan del mismo, y ello siempre de acuerdo con el máximo respecto a la voluntad

[496] El artículo 685 del Código Civil establece lo siguiente: *"El Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.*
En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad.".

[497] En la parte final del artículo 696 del Código Civil, se señala que *"También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento"*.

manifestada, lo que exigirá y obligará a emitir un juicio de capacidad adaptado a cada caso concreto y prestando especial atención a la discapacidad intelectual, y por consiguiente, conllevará que esta valoración de capacidad en relación a las personas con discapacidad, presenten diferencias en lo que se sería el juicio de capacidad de una persona con capacidad plena en ese mismo acto, puesto que no se le podrá exigir el mismo grado de raciocinio.

En este sentido autores como PÉREZ GALLARDO[498], señalan que el discernimiento o voluntad del sujeto no puede apreciarse o medirse en términos matemáticos, de modo que a una persona se la considere que es capaz o incapaz, sino que la función y lo que realmente compete al notario será controlar si la persona posee la suficiente capacidad natural en el mismo momento del otorgamiento del acto o negocio jurídico para poder llevarlo a cabo, con la excepción de los casos en que como consecuencia de la determinadas enfermedades mentales y que provocan profundas y severas discapacidades, no hubiera forma de poder ser apreciada.

Será el notario el que, además de en otra diversidad de actos con trascendencia jurídica y que entran dentro del esfera contractual, la cual no es ahora objeto de estudio dentro del presente trabajo deberá valorar y enjuiciar si la persona que pretender realizar un testamento, posee la suficiente capacidad para poder llevarlo a cabo, acto que quedará conformado como consecuencia de la concurrencia de los siguientes extremos:

a) En primer lugar, por recoger de la manera más fidedigna posible la declaración de voluntad de la persona o testador, las cuales han de ser emitidas dentro de una esfera de libertad, sin ningún tipo de coacciones o vicios en el consentimiento. En este sentido, y ya dentro del ámbito de aplicación del nuevo artículo 665 del Código Civil, cuando la persona tenga dificultades o problemas en la manifestación de su voluntad como consecuencia de una discapacidad, el notario deberá promover los apoyos y ajustes necesarios para que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

b) Como desarrollo y evolución de lo expuesto en el anterior apartado, el notario deberá valorar si la persona que ha emitido esas declaraciones que conformarán las cláusulas o disposiciones testamentarias del testamento, entiende el contenido y alcance de las mismas, y ello como actos de trascendencia jurídica cuya aplicación práctica y efectos quedan postergados hasta el momento de la muerte del testador.

c) Estas manifestaciones de voluntad quedarán recogidas formalmente en un escritura denominada testamento, y en la cual, el notario expresará además de las cláusulas o disposiciones testamentarias consignadas, ciertas expresiones o fórmulas notariales de índole jurídica, y ello como parte del acto en cuestión, como por ejemplo, día, hora y lugar en que se otorga el testamento, número del protocolo, número de testamento, reseña de circunstancias personales, la consignación del juicio de capacidad así como la ausencia de cualquier vicio o impedimento en el otorgamiento del testamento y su adecuación a la legislación actual, y por último, la autorización de dicho acto.

Dentro de nuestra tradición jurídica, parece que se ha dado más importancia al estudio y análisis de la capacidad de la persona que a la llamada manifestación de

[498] PÉREZ GALLARDO, L.B., PEREZ GALLARDO, L.B., *Diez interrogantes sobre el juicio notarial...*, op.cit. pág. 63.

voluntad de la persona, aspecto éste que se convierte en el eje central sobre el cual gira la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, y que ha sido así recogido por la Ley 8/2021. Es por ello, que consideramos en la intervención del Notario un doble aspecto digno de reseñar: por un lado, lo aspectos que integran el juicio de capacidad de la persona, como ámbito donde queda evaluada la capacidad de la persona y se decide si la misma tiene la mínima y requerida capacidad natural para realizar el acto o negocio jurídico, en nuestro caso, el de poder otorgar testamento; y por otro lado, y como paso posterior, como receptor y trascriptor de la voluntad manifestada por esa persona .

No obstante, también es conveniente señalar el aspecto negativo de este juicio de capacidad que realiza el notario, el cual, podrá negarse a otorgar el testamento siempre y cuando, y a pesar de los apoyos necesarios, la persona con discapacidad no pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, puesto que a partir de ahora, la enfermedad y su grado de afectación ya no jugará el papel esencial que se le atribuía con anterioridad a la reforma, el cual quedará sustituido en el sentido de que la persona con discapacidad pueda o no conformar su propio proceso de toma de decisiones, entendiendo el acto que lleva a cabo o va a realizar, así como sus efectos y consecuencias jurídicas derivadas del mismo. Es por ello, que esta negativa por parte del Notario a la autorización de un determinado instrumento público, no quiebra ni los presupuestos de la Convención, ni es contraria a la regulación que se desprende de la Ley 8/2021, ni significa que se esté vulnerando el principio de presunción general de capacidad de la persona con discapacidad, puesto que lo que quiere significar es la falta de apreciación de capacidad natural por parte de ese sujeto para otorgar o llevar a cabo el acto que se pretende por no poder configurar o formar su voluntad a pesar de los apoyos.

Una vez analizados los antecedentes históricos normativos, así como la noción o concepto del juicio notarial de capacidad, y antes de pasar a señalar algunas reseñas jurisprudenciales en este sentido por medio del siguiente epígrafe, cabe destacar algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica de este concepto. Dicha naturaleza jurídica puede estar determinada por su consideración como calificación, o bien, como juicio. Autores como NÚÑEZ LAGOS[499], consideran que la actividad del notario dentro del ámbito del derecho, queda comprendida por las calificaciones y por las advertencias. En relación con las primeras, las diferencia de las manifestaciones de realidad señalando que éstas no son acontecimientos, sino juicio que emite el notario como perito que es en Derecho, y clasifica las mismas en:

a) Las relativas al juicio de capacidad de las partes de acuerdo con lo establecido en el apartado 8º del artículo 156 del Reglamento Notarial, y ello en referencia a la capacidad de goce y de ejercicio (capacidad de obrar) que posee la persona que interviene y pretende otorgar el acto. Asimismo, y en lo que afecta a nuestra materia de estudio, señala este autor, que en el ámbito de los testamentos, afirma su imperio la capacidad natural, y ello a pesar de los estado de incapacidad civil, y señala que los dementes, aun

[499] NÚÑEZ LAGOS, R., "Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial", Conferencia pronunciada el día 5 de mayo de 1943, en la *Revista Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Año I, 1943, Ed. Imprenta Talleres Penitenciarios Alcalá de Henares, 1945, págs. 469-471.

siendo declarados como tal, pueden otorgar testamento, pero con la salvaguarda de ciertas precauciones notariales.

b) Las concernientes a la identidad de las partes, y ello como consecuencia de que el otorgamiento del acto crea, modifica o extingue titularidades y derechos, es necesaria la correcta identificación de las partes intervinientes, pero sin que ello pueda considerarse una afirmación de carácter absoluto.

c) Las referentes a la calificación del acto o contrato, puesto que como consecuencia del mandato legal el notario es el jurista encargado de dar claridad y tratamiento legal al negocio jurídico.

d) Las pertenecientes a la legalidad del acto, puesto que como ocurre en el caso de los testamentos, el notario debe consignar de modo expreso, que se han tenido en cuenta y se han guardado todos los requisitos exigidos por el Código Civil para la clase de testamento que se otorga.

e) Y por último, las que aluden al juicio de suficiencia en la comprobación del hecho notorio.

Para terminar, el citado autor, señala que aparte de las calificaciones que realiza el notario, se encuentran las advertencias, consideradas éstas como las instrucciones o amonestaciones que realiza el mismo a las partes para que tengan conocimiento de sus deberes, situaciones o responsabilidades. En esta misma línea de la consideración de la apreciación de la capacidad del notario como una calificación podemos citar a otros autores como GIMÉNEZ ARNAU, TAMAYO CLARES o MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS[500].

No obstante, autoras como ROMERO COLOMA[501], muestran sus dudas en torno a si estas calificaciones son en realidad juicios que el fedatario emite en relación con la capacidad de las personas, y en concreto con la capacidad del testador, puesto que para dicha autora se trataría de juicios problemáticos, al entrar en juego el concepto de probabilidad, y ello como consecuencia de que el juicio notarial nunca conllevará una certeza absoluta y sí una probabilidad, ya que dicho fedatario público no es ni tiene que ser un psiquiatra, ni un psicólogo. En consecuencia aprecia esta autora[502] que el juicio de capacidad del testador realizado por el notario, especialmente en aquellos casos difíciles y complejos, en los que no se aprecia a simple vista una anormalidad en el comportamiento o en la actitud del otorgante, será un juicio incompleto, porque como ha señalado, dicho fedatario público no es un especialista en medicina, ni tiene obligación de poseer conocimientos psiquiátricos ni psicológicos.

---

[500] MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., *El juicio sobre la capacidad del testador emitido por el notario, ¿es impugnable?,* en la obra colectiva "El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un debate reformista", Tomo I, LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL, M.ª P. y TORRES LANA, J.Á. (dirs.) y MONJE BALMASEDA, O. (coord.), Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2014, pág. 232.

[501] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *Capacidad, Incapacidad e Incapacitación,* Editorial Reus, S.A., Madrid, 2013, pág. 149.

[502] ROMERO COLOMA, A. M.ª, *Problemática jurídica de la capacidad mental del testador,* Ed. Ediciones Jurídicas Dijusa S.L., 2005, pág. 145.

En este sentido, y de una forma muy precisa, ECHEVARRÍA DE RADA[503], señala que el notario no realiza un juicio médico, puesto que lo fundamental no es saber en el ámbito que nos ocupa si la persona sufre o no una patología y en qué grado, ya que no es una valoración puramente médica, sino que entran en juego otros muchos factores que debemos tener en cuenta, de carácter cultural, social o educacional por ejemplo. Lo que sí debe enjuiciarse por parte de este fedatario público es si la persona con discapacidad, para el supuesto de querer otorgar testamento, posee una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando. Es por ello que *"el notario realiza en cada actuación micro-empoderamientos en los momentos más sensibles e importantes que permiten a los ciudadanos ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad dotándoles dela debida seguridad jurídica"*[504].

III.4.1.2. La concepción del juicio notarial de capacidad en la Jurisprudencia

Para entender mejor el contenido y significado que puede atribuirse a una determinada figura o institución jurídica, hay que acudir a la regulación e interpretación que realiza nuestra jurisprudencia en referencia a la misma.

La posición que ha venido manteniendo la jurisprudencia ha tomado en torno al juicio de capacidad que realiza el notario, nos puede servir para dejar plasmado su significado, así como el valor que dicha jurisprudencia le ha venido otorgando a este juicio notarial como medio de prueba en los distintos procedimientos testamentarios en que era invocada y analizada esta cuestión, señalando en este sentido, que a lo largo de los años, la jurisprudencia se ha mantenido constante en su interpretación, la cual ha variado relativamente poco.

Esta uniformidad en su interpretación a lo largo de los años y a la que venimos aludiendo, se manifiesta en una serie de principios, los cuales han sido invocados en la mayoría de sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo dentro de este ámbito o esfera relativa al juicio de capacidad que realiza el notario para otorgar un determinado testamento. Dichos principios pueden quedar recogidos en los siguientes:

1. El principio de presunción de capacidad para testar y su proyección en la fórmula de *favor testamenti*, han sido aspectos que han estado íntimamente interconectados y aplicados conjuntamente en la defensa del juicio notarial de capacidad cuando el mismo ha sido impugnado y puesto en duda en los diversos supuestos en que se pretendía la revocación de un testamento por falta de capacidad del testador.

---

[503] ECHEVARRÍA DE RADA, M.ª T., *La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la Luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio,* en la obra colectiva "El ejercicio de la Capacidad Jurídica por las Personas con Discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio", PEREÑA VICENTE, M., y HERAS HERNÁNDEZ, M.ª del M. (dirs.), NÚÑEZ NÚÑEZ, M.ª (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 30.

[504] Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública. Comisión de Derechos Humanos, Unión Internacional del Notariado, publicado en noviembre de 2019. https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec.

2. Como principio relacionado con el anterior, todo testamento realizado con anterioridad a la sentencia de incapacitación de una persona, y en la que el notario haya apreciado y valorado que esta persona tiene suficiente capacidad para ello, será válido.

3. En torno a la institución notarial, la jurisprudencia desde siempre ha venido reconociendo la labor desarrollada por dicha institución, su prestigio, seriedad, e implícitamente podemos añadir, la seguridad jurídica que la intervención de este funcionario público dota al acto que se realiza, especialmente en lo relativo al tráfico jurídico. En este sentido, y como ejemplo representativo de cómo se ha considerado a esta institución desde tiempos atrás, podemos citar la antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1987 (Roj: 8952/1987), cuyo ponente fue el Magistrado Don Mariano Martín-Granizo Fernández, en la cual, dentro de su fundamento de derecho tercero, se expresa lo siguiente: *"d) La manifestación del notario autorizante del testamento en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial adquieren una especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción «iuris tantum» de aptitud, que sólo puede destruirse mediante una completa prueba en contrario"*.

4. La jurisprudencia ha señalado, que el juicio notarial de capacidad ha de ser realizado y apreciado, de forma personal y en el mismo momento del otorgamiento del testamento, como momento idóneo en que este fedatario público debe valora la capacidad para otorgar testamento de la persona.

5. La apreciación favorable realizada por el notario en torno a la capacidad para testar de una persona conlleva la presunción de que esta persona tiene la suficiente capacidad para este acto jurídico y negocio jurídico, constituyendo una presunción *iuris tantum*, la cual sólo podrá ser destruida por pruebas posteriores, destacándose en este sentido la fuerza probatoria de la aseveración que realiza el notario. En este sentido, autores como CÁMARA ÁLVAREZ[505], resaltan expresamente este valor atribuido al juicio que emite el notario por parte de la jurisprudencia, ante el cual será necesario la presentación de una prueba muy completa para deshacer esa presunción.

6. En complemento de lo anterior, cabe señalar, que dicha aseveración realizada por el notario en torno a la capacidad de la persona no conlleva una presunción que no pueda ser rebatida, puesto que al no configurase como una presunción *iuris et de iure* puede producirse el supuesto en que de acuerdo a las pruebas aportadas por la parte que impugna el acto, se deduzca que la persona no tenía la suficiente capacidad natural para testar.

En consecuencia, podemos concluir conforme a lo que acabamos de exponer, que el juicio notarial de capacidad, podemos acotarlo y establecer su límite en la posibilidad de impugnarlo en sede judicial, puesto que el mismo al constituir una presunción *iuris tantum* de exactitud, podrá ser rebatido mediante una evidente y completa prueba que lo desvirtúe, y ello como consecuencia de que este juicio de valoración de capacidad realizado por el notario, no dejar de ser un juicio estrictamente jurídico, y no médico, por lo debemos ser conscientes de la propia limitación del mismo en lo que concierne al

[505] CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio,* 2ª ed. actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Ed. La Ley-Actualidad, S.A., Las Rozas, Madrid, 1999, págs. 76-77.

ámbito o esfera médica. No obstante, el propio notario, y como elementos que pueden fortalecer más aún si cabe el juico de capacidad que realiza, cuenta con diversos factores que lo apoyarán, como son su propia experiencia profesional, la formación que pueda tener en esta esfera médica o disciplinas relativas a la psicología y psiquiatría, así como su intuición o el propio sentido común como cualquier otra persona.

En relación con esta necesidad de pruebas convincentes para poder revocar el juicio de capacidad del notario, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 394/1995, de 26 de abril, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Teófilo Ortega Torres, en la cual, en el apartado letra a) del Fundamento de Derecho Primero, se señala expresamente que "[…] *ha de estarse, y también que la afirmación hecha por el Notario autorizante sobre la capacidad el testador, si bien puede ser desvirtuada por ulteriores pruebas demostrativas de que en el acto del otorgamiento no se hallaba éste en su cabal juicio, es necesario para ello que dichas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial de que se trata reviste especial relevancia de certidumbre".*

En este sentido y entre otras sentencias[506], y como ejemplos donde han quedado representados y recogidos los principios jurisprudencias a los que nos hemos referido con anterioridad, podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo 461/2016, de 7 de julio, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno, la cual abordó como cuestión de fondo, un supuesto de nulidad de un testamento por falta de capacidad mental de la testadora, concretada en el trastorno de demencia senil de la misma, y cuya acción de nulidad era solicitada por su hija. Como antecedentes de hecho, podemos señalar que la causante tenía otorgado un primer testamento en el año 1999, habiendo otorgado posteriormente, un segundo testamento en el año 2011, el cual es objeto ahora de impugnación. En este último testamento, cambia considerablemente las disposiciones testamentarias que en su día otorgó en el primero de los referidos testamentos, instituyendo por el último de ellos como herederos universales de la causante (doña Lucía), la cual falleció seis meses después del otorgamiento del mismo, a sus tres hijos por partes iguales, doña Delfina y a sus hermanos don Eliseo y don Calixto. En el testamento que ahora se impugna, el notario autorizante realizó el correspondiente juicio de capacidad de la testadora, quedando el mismo representado en las siguientes expresiones: *"Se halla la compareciente, a mi juicio, con la capacidad legal necesaria para testar y ordena de palabra su última voluntad, que yo, el Notario, consigno en las siguientes..."* y asimismo, *"Tal es el testamento de la compareciente, que leo íntegramente y en alta voz, previa advertencia de su derecho a hacerlo por sí, de que no usa. La testadora encuentra lo escrito y leído ajustado a la expresión de su voluntad y así lo otorga y firma, tras manifestar que sabe y puede leer"*.

Asimismo, en la disposición segunda del testamento que es ahora objeto de impugnación se reseñó lo siguiente: *"Segunda.- Revoca por el presente testamento cualquier otra disposición de última voluntad anterior al presente"*. No obstante, en cuanto a esto último, podemos señalar que no deja de ser una disposición más formal que otra cosa, puesto que cuando se otorga un nuevo testamento, entiéndase válido a todos

[506] Vista la Sentencia del Tribunal Supremo 685/2009, de 5 de noviembre, cuyo ponente fue la Magistrada Doña María Encarnación Roca Trías.

los efectos, automáticamente quedarán revocados todos los testamentos anteriores a dicha fecha, por lo que la constancia de dicha cláusula se hace innecesaria por lo menos desde un punto de vista práctico.

En las primeras instancias, tanto el Juzgado de Primera Instancia Número 19 de Valencia, como la Sección 7ª de la Audiencia de Valencia, desestimaron la demanda y declararon la validez del testamento otorgado, señalando la referida Audiencia, en lo que aquí no interesa, que pese a las dudas razonables que presenta este caso respecto a la posible captación de la voluntad de la prestadora, la carencia de capacidad mental ha de resultar acreditada, de una manera indudable, al tiempo del otorgamiento del testamento prevaleciendo, en caso contrario, la presunción iuris tantum de capacidad en virtud del principio favor testamenti y de la intervención notarial y el juicio de capacidad efectuado.

Como señalaremos más adelante mediante algunos ejemplos, las Audiencias Provinciales son un buen referente en la cuestión que estamos analizando ahora, y ello como consecuencia de que en sus pronunciamientos puede observarse de una manera clara y evidente el mantenimiento de estos principios jurisprudenciales en torno al juicio de capacidad notarial. Asimismo, otro aspecto que corrobora este apreciación, es la cantidad de autos de inadmisión de los recursos de casación y de infracción procesal que son dictados en la materia que ahora nos ocupa por parte del Tribunal Supremo, circunstancia ésta que queda reflejado en los siguientes autos: Auto de fecha 27 de octubre de 2021, dictado por el Magistrado Don Francisco Marín Castán, en el procedimiento número 4233/2019, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Navarra; Auto de fecha 6 de octubre de 2021, dictado por el Magistrado Don Francisco Javier Arroyo Fiestas, procedimiento número 3378/2019, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia; Auto de fecha 21 de julio de 2021, dictado por el Magistrado Don Francisco Javier Arroyo Fiestas, en el procedimiento número 1895/2019, de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid; y Auto de fecha 16 de junio de 2021, dictado por el nombrado Magistrado Francisco Javier Arroyo, en el procedimiento número 1662/2019, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cádiz.

Siguiendo con la sentencia que ahora estamos analizando, en el apartado 5º de los recogidos el Fundamento de Derecho Primero de dicha sentencia relativo a los antecedentes de hecho, quedó señalado por parte de la Audiencia Provincial, que las personas del entorno de la causante, así como el notario Sr. Domingo, autorizante del testamento, no son personas expertas médicas en la materia, y aunque cabe considerar que éste último por su profesión, está acostumbrado a realizar juicios de capacidad, lo cierto es que no puede aseverar que el día del otorgamiento del mismo la testadora no fuese capaz de testar, y más aún cuando un médico especialista como principal testigo de la demandante en el aspecto médico, tampoco puede llegar a aseverar sobre el estado mental de su paciente en la fecha del otorgamiento, reconociendo que si se le hubiese preguntado en concreto sobre ello no se hubiese atrevido a decidir si estaba o no con capacidad para testar.

En los aspectos que nos interesan y que son abordados por nuestro Alto Tribunal en la sentencia, y relacionados éstos con los principios jurisprudenciales que estamos señalando en relación con el juicio notarial de capacidad, nos gustaría destacar los siguientes:

a) En primer lugar, uno de los motivos en que se basaba el recurso de la demandante, era el exceso valor o en terminología de la sentencia, en el *"exorbitante valor otorgado por la resolución al juicio de capacidad realizado por el notario"*, argumento que es rebatido por el tribunal en el sentido que el juicio del notario no solo fue la única prueba practicada en la sentencia recurrida, puesto que la Audiencia basa su decisión en el «contexto» de la prueba practicada (fundamento de derecho cuarto), sin destacar como única prueba determinante de su decisión el juicio de capacidad efectuado por el notario autorizante que, como resulta lógico, es tenido en cuenta en la valoración conjunta llevada a cabo por ambas instancias. En lo expuesto queda demostrado como el juicio notarial no constituye una presunción sobre la que no quepa prueba en contrario, extremo éste que consta reseñado en la propia sentencia.

b) Otro aspecto a destacar sería que la capacidad que se requiere para los actos o negocios *mortis causa* acerca de su finalidad, contenido o trascendencia, capacidad que se debe separar y diferenciar de la requerida para la realización de actos *inter vivos*.

En este sentido, autoras como TEMPRANO VÁZQUEZ[507], entiende que si una persona con discapacidad se la reconoce la capacidad de testar, acto que conllevará de conformidad con la anterior redacción del artículo 665, la emisión del juicio de capacidad que realiza el Notario así como el examen previo de los preceptivos dos facultativos, y en consecuencia, la realización de un acto complejo como su trascendencia y finalidad, esta persona debería estar igualmente facultada para poder disponer de sus bienes por actos *inter vivos*, sin necesidad de la integración de su falta de capacidad mediante la tutela o curatela a la que esté sometida, o de la correspondiente autorización judicial. En conclusión, defiende la autora que si por el examen y valoración de la capacidad hecha en sede testamentaria de la persona con discapacidad, y en consecuencia, haberle sido reconocida la suficiente capacidad para la realización de este negocio testamentario, el cual queda conformado por instituciones y figuras complejas por su propia naturaleza, con más motivo, se debería reconocerle entonces que posee dicha capacidad para la realización de actos *inter vivos*, puesto que como señala esta autora, no es lo mismo la capacidad requerida para la comprensión y el alcance de instituciones o figuras como son las sustituciones fideicomisarias, la cautela socini, las causas de desheredación, etc., que la capacidad que se requiere para la realización de un acto de disposición *inter vivos* como puede ser el de una compraventa por ejemplo.

No obstante, y como ha venido señalando nuestro Alto Tribunal en este sentido por medio de diferentes resoluciones, no cabe la equiparación de la capacidad de la persona requerida para la realización de actos *mortis causa* a la requerida para los actos *inter vivos*, y ello como consecuencia de que cada ámbito o esfera de este tipo de negocios jurídicos, tiene y consta de su propia y específica regulación aplicable.

c) También, y como otro aspecto a destacar dentro de la sentencia que estamos analizando, se pone de manifiesto, que el momento del otorgamiento del testamento es el

---

[507] TEMPRANO VÁZQUEZ, C., "La presunción de capacidad de los discapacitados judicialmente. Flexibilización de la presunción de capacidad para realizar actos *mortis causa* frente a los actos *inter vivos*", en la versión digital de la *Revista Diario de la Ley*, número 9.267, Sección Tribuna, de fecha 26 de Septiembre de 2018, págs. 2-3.

momento idóneo para la valoración de la capacidad del testador, y en este sentido, el interesado que ejercite la acción de nulidad del testamento debe probar, de modo concluyente, la falta o ausencia de capacidad mental del testador en dicho momento.

d) Y por último, que la carga de la prueba a la que nos estamos refiriendo para destruir la presunción *iuris tantum* de validez testamentaria, viene como consecuencia de la aplicación del principio de *favor testamenti*. En este sentido, y como un ejemplo en que queda destruida dicha presunción derivada del juicio notarial, tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo 20/2015, de 22 de enero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz, en el apartado D) del punto 11 correspondiente al resumen de antecedentes de hechos del Fundamento de Derecho primero, y en el Fundamento de Derecho Séptimo, se señaló lo siguiente: *"Como afirma la sentencia de 19 de septiembre de 1998, "el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dados el prestigio y la confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción iuris de iure, sino iuris tantum, que cabe destruir mediante prueba en contrario...". Tal prueba ha existido a juicio del Tribunal de instancia, tras un proceso contradictorio, sin que ello pugne con el juicio de capacidad a cargo del Notario, su buena fe, su prestigio y su profesionalidad la que se señalada esta circunstancia."*.

Dentro de este ámbito jurisprudencial con respecto al juicio de capacidad realizado por notario, autores como LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ[508], aprecian esta línea uniforme en la concepción de esta figura, y señala en este sentido las siguientes apreciaciones:

a) La capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario.

b) La apreciación de dicha capacidad ha de ser hecha con referencia al mismo momento que el del otorgamiento.

c) La valoración en sentido positivo realizada por el notario en torno a la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, que demuestren que en el acto de testar dicho otorgante no se hallaba en su cabal juicio.

d) En cuanto a la sanidad de juicio del testador, su apreciación corresponde a la sala de instancia por ser una cuestión de hecho. En este sentido, este autor llama la atención en que en algunas sentencias en que se ha apreciado la falta de capacidad del testador, estén apoyadas en informes o dictámenes médicos emitidos con posterioridad al otorgamiento del propio testamento.

No obstante, y antes de continuar en la reseña de ejemplos jurisprudenciales, y de los pronunciamientos llevados a cabo por las Audiencias Provinciales, queremos analizar un par de ejemplos jurisprudenciales que constatan en la flexibilización de aspectos de forma en cuanto a la valoración del juicio de capacidad que realiza el notario en relación con la capacidad testamentaria de la persona.

En este ámbito, tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo 140/2013, de fecha 20 de marzo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno, cuyo

[508] LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., "Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario", en la *Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial,* Ed. Consejo General del Notariado, Segunda época, Números 4-5, años 2015-2016, pág. 105.

supuesto de hecho se basa en la impugnación de un testamento por falta de capacidad mental de la testadora en el momento de su otorgamiento, y ello como consecuencia de no constar expresamente reflejado en el mismo el juicio de capacidad que realizó el notario. En este supuesto, fue desestimada la demanda en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Vitoria-Gasteiz, de acuerdo a la argumentación de que no quedaba acreditado la falta de capacidad de la testadora en el momento de otorgar su testamento, y ello tras la valoración conjunta efectuada de las pruebas. Sin embargo, en el recurso de apelación efectuado ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ávila, de declaró la nulidad del testamento en cuestión por no constar que a juicio del notario la testadora se hallaba con la capacidad legal para otorgar dicho instrumento. Por último, en el recurso de casación planteado en el Tribunal Supremo por la parte demandada, se resuelve en el sentido de señalar que el juicio de capacidad que se exige al notario si se infiere de forma clara del propio testamento, y por tanto se declara la validez del testamento previa casación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

En el análisis que de esta sentencia hace ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES[509], señala que son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo en las que se observa un criterio tendente a flexibilizar las solemnidades testamentarias[510], especialmente y en el caso de la que sentencia que ahora nos ocupa, la de no exigir al notario una determinada locución a la hora de manifestar y plasmar en el testamento su valoración de la capacidad del testador, no procediendo en consecuencia una interpretación estricta del tener literal del artículo 685. Como ejemplos representativos de lo expuesto, la autora cita sendos ejemplos jurisprudencial de épocas atrás, como son las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1896 y de 18 de noviembre de 1915, señalando la primera de ellas que *"no es necesario que la manifestación del notario, acerca de la capacidad del otorgante, se consigne con las palabras precisas e insustituibles "a su juicio", bastando que de cualquier otro modo o con una enunciado distinto se exprese clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento"*, y en relación con la segunda, que *"si las palabras no son esenciales, lo es la formalidad en sí y es nulo el testamento en que el notario no da fe de hallarse el otorgante en la integridad de sus facultades mentales aunque se haya recabado el dictamen de los médicos y éste sea favorable, y aunque a juicio del Tribunal sentenciador no existan méritos para negar la capacidad mental del testador"*.

Sin embargo en un sentido contrario, nos encontramos con autores como DE CASTRO MARTÍN[511], que critican duramente el fallo de esta sentencia en el sentido de

---

[509] ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.ª M., "El juicio de capacidad emitido por el Notario en el testamento abierto", en la *Revista Actualidad Civil,* Sección Estudios de Jurisprudencia, Número 1, Enero 2014, pág. 50.

[510] En este sentido de apreciar esta flexibilización no solo en la jurisprudencia, sino en la doctrina, han sido recogidas también entre otros autores, como por ejemplo COBACHO GÓMEZ, J.A., *Sobre la intervención notarial respecto a la capacidad legal para testar,* en la obra colectiva "Estudios de Derecho de Sucesiones. *Liber Amicorum* T.F. Torres García", DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.ª P. (dirs.), HERRERO OVIEDO, M. (coord.), Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2014, pág. 307.

[511] DE CASTRO MARTÍN, J.L., *Un supuesto reciente de derogación jurisprudencial del derecho imperativo: la Sala Primera del Tribunal Supremo declara la validez de los testamentos en los que no consta la expresión del juicio notarial de capacidad (Comentario de la STS 140/2013, de 20 de marzo de*

no exigirse la formalidad relativa a la apreciación de la capacidad legal necesaria para otorgar testamento por parte del notario, fundamentando dicha crítica en las siguientes argumentaciones:

En primer lugar, tachan la conclusión de irrazonable, porque la misma se sustenta en argumentos incorrectos que contravienen las reglas elementales de la lógica.

En segundo lugar, de ser una decisión judicial irrazonada, en cuanto a que se opone, con una justificación muy escueta a la interpretación jurisprudencial consolidada en este sentido por decenas de sentencias del Tribunal Supremo, y recogidas asimismo por multitud de sentencias de instancias menores.

En tercer lugar, tacha la conclusión de antijurídica (arbitraria)[512], puesto que la consecuencia inmediata que se puede extraer de esta conclusión, es que la manifestación directa o expresa del juicio notarial sobre la capacidad del testador ha dejado de constituir una formalidad particular, específica, autónomamente exigible, del testamento abierto, y en consecuencia, el juicio notarial de capacidad recogido en el artículo 696 del Código Civil queda desprovisto de valor alguno.

Sin embargo, y en contraposición a lo expuesto por este autor, coincidimos y nos inclinamos más a los argumentos esgrimidos por COBAS COBIELLA[513] en el comentario que realiza de esta sentencia 140/2013, cuando señala que se trata de una sentencia novedosa y audaz que rompe con el excesivo -aunque generalmente conveniente- impacto de las formalidades en los testamentos, entre ellas, la constancia expresa del juicio de capacidad, extremo éste, que según recoge la doctrina en relación con esta materia, como ROYO MARTÍNEZ, puede ser suplido con otro tipo de expresiones o fórmulas, como por ejemplo, "en opinión", "en sentir", "al parecer del notario".

COBAS COBIELLA[514], también aprecia en esta sentencia, que sin perjuicio de lo señalado anteriormente en relación con la flexibilización en las formalidades que engloban el ámbito testamentario, y en consecuencia, el respeto y protección de la voluntad del testador evitando la nulidad del acto, se refuerza la aplicación del principio *favor testamenti*, así como la función que realiza el notario en la construcción del documento público, atribuyéndole e imprimiendo un valor relevante basado en la autenticidad y certeza que ofrece la intervención de este fedatario público. En definitiva, el nuevo enfoque que proporciona esta sentencia no significa eliminar las formalidades testamentarias históricamente atribuidas y así reconocidas, sino en el caso en cuestión, ofrecer una solución adecuada para la protección de la voluntad manifestada por el testador.

2013), en la obra colectiva "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel", Volumen I, DÍEZ-PICAZO, L. (coord.), Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarro, 2014, págs. 1.057-1.058.

[512] DE CASTRO MARTÍN, J.L., Un supuesto reciente de derogación jurisprudencial del derecho imperativo, op.cit. pág. 1.059. Según recoge este autor, "una interpretación judicial es arbitraria, ilógica y contraria a la Ley cuando, desconociendo abiertamente los fines propios de la misma, conduce a su inaplicación".

[513] COBAS COBIELLA, M.ª E., "Comentario a la Sentencia número 140/2013, de 20 de marzo, Tribunal Supremo, Sala de la Civil, Sección 1ª", en la *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 34, Mayo-Agosto, 2014, pág. 450.

[514] COBAS COBIELLA, M.ª E., "Comentario a la Sentencia número 140/2013, de 20 de marzo…", op.cit. pág. 451.

Asimismo, y en este ámbito de flexibilización jurisprudencial al que estamos aludiendo, también podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 435/2015, de 10 de septiembre, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno, en la cual, en el extenso Fundamento de Derecho Primero, queda debidamente justificada la no conveniencia de una interpretación rigorista del artículo 696 del Código Civil, por no ser la misma la más ajustada a la finalidad de dicho precepto, ni a su interpretación sistemática, particularmente en relación con el principio de *favor testamenti*.

No obstante y a pesar de lo expuesto en torno a la flexibilización de estas formalidades notariales, encontramos autores como RUIZ MOROLLÓN[515], que en el comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 146/2018, de 15 de marzo, cuya ponente fue la Magistrada Doña María de los Ángeles Parra Lucán, parecen establecer todo lo contrario, al considerar que en la forma testamentaria que regulaba el artículo 665 antes de su reforma, en lo que concierne al juicio de capacidad, debe huirse de fórmulas predeterminadas y debe constatarse de forma clara en el documento que el notario ha tenido en cuenta todas las formalidades exigidas por la ley en este punto, y señala que a la clásica expresión *"Tiene, a mi juicio, la capacidad legal necesaria para otorgar testamento"*, deberían añadirse los argumentos en los que se apoya el notario para emitir ese juicio, ya sea la entrevista individualizada que ha tenido con el testador (quien deberá responder de forma coherente a las preguntas, comprender la trascendencia del acto y sus implicaciones, etc.) y los informes de los facultativos que concurren el otorgamiento.

Este autor señala que la asunción de esta responsabilidad no debe causar ningún tipo de rechazo al notario, puesto que como expresamente señala esta sentencia *"corresponde al notario asegurarse de que, a su juicio, el testador tiene la capacidad legal necesaria para testar, lo que en el caso hizo contando con el juicio favorable de los facultativos"*. No obstante este autor[516] se plantea que a pesar que de esta forma quede mejor fundamentado el juicio de capacidad del notario, no parece recomendable que los datos que puedan recoger dichos informes de los facultativos sobre aspectos de la enfermedad del testador, y por tanto, datos protegidos, circulen o se pongan a disposición de terceras personas, como ocurriría en la tramitación de dicha herencia por parte de una gestoría, o bien, en su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, podemos añadir, que esta sentencia es otro de los ejemplos jurisprudenciales donde se recogen en su mayoría los principios jurisprudenciales en torno al artículo 665 y que hemos dejado constatados con anterioridad, argumentos que también son recogidos en parte y en un sentido similar por GARCÍA HERRERA[517] en su análisis de la referida sentencia, cuando reseña los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación, y que quedan representados en los siguientes:

---

[515] RUIZ MOROLLÓN, F., "Testamento del judicialmente incapacitado", en la *Revista El Notario del Siglo XXI,* número 80, julio-agosto 2018, pág. 157.

[516] RUIZ MOROLLÓN, F., "Testamento del judicialmente….", op.cit. pág. 158.

[517] GARCÍA HERRERA, V., "Testamento otorgado por sujeto parcialmente incapacitado: presupuesto de su validez. Comentario de la STS de 15 de marzo de 2018 (STS 936/2018, rec.2093/2015). Referencia al tratamiento de la cuestión en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", en la versión digital de la Revista Actualidad Civil, número 12, diciembre 2018, Estudio de jurisprudencia, pág. 3.

a) El principio de presunción de capacidad de la persona, el cual queda reforzado por los presupuestos que resultan de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y del que se deriva la consecuencia que la capacidad para testar es la regla general.

b) Que ni el tutor ni el curador pueden complementar la capacidad de la persona con discapacidad para otorgar testamento, al ser este un acto de carácter personalísimo.

c) Que la capacidad del testador deberá ser apreciada en el momento de otorgamiento del testamento, por lo que el otorgado con anterioridad a la enajenación mental será válido, adquiriendo aquí una trascendental importancia la correcta valoración de la capacidad para testar por parte del notario.

d) El artículo 665 en anterior redacción, proporcionaba la garantía extra del juicio emitido por los dos facultativos aparte del juicio notarial, lo que conllevaba que las pruebas para desvirtuar este juicio de capacidad debían ser precisas y convincentes. Podemos añadir en este sentido, que este precepto constituía un medio mediante el cual, las personas con discapacidad y que no tuviesen privada su capacidad de testar mediante sentencia firme, pudieran otorgar testamento. No obstante, autores como CÁMARA ÁLVAREZ[518], precisaban en relación con la intervención de facultativo, que sólo se exige la intervención del mismo cuando se trata de un incapacitado judicialmente, de suerte que aún si se trata de persona que padece una enfermedad mental, puede bastar la afirmación del notario y de los testigos, en su caso, que apreciaron al testador el grado de discernimiento suficiente, con lo que se resalta la certeza que se atribuye al juicio notarial.

No obstante, algunos autores como RODRÍGUEZ CATIVIELA[519], llevan un paso más las consecuencias de esta sentencia, puesto que aparte de la importancia de los principios que en materia testamentaria se constatan, consideran la misma como un respaldo a la actuación que efectúan los notarios, resaltando la sensibilidad y responsabilidad que despliega este fedatario público ante una cuestión tan delicada, y pone a esta sentencia como una guía sobre la asentar la actuación notarial.

Para terminar, creemos conveniente dejar reseñados, aunque de forma sistemática, algunas resoluciones judiciales recientes emitidas por las Audiencias Provinciales, y ello como consecuencia de que estas segundas instancias han aplicado en la mayoría de los supuestos los mismos principios jurisprudenciales que venía recogiendo nuestro Tribunal Supremo y que ya hemos reseñado con anterioridad.

En este sentido, podemos citar la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 106/2020, de 14 de febrero, y cuya ponente fue la Magistrada Doña Ane Maite Loyola Iriondo, en la cual queda desestimada la pretensión de nulidad del testamento por no haberse acreditado la falta de capacidad del testador en el momento de otorgarlo, y por tanto, no quedar destruida la presunción de capacidad, y ello en aplicación del principio *favor testamenti*, así como de la defensa del juicio de capacidad que realizó en el momento del otorgamiento del testamento el notario autorizante del mismo.

---

[518] En este sentido el autor señala las Sentencias de 25 de marzo de 1940 y 30 de septiembre de 1966 respectivamente.

[519] RODRÍGUEZ CATIVIELA, E.J., "El testamento de los in(dis)capacitados", en la Revista El Notario del Siglo XXI, número 79, mayo-junio 2018, págs. 140-144

Otro ejemplo en el que podemos encontrar los principios jurisprudenciales que se vienen manteniendo por nuestro Alto Tribunal, lo tenemos en la Sentencia de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, 498/2020, de 16 de diciembre, y cuya ponente fue Doña María del Mar Alonso Martínez, en la cual se recurre la sentencia dictada en primera instancia y por la cual se declara nulo por falta de capacidad del testador el último testamento otorgado por el mismo, declarándose la validez de un testamento anterior de año 2008. En este caso, la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia, por no quedar acreditado ni existir prueba médica alguna que determine la existencia de una enfermedad mental degenerativa o psíquica de la testadora, y para ello y en lo que aquí nos interesa, se señala la labor realizada por el notario cuando emitió su juicio notarial de capacidad, puesto que dicho fedatario público y que asimismo compareció en el proceso, señalo que si bien no recordaba las circunstancias del supuesto en concreto, era obvio que le había supuesto capacidad suficiente, exponiendo que cuando ve algo anormal hace una entrevista más extensa con el testador, asegurándose personalmente, cuando se va a firmar de la situación, y su vez, se refirió a que todos los datos del documento los dio la testadora, siendo ello básico, así como que el testamento era sencillo.

Esta sentencia, al igual que otras muchas, suelen traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo 1208/2007, de 21 de noviembre de 2007, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Antonio Gullón Ballesteros, la cual señala, y en lo que ahora nos atañe, que *"Por lo que respecta a los preceptos sobre la capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento es carga de la parte que impugna el testamento probar que se hallaba en su cabal juicio, y la aseveración notarial sobre su capacidad adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella se ha de pasar, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción iuris tantum que origina la susodicha aseveración notarial (sentencias de 27 de enero [RJ 1998,394] y 12 de mayo de 1998 [RJ 1998,3570])."*.

Hemos podido apreciar a lo largo del presente epígrafe, como los principios jurisprudenciales que son recogidos por nuestro Alto Tribunal se han mantenido prácticamente inalterables y así han venidos siendo aplicados entre otros muchos ejemplos, en las sentencias que han quedado reseñadas, y ello no solo en el ámbito propio de nuestra jurisprudencia, sino como principios que han recogido de manera expresa otros órganos, como por ejemplo las Audiencias Provinciales. Pero para apreciar hasta qué punto tienen aplicación estos principios jurisprudenciales que venimos recogiendo, no solo por su significado y trascendencia, sino por su aplicación práctica, podemos aquí traer a colación la Resolución de 25 de febrero de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 96, el 22 de abril de 2021.

En esta resolución, en la que se interpone recurso contra la negativa del registrador de la propiedad de Tortosa, número 1 a inscribir una escritura de adjudicación de herencia por constar en dicho registro la incapacitación de la testadora en el tradicionalmente

"Libro de Incapacitados"[520], y de lo que resulta de la sentencia de incapacitación de dicha testadora, en la cual se señala la imposibilidad de que la misma pueda realizar actos de disposición. Por todo ello, el registrador aduce que es necesario que el testamento reúna los requisitos del Código Civil Catalán para las personas incapacitadas, o siendo nulo el mismo, se abra la sucesión intestada.

Como antecedentes de hecho, se recoge, que la testadora, tenía su capacidad modificada judicialmente en virtud de una sentencia donde se instauraba un régimen de curatela para complementar la capacidad de la curatelada solamente en los actos de enajenación, gravamen y disposición, sin hacer expresa mención a la facultad de testar.

En esta resolución, se reseñan como motivos suficientes para revocar la nota de calificación del registrador y proceder a la inscripción de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia los siguientes:

a) La sentencia por medio de la cual se modificó la capacidad de obrar de la testadora y ahora causante, no hizo mención alguna a la restricción de la facultad de testar por parte de la misma.

b) En este supuesto en concreto, resulta aplicable lo regulado en el artículo 421-3 del Código Civil de Cataluña, el cual, señala que puedan testar todas las personas a las que de acuerdo con la ley no sean incapaces de hacerlo. Asimismo, y citando la Resolución de 26 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado hoy denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, publicada Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, núm. 7.022, el 21 de diciembre de 2015, se reseña que el Código Civil de Cataluña otorga a las personas mayores de catorce años la capacidad para otorgar testamento a pesar de no tener capacidad de obrar plena de conformidad con lo establecido en el artículo 211-3, y en esta línea, no se impide otorgar testamento a las personas incapacitadas si en el momento de otorgar testamentos éstas tuvieran capacidad para ello. Además, y en el mismo sentido que recogía el artículo 665 del Código Civil, el artículo 421-9 del Código Civil de Cataluña en relación con la intervención de facultativos en el acto del otorgamiento notarial, distingue los casos de que el testador esté o no incapacitado, señalando que si no lo está judicialmente, el notario apreciará su capacidad de conformidad con lo establecido en el artículo 421-7 (relativo al juicio notarial de capacidad), pudiendo pedir no obstante la intervención de dos facultativos si dicho notario lo considera oportuno. No obstante, cabe señalar que si el

[520] Actualmente denominado Libro único informatizado de situaciones de las personas, y cuyo origen lo encontramos en la Ley Hipotecaria del año 1861, habiendo sufrido diferentes modificaciones o evoluciones, entre ellas, la recogida en la Instrucción de 29 de octubre de 1996 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, y siendo la última la del año 2005, y actualmente, a la espera de lo regulado en la Directiva 2017/1132 del Parlamento Europeo y el Consejo, la cual se encuentra pendiente de llevar a cabo, y que versa de forma exclusiva en lo concerniente a su evolución y adecuación a la transformación digital que debe llevarse a cabo en las Instituciones conforme a la Agenda 2030. Los datos que se recogen en este libro son datos muy protegidos por su contenido. Además su importancia queda constada en la referencia que la Ley 8/2021, de 2 junio hacer al mismo por medio del punto IV de su preámbulo, cuando señala lo siguiente: "En el ámbito del Registro de la Propiedad, se modifican los preceptos de la Ley Hipotecaria que se refieren a la incapacitación o los incapacitados y se suprime el Libro de incapacitados para adecuar la terminología y contenidos normativos a la Convención de Nueva York de la que trae causa esta reforma".

testador está incapacitado obligatoriamente será necesaria la presencia de éstos facultativos y ello al igual que ocurre en el citado artículo 665 del Código Civil.

c) Otro aspecto al que hemos aludido con anterioridad en este epígrafe cuando nos hemos referido a la Sentencia del Tribunal Supremo 146/2018, de 15 de marzo, cuya ponente fue la Magistrada Doña María de los Ángeles Parra Lucán, es que la disposición de bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos*, existiendo una regulación específica para el otorgamiento de testamento por parte de las personas con discapacidad.

d) Se pone el testamento como un ejemplo de acto personalísimo por excelencia, puesto que aún en los supuestos de incapacidad total y posibilidad de otorgarlo en un intervalo lúcido (con las añadidas garantías y formalidades que el derecho prevé en este tipo de casos) no deja de estar revestido ni de tener este carácter personalísimo, puesto que el testador es quien dispone, sin que quepa ningún tipo de consentimiento, autorización complementaria o complemento de capacidad por parte de un tercero.

Por último, y para terminar no sólo con las apreciaciones sobre esta resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sino como conclusión de este epígrafe, nos gustaría señalar como dicha resolución, mediante su referencia a la Sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, 632/2020, de septiembre de 2020, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona, hace un resumen bastante acertado de los principios que se derivan de la Convención de las Naciones Unidas, señalando la necesidad de una relectura de la normativa aplicable (en el momento de dictarse esta resolución aún no estaba aprobada la Ley 8/2021).

En la última de las sentencias citadas, por medio de su fundamento de Derecho Cuatro, se puedan extraer las apreciaciones que realizar el juzgador sobre las personas con discapacidad intelectual y el testamento. Se señala primeramente, el criterio paternalista que ha venido imperando e impregnando nuestra legislación en este ámbito, protegiendo a estas personas de sus propias decisiones, así como de diversos abusos e influencias indebidas por parte de terceros. Con ello, lo que se ha conseguido ha sido olvidarnos de la voluntad de las personas con discapacidad, siendo éste aspecto el núcleo central sobre el que versa el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, y puesto de manifiesto en la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021. Esta sentencia, basándose en la Observación General Nº 1 realizada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y puesto ello en relación con la protección patrimonial de estos sujetos y que se regula en el apartado quinto de dicho artículo 12, se exhorta a los Estados a garantizar sus derechos, lo que incluye, entre otras cosas, controlar sus propios asuntos económicos, así como la concepción de que la capacidad jurídica incluye no solo la capacidad de ser titular de derechos, sino también la de actuar en derecho, es decir, la capacidad de obrar. Esta capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce que la persona es un acto jurídico que puede realizar actos con efectos jurídicos.

A parte de lo expuesto, se reseña como un factor que se destaca, la idea que expresó este Comité, en el sentido de que *"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. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica", y señalando también que los *"Los sistemas que niegan la capacidad jurídica basándose en la condición de la persona constituyen una violación del artículo 12 porque son discriminatorios prima facie, ya que permiten e imponen la sustitución en la adopción de decisiones basándose únicamente en que la persona tiene un determinado diagnóstico. Del mismo modo, los criterios basados en las pruebas funcionales de la capacidad mental o en los resultados que conducen a negar la capacidad jurídica constituyen una violación del artículo 12 si son discriminatorios o si afectan en mayor medida al derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad"*.

Por todo ello, se puede concluir, que el objetivo final de la Convención es garantizar en la mayor medida posible la capacidad de actuar. El ejercicio de los derechos civiles de las personas con discapacidad se limitará solo en la medida en que sea absolutamente necesario.

Esta sentencia, se remite a la ya vista Sentencia del Tribunal Supremo 146/2018, de 15 de marzo, con las consideraciones que ya hemos reseñado anteriormente de la misma, y a que a modo recordatorio y de forma sistemática podemos señalar; en la defensa del principio de presunción de capacidad; que la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos*; la regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual; o que el momento del otorgamiento del testamento como momento ideal para apreciar la capacidad del testador, etc.

Lo recogido en el Fundamento de Derecho cuarto, queda complementado con lo establecido en su fundamento quinto, en el sentido de señalar que las personas con discapacidad no deben verse privadas de antemano de la facultad de testar, puesto que si el propio Código Civil parte de la presunción de capacidad (artículos 322 y 662) y, para otorgar testamento notarial, contempla una serie de garantías para contrastar la capacidad, no hay justificación alguna para que las personas con la capacidad modificada judicialmente se vean privadas anticipadamente y de forma absoluta de la posibilidad de testar, y de acuerdo con los postulados de la Convención, hay que respetar la capacidad de obrar hasta tanto sea posible, y para ello deberemos prestar los apoyos necesarios.

Asimismo, y en relación con la materia tratada en epígrafes anteriores a este, en el Fundamento de Derecho quinto de esta sentencia, queda expresada o subyace la idea en contra de la privación o restricción del derecho de testar en la correspondiente sentencia de incapacitación, aspecto con el que también nos posicionamos al considerar que el momento de valoración idóneo por parte del notario de la capacidad para otorgar testamento, no sólo de la persona con discapacidad, sino de cualquier otra persona con capacidad plena, serán en el mismo momento o acto en que se pretende otorgar este instrumento.

En este sentido, podemos señalar ahora la reciente Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, 375/2021, de 23 de septiembre de 2021, y cuyo ponente fue el Magistrado Don José Arsuaga Cortázar, en la cual expresamente, en el punto 10 del Fundamento de Derecho Tercero relativo a la aplicación del nuevo régimen

de provisión judicial de apoyos de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Ley 8/2021, de 2 de junio), expresa que *"La decisión judicial, en cualquier caso, no debe incluir la mera privación de derechos, como una consecuencia directa de la discapacidad, sin perjuicio de las limitaciones que puedan ocasionar la o las medidas de apoyo acordadas. La Disposición transitoria primera indica que las <<meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto>>, a partir de la entrada en vigor de la ley"*.

Siguiendo con la sentencia objeto de análisis, dentro del referido Fundamento de Derecho quinto, se expresa, que independientemente de la variedad existente en relación con los testamentos actualmente reconocidos, ciertos testamentos, no exigen una superior o elevada capacidad para ser otorgados, y ello como consecuencia de su sencillez o escasa complejidad, siendo necesario para poder realizar este tipo de instrumentos la prestación de apoyos menos intensos o menos complejos. En este sentido, autoras como GARCÍA RUBIO[521] y TORRES COSTAS[522], señalan y coinciden en que los testamentos cuya redacción este basada en cláusulas relativamente sencillas, o en otras palabras, disposición de carácter ordinario y habitual, requieran una menor capacidad para otorgar ese instrumento de últimas voluntades, a diferencia de un testamento el cual esté conformado por cláusulas testamentarias a las que podríamos denominar complejas, como podrían ser determinadas sustituciones, como por ejemplo las sustituciones fideicomisarias, o fideicomisos de residuo, cautelas socini, cautelas de opción compensatoria o colaciones, etc.

En este sentido y en relación con el caso que nos ocupa, se trataba de un testamento que contenía cláusulas o disposiciones testamentarias relativamente sencillas, por lo que unida a la garantía que proporciona la intervención del notario, conllevaba a considerar que sí tenía el testador la suficiente capacidad para poder otorgarlo.

En conclusión, y como otro ejemplo más de cómo las resoluciones judiciales han ido impregnándose cada vez de una nueva relectura de la legislación aplicable a este ámbito, y de acuerdo a los principios que han venido exaltándose por parte de nuestro Alto Tribunal, y todo ello bajo la aplicación práctica de lo regulado en el artículo 665 del Código Civil antes de su reforma, se puede apreciar cómo *"nuestro Código Civil garantiza los intereses de las personas con la capacidad natural mermada desde el momento en que un alto funcionario público, como es el notario, fiscaliza tanto por sí mismo, como con el auxilio de dos facultativos, que el testador cuenta con la capacidad necesaria para otorgar testamento (artículo 665)"*.

Es por ello, que en el momento en que se ejercita la capacidad de testar por parte de la persona con discapacidad, el notario tiene que verificar el cabal juicio del testador, intervención que conlleva una gran seguridad jurídica del acto, por lo que privarse por adelantado este derecho supondría una restricción desproporcionada. Además, la intervención de este fedatario público, también implica el evitar en la medida de lo posible

[521] GARCÍA RUBIO, M.ª P., *Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo…*, op.cit. pág. 176.
[522] TORRES COSTAS, M.ª E., La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Colección Derecho Privado, Ed. Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, págs. 341-342.

y especialmente con las personas vulnerables (personas con discapacidad intelectual, personas mayores, etc.) el evitar y constatar toda indebida influencia en la formación de su voluntad, pero no debemos olvidar que todas las personas, ya sean plenamente capaces o no, no están exentas de acabar bajo presiones, influencias y demás aspectos que pueden de alguna manera modificar o alterar nuestra voluntad.

A su vez, cabe reseñar que en este tipo de supuestos, el notario, para emitir su juicio de capacidad, tiene en cuenta no solo el estado salud del testador sino también el resto de circunstancias que rodean el acto, siendo relevante el contenido de las disposiciones testamentarias como un elemento a tener en cuenta para detectar estas influencias indebidas sobre la voluntad del testador.

En conclusión, y dentro del ámbito de la jurisprudencia que hemos abordado en el presente epígrafe, no escapa la complejidad de la materia y la individualización necesaria que en la valoración de la prueba hay que realizar en cada caso concreto o enjuiciado, puesto que aunque se hayan establecido desde la esfera jurisprudencial unos principios esenciales aplicables a este ámbito por parte de nuestro Tribunal Supremo, y así seguidos en instancias anteriores como hemos podido apreciar, especialmente las llevadas a cabo por las Audiencias Provinciales[523], nos hemos encontrado en el análisis de las diversas sentencias realizadas con diversos aspectos, que por pequeños que sean, conllevaban que una persona con discapacidad pueda o no otorgar testamento (con la advertencia que en la regulación que realizaba el reformado artículo 665 del Código Civil, había que partir siempre de que la persona con discapacidad no estuviese privada de su capacidad para testar en virtud de la correspondiente y preceptiva sentencia judicial firme).

En este sentido, y para terminar, autoras como TORRES COSTAS[524], han señalado que todavía (refiriéndose a antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), son numerosas las sentencias que se dictan conteniendo la privación en torno a la capacidad de testar de la persona con discapacidad, y que sentencias como la que hemos comentado de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, 632/2020, aparte de poder calificarse como relevantes, constituyen un halo de esperanza para el reconocimiento, entre otros derechos, de este derecho a poder otorgar testamento por parte de las personas con discapacidad.

III.4.2. La nueva concepción del apoyo dentro de los actos personalísimos. Apoyo versus actos personalísimos

Como paso previo al estudio y significado del término apoyo dentro del ámbito testamentario, y haciendo en este sentido especial referencia al notario como persona

[523] Como otro ejemplo reciente donde hemos encontrado recogidos estos principios inspirados de la Convención de Naciones Unidas, aunque enfocado más a la curatela como medida de apoyo aplicar, podemos señalar la ya citada Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, 375/2021, de 23 de septiembre de 2021, y cuyo ponente fue el Magistrado Don José Arsuaga Cortázar.

[524] TORRES COSTAS, M.ª E., "Reintegración de la capacidad jurídica para ejercer el derecho a testar de las personas con discapacidad intelectual en el ordenamiento jurídica español. A la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en *Revista La Notaria,* número 3, año 2020, pág. 71.

idónea para prestar los mismos según mandato que se desprende del artículo 665 ahora modificado por la Ley 8/2021, creemos conveniente dejar señaladas ciertas consideraciones en relación con los actos personalísimos, los cuales, y entre otros, tiene un claro ejemplo en este negocio *mortis causa* que es el testamento. La nueva regulación, ha suscitado cierta polémica al considerar que los apoyos necesarios para que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones para otorgar testamento, pudieran vulnerar o trasgredir la esfera propia de estos actos personalísimos, y ello como consecuencia de poder influir en la formación de la voluntad de la persona, extremo éste no permitido por la propia naturaleza que engloba éstos actos.

Como ya hemos señalado en varias ocasiones, el testamento, aparte de otros caracteres o rasgos propios como ser un acto o negocio mortis causa, unilateral, solemne, revocable, tiene otro rasgo típico y diferenciador, que es su carácter de acto personalísimo, esto es, no permite dejar su formación, en todo ni en parte al arbitrio de un tercero, es decir, no podrá dejarse a elección de un tercero el nombramiento de herederos o legatarios, o su participación en la herencia por ejemplo, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

Lo expuesto queda expresamente recogido en el artículo 670 del Código Civil, cuando se señala, que *"El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario"*. Asimismo en su párrafo segundo, se establece que *"Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente"*. Asimismo, este precepto debe conjugarse y ser puesto en relación con el artículo 830 del Código Civil, que de alguna manera confirma la regla contenida en el citado precepto 670, cuando señala que *"La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro"*.

No obstante, nuestro Código Civil, contempla la existencias de diversas excepciones a estas reglas generales en materia de testamento abierto, recogidas en el artículo 831 relativo a la fiducia sucesoria, o bien las sustituciones pupilar y ejemplar recogidas en los artículos 775 y 776, y ello sin perjuicio de otros supuestos de transcendencia menor. Sin embargo, en cuanto a la sustitución ejemplar contenida en el artículo 776, la misma ha sido suprimida por la Ley 8/2021. Esta era una figura cuya finalidad radicada en evitar abrir la sucesión intestada. Ahora, y de conformidad con la nueva regulación, se permite al mayor de catorce años realizar testamento con los apoyos que requiera.

La cuestión de suprimir esta institución por la reforma que ahora se ha llevado a cabo del Código Civil, y su relación con el carácter personalísimo del testamento, ha sido abordada y puesta en tela de juicio por GARCÍA RUBIO[525], que conmina a su revisión en determinados y concretos supuestos. Esta autora, plantea la posibilidad de que los ascendientes de las personas con discapacidad puedan realizar testamento en lugar de sus hijos, o que estas personas con discapacidad puedan testar ayudadas por dichos ascendientes, en supuestos por ejemplo en que no se superen las exigencias del artículo

[525] GARCÍA RUBIO, M.ª P., Algunas propuestas de reforma del Código Civil…, op.cit. pág. 180.

665, o en los casos en que el testador otorgó testamento sin haber cumplido las formalidades de este precepto (la autora se está refiriendo concretamente a la versión del Anteproyecto de fecha 21 septiembre de 2018, en la que aún se habla de la necesidad de la intervención de dos facultativos cuando al notario se le presenten dudas razonables sobre la capacidad de la persona), o bien en los casos en que se había otorgado un testamento impecable o con todas las formalidades legales exigibles al mismo, y ahora la persona desea cambiarlo como consecuencia de nuevas circunstancias o por arrepentirse de aquel, no poseyendo en ese momento las suficientes facultades volitivas y cognitivas o ha perdido la mayoría de ellas.

En estos supuestos planteados, según la autora, no se encuentran razones sensatas para limitar esa posibilidad de "testar por otro" o "con ayuda de otro" en relación con las personas con discapacidad y sus ascendientes, y en este sentido, alude a la Sentencia del Tribunal Supremo 289/2011, de 14 de abril, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O´Callaghan Muñoz, en la cual, se deja claro que la sustitución ejemplar supone *"testar por otro"*. Esta denominada "tesis amplia o extensa" es seguida también por la Dirección General de los Registros y del Notariado hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de fecha 10 de mayo de 2018[526] (RJ 2018/2484) que directamente dice que *"el ascendiente otorga testamento en representación del sustituido"*.

Autores como LINARES NOCI[527] ya se pronunciaron en el sentido favorable a mantener esta figura, y en relación con el carácter personalísimo del testamento y que es recogido en el artículo 670, señala que lo que pretende el Código no es tanto dejar sentado el testamento es un acto personalísimo en todo caso, que lo es, y por tanto que no cabe otra posibilidad respecto del mismo, sino que lo que de verdad quiere decir el señalado precepto, que es lo que no permite la ley es que una persona pueda por sí misma permitir que sea otra y no ella, la que lleva a cabo la formación de su propio testamento, esto es, que sea otra persona, a la que, por la sola voluntad del interesado se le encomiende el que haga testamento por ella. Lo expuesto no impide las excepciones que presentan instituciones como la sustitución pupilar y ejemplar.

En este sentido, autoras como CORVO LÓPEZ[528], señalan que la supresión de esta institución, se apartan de la adoptada por el legislador foral, y cita como ejemplo la legislación foral Navarra, en la cual y cuando se planteó la cuestión de la conveniencia de suprimir las sustituciones pupilar y ejemplar, se optó por considerarlas como supuestos de sustitución fideicomisaria, y así la Ley 227 del Fuero Nuevo de Navarra, bajo la rúbrica "Sustitución pupilar y ejemplar" establece hoy que *"Se considerarán sustituciones fideicomisarias las que disponga un ascendiente en los bienes por él dejados a su descendiente para el caso de que este fallezca antes de llegar a los 14 años o de que, habiendo sido modificada judicialmente su capacidad, la misma no le haya permitido otorgar testamento válido"*.

---

[526] Publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 130, de fecha 29 de mayo de 2019, páginas 55.632-55.636.

[527] Ver en este sentido LINARES NOCI, R., «La sustitución pupilar y ejemplar" en LLEDÓ YAGÜE, Francisco, FERRER VANRELL, Mª Pilar y TORRES LANA, José Ángel (dir.), El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 503-518

[528] CORVO LÓPEZ, M.ª, "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", en la *Revista de Derecho Civil,* vol. VI, núm. 4, octubre-diciembre, 2019, pág. 162.

No obstante, y con la nueva regulación llevada a cabo por la Ley 8/2021, y al considerar al mayor de catorce años, con independencia de su discapacidad, con capacidad para otorgar testamento con los apoyos que sean necesarios y ello en aplicación del ejercicio de su capacidad jurídica, quedaba desvirtuada la justificación y el sustento jurídico que tenía la sustitución ejemplar antes de la reforma del Código Civil en cuanto a que con ella se evitaba la apertura de la sucesión intestada si la persona era mayor de edad y había sido declarada incapaz en virtud de sentencia firme limitando su capacidad testar.

En la nueva regulación llevada a cabo por el artículo 665 en cuanto a la prestación de los apoyos necesarios para que la persona con discapacidad pueda testar, han surgido voces que han cuestionado si esta prestación de apoyos de alguna manera suponía una ruptura con los elementos esenciales que conforman este acto o negocio jurídico del testamento, en el sentido de que dicha prestación de apoyos conlleva que el testamento pierde esta esencia de acto personalísimo. Como ejemplo de ello, autoras como ALFARO GUILLÉN[529], señala que entendiendo los actos personalísimos como actos que solo pueden ser realizados por el titular del derecho subjetivo implicado, lo cual conlleva la exclusión de las alternativas de representación, su realización mediante asistencia puede resultar controvertidas cuando no se perfila debidamente la institución.

Sin embargo, ha habido en la jurisprudencia sentencias que parecen haber abierto cierta posibilidad a que los representantes legales de las personas con discapacidad puedan estar legitimados para el desarrollo de ciertas acciones que caerían por su naturaleza dentro del ámbito de los actos personalísimas. En este sentido, conviene recodar la Sentencia del Tribunal Supremo 625/2011, de 21 de septiembre de 2011, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías, en la cual se consideró legitimado para instar la acción de divorcio al tutor en nombre de la persona incapacitada.

Uno de los aspectos claves que contiene esta sentencia para justificar la legitimación de los tutores para realizar una acción, en este caso, los padres en nombre de su hija incapacitada, está basado en que por sus circunstancias, la persona con discapacidad no pudiera realizar ni actuar por sí misma, sin que ésta solución suponga una vulneración de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que es el propio Código Civil quien legítima tanto al Ministerio Fiscal como a cualquier persona que posea o tenga un interés directo y legítimo en la acción para pedir la declaración de nulidad de un matrimonio (artículo 74), así como a padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (artículo 75).

Como señala dicha sentencia, la representación legal del tutor le impone el deber de injerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela, y por ello, el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones:

[529] ALFARO GUILLÉN, Y., *El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones…*op.cit. págs. 1.415-1.416.

1. Es necesario aplicar lo dispuesto en el artículo 216.1 del Código, que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores, porque *"las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial"*.

2. En segundo lugar, porque en el supuesto enjuiciado, el ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, y en este sentido, se remite a un ámbito distinto al civil, citando la Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas.

3. Y en tercer lugar, conviene señalar que en los procedimientos de derecho de familia en los que son parte menores e incapaces se requiere la actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias.

En definitivo y como recoge expresamente la sentencia, *"Constituiría una falacia negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que a partir de la reforma de 2005, no se exige la alegación de causas. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio; esta configuración no puede impedir el ejercicio de la acción cuando exista interés del incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, porque deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que van a permitir la actuación del tutor"*.

No obstante, y enmarcadas dentro de la línea general que ha marcado la jurisprudencial en el análisis de los actos personalísimos, y entre otras muchas, podemos señalar por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 362/2018, de 15 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz, en la cual, en el punto 3.- de su fundamento de derecho segundo, se establece literalmente, que *"No se extenderá la curatela a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo y no especificase por la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor, ahora curador, según se ha pronunciado la sala en la sentencia 597/2017, de 8, de noviembre."*, o bien y como acabamos de reseñar, la Sentencia 597/2017, de 8 de noviembre, cuyo ponente fue la Magistrada Doña María Ángeles Parra Lucán, sentencia bastante elaborada y motivada a la hora de diferenciar los actos de las esferas aplicables a la persona, del ámbito sanitario o el ámbito patrimonial.

En lo que aquí nos interesa de ésta sentencia, debemos centrarnos en el punto séptimo del fundamento de derecho sexto, donde se señala que *"la sentencia recurrida mantuvo la limitación de la capacidad de D. Elsa fijada en la primera instancia para contraer matrimonio y para otorgar testamento"*. Sin embargo ésta sentencia establece que dichas limitaciones no pueden ser mantenidas, pues no solo no se motiva qué circunstancias concurren en la nombrada incapacitada para adoptarlas sino que, adoptadas genéricamente, son contrarias a los principios que rigen la protección de las personas con discapacidad, y en consecuencia, expresamente, en el apartado a) del reseñado punto, establece literalmente que *"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.". Es decir, que esta sentencia, aparte de recoger el carácter personalísimo de este negocio *mortis causa*, establece la aplicación del artículo 665 del Código Civil como el mecanismo idóneo para que la persona con discapacidad, en caso de hallarse en intervalo lúcido, pueda otorgar válido testamento previo examen y apreciación de capacidad por falta de los facultativos que la reconozcan.

Autoras como TORRES GARCÍA[530], abordan esta disyuntiva, partiendo de lo establecido en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica, de 5 de mayo, cuando en la misma se señala que *"El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil"*. En este sentido y dentro del ámbito civil, señala la autora lo revelador que resulta el artículo 162 del Código Civil, el cual excluye del ámbito de representación legal de los padres los actos relativos a los derechos de la personalidad y cualquiera otros que de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez pudieran realizar por sí mismo, y en esta misma línea tenemos el artículo 4 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, aunque ésta se refiera solo y exclusivamente a los menores.

De acuerdo con lo expuesto, la autora afirma que tanto los derechos o acciones de carácter personal, así como los derechos de la personalidad no pueden ser ejercitados por el representante legal del menor del incapacitado, puesto que para ambos supuestos no cabe la representación o sustitución por parte del tutor. Sin embargo, éste criterio, se ha ido flexibilizando por la jurisprudencia, en el sentido de que en el caso de que estemos ante una situación en la cual el incapacitado esté impedido para realizar una acción de carácter personal, se prevé su ejercicio. En este sentido, la citada TORRES GARCÍA[531], señala la Sentencia del Tribunal Supremo 625/2011, de 21 de septiembre, de 2011, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías, que acepto la legitimación de los tutores (padres) de una mujer incapacitada en situación de coma vigil (hija), para que pudieran interponer la acción de divorcio. Este tipo de posibilidad se basa en que para que el tutor o representante legal pueda ejercitar una acción de este tipo, debe quedar demostrado el interés de la persona tutelada.

Los argumentos de esta sentencia, creemos que podrían servir de punto de partida o de inspiración, a la hora de configurar y admitir, en su caso, la posible prestación de los apoyos necesarios dentro de los actos que conocemos como personalísimos, o en lo que aquí nos interesa ahora a nosotros, en la prestación de los apoyos que necesita una persona con discapacidad para poder otorgar un testamento, pero siempre y cuando éstos no incidiesen en la etapa de formación de su voluntad.

---

[530] TORRES GARCÍA, T. F., *Efectos de la Incapacitación,* en la obra colectiva "Tratado de Derecho de la Persona Física", GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.). Tomo II, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2013, pág. 139.

[531] TORRES GARCÍA, T. F., Efectos de la Incapacitación..., op.cit. pág. 140.

Como antecedentes de hecho de la referida sentencia, podemos concretar los mismos en que en primera instancia, se admitió la legitimación de los tutores, siguiendo el criterio de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 311/2000, de 18 de diciembre[532], pero se denegó el divorcio, por tres motivos: en primer lugar, por no estar clara la aplicación de la doctrina que se recogía en dicha sentencia en relación con el divorcio, porque éste significa la ruptura y disolución del vínculo matrimonial; en segundo lugar, porque al ser el consentimiento para contraer matrimonio un acto personalísimo, esto implica que no pueda ser prestado por medio de otra persona, y en consecuencia, dicha limitación afectará también al caso opuesto del divorcio; y en tercer lugar, porque este tipo de acciones solo pueden ser llevadas cabo por medio de un acto de la voluntad realizado por el propio cónyuge. En la apelación que realización los padres o tutores en segundo instancia, se revocó la sentencia de primera instancia, dando la razón a los padres o tutores, sobre los siguientes argumentos: a) el admitir la legitimación activa por parte de los tutores, pero denegar el divorcio conllevaba una solución vacía de contenido; b) si no se permitiese esta acción de legitimación a los tutores se estarían vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad; c) no sería lógico que en este tipo de supuestos, el esposo pudiera obtener el divorcio en cualquier momento, y que éste no pudiera ser solicitado por los tutores en nombre de su hija incapaz; y d) finalmente, añade que "no existe, pues, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del Art. 267 CC , para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado.

Es curioso en esta sentencia, la reseña que se hace en relación con el voto particular emitido en la misma en relación con la concepción de derechos personales y derechos personalísimos, señalando que su argumentación va más allá de la tradicional distinción entre derechos personales y derechos personalísimos, que solo podrían ser ejercitados por el titular y nunca por su representante legal. Se afirmaba que negar al tutor la legitimación para el ejercicio de la acción de separación *"no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas, que es el que subyace en la interpretación de del artículo 81 del Código Civil"*.

La sentencia, alude en el caso de cuestión de divorcio dos derechos fundamentales a tener en cuenta, por un lado, la libertad de continuar o no casado, puesto que actualmente dentro de nuestro ordenamiento jurídico no existe un elemento causal para alegar el

[532] En la Sentencia del Tribunal Constitucional de 311/2000, de 18 de diciembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el ajuste a la Constitución de las sentencias 105 y 106, de 23 febrero 1998, dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias, que habían negado legitimación para ejercer la acción de separación a la madre y tutora de una persona incapacitada. El Tribunal Constitucional decidió que debía protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona incapaz y declaró que se había lesionado este derecho por la negativa a que la madre tutora pudiera ejercitar la acción. En dicha sentencia se establecía que negar legitimación al tutor "determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones[...], el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia[...]".

divorcio; y por otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva de conformidad con lo establecido en el artículo 271.6 del Código Civil, el cual, permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado a su representante legal. Dicha norma, como señala la sentencia, no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y en este sentido, no habría inconveniente en admitir las acciones de divorcio y separación. Es por ello, que se establece que la tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.

Como señala la sentencia, son pocos los precedentes dentro de nuestro ordenamiento en los que una persona que ejerce la representación legal de una persona incapacitada pueda ejercer este tipo de acciones como son el divorcio, extremo éste que puede asemejarse al tema que ahora estamos abordando de si es posible la prestación de apoyos necesarios en un acto personalísimo como es el testamento si desvirtuar dicho acto, y ello en aplicación de la establecido en la Ley 8/2021, de 2 de junio, y asimismo como resultado de la adaptación de los presupuestos y principios que promulga la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, especialmente de lo regulado por medio de sus artículos 12.3 y 13 respectivamente.

Por todo lo expuesto, y entre otras argumentaciones jurídicas recogidas en la sentencia, podemos concluir que los tutores o representaciones legales están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. Es sobre esta misma argumentación, sobre la que se sustentaran y apoyarán los defensores que dentro del acto del testamento, es posible la intervención de una tercera persona como prestador de los apoyos necesarios para que una persona con discapacidad pueda otorgar un acto jurídico o negocio *mortis causa* de naturaleza personalísima, como es el testamento.

Unos de los fundamentos de que sea el notario la persona indicada para prestar esos apoyos necesarios, circunstancia ésta que desarrollaremos más extensamente en el siguiente epígrafe, podría quedar sustentado sobre la base de su experiencia y gran conocedor de la materia que comprende, esto es, el Derecho de sucesiones, para poder asesorar y ayudar en la formación y posterior manifestación de la voluntad del testador, y poder dejar recogida y plasmar dicha voluntad en el pertinente documento de últimas voluntades.

En cuanto a las posiciones que pueden entender que la introducción por parte de un tercero dentro del propio acto del otorgamiento del testamento, ya sea el notario u otra persona ideal para prestar los necesarios apoyos a la persona con discapacidad, conlleva la inexcusable vulneración del testamento como acto personalísimo, podemos señalar en este sentido que partiendo de la base de que la formación de voluntad no puede dejarse en manos de un tercero o del prestador de apoyos y en consonancia con lo admitido por nuestro Alto Tribunal en esta materia, esto no conlleva la prohibición total y de forma absoluta a la intervención de este prestador de apoyo, siempre y cuando el testador haya establecido con carácter previo las partes objetivas y los criterios de distribución, y de esta forma evitar dejar parte de su voluntad al arbitrio de un tercero. Lo realmente importante y trascendente es que el notario reciba esta expresión directa de voluntad, sin perjuicio que para ello se presten los apoyos que se necesiten y se requieran, ya sea de

forma especial por medio de los diferentes medios telemáticos, o por medio de apoyos personales. Un ejemplo en este sentido, puede ser la intervención de terceras personas, o de los albacea, dentro del supuesto contemplado en el artículo 749, esto es, en las designaciones hechas a favor de los pobres en general, situando la calificación de los mismos y la distribución de los bienes en dichas personas designadas por el testador, o en su defecto en los albacea, llegando incluso esta facultad al párroco, alcalde o juez del término municipal donde hubiera tenido su domicilio el testador a la hora de su muerte.

No obstante, si admitimos la intervención del prestador de apoyos, dicha intervención deberá estar supeditada y regulada por las cautelas que la actual regulación del Código Civil recoge en materia de actuaciones fraudulentas y que perjudican en este caso al testador, es decir, a la persona a la que prestan los apoyos.

Además, y como veremos más adelante, no tiene que ser solo el notario la persona encargada de prestar estos apoyos, puesto que conforme a la situación en concreta que se le presente, puede resultar que sea una tercera persona la que preste estos apoyos, como por ejemplo podría ocurrir mediante la intervención de un abogado amigo del testador y que estuviera especializado en cuestiones de Derecho sucesorio. Ya sean los apoyos prestados por el notario o por otra persona, la finalidad de los mismos debe cumplir una sería de requisitos: por un lado, la no vulneración del carácter propio del testamento como acto personalísimo, y ello mediante la prohibición de poder dejar o de influir en la formación de la voluntad de la persona en todo o en parte por terceras persona, así como la prohibición general del mandato de realizar testamento también en todo o en parte a un tercero; por otro lado, en admitir la prestación de apoyos en su esencia de acto, es decir, en el asesoramiento, ayuda en la conformación de la voluntad y expresión de la misma mediante las correspondientes cláusulas o disposiciones testamentarias para poder alcanzar lo querido por el testador; y por último, que entendemos que en la fase o etapa de formación de la voluntad, no cabrían los apoyos de terceras personas a excepción de los proporciones por el notario como apoyo institucional y siempre desde la perspectiva de que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

Es por ello, que ésta materia relativa a los apoyos en este acto jurídico o negocio *mortis* causa del testamento y que la recoge la Ley 8/2021, como consecuencia de los principios que recoge la Convención de Nueva York, debe ser puesto en consonancia con los principios que históricamente han venido regulando nuestro ámbito del Derecho de sucesiones, y de esta forma poder elaborar y conseguir un procedimiento donde la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica mediante el desarrollo de su proceso de toma de decisiones con los apoyos y medios que resulten necesarios, pero sin que con ello se desvirtúe y vacíe de contenidos los propios principios sucesorios que actualmente rigen en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente los que se refiere a la fase de formación de voluntad del testador, donde únicamente es la persona o testador en nuestro caso, la que tiene ser capaz de formar su voluntad con los apoyos y ayudas que se le prestan sin intervención de terceras personas, y ello, por ser este aspecto esencial y propio de los llamados actos personalísimos.

No obstante, será cuando a pesar de todos los apoyos y medios que desde el punto de vista técnico y humano que pudieran prestarse a la persona, ésta no sea capaz de

desarrollar su proceso de toma de decisiones, y por tanto, formar su voluntad, cuando inexorablemente no será posible realizar este negocio *mortis causa* del testamento, y sin que ello implique o signifique la vulneración de los principios y postulados de la Convención, así como de la espíritu finalidad de la Ley 8/2021, aspecto éste expresamente admitido por la misma.

A continuación, y una vez analizados los actos personalísimos en relación con el negocio *mortis causa* del testamento, vamos a estudiar a continuación la interpretación que a estos apoyos se les ha dado desde diversos sectores doctrinales en aplicación de los presupuestos que recoge la Ley 8/2021, es decir, a qué tipo de apoyos nos estamos refiriendo y en qué momento o etapa en la formación de la voluntad de la persona, o en nuestro caso del testador, pueden proporcionarse, y de este modo poder permitir que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones sin que dichos apoyos vulneren la naturaleza de acto personalísimo que conlleva intrínsecamente este instrumento de últimas voluntades.

III.4.3. La evolución de la función notarial en la apreciación del juicio de capacidad en materia testamentaria llevada a cabo por la Ley 8/2021. Del juicio de capacidad a la prestación de los apoyos y ajustes necesarios por parte del notario

Una vez analizado en los epígrafes anteriores diversos aspectos concretos del juicio de capacidad que realiza el notario, especialmente en lo que se refiere a materia testamentaria, y que forman parte de la función notarial que realiza este fedatario público, vamos abordar por el presente epígrafe otro de los aspectos que a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, han adquirido la categoría de esenciales dentro de esta función notarial, y que son los llamados apoyos o ajustes necesarios que debe realizar el notario para de este modo poder facilitar a la persona con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica, concretamente en el aspecto del desarrollo del propio proceso de toma de decisiones. Conviene volver a reseñar, que por la propia naturaleza jurídica de la materia objeto de análisis, estamos dentro de la esfera del testamento abierto, esfera donde el notario interviniente y autorizante del mismo, podrá o procurará desarrollar esta labor.

Antes de analizar estos apoyos que debe prestar el notario para que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones en virtud del mandato legal que recoge el ahora reformado artículo 665 del Código Civil, debemos dejar bien claro, y como bien señala CABAÑAS TREJO[533], que dichos apoyos no debemos confundirlos con las correspondientes medidas de apoyos de carácter legal y típicas, las cuales significan otra cosa. Este autor, aprecia que se exagera al decir que el notario se convierte entonces en un "apoyo institucional", puesto que el notario hará lo que siempre ha hecho, ayudar al interesado en su propio proceso de toma de decisiones, por lo que si a esa actuación ahora se le quiere llamar "apoyo", que se denomine así, pero esto puede

[533] CABAÑAS TREJO, R., "Observaciones irrespetuosas sobre la Ley 8/2021 para la práctica notarial", pág. 9, en https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/

provocar confusión en relación con las medidas de apoyo legales y típicas, que son otra cosa.

En la nueva redacción que recoge el artículo 665 del Código Civil, queda reflejada dicha atribución al notario en los siguientes términos: *"La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias"*. De una primera lectura y en comparación con la redacción que anteriormente contemplaba este artículo, se podría señalar que parece que al notario se le esté atribuyendo una nueva función o ampliación en la atribución de sus funciones, consistentes en la prestación de apoyos o realización de los ajustes necesarios, para que una vez apreciada y valorada la capacidad natural de la persona para testar realizada por él mismo, la persona con discapacidad pueda realizar el correspondiente testamento.

Pero a nuestro modo de ver, este nuevo paradigma que puede derivarse de la lectura de este precepto ya se venía realizando por este fedatario público desde años atrás, puesto que en el ejercicio de su función, el notario ha venido desde siempre ejerciendo una labor de asesoramiento, información y ayuda en los actos en los que interviene, y ello a los efectos que la persona que lo realiza sea consciente de la trascendencia jurídica o consecuencia que se pueden derivar del mismo, por lo que este carácter novedoso que parece atribuirse a esta Ley 8/2021 no lo consideramos como tal por los motivos expuestos. En este sentido, sí que podemos apreciar en todo caso una nueva concepción o ampliación dentro del ámbito de las funciones notariales que hasta ahora venía desempeñando el notario en el ejercicio de su labor profesional, concepción que lo que sí conllevará, especialmente en los supuestos en que intervenga una persona con discapacidad intelectual, una mayor complejidad a la hora de valora y enjuiciar su capacidad en relación con el acto que pretende llevar a cabo, siendo en el caso que nos ocupa, el de un testamento.

No obstante, debemos señalar que como consecuencia de la reciente promulgación de esta Ley, y en lo que se refiere el ámbito notarial, estamos en un momento de asimilación y adaptación de los procedimientos que hasta ahora se estaban llevado a cabo en materia testamentaria, puesto que a partir de ahora, el notario deberá interactuar de forma directa con la persona con discapacidad, y ello a los efectos de valorar su capacidad natural y decidir si la misma es suficiente para poder celebrar y realizar este acto jurídico o negocio *mortis causa*. Hasta la reforma operada por la Ley 8/2021, lo habitual era que el tutor acudiese a la notaria, para en nombre y representación de su tutelado realizar los actos o negocios jurídicos en los que intervenía dicho tutelado, esto es, la capacidad de la persona con discapacidad era sustituida para realizar el acto correspondiente. Asimismo, y en un modo menos invasivo, teníamos los supuestos en los que era el curador que completaba la capacidad de su curatelado, compareciendo también en este caso ambos en la notaria, para la realización de los actos o negocios jurídicos de carácter disposición que se realizasen, y todo ello, dentro de los límites que contemplaba la preceptiva sentencia.

En este sentido, y como señala TORRES COSTAS[534], el notario no se limita a transcribir las indicaciones o manifestaciones del disponente o testador, sino que para valorar su capacidad y evitar de este modo posible influencias y vicios, debe tener en cuenta todos los aspectos que rodean el acto, y asimismo, deberán desempeñar el papel de ayudante o asistente de los testadores que pudieran presentar dificultades de comprensión, labor que ahora es recogida expresamente por el nuevo artículo 665 del Código Civil, cuando señala que *"El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones, apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias"*.

Esta autora, señala, en virtud de lo expuesto y de la doctrina que emana de nuestro Alto Tribunal, que la labor de asesoramiento que realiza el notario ha de ser desarrollada dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de dicho testador puede ser errónea, incompleta o equivocada, o contraria a la ley, por lo que la función notarial deberá fundamentarse en el sentido de encauzar estas situaciones, pero sin que ello implica en modo alguna suplir o sustituir la voluntad del testador, por ser esta cuestión diferente a la asesorar, y por qué el notario nunca podrá intervenir en el proceso de formación de dicha voluntad, por ser el testamento un acto personalísimo.

Como consecuencia de ello, podemos apreciar, la transcendental importancia de la función notarial en el ámbito de asesoramiento e informaciones de carácter jurídico y precisas respecto a las dudas que puedan surgir a la hora de poder disponer de nuestros bienes de acuerdo a nuestros deseos y preferencias, lo que hace que el notario se convierta o sea el receptor de la misma, pero sin que ello conlleve ningún tipo de intromisión, complemento o sustitución en la formación de la voluntad de la persona con discapacidad y que pretende otorgar testamento.

La labor o función notarial de asesoramiento que realiza este fedatario público, se encuentra expresamente recogida en el artículo 1 del Reglamento Notarial, cuando se señala que *"Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar"*. En este sentido, autores como TORTOSA MUÑOZ[535], señalan que la primera tarea con la que se encuentra el notario, es la de recibir al interesado, escucharlo, graduar su estado emocional, apreciar si está presionado o no por influencias indebidas, es decir, un análisis psicológico del solicitante y un examen de todo el derecho aplicable a la situación que plantea, concretándose en nuestro caso, el de otorgar un testamento.

A su vez, este autor[536], aprecia que de conformidad con lo establecido en el artículo 147 del Reglamento Notarial, el notario debe ser plenamente capaz para redactar el instrumento de conformidad con la voluntad común de los otorgantes, la cual, deberá

---

[534] TORRES COSTAS, M.ª E., "Reintegración de la capacidad jurídica para ejercer el derecho a testar…", op.cit. págs. 68-69.

[535] TORTOSA MUÑOZ, A., *La labor notarial en la protección de las personas con discapacidad. La autotutela y los poderes preventivos,* en la obra colectiva "Estudios sobre dependencia y discapacidad", GARCÍA GARNICA, M.ª C. (dir.), Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2011, págs. 106-107.

[536] TORTOSA MUÑOZ, A., *La labor notarial en la protección de las personas*…, op.cit. pág. 108.

indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, debiendo de informar del valor y alcance de su redacción a los otorgantes de conformidad con lo establecido en el artículo 17.bis de la Ley del Notariado, es decir, del aludido precepto se deriva la preocupación por el asesoramiento a las personas que no cuentan con él o por su vulnerabilidad. No se trata tanto de buscar un testamento ideal o justo, sino de lo que se trata y como señalan autores como FOLLIA CAMPS[537] es de conseguir el testamento querido por el testador, puesto que a ciertas edades, la voluntad se guía a veces por afectos no siempre lícitos, e incluso inducidos, conllevando con ello testamentos que a primera vista resultan no justos, pero el respeto que debe otorgarse a la libertad del testador, hace que el notario no deba enjuiciar este sentido finalista del instrumento, siendo el Juez la persona encargada en estos supuestos de si ha habido cierta captación de la voluntad del testador. Para este autor, lo importante en cuanto a la capacidad para otorgar un determinado testamento, es que el testador se dé cuenta de lo que está haciendo y de las consecuencias inmediatas, correspondiendo al notario su apreciación.

Para abordar y entender mejor lo que podría entender por función notarial, podemos traer ahora la definición efectuada por MATÍAS CASTRO[538] de la misma, y que expresa de la siguiente forma: *"La función notarial, es una función pública, cuyo titular es un profesional de derecho, el notario, que la ejerce de forma imparcial e independiente, sin estar situado jerárquicamente entre los funcionarios del Estado"*, definición que completada al señalar que *"el notario cumple una misión social, brindando seguridad jurídica, valor, autenticidad, y permanencia a los actos negociables. La función notarial es creadora de derecho"*.

Por tanto, aspectos como el juicio de capacidad del testador que realiza el notario, el asesoramiento, la información, los apoyos necesarios que lleva a cabo para que la persona con discapacidad exprese su voluntad, la seguridad jurídica intrínseca que proporciona su intervención, y el resultado que consigue como creador de derecho, son aspectos que conforman la labor notarial y la configuran como una de las herramientas que dispone nuestro ordenamiento en la aplicación y respeto a los presupuestos y principios que recoge la Convención, especialmente en lo que se refiere a su artículo 12.

De conformidad a estos presupuestos, ya sabemos que a partir de la Convención, la persona con discapacidad goza de plena capacidad jurídica, y por tanto puede realizar y ejercer esta capacidad en actos como el que nos ocupa, esto es, el de otorgar testamento de acuerdo a su voluntad, deseos y preferencias, y que el notario se erige como el apoyo idóneo para que esto pueda cumplirse, situándolo como pilar central para el desarrollo de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad. Es por ello, que el notario se convierte en un operador jurídico o fedatario que interviene como garante de la protección de la autonomía de la voluntad, tanto de las personas con discapacidad como de las personas con la capacidad de obrar plena. En consecuencia, y como ya hemos señalado

[537] FOLLIA CAMPS, R., "Capacidad para otorgar testamento (estudio en torno a tres sentencias del TSJC)", en la *Revista La Notaria*, número 1, año 2015, págs. 106 y 107.

[538] MATÍAS CASTRO, J., El Notario y el juicio de capacidad, una labor de cinco sentidos", en la obra colectiva "Panorama actual del derecho notarial en Hispanoamérica", Homenaje a Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, LUCERO ESEVERRI, R.A. y PÉREZ GALLARDO, L.B., (coords.), 1ª ed, Ed. Júpiter, Librería Jurídico Notarial, Buenos Aires, Argentina, 2011, pág. 281.

el notario favorece la seguridad jurídica, porque de alguna manera se configura como un órgano de seguridad jurídica preventivo, es decir, no hace falta acudir a la vía judicial. Lo expuesto se podría resumir con el dicho popular "notaría abierta, juzgado cerrado".

Además, que en el caso que nos ocupa dentro del ámbito testamentario, la intervención del notario conlleva el perfeccionamiento del contrato, puesto que su intervención se podría configurar en el *"iter negocial del acto"*.

Una vez vista cual ha sido y como se ha ido configurando y entendiendo la función notarial o función que realiza el notario como consecuencia de su intervención de un determinado acto o negocio jurídico, adquiriendo si cabe, aún más importancia o transcendencia por medio de la Ley 8/2021, en la cual y en lo que se refiere a materia testamentaria, es donde se ha configurado expresamente a este fedatario público en el apoyo idóneo o ideal para que la persona con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad, pueda otorgar testamento. Es en este punto, donde nos encontramos una temática nada sencilla y muy compleja, puesto que dentro del Derecho sucesorio la aplicación de las figuras e instituciones que lo confeccionan no son de aplicación exacta, y ello como consecuencia de la especialización y excepciones que rodean a la materia.

El núcleo o raíz del problema, es cómo conjugar los apoyos o medidas necesarias a que se refiere la Ley 8/2021 por medio de su artículo 665, sin desvirtuar características propias y que históricamente han rodeado a este acto o negocio *mortis causa* del testamento, como por ejemplo, la imposibilidad de dejar su formación ya sea en todo o en parte a un tercero, o cuando nos referimos a él como un acto personalísimo por excelencia, etc. Es aquí donde debemos definir y establecer muy finamente los límites y aspectos que van a rodear a partir de ahora a este instrumento, y ello en lo que se refiere a los apoyos, para de este modo respetar y no desvirtuar la naturaleza jurídica del acto, puesto que como sabemos, la voluntad del testador no puede ser en modo alguno sustituida, y ni siquiera complementada por ser el acto del testamento y como ya hemos apuntado, un acto personalísimo.

Para un mejor entendimiento en lo que se refiere a la esta prestación de apoyos, podemos dividir los mismos en dos grandes bloques, por un lado, en lo que se refieren a los apoyos o medios de carácter técnico y humanos, y por otro lado a los apoyos prestados, en el caso del notario, para que la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Esta clasificación nos permite diferenciar dentro del ámbito de la discapacidad, el referido a las discapacidades de carácter físico y de carácter sensorial, y las discapacidades relativas a la discapacidad intelectual o de carácter mental.

1.- En cuanto a los apoyos o medios de carácter técnico, es muy relevante en este sentido el Manual para el fomento del empleo de las personas con discapacidad y de la accesibilidad en los despachos notariales[539], puesto que no debemos olvidar que las notarías se convierte no solo en un espacio donde las personas con discapacidad (de cualquier tipo) pueden ir para realizar un determinado acto, sino que también puede ser el lugar de trabajo de una persona con discapacidad, por lo que es necesario que el lugar

[539] Este Manuel fue editado en el marco del Programa Operativo de Lucha contra la Discriminación 2007-2013, cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

físico donde el notario realiza su labor cuente con una serie de medidas no solo de carácter arquitectónico, sino de maquinaria y medios técnicos para permitir que las personas con discapacidad, ya sea física o intelectual puedan desarrollar y ejercer su capacidad jurídica como consecuencia de intervenir en un acto o negocio jurídico que se realice en dicho despacho profesional.

El origen normativo en relación a los apoyos o medios de carácter técnico lo podemos encontrar en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la cual define la accesibilidad universal como la *"condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas"*, y asimismo, y dentro del ámbito de la Convención Internacional sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 9, se señala que: *"[…] A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en una serie de ámbitos"*. Si se denegasen estas "medidas apropiadas" en el acceso al ejercicio de un derecho fundamental, se estaría incurriendo en una discriminación y por lo tanto en la vulneración del derecho de igualdad de oportunidades.

Dentro de los aspectos de carácter arquitectónicas, podemos citar la necesidad de disponer las notarías de accesos adaptados para personas con movilidad reducida, puertas y accesos de una determinada anchura que faciliten el acceso y tránsito de las personas que necesitan mecanismos para desplazarse, como sillas de rueda, andadores, ascensores con botoneras en braille y sistema de voz, elementos de señalización fácilmente identificables, como determinados carteles de información, la altura de las meses, sillas y mostradores. La clave será lograr que la notaría sea un entorno accesible, y como dice expresamente el manual al que nos estamos refiriendo, para analizar las posibles dificultades de accesibilidad que presentará un entorno es partir de las acciones que cualquier cliente debe poder realizar y, desde cada una de ellas, pensar que van a ser llevadas a cabo por personas que ven, oyen, comprenden, se mueven, manipulan, etc. de muy diversas maneras o que utilizan dispositivos de apoyo –ayudas técnicas, como bastones, sillas de ruedas, comunicadores, PDAs, etc., o van acompañadas por animales que les asisten o realizan determinadas actividades con la ayuda de otras personas.

Los despachos notariales contarán con aquellos productos de apoyo que sean necesarios en los puntos en los que los clientes vayan a ser atendidos por los profesionales o para el uso por parte de estos profesionales, puesto que en los supuestos de personas sordas o ciegas que vayan a otorgar un testamento ante el notario, obligatoriamente y con carácter previo deberán ser recibidas, informadas y asesoradas del acto que van a realizar, es decir, antes del llamado juicio de capacidad y de los apoyos personales que podrá prestar el notario o terceros a petición de aquel, debemos prestar otros apoyos como los

ya señalados, y a los que podemos añadir y en relación con las discapacidades que hemos citado, los medios necesarios que permitan la comunicación con las personas con discapacidad auditiva, como los bucles magnéticos, tanto los fijos que son los que se instalan habitualmente en las zonas de atención tipo mostrador (cuando incorporan cerramiento acristalado), como los móviles (trasladables u utilizables en cualquier mesa o espacio de atención a clientes) que permiten atender a las personas que utilizan audífonos (con posición T), así como los medios que permiten el acceso a la información escrita a las personas con discapacidad visual como documentos en soportes alternativos: braille, letras grandes, archivos informáticos, en formato accesible, etc., o bien los medios que favorecen la conexión a Internet –teclado y ratones adaptados, software específico para personas con deficiencia visuales o de manipulación, etc.

En el caso de que una persona sorda fuera a otorgar un testamento, será recomendable mantener el contacto visual por parte del notario con el testador, y ello a efectos de transmitir confianza y captar si se está siendo comprendido por él, hablándola de forma clara, firme, sin hacerle muecas y sin taparse la boca, extremo éste último imprescindible para las personas con sordera, y de este modo facilitar la vocalización y la lectura labial por parte del testador sordo, aspectos a los que podrá ayudarse mediante la mímica, con gestos y signos sencillos, así como de la escritura, si fuera necesario, para completar la expresión oral.

Asimismo, y en los supuestos en que fuera una persona con discapacidad visual o ceguera la que fuera a otorgar testamento, será muy recomendable que el notario identificarse para ser reconocido por el cliente, preguntándole que apoyos o medios necesita para realizar el acto, realizando la lectura completa de los documentos que necesite saber dicho testador, sin omitir nada.

Una vez pasada esta primera fase de apoyos, información y asesoramiento, y antes del juicio de capacidad, el notario deberá informar al cliente en relación al acto concreto que pretende realizar, en nuestro caso, que es el otorgamiento de un testamento, de la necesidad de que intervengan dos testigos idóneos cuando quiera otorgarse un testamento abierto y el testador sea una persona con discapacidad visual y ceguera. Conviene recordar que este aspecto fue objeto de reforma por la Ley 30/1991 de 20 de diciembre[540], puesto que antes de la misma en la redacción originaria del Código Civil, cuando una persona discapacidad visual o ceguera pretendía otorgar testamento, se hacía necesaria la presencia de tres testigos idóneos, y que además uno de ellos u otra firmase por él a su ruego, procediéndose a la lectura del testamento por dos veces, bien por el notario y los testigos, o por persona designada para ello por el testador. En este sentido, y como señala CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ[541], la finalidad de la lectura por persona distinta del notario era suplir la imposibilidad del testador de leer por sí el documento y contrastar la

[540] En este sentido nos remitimos al trabajo realizado por MORETÓN SANZ, M.ª F., "Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: El testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías. Su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de favor testamenti", en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año LXXXVI, Julio-Agosto 2010, núm.720, págs. 1.848-1.864.

[541] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., "Testamentos especiales de analfabetos, ciegos, sordos y mudos en el Derecho romano y el Derecho español", en la *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 79, Julio-Septiembre, año 2011, pág. 119.

veracidad de sus disposiciones, puesto que en los despachos notariales, era práctica habitual advertir al otorgante del derecho a hacerlo en virtud de la misma legislación notarial. Además, conviene señalar ahora y como resultado de la reforma operada por la Ley 8/2021, que las personas ciegas (terminología propia que utilizada el Código Civil), podrán otorgar testamento cerrado, instrumento que antes de la reforma no podían otorgar, y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 708, cuando señala que *"Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código"*. A su vez, conviene también precisar, que las personas con discapacidad sí podrán un testamento ológrafo, el cual lo deberán realizar con carácter alfabéticos que permitan identificar y dar certeza de su autoría, no permitiéndose el uso del braille.

Para ir finalizando este apartado en torno a los apoyos de carácter técnico o humanos, los cuales se aplican sobre las personas con discapacidad física o sensorial, señalar que el notario deberá informar en los supuestos de que se trate de personas que no saben leer ni escribir, que solamente podrán utilizar la forma del testamento notarial abierto, puesto que el testamento ológrafo es una forma testamentaria que obliga al testador a escribirlo enteramente de su puño y letra, y el testamento cerrado está expresamente prohibido en el artículo 708 del Código Civil. Asimismo, y en cuanto a las otras dos modalidades que restan, es decir, el testamento de personas que no pueden expresarse verbalmente pero sí escribir, podrán otorgar todas las formas testamentarias, excepto la forma de testamento oral, pero con la especialidad de que en el testamento cerrado deberán hacer constar en la parte superior de la cubierta, en presencia del notario, que ella contiene su testamento, expresando como ésta escrito y que está firmado por él.

Para concluir, quedaría señalar las salvedades del testamento otorgado por sordomudo que no sabe leer ni escribir, supuesto éste muy debatido en cuanto a la forma del testamento abierto, puesto que como se desprende de la lógica y del Código Civil, las personas con este tipo de discapacidad no podrán otorgar el testamento cerrado, ni mucho menos el ológrafo. Sin embargo, existe en la doctrina, y asimismo dentro del propio sector notarial, voces que señalan y aprecian este reconocimiento a que las personas con este tipo de discapacidad puedan otorgar testamento, como RIVAS MARTÍNEZ[542], en el análisis de este supuesto en concreto señalada las posiciones divergentes que existe en cuanto al mismo, y que quedan representadas por las siguientes:

a) Por un lado, los que aprecian que las personas con esta discapacidad no pueden otorgar testamento de acuerdo a la imposibilidad material en que se encuentran para expresar su voluntad, y por elementos de seguridad ante los abusos que pudieran cometerse. Sin embargo, los argumentos de esta corriente a la luz de los presupuestos de la Convención y de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 no encontrarían sustento alguno.

b) Y por otro lado, estaría la corriente (más numerosa) de los que afirman y reconocen, aunque con muchas matizaciones, que la persona sordomuda que no sabe ni

[542] RIVAS MARTÍNEZ, J.J., Derecho de Sucesiones, Común y Foral, Tomo I, 3ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2005, págs. 413-414.

leer ni escribir puedas otorgar testamento abierto, y ello mediante la expresión de su voluntad por medio de signos que sean comprensibles para el notario y los testigos, los cuales queden enterados perfectamente todos ellos de cuál es la voluntad manifestada. Como señala el autor, derechos de nuestro entorno, como el Derecho italiano, ya reconocen y admiten que el sordomudo que no sabe ni leer ni escribir pueda manifestar su voluntad en presencia del notario mediante signos o gestos y con la intervención de un intérprete especialmente nombrado para ello (artículo 603 del Código Civil de 1942 y artículo 57 de la Ley notarial italiana).

Una vez analizados los apoyos de carácter técnico e instrumental, vamos a continuación y de acuerdo con el esquema fijado, a los apoyos que pueden prestarse o no en el desarrollo del proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad intelectual, aspecto éste más problemático que el relativos a los apoyos que hasta ahora venidos analizado.

2.- Antes de nada, conviene recordar en éste ámbito de los apoyos que presta el notario, con carácter previo y como consecuencia del trato que ahora inevitablemente tiene que tener el notario con la persona con discapacidad intelectual, dicho fedatario público deberá tomar inicialmente una actitud de escucha ante la petición o lo querido por el cliente, esto es, por la persona con discapacidad intelectual, evitando adelantarse a sus posibles deseos, siendo muy conveniente dirigirse a él mediante un lenguaje muy sencillo y concreto, repitiendo la información cuantas veces sea necesario, prestando el asesoramiento e informaciones precisas sobre el acto a realizar, así como los posibles efectos que implicarían la toma de esas decisiones.

Ya hemos advertido anteriormente, la problemática de conjuntar estos apoyos con los rasgos esenciales y características del testamento, con es el de un acto personalísimo, y en consecuencia, que para la prestación de aquellos no cabe la posibilidad de sustituir o complemento en la formación de su voluntad. No obstante, ello no implica, al contrario es de obligado cumplimiento de conformidad con el espíritu de la Ley 8/2021, el deber de asesoramiento, de información y acompañamiento que se le debe prestar a las personas con discapacidad intelectual para que puedan otorgar testamento, en nuestro caso, testamento abierto. Los prestadores de estos apoyos, o bien pueden venir ya instrumentados desde la esfera judicial, o bien pueden ser prestados no solo por el notario, sino por familiares o por terceras personas, los cuales facilitarán el ejercicio de este derecho testamentario.

Siendo este sistema de apoyo que promulga la Convención, puesto en duda por su compatibilidad con los actos de carácter personalísimo, autoras como ALFARO GUILLÉN[543], señalan que *"el carácter personalísimo del acto a realizar por el sujeto requerido de salvaguardias, 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*

[543] ALFARO GUILLÉN, Y., *El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de lege data para la autorización notarial en cuba,* en la obra colectiva "Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber Amicorum", PÉREZ GALLARDO, L.B. (coord.), Edición Especial para el Consejo General del Notariado, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 1.416.

se por el titular del derecho subjetivo a ejercitar mediante el acto de que se trate". En definitiva, y como ya hemos advertido, el carácter personalísimo del testamento no permite que la formación del mismo, en todo o en parte, sea atribuido a un tercero, ya sea por representación o por mandato, y en este sentido así lo recogen entre otros muchos, autoras como TENA PIAZUELO[544], que señalan que cuanto se trata de actos que solamente puedan ser realizados por la persona con discapacidad, solo lo podrá realizar ésta, pero no por otra persona en su lugar, puesto que al ser actos inherentes a la persona de su titular, no pueden delegarse, ni ejercitarse por otro, y precisamente por ello, según aprecia DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ[545], encuentran su justificación las figuras de las sustituciones pupilar y ejemplar, esto es, para suplir las incapacidades de testar y permitir de este modo otorgar testamento a los ascendientes por sus descendientes, y en consecuencia, evitar la apertura de la sucesión intestada,

Conviene en este punto, volver a recordar algunas consideraciones que ya realizamos en epígrafes anteriores a este en relación con el término "apoyo", término amplio por las distintas tipologías que pueden conformarlo, y sobre el que ahonda el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al interpretar el apartado 3 del artículo 12 de la Convención por medio de la Observación General Nº 1, concretamente en sus apartados 16, 17, 18 y 19. El Comité señala primera la obligación que tiene los Estados partes de proporcionar a las personas con discapacidad los apoyos que sean precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica, sin que estos apoyos puedan ser negados. Además, estos apoyos, deberán respetar los derechos, voluntad y preferencia de las personas con discapacidad, y nunca podrán configurarse los mismos como una sustitución de voluntad de éstas personas, pudiendo los mismos variar en tipología e intensidad como consecuencia de la diversidad de las personas con discapacidad. Por último, se contempla la posibilidad de que la persona con discapacidad rehúya y desee no ejercer dichos apoyos necesarios. Por tanto, estos apoyos deberán estar revestidos de principios como son, la proporcionalidad, personalización, temporalidad, y de finalidad en relación con el acto a realizar, siendo los mismos prestados bien por la persona designada a este efecto, o bien por familiares, por el curador, por el notario como puede ser en nuestro caso del testamento, o por cualquieras otras terceras personas que sean idóneas en la prestación del mismo.

Estos principios y postulados de la Convención han quedado recogidos en nuestro Código Civil en un nuevo Título XI, el cual se refiere a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, y en cuyo capítulo I quedan reguladas las disposiciones generales relativas a estos apoyos, concretamente por medio de sus artículos 249 a 254. Como rasgos generales a destacar, podemos señalar que la finalidad de estas medidas de apoyo será permitir el desarrollo pleno de la personalidad de la persona con discapacidad y permitir su intervención en los actos jurídicos en que se

[544] TENA PIAZUELO, I, *La capacidad para la realización de actos con eficacia jurídica*, en la obra colectiva "Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad", de SALAS MURILLO, S. (coord.), Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pág. 142.
[545]DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", en la *Revista de Derecho Privado,* núm. 4, julio-agosto, pág. 6, nota a pie número 3.

tenga que participar, y ello en igualdad de condiciones que el resto. Los apoyos que se proporcionen para este desenvolvimiento jurídico de éstas personas se harán con el mayor respeto posible a su dignidad, y atendiendo a voluntad, deseos y preferencias, procurándose que las mismas puedan desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento, y facilitando que pueda expresar sus preferencias, extremos estos que conforman e integran la letra del artículo 665.

Lo expuesto, ha supuesto un cambio de paradigma en este ámbito, puesto que ha supuesto un cambio de un sistema basado en la sustitución de la voluntad de la persona por un sistema de apoyos.

Lo complicado y como ya hemos señalado en varias ocasiones, es trasladar estos apoyos al acto o negocio *mortis causa* del testamento sin perder su carácter de acto personalísimo. Como sabemos, no es posible la intervención en este ámbito de una sustitución de voluntad del testador, ni un complemento de su capacidad como podría realizar el curador, puesto que este interviene en el acto al desarrollar la función de complemento de capacidad de la persona que asiste, forma parte del acto o contrato a realizar, y por consiguiente, estaríamos quebrantando esta naturaleza personalísima de este instrumento. Asimismo, tampoco será posible la delegación para la formación en todo o en parte, o por medio de mandato de la realización del testamento.

Para el análisis de esta materia, es conveniente traer a colación el análisis que realiza CABAÑAS TREJO[546] de la doble proyección de la apreciación notarial de la capacidad del otorgante, las cuales clasifica en:

a) La fase de la formación de la voluntad, en la cual, el notario ha de asegurarse de que el otorgante ha formado libre y la pertinente información su voluntad, y que por eso consiente, puesto que no se trata solamente de recoger su manifestación al respecto dando fe de ello el notario, sino que también se trata de asegurarse que en cada caso en concreto, dadas sus circunstancias y la condición de la persona, el testador sea consciente y haya podido entender lo que está haciendo.

Este autor[547] distingue, dentro de esta fase de la formación de la voluntad, tres supuestos:

1. La asistencia por parte del notario, etapa, en la que a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa, conllevará al notario a estar más atento, ser más cuidadoso, perseverante y sensible en el trato con las personas con discapacidad intelectual y de cuyo discernimiento se dude, y con el fin de llegar a la convicción de que dicha persona es consciente del acto que está realizando, pero matizando el autor, que este no convierte al notario en una medida legal de apoyo a la discapacidad, sino que nos mantiene en lo que siempre han sido los notarios, aquella persona que indaga, interpreta y adecúa al ordenamiento jurídico la voluntad de los otorgantes[548], y para eso tiene que saber cuál es esa voluntad, y cerciorarse de que realmente es "suya".

---

[546] CABAÑAS TREJO, R., "Observaciones irrespetuosas sobre la Ley 8/2021…", op.cit. pág. 5.
[547] CABAÑAS TREJO, R., "Observaciones irrespetuosas sobre la Ley 8/2021…", op.cit. págs. 6-7.
[548] El apartado primero del artículo 147 del Reglamento Notarial, establece: *"El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar*

2. La asistencia informal, supuesto éste representado cuando la asistencia para formar -y, en su caso, expresar- la voluntad del otorgante se presta por una tercera persona, normalmente un acompañante, el "acompañamiento amistoso" a que alude el Preámbulo. Hasta este momento, dentro de la práctica notarial, la diligencia del notario evitaba en ocasiones que estos acompañantes estuvieran presentes en el acto, para evitar de este modo influencias indebidas o presiones en torno al testador. Sin embargo, en otras situaciones, sí que permitía este fedatario público su presencia, precisamente por la ayuda que le podría prestar a la hora de formar su juicio de capacidad. En definitiva, la intervención de estas personas dependía del caso en concreto y de las circunstancias que rodeasen el mismo, tipo de documento, la insistencia de quedarse presente en el acto, etc. Pues bien, en este punto la reforma parece reconocer un cierto status de oficialidad a unas medidas de asistencia personal, que, hasta ahora, por informales, no solían reflejarse en el instrumento.

3. La asistencia reglada o típica. En esta etapa o fase, es donde a juicio del autor, la reforma se deja sentir con toda su fuerza, a través de las nuevas medidas de apoyo típicas, irrumpen en la práctica notarial una serie de supuestos que, sin ser de representación, es decir, sin sustitución del discapacitado, permiten que la voluntad de éste se forme y exprese en presencia del notario, pero con la intervención y el apoyo de ciertas personas. Obviamente, de la intervención de la persona de apoyo deberá quedar constancia expresa, también por medio de su firma, pues puede ser presupuesto de la plena validez del acto o negocio.

b) La fase relativa a la expresión de la voluntad, puesto que la voluntad a la que nos hemos referido por sí sola no es suficiente, debe expresarse para que de este modo el notario pueda conocerla y valorar si la persona posee la suficiente capacidad para entender el acto o negocio jurídico que está llevando a cabo, y ello como consecuencia de haber podido configurar su juicio de capacidad. En este sentido, y específicamente en cuanto al alcance de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 en este ámbito de la función notarial, se puede señalar, que la fase en que la persona con discapacidad comunica al notario su voluntad, y en la cual, no se trata tanto de la facultad para entender o formar la voluntad, sino en expresar dicha voluntad, creándose situaciones relacionadas o limitadas a las dificultades en la comunicación entre testador y el notario. En este sentido, conviene recordar como señala este autor la nueva redacción del artículo 25 de Ley Notariado en cuanto a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, mediantes los correspondientes estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, etc.

Según señala el autor, la redacción que conforma el artículo 665 parece apuntar a aplicar el sentido de ayuda/apoyo en la expresión de la voluntad ya conformada, es decir,

y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.".

solo por la garantía de accesibilidad que recoge el artículo 25 de la Ley del Notariado[549], no en la formación de esa voluntad, y en ese sentido apunta la ya citada Resolución de 25 de febrero de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública[550], publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 96, el 22 de abril de 2021, la cual y como señala en su Fundamento de Derecho 4º, establece que *"No puede olvidarse que el testamento es un acto personalísimo; el acto personalísimo por excelencia, pues aun en los supuestos de incapacidad total y posibilidad de otorgarlo en un intervalo de razón o lúcido (con las añadidas garantías y formalidades que el derecho prevé en este caso), no deja de ser tal, ya que es el testador quien dispone. Y dispone él; no él con el consentimiento o autorización complementaria de otro, pues en modo alguno tiene ese sentido, ni alcance, el juicio favorable de capacidad que puedan emitir dos facultativos (cuando se exija, o se estime conveniente, cosa ésta última ciertamente bien distinta). Y lo que no es posible en modo alguno es que una persona teste con la asistencia y consentimiento o complemento de capacidad de otra (el curador en este caso)".*

Es por ello, y como consecuencia de la singularidad del testamento, en relación con otros actos o negocios jurídicos, es que el notario no puede aceptar que la persona reciba apoyo externo en la formación de esa voluntad, en ningún caso, aunque se trate de un curador.

En este mismo sentido, autores como VALLS I XUFRÉ[551], realizan las siguientes puntualizaciones: en primer lugar, no se podrá otorgar un testamento a través de apoyos previos de carácter representativos; y en segundo lugar, el testamento deberá ser otorgado por el propio testador con discapacidad, con los apoyos singulares que el notario estime conveniente en el momento del otorgamiento, con independencia de que exista un curador judicial o incluso un asistente voluntario con facultades representativas, sin perjuicio de que si el notario lo juzga conveniente, pueda intervenir en el acto previa. Puntualiza este autor que pueden existir ciertos apoyos, como pueden ser los facultativos, cuya intervención podría consignarse en el testamento en aras de un mayor reforzamiento del juicio de capacidad que realiza el notario en cuanto a la aptitud del testador.

Por último, y como ejemplo a reseñar de estas posiciones doctrinales que defienden que la única asistencia posible en la formación de la voluntad es la que procede del notario, podemos señalar a ECHEVARRÍA DE RADA[552], quien excluye expresamente de la misma, en todo caso, que la persona pueda recibir apoyo externo en

[549] El último apartado del artículo 25 de la Ley del Notariado establece que "Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso".

[550] Publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 96, el 22 de abril de 2021

[551] VALLS I XUFRÉ, J. M.ª, El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos, en la obra colectiva "El ejercicio de la Capacidad Jurídica por las Personas con Discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio", PEREÑA VICENTE, M., y HERAS HERNÁNDEZ, M.ª del M. (dirs.), NÚÑEZ NÚÑEZ, M.ª (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 113.

[552] ECHEVARRÍA DE RADA, M.ª T., *La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad…*, págs. 541-542.

esa formación, aunque se trate de un curador, porque es justamente aquí donde radica la singularidad del testamento con otros diversos actos o negocios jurídicos.

En un sentido opuesto dentro de la doctrina, existen autores que consideran posible la intervención de terceras personas o apoyos externos para ayudar a la persona con discapacidad ejercer su capacidad jurídica, en este caso, el testamento, como es el caso de PÉREZ GALLARDO[553], entienden que la piedra filosofal con la que debemos entender los apoyos es que su finalidad es la de afianzar la toma de decisiones, nunca decidir por las personas en situación de discapacidad, y por consiguiente al interpretar de este modo los apoyos no estaríamos contradiciendo la naturaleza personalísima del negocio testamentario.

Asimismo, el citado autor[554], y dentro del contexto iberoamericano, nos ofrece un ejemplo de un Estado que ya ha regulado expresamente la posibilidad de que en el testamento pueda ser otorgado con apoyos, esto es, el Estado peruano, el cual, en la reforma del artículo 696.2 de su código civil llevada a cabo por el artículo 1 del Decreto-Legislativo 1387/2018, de 3 de septiembre, establece esta posibilidad de otorgar testamento con los apoyos y ajustes necesarios, pero limitándola solamente a la forma testamentaria del testamento abierto. La legislación civil peruana[555], permite estos apoyos siempre y cuando no se trate de una acción de sustitución, es decir, que solo nos estamos refiriendo a personas que a través de su apoyo pueden formar su propia voluntad y tomar decisiones *"per se"*, tan solo asistidas por él.

Para concluir los argumentos del referido autor[556] en relación a que el otorgamiento de un testamento con apoyos por personas con discapacidad no solo deber ser una posibilidad sino una realidad, señala que parte de la doctrina no toma en cuenta la naturaleza y funciones que tienen los apoyos según los postulados de la Convención, especialmente lo dispuesto por el propio artículo 12 y la interpretación que del mismo lleva a cabo la Observación General Nº 1, concretamente en lo establecido en su apartado 13[557] y en la parte final de su apartado 14[558], poniendo su atención más en la capacidad

---

[553] PÉREZ GALLARDO, L.B., "El testamento otorgado con apoyos…", pág. por personas con discapacidad: ¿una quimera?, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCVI, Noviembre-Diciembre 2020, núm. 782, pág. 3.633.

[554] PÉREZ GALLARDO, L.B., "El testamento otorgado con apoyos…", op.cit. pág. 3.634.

[555] En el artículo 141 del Código Civil Peruano, se recoge un concepto amplio de lo que se entiende por manifestación expresa de voluntad, señalando que es aquella que se realiza "en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señalas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos de por la persona".

[556] PÉREZ GALLARDO, L.B., "El testamento otorgado con apoyos…", op.cit. pág. 3.642-3.643.

[557] El párrafo 13, entre otros aspectos, señala *"[…]. 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). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica"*.

[558] "[…]. El 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".

o lucidez mental como aspectos que debe tener en cuenta el notario para otorgar testamento. En este sentido, no es de extrañar esta concepción e interpretación de una parte de la doctrina, más aún si en documentos como son la guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad, e incluso a nivel de recomendaciones, que 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 ningún tipo.

Asimismo, en una misma línea doctrina que la PEREZ GALLARDO, tenemos a CAROL ROSÉS[559], quien señala que para actos personalísimos como son la testamentifacción, tanto el tutor como el curador podrán prestar los apoyos en el proceso de formación de la voluntad para el caso de que el testador posea capacidad natural, y cuya intervención puede ser decisiva en dicho proceso para impedir con ello que un vicio anule el consentimiento, siendo esta una manifestación del necesario apoyo proclamado por la Convención con respecto a las 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[560].

En virtud de lo recogido hasta ahora, podemos señalar, como dentro del ámbito testamentario, la prestación de apoyos pueda provocar una mayor reticencia en su aplicación práctica, y ello como consecuencia del encuadre de este negocio *mortis causa* como actos personalísimos.

Como conclusión a la materia a la que venimos refiriéndonos, podemos señalar que esta problemática en la concepción y aplicación práctica del términos apoyo en aplicación del artículo 665, va a conllevar una carga de responsabilidad muy importante al notario, puesto que debemos diferencia los apoyos en cuanto a la expresión de la voluntad, etapa o fase en la que consideramos que no es problema aceptar apoyos de terceras personas o externos, y la fase de formación de la voluntad, fase en la que por la naturaleza jurídica y propia de los actos personalísimos no es susceptible de poder prestarse ningún apoyo excepto los que puedan ser prestados por el propio notario para que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones.

Los apoyos que creemos que si podrán proporcionarse en el acto sin romper esa naturaleza de los actos personalísimo serán a nuestro juicio los que recoge la letra del artículo 665, puesto que entendemos que cuando al legislador se refiere a ellos está teniendo en cuenta que estos apoyos no vulneran las normas testamentarias, y por consiguiente, los apoyos encaminados al desarrollo de la toma de decisiones, como son el asesoramiento, las informaciones, las explicaciones precisas, las consecuencias que se deriven del acto y sus efectos, la posibilidad de revocación y modificación del testamento que se otorgar, y todos ellos con los ajustes, advertencias y formulaciones de índole jurídica adecuadas, serán los apoyos de los que nos habla la norma.

---

[559] CAROL ROSÉS, F., "Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad", en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año XCIII, Noviembre-Diciembre 2017, núm. 764, pág. 3.249.

[560] CAROL ROSÉS, F., "Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia…", op.cit. pág. 3.253.

Esto nos conlleva a separar la aplicación de los apoyos necesarios por las personas que lo desempeñen dependiendo de la etapa o fase en la que nos encontremos, es decir, si estamos en la etapa de la expresión de la voluntad de la persona con discapacidad y que pretende otorgar testamento, se podrán permitir los apoyos, no solo los que pueda prestar el notario, sino los apoyos provenientes de terceras personas o externos como por ejemplo, la persona designada por la persona con discapacidad con carácter previo en un poder o mandato preventivo, o la designada o designadas por resolución judicial, o la proporcionado por familiares, o por su curador, guardador de hecho, etc. Observamos que la prestación de apoyos en el acto testamentario, y como consecuencia de una lectura literal del precepto, puede conllevar a interpretar que el notario sea el único apoyo institucional en materia testamentaria, pero consideramos que esto no es así tal y como hemos señalado, y porque además, puede darse el supuesto que en la fase de expresión de la voluntad, el propio notario pueda necesitar a su vez apoyo de los prestadores de apoyo, para de este modo poder conformarse un juicio de capacidad más ajustado y a medida de la persona con discapacidad y que pretende otorgar testamento, por lo que en estos supuestos podemos estar hablando de "recibir apoyos para prestar apoyos".

En definitiva, consideramos que la prestación de los apoyos necesarios para poder otorgar testamento por parte de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad testamentaria, con la interpretación realizada en cuanto a quien puede prestarlo y que tipo de apoyos dependiendo en la fase de la voluntad en la que nos encontremos, no resulta contrario a las normas testamentaria, ni mucho menos al carácter personalísimo del testamento, sino al contrario, resulta una nueva concepción y avance del Derecho sucesorio en este ámbito concreto del testamento como consecuencia del nuevo paradigma que proporciona la Ley 8/2021.

III.4.4. La capacidad testamentaria tras la Ley 8/2021 y las formas testamentarias

Una vez analizados aspectos como el juicio de capacidad emitido por el notario, así como el estudio de los actos personalísimos puesto en relación con la prestación de los apoyos necesarios para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, ya sea mediante apoyos técnicos, materiales o humanos y de los apoyos para que la misma desarrolle su propio proceso de toma de decisiones, vamos a continuación a señalar algunos consideraciones en relación a si la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, se refiere únicamente a la forma del testamento abierto como única forma posible en que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, o bien, extiende dicho ejercicio a otras formas testamentarias como son la relativa al testamento cerrado y al testamento ológrafo, estas últimas como formas ordinarias recogidas dentro de nuestro Derecho sucesorio.

Antes de nada, podemos dejar a continuación resumidos como la doctrina ha estado interpretando esta cuestión antes de la modificación llevada a cabo por la Ley 8/2021. En este sentido, cabrían las siguientes posiciones:

1. En primer lugar, y de conformidad con la anterior redacción del artículo 665, la que consideraba que solo es posible por parte de la persona con discapacidad otorgar

testamento abierto como expresión del ejercicio de su capacidad jurídica dentro del ámbito testamentario, y en consecuencia y con carácter general, no sea admitía las formas del testamento cerrado y del testamento ológrafo. En este sentido, y entre otros muchos autores, BERROCAL LANZAROT[561], cuando hacía referencia a la posibilidad de testar en intervalo lúcido, señalaba que solo operaba con la forma del testamento notarial abierto, excluyendo con ello la forma ológrafa y resultando más discutible la relativa al testamento cerrado, pero apreciando en relación a esta última, que el notario no puede conocer certeza si el testador se hallaba en su cabal juicio en el momento en que redacto el documento, puesto que son dos momentos diferentes y en los cuales el testador debe hallarse con la capacidad suficiente para testar.

2. En segundo lugar, la que admitía tanto la forma del testamento abierto de conformidad con lo que establecía el artículo 665, así como la forma del testamento cerrado, puesto que el notario interviene y evalúa el correspondiente juicio de capacidad en el momento del levantamiento del acta del testamento. Dentro de este supuesto, creemos que puede ser relevante, si desde la redacción y elaboración del testamento hasta el levantamiento del acta por parte del notario no transcurría un excesivo tiempo y se hacía en un periodo temporal corto, puesto que si el notario establece y evalúa que el testador tiene suficiente capacidad para otorgarlo, se puede sobrentender, y ello como interpretación extensiva, que la tuvo cuando realizo el testamento. Sin embargo, y como consecuencia de los diversas y diferentes enfermedades mentales, los espacios temporales en que una persona puede estar con una suficiente capacidad para testar o no pueden ser también relativamente cortos, argumentación que desmontaría la posición que hemos establecido anteriormente, conllevando con ello la aceptación del testamento abierto como única forma en la que la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad pudiese ser evaluada.

3. Y por último, y sin perjuicio de admitir las dos formas testamentarias anteriores, esto es, la del testamento abierto o notarial y la del testamento cerrado, estaría la posición que también admitía el testamento ológrafo como forma testamentaria o instrumento que pudiere ser utilizada por parte de la parte con discapacidad intelectual. En este sentido, dicha posición era prácticamente minoritaria por no decir nula, y prácticamente unánime la posición de la doctrina[562] que entendía que esta forma testamentaria si quedaría fuera del ámbito de aplicación o utilización por parte de la persona con discapacidad intelectual, al entender que en la misma no existe ningún control o garantía sobre la capacidad que se ostenta en el momento de realizar dicho testamento, y por ende, no siendo posible su utilización.

Una vez sintetizadas las posiciones doctrinales en cómo se ha venido interprendo el artículo 665 en cuanto a la posibilidad de que la persona con discapacidad intelectual pudiera otorgar un determinado testamento o no, vamos ahora abordar si la nueva redacción que conforma este precepto como consecuencia de la reforma operada por la

[561] BERROCAL LANZAROT, A. I., "La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCIV, Noviembre-Diciembre 2018, núm.770, págs. 3.355-3.356.

[562] Entre otros muchos autores, BELTRÁN HERERIDA, MANRESA Y NAVARRO, RAMS ALBESA, etc.

Ley 8/2021, permite el empleo de todas estas formas de testar, esto es, la relativa al testamento abierto, la del testamento cerrado y la del testamento ológrafo, y ello como instrumentos por medio de los cuales las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica, o si por el contrario, alguna de ellas no podrían ser utilizada y empleada en el ejercicio de la capacidad de dichas personas.

En primer lugar, podemos situarnos y presentar esta cuestión, desde el punto de vista más claro, y es interpretar que de la dicción del artículo 665 del Código Civil, el legislador ha optado por la forma testamentaria del testamento notarial o abierto como el instrumento más idóneo para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, puesto que dicha modalidad es una de las formas testamentarias que reviste mayores garantías y seguridad jurídica en cuanto al acto que se realiza, lo cual queda justificado en las siguientes consideraciones:

a) Primeramente, por el principio de seguridad jurídica, esto es, por la certeza de que la voluntad que se recoge por medio de las disposiciones o cláusulas que conforman el testamento son las que realmente ha querido dejar reflejadas el testador, conforme a su voluntad, deseos y preferencias, entendiendo asimismo los efectos y consecuencias que se derivan de las mismas. A lo expuesto, podríamos añadir que la intervención del notario es una mecanismo válido y eficaz para evitar y controlar las indebidas influencias o los posibles vicios en los que el testador pudiese incurrir, puesto que como todos sabemos estamos ante un acto o negocio *mortis causa* que puede generar importantes consecuencias o resultados económicos en los haberes hereditarios de los correspondientes herederos, legatarios o legitimarios. Además, en el caso de que el testador sea una persona con discapacidad, puede ser objeto de situaciones de aprovechamiento, influencias indebidas y demás acciones que pueden ser ejercidas por alguno o todos los interesados para su mejora en cuanto a su posible haber hereditario.

Además, y como señalan autores como TARRAGÓN ALBELLA[563], la razón de ser de la función notarial, es proporcionar seguridad jurídica a los ciudadanos en sus relaciones jurídicas, tanto de carácter personal, familiar o económicas, puesto que la claridad y certidumbre de las relaciones jurídicas supondrán facilitar el tráfico jurídico, y en consecuencia, ser una garantía para terceros, ahorrando costes en relación con el sistema judicial, al evitar que muchos de estos negocios lleguen a dirimirse en dicho ámbito. Dentro de la doctrina moderna, la actividad notarial se ha venido identificando con la jurisprudencia cautelar, y el concepto de seguridad jurídica preventiva ha alcanzado un consolidado arraigo en nuestra realidad.

b) En segundo lugar, la valoración del juicio de capacidad que debe realizar el notario para comprobar y cerciorase de si la persona con discapacidad comprende el contenido y alcance de las diferentes cláusulas o disposiciones testamentarias que conforman el testamento, y en consecuencia, los efectos y alcance que producirán las mismas en el momento en que adquieran vigencia o sean aplicables, esto es, en el momento de la muerte del testador. Este juicio de capacidad que se realizará en el

---

[563] TARRAGÓN ALBELLA, E., *La función notarial,* en la obra colectiva "GPS Notarial", edición especial para el Consejo General del Notariado, NIETO CAROL, U. (dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 64.

momento de otorgar el testamento, y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 666 del Código Civil, es uno de las aspectos claves y diferenciadores entre los partidarios o defensores que consideran que por ello no es admisible considerar el testamento cerrado como forma testamentaria para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, siéndolo mucho menos aún la del testamento ológrafo, puesto que en ambas el notario no ha podido valorar la capacidad del testador en el momento de la redacción del documento. Solamente en lo que se refiere al testamento cerrado, será el levantamiento del acta del otorgamiento el lugar donde el notario, aparte de otras solemnidades que se deben llevar a cabo, podrá apreciar la capacidad testamentaria del testador, o en nuestro caso, de la persona con discapacidad.

c) En tercer lugar, dentro del testamento abierto, es donde se hace más evidente la prestación de los apoyos necesarios a la persona con discapacidad para otorgarlo, puesto que el notario constituye un apoyo ideal de asesoramiento e información, y de este modo poder resolver cuantas cuestiones, especialmente de índole jurídica que pudieran surgirle al testador en el desarrollo de su propio proceso de toma de decisiones, y con ello conseguir la plasmación de voluntad del testador conforme a lo querido por él, a sus deseos y preferencias.

d) Y en cuarto y último lugar, como señala ÁLVAREZ LATA[564], la preferencia de esta forma testamentaria también puede quedar justificada en la propia ubicación del precepto, puesto que el artículo 665 ha quedado ubicado en sede de disposiciones generales y no en el apartado correspondiente al testamento notarial, es decir, que si no hay notario que pueda comprobar la eficacia de los apoyos para conformar la voluntad del testador de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 663, no se estaría llevando el acto testamentario con las suficientes garantías que el mismo requiere por su propia naturaleza jurídica.

Sin embargo, y en esto coincidimos plenamente con la citada autora, esta interpretación estaría contradiciendo los principios y postulados inspiradores de la reforma que ha llevado a cabo la Ley 8/2021, y asimismo, estaría lesionando los principios recogidos en el artículo 249, quedando en consecuencia dicha interpretación fuera de la Convención. Porque como señala ésta autora[565] en el comentario de este último artículo, se ha cambiado la finalidad de la prestación del apoyo a la persona con discapacidad, puesto que se pasa de un sistema de protección y de consecución de su mayor interés, a un sistema donde la prestación de apoyo conllevará procurar que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones de acuerdo con su propia autonomía, esto es, de acuerdo con su voluntad, deseos y preferencia. En relación con esto último, el respeto a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad de la persona con discapacidad sustituye la protección del interés superior o mejor interés como eje del sistema, y conlleva a enfatizar el desarrollo del propio proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad, aunque esto signifique que la misma pueda equivocarse en las decisiones adoptadas por ella.

---

[564] ÁLVAREZ LATA, N., *Comentario al art. 665 del CC.,* en "Comentarios al Código Civil", BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), 5ª ed., Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra, 2021, pág. 911.

[565] ÁLVAREZ LATA, N., *Comentarios al art. 249.…*, op.cit. pág. 470.

Por todo ello, la autora concluye que la opción del testamento abierto sería la opción más deseable y recomendada para que la persona con discapacidad ejerciese su capacidad jurídica, por la certeza y seguridad jurídica que proporcionaría la misma ante un futura impugnación de dicho instrumento en sede judicial, destacando los problemas que en relación con este ámbito podrían presentar las otras formas testamentarias, especialmente la referida al testamento ológrafo.

No obstante, en virtud de lo expuesto, y puesto de manifiesto la preferencia del testamento abierto como medio o instrumento más idóneo para que la persona con discapacidad intelectual puede ejercer su capacidad jurídica, no implica que la misma, de acuerdo al espíritu de la Ley 8/2021, y en consecuencia, a los principios y postulados de la Convención, no pudiera otorgar otras formas testamentarias como son la del testamento cerrado y la del testamento ológrafo, circunstancia ésta así considerada por los sectores más radicales en defensa de la aplicación de los principios y postulados de la Convención, los cuales basan sus demandas en el reconocimiento de la plena capacidad de las personas con discapacidad, la cual no es posible restringir, limitar o acotar en cuanto a ningún tipo de derecho en su ejercicio, señalando en consecuencia que no hay problema alguna en considerar que dichas formas testamentarias sean utilizadas como instrumentos válidos y eficaces por las personas con discapacidad intelectual. Sin embargo, creemos que dichas formas testamentarias, estarían advocadas en la mayoría de los supuestos a una más que probable impugnación ante los tribunales de justicia, impugnaciones que estarían basadas no solo en cuestiones de índole relativa a la capacidad de la persona, que habría que demostrarlo, sino también en cuestiones de índole jurídica como consecuencia de las solemnidades y formalidades propias de cada forma testamentaria a las que nos estamos refiriendo.

Además, y aparte de estas posibles impugnaciones en cuanto a estas formas testamentarias en virtud de lo señalado en el párrafo anterior, vamos a completar nuestra argumentación en el sentido de que las mismas no serían convenientes en cuanto a su utilización por la persona con discapacidad, señalando algunos aspectos como son:

En cuanto a la primera de ellas, esto es, el testamento cerrado, podríamos volver a recordar ahora las cuestiones ya analizadas anteriormente en el presente trabajo y que abordamos cuando nos referimos a ciertos aspectos sobre la posibilidad de poder otorgar un testamento cerrado por parte de una persona con la capacidad de obrar modificada en virtud de sentencia firme o resolución judicial de provisión de apoyos, aspecto éste controvertido en el sentido de que por la propia naturaleza de esta forma testamentaria, no se podía comprobar la capacidad que poseía el testador en el momento de realizar el testamento, así como que dicha voluntad manifestada no estuviese viciada de algún modo, garantías éstas que al contrario del testamento abierto, si quedan en este salvaguardadas y salvadas por la intervención del notario. Será en el acta del levantamiento del testamento cerrado donde el notario pueda comprobar en ese momento si el testador tiene la suficiente capacidad para poder otorgar el testamento, y en este sentido, evaluar si la persona conoce, quiere y acepta, el alcance y contenido de las disposiciones testamentaria que recoge dicho instrumento.

Además conviene señalar que en la práctica notarial, y como aprecia LÓPEZ BURNIOL[566], ésta forma de testar ha desaparecido totalmente de las notarías, y ello como consecuencia de las ventajas del testamento abierto ante notario por la ausencia de formalidades posteriores a su otorgamiento, y la posibilidad de una mayor asistencia técnica, en nuestro caso, prestación de apoyos, así como la probada garantía del secreto del protocolo general de las notarías, no inferior al que fue el protocolo reservado, lo cual ha conllevado cada vez más a una escasa utilización y abandono gradual de esta forma testamentaria.

Esta escasa utilización a la que nos estamos refiriendo, han sido argumentadas por autores como ALBALADEJO GARCÍA[567], de acuerdo a tres razones principales:

1. Como consecuencia de las muchas formalidades que requiere esta forma testamentaria, lo cual conlleva a que el testamento abierto sea más fácil y sencillo en su otorgamiento, extremo éste que se deberá tener muy en cuenta en su conveniencia cuando hablamos de personas con discapacidad intelectual.

2. Los trámites y gastos que suponen su apertura y protocolización.

3. Cuando no tiene interés el testador que se desconozca lo que ordena en su última voluntad, o aun teniéndola, puede conseguir los mismos efectos con el testamento abierto no dando a conocer a los interesados sus disposiciones, y más aún después de la reforma llevada cabo por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, y que suprimía la presencia de testigos.

En consecuencia, se observa como los requisitos del testamento cerrado son más numerosos que los del abierto o del ológrafo, por lo que el riesgo de que pueda ser declarado nulo por defecto de alguno de ellos aumenta considerablemente.

Este aspecto del poder ser otorgado esta forma testamentaria bajo la anterior regulación del artículo 665 fue objeto de discusión por parte de la doctrina, configurándose al respecto dos posiciones doctrinales; por un lado, los partidarios o defensores que defendían que la persona con discapacidad si podía otorgar esta forma testamentaria, como por ejemplo y entre otros, CASTÁN, LACRUZ o SÁNCHEZ ROMÁN, los cuales argumentaban para mantener esta posición que el testamento no era necesario e imperativamente que fuese escrito por el testador, puesto que podría ser escrito o redactado por otra persona siguiendo las instrucciones del testador, y asimismo, de acuerdo con las normas testamentaria que regulan este instrumento, la capacidad del testador es apreciada por el notario en el momento en que se otorga, esto es, en el levantamiento del acta; y por otro lado, los defensores de la posición de que el demente en intervalo lúcido (términos propios anteriores a la reforma) no podía otorgar este tipo de acto o negocio jurídico *mortis causa*, como son entre otros, PUIG BRUTAU, MANRESA, BELTRÁN DE HEREDIA, basando sus argumentos en que la capacidad del testador no podía ser apreciada en el momento en que se redacta el testamento, puesto

[566] LÓPEZ BURNIOL, J.J., *Comentario del Artículo 706 del Código Civil,* Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1.785.
[567] ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo IX, Vol. 2.º, Artículos 706 a 743 del Código Civil, Ed. Edersa, Madrid, 1983, pág. 2.

que la extensión del acto del otorgamiento ante notario puede darse en un momento temporal muy posterior al de su redacción. No obstante, el planteamiento de estas cuestiones ya los abordamos de forma más extensa y detallada en el epígrafe destinado para ello, remitiéndonos allí para evitar ahora repeticiones innecesarias.

Como consecuencia del secretismos que engloba esta forma testamentaria, resulta muy difícil por no decir imposible, valorar si la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha podido desarrollar su propio proceso de toma de decisiones sin ningún tipo de influencias o vicios, y asimismo, sin la prestación de apoyos, especialmente de carácter jurídico, como sí se produce en el testamento abierto. Entendemos, que si podría darse estos apoyos en los supuestos en que un tercero se limita a recoger la voluntad manifestada por la persona con discapacidad, lo cual no supondría ninguna sustitución y alteración en la formación de la voluntad, y por tanto la validez del acto testamentario, pero sí se podría estar muy expuesto a sufrir algún tipo de malversaciones, presiones o influencias en el momento de recoger dicha voluntad.

En este sentido podemos partir de la presunción de buena fe de la persona que está prestando el apoyo, puesto que puede ser el propio prestador de apoyos que haya sido designado por la persona con discapacidad, o bien un ascendiente que ayude a su hijo en este sentido, pero ello no quita que estos supuestos testamentarios planeé la duda razonable en torno a influencias indebidas en la voluntad manifestada. No obstante, y en defensa de permitir el empleo de esta forma testamentaria por las personas con discapacidad intelectual, se podría aludir y según ya se hacía por la doctrina antes de la reforma, al que en este tipo de forma testamentaria el notario que intervenga para levantar el acta del otorgamiento del correspondiente testamento cerrado, será el encargado de enjuiciar la capacidad del testador, entendiéndose la valoración positiva de la capacidad en ese momento extrapolable al momento de su confección o redacción.

En cuanto a la última de las formas testamentarias a la que estamos aludiendo como instrumento para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, esto es, el testamento ológrafo, ha sido una de las formas testamentarias en las que prácticamente la totalidad de la doctrina ha coincido en reconocer como una forma no válida y por ende utilizable por la persona con discapacidad intelectual para otorgar testamento, y ello, por la ausencia total en relación con la valoración y juicio de capacidad.

No obstante, antes de nada, podemos comenzar señalando con carácter general los aspectos positivos que conforman o confluyen en esta forma testamentaria, y que pueden resultar llamativos en cuanto a su uso y utilización, no sólo por la persona con discapacidad intelectual, sino por la persona con capacidad plena y que considerase su empleo como instrumento donde dejar recogida su última voluntad.

Estos aspectos que podríamos llamar positivos, podrían ser:

a) En primer lugar, el secretismo absoluto que engloba dicha forma testamentaria, es decir, la ausencia de terceras personas en su redacción, lo cual conlleva que éste secretismo se extiende no solo en cuanto a su contenido, sino en cuanto a la propia existencia del mismo, puesto que puede realizarse sin que nadie lo sepa, circunstancia ésta que lo diferenciará por supuesto del testamento abierto, y asimismo del testamento cerrado, el cual, si puede ser redactado en secreto, pero no podrá ocultarse su existencia,

puesto que en el momento del levantamiento del acta por parte del notario como requisito formal de dicha forma testamentaria, conllevará que se conozca la existencia del mismo.

Sin embargo, conviene señalar que este tipo de testamento o instrumento tiene que ser redactado en su totalidad y escrito de puño y letra por el testador como uno de los presupuestos esenciales de componen esta finca testamentaria, sin que quepa la redacción del mismo mediante la utilización de cualquier otro sistema como la mecanografía, el soporte informático e incluso, en el caso de personas con discapacidad visual el empleo del sistema de braille, puesto que es mediante los rasgos caligráficos donde se obtiene la certeza de que el testamento ha sido escrito por el testador permitiendo su identificación. En este sentido, autoras como TORRES GARCÍA[568], afirma que el testador debe escribir el testamento ológrafo de su propia mano, lo cual proporciona dos exclusiones, que sea obra de un tercero o bien que el propio testador emplee medios fonográficos o mecánicos, puesto que aunque pudiera sostener que ha sido escrito por él, no puede sostener que ha sido su mano la autora de ello, e igualmente, deben quedar excluido la utilización de aparatos ortopédicos u otras partes del cuerpo distintas de la mano.

No obstante, en este sentido, y según señalan autoras como TORAL LARA[569], existen ciertas tendencias que afirman que el requisito de que el testamento ológrafo sea íntegramente manuscrito por el testador no es esencial del mismo, y que podría ser perfectamente válido un testamento ológrafo escrito a través de medios mecánicos, en fundamental referencia a los electrónicos.

b) En segundo lugar, otro beneficio o aspecto positivo del testamento ológrafo, sería los aspectos económicos del mismo, esto es, la ausencia en la intervención del notario y demás formalidades, conllevará un ahorro en los costes de esta forma testamentaria, puesto que con un simple folio en blanco y bolígrafo, sería suficiente para la redacción del mismo. Otra a será su posterior adveración y protocolización[570], aspectos éstos que si conllevarán un coste económico, y los cuales fueron objeto de regulación por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria al modificar el artículo 689[571].

Sin embargo, el testamento ológrafo también encierra diversos aspectos problemáticos, de los cuales podemos destacar los siguientes:

1. En primer lugar y como rasgo más problemático de este instrumento, será la apreciación de capacidad del testador, y en este sentido, autoras como TORRES GARCÍA[572], señalan que no se dan las garantías que sí ocurren tanto en el testamento

---

[568] TORRES GARCÍA, T.F., *Comentario a los Artículos 676 a 693 del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1.737.
[569] TORAL LARA, E., *Presente, pasado y futuro del testamento ológrafo,* en la obra colectiva "Estudios de Derecho de Sucesiones. *Liber Amicorum* T.F. Torres García", DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.ª P. (dirs.), HERRERO OVIEDO, M. (coord.), Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2014, pág. 1.386.
[570] Visto en este sentido el trabajo de HERRERO OVIEDO, M., *El testamento ológrafo en el Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria: El final de una disfunción,* en la obra colectiva "Estudios de Derecho de Sucesiones. *Liber Amicorum* T.F. Torres García", DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.ª P. (dirs.), HERRERO OVIEDO, M. (coord.), Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2014, págs. 635-656.
[571] La Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria modificó el artículo 689 relativo al testamento ológrafo, en el sentido de atribuir al notario la competencia para la adveración y protocolización de los testamentos ológrafos, los cuales, en su régimen anterior debían presentarlo en el Juzgado desde que se tuviera noticias de la muerte del testador.
[572] TORRES GARCÍA, T.F., *El testamento ológrafo*…, op.cit. pág. 207.

abierto como en el testamento cerrado, y ello en lo relativo a la intervención del notario a la hora de valorar y enjuiciar la capacidad del testador, siendo en el primero de ellos el momento en que se otorga y en el segundo en el levantamiento del acta del otorgamiento de dicho testamento. En consecuencia, ante la ausencia de éstas garantías y puesto que el testador actúa, solamente existe un elemento para poder fijar la capacidad del testador, esto es, la fecha en la que se otorgó, y por ello aunque partiendo de la regla o presunción general de capacidad y que es atribuida a todo testador, en el momento que pudiera demostrarse que el mismo tenía afectadas sus capacidad cognitivas en ese momento, sería posible la declaración de nulidad del testamento ológrafo mediante su impugnación.

2. Otro de los aspectos problemáticos, y asimismo que impediría la utilización de esta forma testamentaria, ya sea con capacidad plena o no, y ello como consecuencia del requisito de que el mismo debe ser escrito por el testador, es que este instrumento no podrá ser utilizado por personas que no saben escribir, siendo más discutido su utilización por personas con discapacidad visual.

3. Otro de los presupuestos problemáticas en relación a este testamento, serían las propias formalidades que conlleva en su redacción, no solo en cuanto a que el mismo debe ser redactado de puño y letra por el testador, sino a la consignación de la fecha, caligrafía a utilizar, enmienda de errores y tachaduras, así como las dudas que pudieran surgir de aspectos propiamente o de índole jurídica, puesto que a nadie se le escapa la complejidad y aplicación práctica de ciertas figuras e instituciones del Derecho sucesorio. En consecuencia, sería muy fácil que por no contemplar los aspectos formales de este tipo de testamento, así como de un error en la interpretación de cuestiones de índole sucesoria, se cometiese algún error insalvable y en consecuencia, la declaración de nulidad del mismo.

4. Por último, y como señala DÍAZ ALABART[573], uno de los aspectos más problemáticos que el testamento ológrafo presenta en la actualidad, radica en que independientemente de quien lo escriba, persona joven, anciana, o como podría ser en nuestro ámbito de estudio, una persona con discapacidad intelectual, es que cada vez es más raro la escritura manual y ello como consecuencia del desarrollo de los medios electrónicos, con lo que en el supuesto de esta forma de testar, en el momento de la adveración del testamento pueden surgir problemas a la hora de poder identificar la caligrafía del testador, y por consiguiente acreditar con certeza que el testamento ha sido redactado por el testador. La autora llega a señalar que la problema es de tan difícil solución que podría conllevar a la desaparición de esta forma de testar, y propone el poder considerar por válido un testamento ológrafo escrito por medios mecánicos y firmado por el testador, o incluso la posibilidad de que el mismo sea escrito en braille en los supuestos que el testador sea una persona ciega.

En definitiva, y después de analizar todas estas formas o instrumentos para poder testar de este modo que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica, podría versar en qué grado de seguridad jurídica queremos alcanzar, esto es, si queremos un ordenamiento jurídico donde prime la seguridad jurídica por encima de todo,

[573] DÍAZ ALABART, S., *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones,* Ed. Reus, S.A., Madrid, 2018, pág. 15, en la nota puesta al pie (13).

lo cual conllevará inexorablemente en nuestro ámbito de estudio a una restricción de las formas testamentaria a utilizar por parte de las personas con discapacidad intelectual, o si por el contrario favorecemos el reconocimiento y ejercicio de la capacidad jurídica de estas personas, permitiendo el uso de cualquiera de las forma testamentarias legalmente admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.

La defensa de la primera de las posiciones a las que hemos aludido, configurará el testamento abierto o notarial, como la forma deseada o más idónea para el ejercicio de la capacidad jurídica por personas con discapacidad intelectual, y ello en aras de evitar una alta litigiosidad en cuanto a la impugnación de este instrumento ante la autoridad juridicial, y como consecuencia de la seguridad jurídica y la salvaguarda de garantías que proporciona la intervención del notario en dicho acto, especialmente la representada en la presunción *iuris tantum* en cuanto a la capacidad del testador.

En cambio, la aceptación de las segundas de las posiciones señaladas, hará un mayor desarrollo de aspectos como la libertad dentro del ámbito testamentaria y el libre ejercicio de derechos, en nuestro caso, de que la persona con discapacidad intelectual de acuerdo a su deseos, preferencias y voluntad pueda elegir la libertad testamentaria que considere oportuna, sin que sea admisible la limitación o restricción de ninguna de ellas, y de este modo alcanzar la finalidad o espíritu que ha introducido la Ley 8/2021, y ello en aplicación de los presupuestos y postulados que emanan de la Convención. No obstante, los defensores de esta opción o posicionamiento, señalan que siempre existirá el filtro judicial o posibilidad de impugnar el testamento posteriormente por falta de capacidad testamentaria del acto, es decir, por no entender el acto que se está realizando ni sus consecuencias o efectos. En conclusión, será mejor dejar ejercer derechos y luego, si es el caso, anularlos, que restringir derechos desde un principio, aspecto éste que como hemos señalado vulneraría los principios y presupuestos de la Convención.

Por último, conviene considerar, que sí al final admitimos la posibilidad de poder realizar testamento cerrado y de forma ológrafa por parte de la persona con discapacidad intelectual, y ello como consecuencia del ejercicio de su capacidad jurídica y en aplicación de los presupuestos de la Convención, así como de los defensores de las tesis más radicales en cuanto a la no limitación de ningún tipo de derechos en relación con la personas con discapacidad, y de su reconocimiento de capacidad plena en el ejercicio de su capacidad jurídica, no habría inconveniente en reconocer a estas personas la posibilidad de utilizar cualquiera de las otras formas testamentarias especiales que recoge y son admitidas por nuestro Código Civil, como son por ejemplo los testamentos abiertos otorgados en peligro inminente de muerte[574] o bien en tiempo de pandemia[575], o bien, las formas testamentarias otorgadas ante otras personas distintas al notario, como pueden ser los testamentos de carácter militar, marítimo o el otorgado ante el correspondiente funcionario público en país extranjero (si bien cabe señalar en estos supuestos nos estamos refiriendo a los cónsules, los cuales intervienen o lo hacen en funciones notariales).

[574] Esta forma testamentaria, permite otorgar testamento al testador que se hallare en peligro inminente de muerte ante cinco testigos idóneos sin necesidad de la presencia o la intervención de un notario.

[575] En la forma del testamento en caso de pandemia, se permite poder otorgar testamento al testador sin la intervención de un notario, ante tres testigos, todos ellos mayores de dieciséis años.

Es definitiva, y si este es el itinerario a seguir a partir de ahora en materia testamentaria en relación con las personas con discapacidad intelectual y en virtud de lo que acabamos de exponer, podemos estar hablando en este ámbito del testamento del pleno reconocimiento de la capacidad de testar bajo cualquiera de las formas legalmente admitidas y establecido por nuestro Código Civil para estas personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, y ello en igualdad de condiciones que el resto de personas mediante la prestación de los apoyos y medios necesarios que necesiten o requieran para realizar dicho acto o negocio *mortis causa*.

III.5. El nuevo paradigma en la regulación de la capacidad testamentaria de las personas con discapacidad llevado a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio

Durante el desarrollo de este trabajo, hemos destacado el impacto que ha supuesto la Convención de Naciones Unidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico durante los últimos catorce años, tiempo donde ha visto la luz diversa normativa[576] reguladora relativa al ámbito de la discapacidad, y que de algún modo requería y anunciaba una reforma profunda a estos efectos, reforma que ha tenido su principal pilar o baluarte donde sustentarse en la voluntad de la persona con discapacidad, principio que engloba todo el proceso de toma de decisiones por parte de la misma, de acuerdo con sus deseos, preferencias y creencias, estableciendo las medidas necesarias para que esa voluntad pueda ser expresada libremente, y de este modo garantizar el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones y que el resto de personas.

Estos conceptos, los podríamos dejar recogidos en una expresión acuñada en los últimos años, especialmente por ciertos sectores jurídicos y los colectivos que representan a las personas con discapacidad, y que queda representada en el reconocimiento de la plena capacidad de la persona con discapacidad, expresión que antes de la reforma no tenía cabida en nuestro ordenamiento jurídico, y a día de hoy, se sigue poniendo en tela de juicio por el significado que de ella se puede desprender.

Largo ha sido el camino desde la aprobación de la Convención en el año 2006 y de su posterior ratificación por parte del Estado Español en el año 2008, hasta la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, y cuya trayectoria ha estado marcada por

[576] Como ejemplos representativos de lo expuesto, y entre otra normativa podemos citar: la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 26/2011, de 1 de agosto, referente a la adaptación de la normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de fecha 13 de diciembre de 2006; la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modificada por la Ley 4/2017, de 28 de junio; la Ley General 2013 de Derechos de las personas con discapacidad y de su Inclusión Social; la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que permite ocupar suelo público para instalar ascensores y eliminar así barreras de edificios; el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (disposición que nos ofrece un concepto de discapacidad mucho más abierto y amplio del que se venía entendiendo hasta la fecha); la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, o bien, el Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española, aprobado el día 11 de mayo de 2021.

intensos debates fruto del calado de la reforma que se planteaba, puesto que la misma, aparte de los aspectos sociales y de Derechos humanos que afectaban a la persona con discapacidad, también afectaba a muy diversas y diferentes áreas del Derecho, como por ejemplo, la civil, la procesal, la hipotecaria, etc., y en consecuencia, a numerosas instituciones y códigos propios de dichas áreas. Es por ello que esta reforma, no solo ha significado un cambio profundo dentro del ámbito del Derecho civil, especialmente en lo que se refiere a la capacidad de la persona, sino un cambio de carácter transversal de otras ramas jurídicas y que integran nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo, la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, así como el Código de Comercio.

III.5.1. Las líneas generales que conforman la Ley 8/2021, de 2 de junio. Contenido y significado

Como ya hemos señalado y analizado a lo largo de los anteriores epígrafes, conviene recordar nuevamente que la Ley 8/2021, ha supuesto un nuevo paradigma dentro del ámbito de la discapacidad, con una nueva concepción y significación de los aspectos que conforman el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, o las llamadas y ya superadas capacidad jurídica y capacidad de obrar de la persona. Esta nueva concepción ha supuesto el reconocimiento en relación a que las personas con discapacidad tiene plena capacidad jurídica, cuyo ejercicio deberá ser garantizado en igualdad de condiciones que el resto de personas, y para el cual, se le deberán prestar todos los apoyos y medidas que sean necesarios.

Pero se trata de una reforma compleja. Un ejemplo práctico de la complejidad de esta reforma hasta ver la luz en la Ley 8/2021, se ha visto reflejado en las modificaciones que se han ido produciendo tanto en los Anteproyecto de Ley de los años 2018 y 2019, así como en los Proyectos de Ley de los años 2020 y 2021, complejidad que como hemos señalado han tenido su pilar principal en el cambio de sistema que se ha producido dentro del ámbito de la discapacidad, poniendo ahora el foco la voluntad de la persona.

En este sentido, autoras como GARCÍA RUBIO[577], señalan tres razones por la que dicho cambio ha resultado tan difícil: la primera de ellos, por el cambio radical que implicaba en nuestro sistema legal, y ello como consecuencia del concepto jurídico que era objeto de reforma, esto es, la capacidad jurídica de la persona. El cambio que recoge la Convención es tan diferente y revolucionario al que se recogía en nuestro ordenamiento jurídico, que el mismo solo puede calificarse como radical; en segundo regular, porque se trata de un cambio transversal, es decir, implica una modificación de una gran cantidad

[577] GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", en *Familia y Sucesiones. Cuaderno Jurídico,* núm. 136, 2021, págs.45-62, siendo consultado en el caso de la presente cita la versión digital de dicho artículo, SP/DOCT/114070, pág. 3.

de diferentes y diversas leyes o normativas jurídicas; y en tercer lugar, y como consecuencia de la anterior razón, el cambio que ha llevado a cabo se hacía especialmente complejo.

Asimismo esta autora[578] señala, que dentro del proceso de reforma que se ha llevado a cabo, los objetivos marcados por la Comisión General de Codificación se han basado en dos aspectos; por un lado, la adaptación máxima de a lo que establecía el artículo 12 de la Convención; y por otra lado, a la mayor adaptación posible a la Observación General Nº 1 del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad realizada en el año 2014, aspectos éstos ya tratados en anteriores epígrafes del presente trabajo de investigación. En resumen, y como aprecia esta autora, *"el objetivo de la reforma viene presidido por una idea central: las personas con discapacidad tiene derecho a tomar sus propias decisiones (como se reconoce en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), también cuanto estas tienen trascendencia jurídica. En este caso tienen derecho a que esa toma de decisiones sea realizada con el apoyo que precisen, apoyo que el ordenamiento jurídico tiene que prever para hacer posible la plena integración de estas personas en el mundo jurídico"*.

Por último, esta autora[579] recoge los puntos principales de la parte sustantiva de la nueva Ley, los cuales podemos dejar sintetizados en los siguientes:

1. No se da una definición de discapacidad.

2. No se hace diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

3. No se contempla el criterio del "mejor interés de la persona con discapacidad".

4. El único criterio de actuación es el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

5. Se reconoce el derecho al apoyo, pero no se contempla de modo expreso la facultad de renunciar a él.

6. Respeto a los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad en los apoyos.

7. Atención bifrontal, pues se trata de atender tanto a los aspectos patrimoniales como a los personales de la persona con discapacidad.

8. Restricción máximo de los supuestos en los que se permite la sustitución en la toma de decisiones de la persona con discapacidad.

9. Junto con los apoyos, se establecen salvaguardas.

10. Es una ley destinada a los mayores de edad.

En cuanto al decálogo reseñado, nos gustaría haber las siguientes precisiones:

a) En primer lugar, y como se desprende de la Convención, el concepto de discapacidad ha sido abordado o entendido como un concepto muy amplio y general en la misma, concepto que además es muy variable como consecuencia de las circunstancias personales, familiares y sociales que rodean a la persona con discapacidad. Es por ello, que sin perjuicio de estar enfocada principalmente ésta reforma hacia la regulación de

[578] GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Contenido y significado…", op.cit., siendo consultado en el caso de la presente cita la versión digital de dicho artículo, SP/DOCT/114070, pág. 4.

[579] GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Contenido y significado…", op.cit., siendo consultado en el caso de la presente cita la versión digital de dicho artículo, SP/DOCT/114070, págs. 5 y ss.

aspectos relativos a la discapacidad intelectual o sensorial de la persona, en nuestra materia de estudio referida al ámbito testamentario, no olvida la regulación de ciertos aspectos relacionados con la discapacidad física de la persona, siendo un ejemplo de ello el nuevo tratamiento legal que se ha atribuido a los artículos 708 y 709 del Código Civil.

b) En segundo lugar, ya abordamos detenidamente los aspectos y posiciones doctrinales en relación con la concepción de las llamadas capacidad jurídica y capacidad de obrar de la persona, y que entendemos que no son objeto de supresión, sino al contrario, de plenitud y reconocimiento de ambas, quedando ahora perfectamente definidas al señalar el ejercicio (capacidad de obrar) de la capacidad jurídica (capacidad jurídica tradicional) de las personas con discapacidad. No obstante, y sobre lo que se ha trabajado y desarrollado, ha sido la no limitación, restricción o acotamiento de la capacidad de obrar de la persona.

c) En tercer lugar, y ante la supresión del "mejor interés" o "interés superior" como exigencia recogida en la Observación General Nº 1, nos parece conveniente traer aquí y ahora las argumentaciones que realiza en este sentido la profesora DE SALAS MURILLO[580], la cual, se plantea por un lado, la validez de los respectivos comités como intérpretes auténticos de las Convenciones internacionales, como si éstos comités tuvieran la misma primacía que las propias normas internacionales; y por otro lado, que el completo abandono del criterio del "interés superior" y su sustitución por la indagación de la voluntad -en muchas ocasiones presunta- de la persona con discapacidad, se topa con la realidad de que no pocas veces será inviable adoptar una decisión de este tipo (presunta)[581], porque la persona no tuvo nunca oportunidad de expresar su voluntad o de hacerlo en ese ámbito determinado con las mínimas condiciones de libertad y consciencia, y por ello, hablar en determinadas situaciones de voluntad presunta, pese a la buena intención, no responde a la realidad.

Además, como señala esta autora[582] en cuanto al criterio del "mejor interés" en relación con la persona con discapacidad, que el mismo ha sido la guía de decisiones judiciales cuando una persona con discapacidad intervenía con otra persona que no tiene ningún tipo de discapacidad, y es dentro de este ámbito donde sí se considera que el interés de la persona con discapacidad es más relevante o superior que el interés de la persona sin discapacidad, porque si no, podríamos llegar a la extraña situación de que como consecuencia de aplicar en estas situaciones este interés a favor de la persona con discapacidad estaríamos discriminando a la persona sin discapacidad, teniendo ello como resultado el volverse en contra de la persona con discapacidad.

---

[580] SALAS MURILLO, S., "¿Existe un derecho a no recibir apoyos…", op.cit. pág.2.231.

[581] En este sentido CANIMAS BRUGUÉ, J., "Decidir por el otro a veces en necesario" en La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, núm. 39, págs. 18-19, explica que las decisiones presuntas en su diferenciación de las expresadas o sustitutivas, "son las que se considera que la persona habría tomado si no estuviera en la situación de incapacidad sobrevenida. Son decisiones reconstruidas de forma objetiva por terceras personas a partir de la información de que se dispone sobre la vida, valores, opiniones, preferencias, juicios sobre situaciones parecidas expresados antes de la situación de incapacidad actual, etc., de la persona afectada. Solo son posibles, por lo tanto, en caso de incapacidad (la persona no puede expresar ningún tipo de preferencia, voluntad o decisión, o la que expresa es el resultado de unas condiciones propias o externas claramente inadecuadas) sobrevenida en los cuales se dispone de información fidedigna".

[582] SALAS MURILLO, S., "¿Existe un derecho a no recibir apoyos…", op.cit. págs.2.234-2.235.

d) En cuarto lugar y en lo concerniente a la facultad a recibir apoyos por parte de la persona con discapacidad, creemos que la reforma no ha dejado nada claro este aspecto, especialmente en lo que se refiere a materia de contratos, o en actos donde la negación a la prestación del apoyo conlleve un riesgo, no solo para su salud o persona, sino para el patrimonio de la persona con discapacidad, o bien, la negación de estos apoyos en el ámbito procesal, etc. Además, no ha especificado a qué tipo de apoyos se refiere cuando estamos en materia testamentaría.

e) En quinto lugar, en cuanto a los principios que señala GARCÍA RUBIO, podemos añadir una serie de principios jurisprudenciales derivados de la Convención y que han surgido como fruto del nuevo panorama normativo, así como de la nueva concepción social sobre la discapacidad y la protección de los derechos fundamentales, y que así han sido recogidos en recientes sentencias de nuestro Tribunal Supremo, como por ejemplo, la Sentencia 269/2021, de 6 de mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Seoane Spiegelberg, en la cual, expresamente, dentro del punto 3 del Fundamento de Derecho Segundo de la misma, hace de forma extensa, un estudio de esos principios, los cuales, de forma sistemática señalamos a continuación:

1) En primer lugar, el principio de presunción de capacidad de las personas, y al que ya nos hemos referido con anterioridad.

2) El principio de flexibilidad, el cual está basado en un sistema de protección que no ha de ser rígido, ni estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y, además, constituir una situación revisable. En este sentido, se pone como ejemplo el juicio sobre la modificación de la capacidad de la persona, el cual, no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación 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.

3) El principio de aplicación restrictiva en cuanto a la privación de derechos sólo es factible como sistema de protección (sentencias 341/2014, 1 de julio y 716/2015, de 17 de diciembre), y en este sentido y poniendo como ejemplo un ámbito ya superado, señala esta sentencia que la pérdida del sufragio no es una consecuencia necesaria de la declaración de modificación de la capacidad (sentencias 421/2013, de 24 de junio; 181/2016, de 17 de marzo y 373/2016, de 3 de junio).

4) El principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales, puesto que tanto la "mal expresada" modificación de la capacidad, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio (sentencias 617/2012, de 11 de octubre; 421/2013, de 24 de junio; 341/2014, 1 de julio, 544/2014, de 20 de octubre; 244/2015, de 13 de mayo; 216/2017, de 4 de abril y 118/2018, de 6 de marzo).

5) El principio del interés superior de la persona con discapacidad, el cual no se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas, sino que se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar

de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros.

6) El principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, que no deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetado, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada.

7) El principio de fijación de apoyos, que es resultado de la evolución del sistema de sustitución en la adopción de decisiones por otro basado en la determinación de apoyos para tomarlas, que puede abarcar todos los ámbitos de la vida tanto personales, económicos y patrimoniales, que recibe una consagración normativa en la Convención de Nueva York (sentencias 698/2014, de 27 de noviembre; 553/2015, de 14 de octubre y 373/2016, de 3 de junio).

En conclusión y en líneas generales, como elementos modificados por esta reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, podemos realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la superación del tradicional modelo médico-rehabilitador que hasta ahora venía aplicándose dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por un modelo de derechos humanos basado en los apoyos, para que por medio de éstos la persona pueda ejercer su capacidad jurídica y ello en igual de condiciones que el resto de personas. El origen de este cambio de modelo lo podemos situar en la concepción de un concepto amplio de discapacidad, distinto al concepto médico de incapacitación, y el cual ya recogía la Convención.

En segundo lugar, ya hemos señalado, que la voluntad de la persona se constituye en el eje vertebrador sobre el que se sustenta toda la reforma, destacándose la importancia dentro de la misma el proceso de formación y de toma de decisiones de la persona, ante el cual habrá que proporcionar las medidas y salvaguardas necesarias para que el mismo pueda hacerse de forma libre y sin injerencias externas.

En tercer lugar, esta reforma ha supuesto el fin de la institución de la tutela, dejándola reservada exclusivamente para el ámbito de los menores de edad, así como de la institución de la prodigalidad. Lo expuesto, ha conllevado la configuración y nuevo diseño de la institución de la curatela graduada, para de este modo poder dar una solución equilibrada y donde la voluntad de la persona en ningún momento sea sustituida, sino que la persona con discapacidad pueda formar su propia voluntad de acuerdo con sus deseos, preferencias y creencias.

En cuarto lugar, la instauración de un nuevo sistema de protección, representado por las medidas: en primer lugar, las medidas de apoyo voluntarias, ya sean anticipatorias o preventivas, y en la que el legislador ha querido refrendar su preferencia en cuanto al resto de medidas de protección; en segundo lugar, mediante la actualización de una institución ya existente dentro de nuestro ordenamiento jurídico y que era aplicada de forma residual, esto es, la guarda de hecho, y a la cual se la configura como medida de apoyo ante la ausencia de medidas de carácter voluntaria, aunque si bien es cierto es una figura que puede coexistir con ese tipo de medidas, e incluso existiendo medidas judiciales; y por último, la institución más relevante de toda la reforma, esto es, la curatela, la cual queda configurada como una medida de apoyo judicial revestida por un

carácter flexible, y ello como consecuencia de su configuración mediante diversos tipos de curatela, los cuales abarcan desde su estado menos invasivo o casi asistencial, al estado más intenso, y que estaría representada por la más llamada curatela representativa; y en último lugar, podríamos señalar la figura del defensor judicial, como medida que integra este nuevo sistema de protección.

Desde el punto de vista del ámbito del Derecho sucesorio, el cual obligatoriamente nos afecta por ser materia de estudio en el presente trabajo de investigación en lo que refiere a la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad, grandes e importantes también han sido los cambios llevados a cabo por la Ley 8/2021, puesto que aparte de instaurar la voluntad de la persona, ya sea discapacitada o no, como pilar sobre el que asentar esta esfera de la capacidad testamentaria, podemos dejar señalado por lo menos de forma sistemática (puesto que el estudio de estas figuras, por su complejidad y contenido requeriría su análisis por medio de otros trabajos de investigación diferentes a este), otras figuras o elementos del Derecho sucesorio que se han visto modificados por dicha reforma, pudiendo señalar entre ellos los siguientes:

a) Las relativas a las formalidades previstas para las formas testamentarias del testamento abierto y del testamento cerrado, las cuales ya hemos abordado en el epígrafe anterior.

b) Las referentes a las modificaciones en materia de protección de los legitimarios aspecto éste de gran trascendencia en nuestro Derecho sucesorio por su tradición histórico-jurídica, y en especial, en lo que se refiere a supuestos donde uno de los descendientes sea una persona con discapacidad, puesto que a partir de ahora la persona con discapacidad podrá ser titular de la totalidad de la legítima, pero con un gravamen de fideicomiso de residuo constituido a favor del resto de los co-legitimarios.

c) Por último, se aborda la regulación en materia del derecho de habitación sobre la vivienda familiar, constituido el mismo de forma voluntaria o supletoria, a favor del legitimario con discapacidad.

En lo que se refiere a materia donde la reforma operada por el Proyecto de Ley creemos y consideramos que se ha quedado corta, podemos señalar los siguientes ámbitos:

a) En primer lugar, no especifica o define claramente cuáles van a ser los apoyos o medidas necesarias para que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones para poder otorgar testamento. Está claro que el notario queda erigido como el principal apoyo de la persona con discapacidad para este acto o negocio jurídico, pero la reforma no precisa como este fedatario público desarrollará la prestación de estos apoyos.

b) No deja claro si la redacción del artículo 665 está proponiendo el testamento abierto como única forma utilizable por la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, o bien es posible la utilización de otras formas como son el testamento cerrado y el testamento ológrafo.

c) También la reforma creemos que se queda corta en lo relativo a la vulnerabilidad de la persona con discapacidad en su posición de testador, ausencia que también, y en analogía, podemos echar en falta en lo concerniente a la regulación que afecta a la materia de obligaciones y contrato y que también ha sido objeto de reforma

por la Ley 8/2021. Un ejemplo práctico de lo expuesto, lo podemos encontrar en las contrataciones que ciertas compañías de seguro, operadores de telefonía, u otras empresas de diversa naturaleza y dedicadas a la comercialización de productos de cualquier género, en sus campañas de captación de clientes, realizan a personas con discapacidad sin atender a su especial vulnerabilidad y situación concreta, lo cual conlleva gravosos costes económicos y cargas financieras para las mismas, y cuyo resultado queda representado en productos o servicios de escasa utilización para la persona con discapacidad.

d) Por último, señalar, que ésta reforma, pierde una buena ocasión en nuestra opinión, de regular el artículo 822 en cuanto al ámbito y extensión de este derecho de habitación, referido el mismo a fijar y determinar la extensión de las personas que deban vivir en compañía del legatario discapacitado o donatario, y asimismo, en los supuestos en los que el legado de este derecho de habitación sea sobre la vivienda ganancial del cónyuge, supuesto éste en que los intereses del legatario se ven recortados al situarse por detrás del derecho de adquisición de atribución preferente que tiene el cónyuge viudo de conformidad con lo establecido en el artículo 1406 del Código Civil. Aunque ambos derechos puedan ser compatibles, pueden desencadenar y producir problemas en su coexistencia.

Una vez expuestas las líneas generales de esta reforma, no podemos dejar pasar por alto, la primera sentencia dictada en aplicación de la nueva Ley 8/2021, esto es, la Sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sancho Gargallo, la cual resulta muy clarificante a la hora de observar la interpretación que hace el tribunal de los preceptos que conforman la citada Ley 8/2021, especialmente en lo que se refiere a la prestación de apoyos, estableciendo como no podía ser de otra manera el respeto a la dignidad de la persona, a sus deseos y preferencias, pero sin que esto último, suponga un valor absoluto sobre el que no se pueda poner ningún tipo de límite.

Para introducirnos en el supuesto juzgado, empezaremos señalando que estamos ante un típico caso de síndrome de Diógenes, en el cual, en base a los informes forenses y del Ministerio Fiscal, se desprende que Dámaso, un hombre de sesenta y seis años, que vive solo y al cual no se le conocen parientes próximos, padece un trastorno de la personalidad, que se refleja en un trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular en la vivienda donde reside basura de forma obsesiva, quedando asimismo afectados los aspectos relativos a su cuidado personal de higiene y alimentación, puesto que se alimenta de productos que recoge también de los cubos de basura. Como consecuencia de ello, y a instancia de los vecinos del inmueble donde vive Dámaso, el Ministerio Fiscal presentó demanda en la que se solicitaba la determinación de la capacidad y constitución de los apoyos y salvaguardas necesarios para el ejercicio por parte de Dámaso de sus derechos, con el máximo respeto a su autonomía, situación ésta a la que se opuso Dámaso, manifestando que no padecía ninguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que justificara la declaración de que carecía de capacidad para regir su persona y administrar sus bienes.

Como resumen de los antecedentes de hecho, podemos resumir los mismos señalando que en primera instancia, fue estimada parcialmente la demanda formulada por el Ministerio Fiscal, y se modifica la capacidad de Dámaso, acordándose como medida

de apoyo la asistencia en el orden y limpieza de su domicilio, así como la entrada a dicho domicilio por parte de su tutora, esto es, la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Dámaso, cuyo recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial sobre la base del informe facultativo del forense, y del cual se desprende lo siguiente: *"si bien el hoy recurrente presenta un nivel de conciencia consciente, pensamiento y lenguaje adecuado, memoria correcta y un límite normal de inteligencia, posiblemente de nivel algo bajo, ello no resulta incompatible con la apreciación del trastorno de la personalidad que presenta, consistente en un trastorno de conducta con acumulo y recogida patológica de basura, que en dicho dictamen se refiere, acumulación obsesiva sin conciencia de afección, limitación ni enfermedad."*. Como consecuencia de lo expuesto, se formuló por la representación procesal de Dámaso recurso de casación, cuyo fundamento radicaba en la regulación recogida en los derogados artículos 199 y 200 del Código Civil, y en relación con el artículo 322 de dicho texto legal, los cuales se refieren a las causas de incapacitación y presunción de capacidad, alegándose en virtud de ellos la infracción de la jurisprudencia que los interpreta, puesto que la sentencia recurrida se apoya en un posible trastorno, lo que resulta insuficiente para modificar la capacidad de obrar .

Una vez planteados los antecedentes de hecho, conviene resaltar el núcleo o aspecto principal de esta sentencia, el cual, podemos concretar en la cuestión de sí los apoyos que se habían impuesto en instancias anteriores, resultan respetuosos con la dignidad de la persona, respetan su voluntad, deseos y preferencia, respectando su autonomía, esto es, si mediante estos apoyos precisos y determinados Dámaso puede ejercer su capacidad jurídica, señalando también en relación con dichos apoyos, si los mismos se encuentran debidamente adaptados a la Ley 8/2021, como consecuencia de su entrada en vigor.

Además, encontramos en la sentencia un aspecto que creemos que se irá instaurando de manera repetitiva y habitual en muchos de los procedimientos de este tipo, y cuyo supuesto queda representado cuando la persona que recibe el apoyo no está de acuerdo con los mismos, lo cual conlleva un choque entre el respeto a la voluntad de la persona, y el interés de lo que se podría ser lo mejor para ella, y que es distinto el interés superior de la persona. En este sentido queremos matizar, puesto que este tema ha sido objeto de un amplio debate en diversos sectores doctrinales, las siguientes consideraciones:

a) Un aspecto es el "interés superior de la persona", y otro distinto es "el mejor interés de la persona". Ciertos sectores han venido defendiendo, y en analogía al "interés superior del menor" que se aplica en la esfera del menor de edad, la defensa dentro del ámbito de la discapacidad, del interés superior de la persona con discapacidad. En este sentido, para nosotros, no es que haya un propio interés superior aplicable a la persona con discapacidad. Lo que ocurre, es que una relación en la cual interviene o entran en juego los intereses entre una persona con discapacidad y una persona con plena capacidad, deberá entrar en juego la defensa y protección del interés superior, esto es, de los intereses que puedan afectar a la persona con discapacidad y ello como consecuencia de la vulnerabilidad que pudiera producirse en la realización de determinados actos. Pero otra cosa diferente y que creemos que sí es la que se debe aplicar, es la defensa del mejor

interés de la persona, es decir, la búsqueda de lo que es mejor para la persona con discapacidad.

b) Continuación de lo anterior, esto es, en la búsqueda de este mejor interés para la persona con discapacidad, podemos encontrarnos con un problema, y es que en esta búsqueda o aplicación de lo que creemos que es mejor para la persona con discapacidad, y que pueda traducirse en un determinado apoyo o apoyos concretos, como es el caso que ahora nos ocupa, podemos encontrarnos el rechazo de la misma a que se le preste este o éstos apoyos. En estos supuestos, encontramos un choque o confluencia de intereses, representados por un lado en el respecto a la voluntad de la persona con discapacidad, y por otro lado, la aplicación de lo que es mejor para ella, como consecuencia de la anulación de ciertas parcelas de conciencia, puesto que la persona no tiene consciencia real del resultado que está causante su comportamiento, entrando en este caso en juego otro tipo de intereses, como pueden ser el interés colectivo de otras personas, o el derecho a la salud, supuestos que en el caso enjuiciado quedan escenificados en la situación en que viven el resto de vecinos de Dámaso, llegando a una situación de insalubridad y que pone en riesgo la salud de éstos vecinos como consecuencia de la conducta de Dámaso.

c) En consecuencia, y en virtud de lo expuesto, debemos valorar si el respeto al a voluntad de la persona, en este caso, Dámaso, tiene un valor absoluto, o por el contrario, está voluntad encuentra su fin cuando choca con otros intereses de carácter general, y máxime cuando la persona se niega a recibir los apoyos de acuerdo a su voluntad y libertad. Es en este sentido, donde creemos que en el caso que ahora nos ocupa, el Tribunal ha entendido que dicha voluntad no puede estar por encima de otros intereses, como es el derecho a la salud de los vecinos, y además, cuando esa manifestación de voluntad en sentido negativo a recibir los apoyos están lesionando y vulnerando la dignidad de la persona, y ello como resultado de la falta de consciencia del trastorno o enfermedad que se sufre, como es el caso de Dámaso en relación con el síndrome de Diógenes que padece. Además, esta situación de falta de consciencia de la enfermedad en el presente caso enjuiciado, y según se señala en la propia sentencia, conlleva otro problema que afecta a la persona fuera de su esfera personal, y es el aislamiento social que la no prestación del apoyo necesario puede provocarle, puesto que su conducta puede influir no solo en las relaciones familiares, que no es el caso porque Dámaso carece de familia conocida, sino en sus relaciones con terceras personas, como son por ejemplo y en el supuesto que ahora estamos tratando sus vecinos.

Después de las consideraciones anteriores, podemos entrar en el desarrollo de los aspectos propios de esta sentencia, aspectos que nos han parecido relevantes para ayudarnos a configurar y entender la interpretación que ha realizado nuestro Tribunal Supremo del supuesto planteado a la luz de la nueva regulación recogida en la Ley 8/2021, y que podemos organizar en tres bloques o apartados.

A) En cuanto al primer bloque o aspectos sobre los que queremos llamar la atención, es el momento temporal en que se produce la resolución del recurso de casación, extremo éste que es tenido en cuenta por la sentencia, aludiendo a lo establecido en la disposición transitoria sexta de la Ley 8/2021, y que señala que los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de dicha Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la

sentencia y conservando asimismo la validez de todas las actuaciones dictadas hasta ese momento. En consecuencia, en virtud de lo regulado por esta disposición transitoria así como que la sentencia iba a ser dictada en fecha posterior a la entrada en vigor de la nueva ley, esto es, el día tres de septiembre de 2021, y aun habiendo sido la deliberación del recurso en fecha anterior (14 de julio de 2021), hace que el nuestro Alto Tribunal resuelva el recurso de casación de conformidad con el número régimen de provisión de apoyos regulado en el Código Civil, artículos 249 y siguientes, y sin que ello signifique un problema de seguridad jurídica, sino todo lo contrario, un ahorro de tiempo por evitar de este modo y en relación con el caso en concreto, las revisiones de las medidas adoptadas[583] en el proceso de modificación de la capacidad de la persona para adaptarlo al nuevo régimen, y ello de conformidad con lo establecido en el disposición transitoria quinta de la referida Ley.

B) En relación con el segundo bloque o aspectos a tratar de esta sentencia, y a nuestro juicio, el núcleo central de la misma, es la regulación que se ha llevado a cabo en torno a los apoyos en este caso concreto, y ello en sentido de enjuiciar si los apoyos establecidos se adaptan al nuevo régimen legal introducido por la Ley 8/2021, esto es, que respetan la dignidad de la persona, su voluntad, sus preferencias, deseos, son proporcionados a las necesidades de la persona, y en consecuencia, conllevan el respeto de su autonomía para el ejercicio de su capacidad jurídica. Además, en el caso que nos ocupa, nos encontramos con un elemento más a reseñar en relación con los apoyos, y es que en presente caso, nos encontramos con la negativa expresamente manifestada por el interesado a recibir esos apoyos, y por lo tanto nos lleva a plantearnos la cuestión de si en estos supuestos tiene que prevalecer la voluntad de la persona, o por el contrario, si dicha voluntad tiene impuesta algún tipo de límite.

Conviene, y para un mejor entendimiento en relación con la prestación de apoyos[584], como aspecto principal de enjuiciamiento en la sentencia cuyo análisis ahora nos ocupa, conviene dejar reseñados y en los mismos términos que hace la sentencia, cuáles son las líneas generales que a partir de ahora conformarán el nuevo régimen legal de provisión de apoyos, directrices que a continuación transcribimos: *"i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por*

[583] El artículo 268 del Código Civil, regula el plazo de revisión de las medidas que se hayan tomado en plazo máxima de tres años, pudiendo ser revisadas dichas medidas de forma excepcional y motivada en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, por parte de la autoridad judicial en un plazo que no podrá exceder de seis años. No obstante, se abre además una posibilidad que va a estar siempre operativa en este ámbito, y que consiste en que ante cualquier cambio de situación operado en la persona con discapacidad como resultado del trastorno o enfermedad que sufra, podrán revisarse y en consecuencia modificarse las medidas o apoyos que recibe.

[584] La configuración general en relación a los apoyos, quedan regulados a partir de ahora dentro del Código Civil, en el TÍTULO XI, que reza con el nombre De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, y concretamente, en su CAPÍTULO I relativo a las Disposiciones generales.

lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.".

Es por ello, que centrándonos en los apoyos así como en la sentencia, podemos analizar los mismos desde una doble óptica; por un lado, analizar en el caso concreto, si la prestación de los apoyos que recibe Dámaso son acordes a su voluntad, deseos y preferencias, y respetándose asimismo la máxima autonomía de la persona para que de este modo pueda ejercer y desarrollar su capacidad jurídica; y por otro lado, los supuestos que la prestación de estos apoyos, sean rechazados de forma expresa (clara y terminante según se reseña en la sentencia) por parte de la persona que los tiene que recibir.

En cuanto a la primera de las ópticas aludidas, para observar la justificación de los apoyos acordados en primera instancia, y que son ratificados asimismo en segunda instancia, debemos acudir especialmente al escrito del Ministerio Fiscal, los cuales, confirma el Tribunal Supremo. Pero en este aspecto, más que volver a reseñar estos argumentos, creemos que lo relevante de esta sentencia y así debe destacarse en relación con dichos apoyos, es la graduación, matización y personalización que se realiza de los mismos por parte del Ministerio Fiscal en el escrito de oposición al recurso, graduación que observamos en dos aspectos y que a continuación reseñamos:

a) Por un lado, la matización que se realiza en cuanto a las medidas de apoyo relativas a materia de limpieza y ordenación de la vivienda o domicilio del interesado, con una modificación en este sentido y que resulta más respetuosa con la nueva regulación, la cual se representa en la posibilidad que se le da al interesado (Dámaso), para que participe no sólo en la selección del servicio de limpieza de la vivienda, sino también en la decisión de cuando resulta conveniente esa limpieza, de forma que el tránsito hacia eventuales facultades de representación del curador solo se produciría, tras el fracaso de su colaboración con Dámaso, en caso de negativa a esta limpieza, o a que la misma se realizase con una razonable frecuencia o bien a la contratación voluntaria del servicio en concreto.

b) Y por otro lado, la instauración de un ámbito temporal relativamente corto en la revisión del apoyo, y ello en atención al carácter dinámico del trastorno que sufre el interesado, permitiendo el establecimiento de un plazo tan corto un mejor control y supervisión de la actuación del curador, y que de este modo quede garantizado el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de Dámaso. No obstante, en este sentido la sentencia deja la puerta abierta a apoyos más intensos si como resultado de la evolución de la enfermedad, o bien, de la negativa del interesado a seguir el correspondiente tratamiento se viese agravada su situación, especialmente en cuanto a su salud, siendo esto último extensible a la también defensa del derecho a la salud del resto de los vecinos que habitan en dicho inmueble

Y en cuando a la segunda de las ópticas o esferas en relación a los apoyos y que queremos reseñar, esto es, la negación de los apoyos por parte de la persona que los tiene que recibir, podemos empezar reseñando que la Ley 8/2021, ha entrado a regular esta cuestión, y en este sentido, debemos prestar atención a lo establecido por medio del

artículo 42 bis b) de la Ley de Jurisdicción voluntaria[585], que recoge el proceder ante la negativa a recibir los apoyos, y en los supuestos como es el que ahora nos ocupa, en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, podríamos plantearnos si se pueden acordarse estos apoyos en estas condiciones, esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado. En ese sentido, el párrafo 5º de dicho artículo, dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial, lo cual, no plantea la cuestión de si no vamos a volver otras vez a una judicialización del proceso en la mayoría de los casos, y además con un resultado contradictoria, puesto que a pesar de negar los apoyos, el juicio verbal al que se lleva puede concluir con la instauración de las medidas o apoyos al que se había negado el interesado.

Para solventar la cuestión, en la sentencia se alude a las diferencias terminologías en el empleo del verbo «atender» y que recoge el artículo 268 del Código Civil, así como también a la expresión de «en todo caso», y de acuerdo a esto, se subraya que de partida, debemos tener siempre presente el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en cuanto a las medidas de apoyo que se le proporcionen, pero que este respeto no determina que haya que seguir siempre el dictado de dicha voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado.

En este tipo de supuestos y según se recoge en la sentencia, es habitual estar ante personas, que como consecuencia de su enfermedad o trastorno, no son conscientes de la necesidad de ayuda o apoyo, ni por tanto de la necesidad asistencial que hay que proporcionarles en la defensa no solo de sus intereses, sino también en la defensa de otros intereses como es en este supuesto enjuiciado, el derecho a la salud por parte de los vecinos del inmueble donde vive el interesado (Dámaso). Por tanto, esta falta de consciencia de la enfermedad por parte de la persona, el respeto a su dignidad, el deterioro que sufre la persona, no solo de carácter personal, sino también en lo referente a la esfera social, así como el máximo respeto a la autonomía de la persona, así como la ausencia de apoyos familiares como es el presente caso, son suficientes argumentos para la aplicación de las medidas o apoyos establecidos para la persona afectada a pesar de su negativa a ellos. En conclusión, podríamos señalar de forma general, que el respeto a la voluntad de

---

[585] En este ámbito habrá que estar a lo regulado en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 42 bis b), los cuales señalan lo siguiente: *"3. En la comparecencia se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. Asimismo, se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y resulten admitidas y, en todo caso, se oirá a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas. 4. Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente. 5. La oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso."*.

la persona debe prevalecer siempre, salvo que dicha voluntad se encuentre afectada o viciada como consecuencia de la enfermedad que padece la persona, y la falta de consciencia de la misma, y choque asimismo con intereses de carácter general superiores.

C) Y como último bloque o cuestiones a abordar dentro del análisis de esta sentencia, podemos señalar dos aspectos en relación con la curatela:

c.1) El primero de ellos, es el relativo al contenido de la curatela, lo cual no puede conllevar una mera privación de derechos, pero sin perjuicio de las limitaciones que se puedan derivar de la medida de apoyo acordada. En este sentido, ya hemos observado cómo bajo la regulación anterior, se procedía a la mera eliminación y restricción de determinados derechos civiles (prohibición de testar, revocación del derecho de sufragio -este ya superado por medio de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad-, o conducir vehículos de motor, etc.) y sin que ello estuviese lo suficientemente motivado, aspecto éste que corrige la nueva Ley 8/2021 de acuerdo con los principios y postulados de la Convención.

c.2) Y en segundo lugar, un aspecto el cual nos genera ciertas dudas, es la equiparación de los curadores con funciones representativas a la función tuitiva que realizan los tutores antes de la reforma, al aplicarle las mismas normas, y que lleva a cabo la Disposición transitoria segunda de dicha Ley. La equiparación que hace la Ley en este sentido cuando señala *"A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos"*, puede conllevar a interpretación errónea consistente en sí la tutela es lo mismo o tiene su asunción bajo la figura de la curatela representativa. Quizás esta equiparación encuentra su justificación, y aunque haya partidarios en contra de esta afirmación, en que los supuestos de aplicación de la curatela representativa tendrán el mismo fin que la tutela, esto es, que ante la falta de conocimiento de la voluntad de la persona y de la imposibilidad para poder conocerla como consecuencia del trastorno o enfermedad que sufre, y por ello no poder conformar su propio proceso de toma de decisiones en el ejercicio de su capacidad jurídica, deberá el curador representativo emitir la voluntad en nombre y representación de su curatelado, eso sí, atendiendo al principio de lo que sería lo mejor para él, y con el máximo respecto a su dignidad como persona. Habrá quien señale que este tipo de funciones representativos, solo quedan relegadas y enmarcadas para situaciones muy concretas y minoritarias en las que se requieran grandes apoyos o apoyos más intensos, pero por desgracia estas situaciones no son tan minoritarias y conlleva la aplicación de funciones representativas, que al fin y al cabo, era la función de la tutela. No obstante, conviene recordar que dicha tutela, en su aplicación bajo el antiguo sistema legal, fue usada a nuestro entendimiento de forma indiscriminadamente para supuestos que podían haber tenido cabida bajo la institución de la curatela u otra medida de apoyo, como la guarda de hecho.

Como uno de los ejes o aspectos de esta reforma, cabe destacar la voluntad de la persona, aspecto, que dentro de nuestro ámbito de estudio, esto es, del Derecho de sucesiones tiene una de sus manifestaciones o aplicaciones más evidentes, especialmente en lo que concierne al otorgamiento de un testamento, siendo este conocido el documento

donde se recogen las últimas voluntades de una persona. Cuando hablamos de manifestación de voluntad de la persona, hablamos de libertad de la persona, puesto que expresamos, comunicamos y dejamos patente cuáles son nuestras preferencias y deseos, no solo en el ámbito personal, sino también el patrimonial, pues no debemos olvidar que un testamento puede ser una manifestación de voluntad en torno a uno de esta ámbitos o compendio de ambos, siendo lo normal que dentro del mismo se regula el destino y adjudicación de bienes de carácter patrimonial mayoritariamente.

Conviene señalar, que la regulación que realiza el Proyecto en relación con la capacidad de la persona, ha venido a remarcar la presunción general de capacidad de la persona, especialmente en lo que se refiere a las personas con discapacidad, y cuya aplicación práctica, entre otros ámbitos del derecho y que son objeto de reforma, lo encontramos dentro de la esfera del Derecho de sucesiones, especialmente en la regulación realizada a la hora de poder otorgar testamento por la persona con discapacidad intelectual y que recoge el nuevo artículo 665.

Autoras como PEREÑA VICENTE[586], ahondan en el estudio de esta presunción general de capacidad, y de acuerdo a la regulación que realizaba el Proyecto de Ley hoy Ley 8/2021 en torno al artículo 1263, extrae las siguientes conclusiones: en primer lugar, que esta norma hace de la capacidad la regla general, incluso aun cuando existan medidas de apoyo; en segundo lugar, reconoce que las medidas de apoyo suponen una limitación a la capacidad para contratar, luego, cuando existen, la presunción general de capacidad queda en parte inhibida; en tercer lugar, que ante la ausencia de medidas respecto a determinados tipos de actos o contratos, la persona tendrá plana capacidad; en cuarto lugar, que las limitaciones son la excepción y su interpretación se hará de forma restrictiva; y por último y en quinto lugar, señala que un negocio jurídico, al menos un contrato de contenido patrimonial celebrado con los apoyos que se hayan establecido, no debería ser impugnable.

III.5.2. La regulación de la capacidad testamentaria llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio. El nuevo enfoque del artículo 665 del Código Civil como defensa de la capacidad de testar de las personas con discapacidad

Llegados a este punto, y habiendo analizado en el epígrafe anterior el significado y el nuevo paradigma que con carácter general ha supuesto la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, es este el momento de hacer algunas consideraciones de carácter específico y concreto en relación con la nueva regulación que ha supuesto dicha ley en materia de capacidad testamentaria de la persona con discapacidad, y ello como consecuencia de la modificación del artículo 665 del Código Civil.

Hasta este momento, hemos analizado y abordado el estudio de este artículo 665 desde diferentes perspectivas, analizando no solo el origen normativo del mismo, sino su

[586] PEREÑA VICENTE, M., *El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil*, en la obra colectiva "Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política", MUNAR BERNAT, P.A. (dir.), Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2021, pág. 234.

significado, contenido y aplicación práctica que se la había venido atribuyendo por parte de la doctrina civil, incidiendo especialmente en la modificación que se llevó a cabo del citado precepto por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, siendo una de las principales sobre las que se sustentaba dicha reforma y en lo que aquí nos interesa ahora, la integración de los supuestos en los que se otorgaba un testamento en intervalo lúcido dentro de la regulación propia del ámbito de incapacitación de la persona, aspecto éste último que también hemos abordado analizando los supuestos en que la sentencia de incapacitación o resolución judicial de provisión de apoyos se pronunciaba o no sobre la capacidad de testar de la persona con discapacidad.

Como consecuencia de lo que acabamos de exponer, nos encontramos los supuestos en que a una persona se le restringía su capacidad testamentaria, y por consiguiente no podía testar, o bien la sentencia no se pronunciaba en relación con la misma, o por último, y en el mejor de los casos, la sentencia reconocía la capacidad testamentaria a la persona con discapacidad, igualándola a la misma en este tipo de situaciones al resto de personas. No obstante, en estos supuestos, se planteaban ciertos problemas en el sentido de considerar si la persona con discapacidad podía hacer uso de todas las formas de testar legalmente admitidas, o si por el contrario, alguna de ellas quedaban fuera de su utilización, como por ejemplo, el testamento cerrado o el testamento ológrafo, y ello como consecuencia de no poder valorarse su capacidad para testar en el momento de la redacción de dicho instrumento.

Asimismo, y en epígrafes anteriores, también hemos tratado el significado que la Ley 8/2021 ha atribuido a este precepto, mediante su análisis desde una doble perspectiva: por un lado, el juicio y valoración de capacidad que emite el notario a efectos de establecer si la persona con discapacidad intelectual y que se propone testar tiene suficiente capacidad para realizar este negocio jurídico *mortis causa*; y por otro lado, desde la prestación de apoyos que realiza este fedatario público, para que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, con los ajustes necesarios y de acuerdo con su voluntad, deseos y preferencias.

Ya reseñamos con anterioridad, que en su última redacción (dada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre) hasta la actual reforma que se ha llevado a cabo del mismo por la Ley 8/2021, éste artículo ha realizado una labor fundamental dentro del ámbito de la incapacitación, puesto que por medio de él, cuando una persona era incapacitada en virtud del correspondiente procedimiento judicial, y en el mismo no se hacía pronunciamiento alguno sobre la capacidad de testar de la misma, establecía el mecanismo y las formalidades que debían seguirse para permitir que ésta persona pudiera otorgar testamento, y de este modo no privarlo de este derecho reconocido por Ley, ya que en caso contrario, la sucesión de los bienes de esta persona estaría condenada a la sucesión legal o *ab intestato*, a no ser que hubiera otorgado un testamento con anterioridad, o de que existiese por ejemplo de una sustitución ejemplar, o bien, se le reintegrase de su capacidad mediante un nuevo pronunciamiento judicial.

Del estudio que hemos venido realizando en esta materia, podemos señalar como este artículo 665, interconectaba dos ámbitos o disciplinas, por un lado, la concerniente al ámbito de la discapacidad, y por otro lado, la relativa al Derecho sucesorio,

especialmente los aspectos que conforman la capacidad testamentaria de la persona, y concretamente, en lo que se refiere al testamento abierto.

El ámbito que regula este precepto, constituye una cuestión compleja y muy interpretable, y que de conformidad con la nueva regulación en esta materia, hace que nos hagamos la siguiente pregunta; ¿Cualquier persona, especialmente las personas con discapacidad, pueden otorgar testamento?. En este sentido, autores como HORNERO MÉNDEZ[587], en el comentario que realiza de la Sentencia del Tribunal Supremo 1128/2004, de 24 de noviembre, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, señala que desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo la respuesta debe entenderse en sentido negativo, es decir, que no, puesto que para realizar un testamento se requiere una determinada capacidad. Sin embargo, esta respuesta, es conveniente matizarla y aclararla, y como ocurre en el caso que recoge la citada sentencia, de una persona que ha otorgado testamento con graves problemas de salud y que afectan especialmente a su capacidad para comunicarse, sobre la base de que el legislador español se decanta claramente y en la medida de lo posible, por otorgar preferencia a las disposiciones testamentarias como vehículo idóneo para conocer lo querido por el testador en la disposición de sus bienes a la hora de su muerte, en detrimento de la sucesión intestada o legal, pero sin que ello suponga desnaturalizar el negocio jurídico del testamento en cuanto a las características esenciales que lo conforman, como pueda ser la forma.

Asimismo, y en cuanto a esto último, quedan justificadas la regulación de las diferentes y variadas formas testamentarias que admite nuestro ordenamiento jurídico, y ello como solución y abanico de posibilidades para que pueda producirse un testamento, como instrumento que mejor nos permita conocer la voluntad del causante, incluido como es nuestro ámbito de estudio, del testador con discapacidad.

No obstante, creemos conveniente, y ello como método que nos ayude a entender y apreciar el significado y evolución de los presupuestos y aspectos que a partir de ahora van a conformar este nuevo escenario que plantea la Ley 8/2021 en materia de la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad, referirnos y comentar de manera continuada en el tiempo las distintas versiones del principal instrumento aplicable en este ámbito, esto es, del artículo 665, y cuyos aspectos y controversias concretas ya hemos abordado. De la evolución en la redacción que ha experimentado este precepto, podemos observar cómo de entre todas ellas, únicamente se ha mantenido la figura del notario, corroborándose a lo largo de las diferentes modificaciones la confianza que el legislador ha depositado en este fedatario público, hasta llevar a convertirse por mandato expreso (aunque esta función consideramos que desde siempre la ha venido cumpliendo) en el apoyo ideal o institucional de la persona con discapacidad y que pretende otorgar testamento.

Como ya hemos tenido ocasión de analizar, la versión originaria de este precepto, que data desde la publicación del Código Civil en el año 1889, publicada en el Boletín

[587] HORNERO MÉNDEZ, C., "¿Cualquiera pueda hacer testamento? Comentario a la Sentencia del TS de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7554)", en la *Revista de Derecho Patrimonial,* número 15, año 2005, pág. 483.

Oficial del Estado el día 25 de julio de 1889, y que entró en vigor el día 16 de agosto de 1889, establecía lo siguiente:

"Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos.".

Ya tuvimos ocasión en los epígrafes correspondientes al estudio y análisis de este precepto, de abordar los aspectos que generaban más controversias en torno a la interpretación de la letra de dicho artículo, como por ejemplo, si se entendía que el mismo no solo se refería a los dementes, sino también a los perturbados de hecho, qué aspectos engloban y debían ser tenidos en cuenta cuando hablábamos de intervalo lúcido, cuál era el papel y la interconexión que se producía entre el ámbito jurídico, representado por el Notario, y el ámbito médico representado por los facultativos, así como de las formalidades que este artículo recogía en torno al juicio de capacidad que se realizaba de la persona con discapacidad cuando pretendía otorgar este acto jurídico o negocio *mortis causa*.

Posteriormente, este artículo fue objeto de una importante reforma por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 23 de diciembre de 1991 y entrando en vigor el día 12 de enero de 1.992. Tras esta reforma, la redacción del el artículo 665 quedó así:

"Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.".

También en epígrafes anteriores, hemos ahondado en el análisis y estudio que de dicho precepto realizó la doctrina civil y que habían generado mayores controversias, como por ejemplo de incluir la capacidad testamentaria de la persona dentro del régimen legal de la incapacitación, o las consecuencias que se derivaban en torno a si la sentencia de incapacitación recogía pronunciamiento alguno en relación con la capacidad de testar de la persona que era objeto de incapacitación, con los efectos que de dicho pronunciamiento se generaban, como por ejemplo, en cuanto al uso y utilización de las formas testamentarias que podía emplear la persona con discapacidad para disponer de sus bienes *mortis causa*, manteniéndose en esta redacción cómo podemos observar la figura del notario y la de los facultativos, estos últimos designados por el primero, a efectos de reconocer y enjuiciar la capacidad de la persona con discapacidad y que pretendía hacer testamento. Es de destacar la importancia que dentro de esta redacción se atribuye al informe de estos facultativos, cuestión está ya analizada también en el epígrafe a este efecto.

Antes de dejar reflejada la última y vigente redacción de este precepto y que ha llevado a cabo la Ley 8/2021, creemos oportuno dejar consignados las diferentes modificaciones que en torno a su redacción ha sufrido este precepto en su tramitación parlamentaria, ya que han sido profundas las modificaciones que se han llevado a cabo en cuanto a su contenido.

Para ello, empezaremos señalando la regulación que de este artículo 665 se realizaba en las versiones de los Anteproyecto de Ley de fechas 21 de septiembre de 2018 y 14 de enero de 2019 respectivamente, en las cuales se redactaba el mismo en los siguientes términos:

"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".

De la redacción empleada en ambas versiones del Anteproyecto, y que al final no vieron la luz, podemos realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, como primera diferencia a destacar, podemos apreciar que se omite cualquier referencia al ámbito legal de la incapacitación, aspecto éste que fue introducido por la Ley 30/1991, y ello como consecuencia de la aplicación de los principios y postulados promulgados por la Convención, y ello en aras a nuestro juicio, de superar el sistema médico-rehabilitador que impregnaba y se venía aplicación en los procedimientos de incapacitación, por un sistema social e integrador de la persona, donde su voluntad se constituye en el centro nuclear de la reforma que se estaba llevando a cabo, y donde no fuese posible restringir, limitar o prohibir derechos civiles de las personas con discapacidad.

En segundo lugar, y como elemento diferenciador de las redacciones anteriores que recogía el Código Civil, podemos observar una evolución terminológica, puesto que en la redacción originaria de este artículo se empleaba la palabra *"demente"*, para posteriormente referirse a la persona con discapacidad y que pretendía otorgar testamento como *"incapacitado"*, eliminándose por medio de la redacción dada en estos Anteproyectos cualquier referencia en este sentido, utilizándose para ello una acepción de carácter impersonal donde se evite de este modo cualquier acepción negativa y discriminatoria a la hora de referirse a la persona con discapacidad y que pretende testar.

En tercer lugar, de la lectura del precepto, podemos observar cómo se sigue haciendo referencia no solo al notario como persona que autoriza el testamento, sino también a la figura de los facultativos, los cuales han de ser los que dictaminen sobre la aptitud de la persona que pretende otorgar testamento. La intervención tanto del notario como de los facultativos en la redacción que recogían estos Anteproyectos de Ley, hace que en cuanto a su fondo y contenido, no se diferenciase mucho de la redacción que hasta el momento de su reforma se recogía en el artículo 665. No obstante, en este sentido queremos puntualizar, que si bien se observa cómo la nueva regulación quiere superar y desmarcarse modelo médico-rehabilitador como sistema aplicable en este nuevo paradigma de la discapacidad, el empleo de los llamados facultativos, sigue de alguna manera recordando o haciendo que no se supere en relación a este cambio de modelo aplicable, puesto que no debemos olvidar, que hasta ese momento las facultativos que intervenían en este tipo de procesos, y ante los cuales la jurisprudencia tenía muy en cuenta a la hora de pronunciar sus resoluciones, eran médicos, como por ejemplo los médicos de familia del testador, psiquiatras o bien psicólogos.

Y en cuarto lugar, el empleo de la palabra "aptitud", y ello como representación de la antigua y evolucionada expresión "capacidad de obrar" relativa a la persona, en la nueva concepción terminológica del ejercicio de la capacidad jurídica.

Con la misma redacción que en los Anteproyecto de Ley reseñados anteriormente, el Proyecto de Ley de fecha 17 de julio de 2020, recogía en idénticos términos la redacción de este precepto, por lo que de alguna manera se podía intuir que la regulación en este sentido sobre la capacidad testamentaria de la persona con discapacidad, quedaría modificada en el sentido de evolucionar en cuanto a establecer la superación de un sistema médico-rehabilitador por un sistema de carácter más integrador, lo cual conllevaba la supresión de cualquier referencia terminológica que pudiese suponer alguna connotación negativa al referirnos a la persona con discapacidad, como el uso de términos o expresiones como "incapacitado", y asimismo, empezar a configurar y revestir a la figura del notario si aún cabe más, de un protagonismo, el cual alcanzará con la redacción final que se ha dado a este precepto, al situarlo como la persona que decidirá en la apreciación de su juicio de capacidad de si la persona puede otorgar o no testamento, y en caso de duda, la designación por su parte de dos facultativos, atribuyendo ahora esta regulación con el empleo de expresiones como "designará", en referencia a que será él quien designe a estos especialistas, esto es, a las personas que él considere más adecuadas para fijar si la persona tiene la suficiente capacidad o no para otorgar testamento.

Creemos, que si ésta hubiese sido la redacción del final, el notario, en aras de evitar futuras impugnaciones testamentarias y proporcionar seguridad jurídica al acto en cuestión, hubiere hecho uso de esta facultad como medio idóneo de corroborar o no su juicio de capacidad, y como consecuencia de verse también protegido en un ámbito o esfera del que no es experto, como es el ámbito médico, donde los facultativos por su formación y experiencia son las personas idóneas para dictaminar si la persona con discapacidad como consecuencia de la enfermedad o trastorno que sufre, no posee la suficiente capacidad natural para realizar este negocio jurídico *mortis causa*, al no entender y comprender el acto y las consecuencias o alcance que van a tener si se realizase.

Sin embargo, no será hasta la versión del Proyecto de Ley de fecha 16 de marzo de 2021, donde encontremos la redacción de este artículo con una clara y profunda modificación en cuanto a su contenido y significado con respecto a la que hasta ahora se entreveía iba a ser su redacción definitiva, y sin que la misma haya llegado a ser la versión definitiva, puesto que finalmente hubo una pequeña matización en su redacción. En esta versión de este Proyecto de Ley, el artículo 665 queda redactado en los siguientes términos:

"La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que estime necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias".

En cuanto a la redacción ahora atribuida a este precepto, y siguiendo la terminología y literalidad del mismo, haremos las siguientes apreciaciones:

En primer lugar, se pasa de una esfera impersonal y utilizada hasta ahora, reflejada en la expresión "Si el que pretenda hacer testamento", a una designación expresa relativa a "La persona con discapacidad", lo cual conlleva a ubicar este precepto como un elemento regulador y propio dentro del ámbito de la discapacidad.

En segundo lugar, se remarca la necesidad de poseer la suficiente capacidad natural de la persona con discapacidad intelectual para entender el acto que está llevando a cabo, así como los efectos y consecuencias que se derivaban de dicho acto. En la mayoría de las ocasiones en que nos hemos referido a esta suficiente capacidad natural necesaria para poder testar, lo hemos hecho en un sentido positivo, es decir, que el notario reconoce que la persona con discapacidad posee suficiente capacidad en cuanto al entendimiento y los efectos que produce el acto que realiza, esto es, su testamento, el cual es así querido por ella.

Sin embargo puede ocurrir que el notario valore que la persona con discapacidad intelectual no posea esa suficiente capacidad natural para realizar el acto, y por consiguiente, no autorizará el acto debiéndose buscar otras vías alternativas dentro del ámbito sucesorio, puesto que como expresamente señala ahora el artículo 663 del Código Civil, el notario no debe autorizar el testamento si la persona en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aún con ayuda de medios o apoyos para ello, entendiéndose esto último en relación tanto a los apoyos de índole técnico y humano, como en los concernientes a la formación de su voluntad. Esto no significa que el notario se convierta en una persona que contradiga y vulnere los derechos de las personas con discapacidad, ni vulnere la Ley, ni que se salte los presupuestos de la Convención, sino todo lo contrario, dará cumplimiento a la ley desarrollando su función notarial en este sentido de seguridad jurídica, porque entiende que bajo su juicio personal y jurídico, no de carácter médico, que la persona que pretende otorgar testamento no tiene esa mínima capacidad natural para hacerlo.

Además, dentro de este nuevo y complejo ámbito que se le presenta al notario, podemos añadir, que dicho juicio de capacidad deberá flexibilizarse en la medida de lo posible, para que la persona con discapacidad y con los apoyos que se le proporcionar, pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, pero sin que esa flexibilización o relajamiento en ciertos aspectos del juicio de capacidad supongan que la persona sin la suficiente capacidad natural de entender y querer pueda otorgar este negocio *mortis causa.*

La redacción definitiva de este artículo 665 del Código Civil, confirma en la Ley 8/2021 casi la misma redacción que en el Proyecto de Ley:

"La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.".

Conviene señalar en primer lugar, que esta redacción final de este precepto, y diferente a la contemplada en el Proyecto de Ley, tienen su origen en las enmiendas números 171 y 390 y que presentaron por parte de diferentes grupos políticos, las cuales estuvieron motivadas, en cuanto a la primera y como ya hemos señalado, en el alejamiento

y ruptura con el anterior sistema médico-rehabilitador, y en consecuencia, una mayor coherencia con los postulados recogidos en la Convención, y respecto a la segunda, en aras de una mejor y desarrollada técnica legislativa-jurídica.

Después de haber realizado diversas consideraciones en cuanto a la terminología y contenido del artículo como consecuencia de la redacción que le atribuyó el Proyecto de Ley de fecha 16 de marzo de 2021, como se puede observar a diferencia de aquella, en la nueva y definitiva redacción vemos como se ha introducido la modificación de la expresión "con los ajustes que estime necesarios" por la de "con los ajustes que resulten necesarios", con lo que la única diferencia entre una redacción u otra queda en la sustitución del verbo "estime" por el verbo "resulten". Este último aspecto, fue resultado de la enmienda número 263 aprobada en el Senado, y cuya justificación se basaba en una mera y simple adaptación gramatical.

Dentro ya del nuevo panorama que regulará a partir de ahora esta Ley 8/2021, en materia de capacidad testamentaria en relación con la persona con discapacidad, podemos realizar las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, uno de los aspectos que a partir de ahora se ha visto reforzado con este nuevo paradigma que recoge este artículo 665, es las nuevas formas de interactuación que se produce entre la persona con discapacidad, como persona que a partir de ahora puede participar en la realización de actos jurídicos de gran trascendencia, como es el testamento, y el notario, que se configura como un apoyo institucional o ideal para que la persona con discapacidad ejercite su capacidad jurídica, y de este modo, constituirse en el receptor de su voluntad.

Ya hemos comentado que antes el notario en la mayoría de los actos o negocios jurídicos en los que era parte una persona con discapacidad intelectual trataba y se relacionaba con las personas que ejercían su representación legal, como tutores, curadores, etc., circunstancia ésta que a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 cambia completamente, produciendo esas nuevas relaciones a las que hemos aludido. Por tanto y en virtud de lo expuesto, el notario, como receptor de esa voluntad, ayudará a la persona con discapacidad intelectual a plasmarla y recogerla en este instrumento que es el testamento, siendo esto uno de los requisitos sustanciales que preside el negocio jurídico del testamento abierto, circunstancia ésta defendida y recogida así en diversos pronunciamientos judiciales[588].

b) En segundo lugar, otro de los elementos que a partir de ahora deberemos tener en cuenta en relación con la capacidad testamentaria exigible a las personas con discapacidad, será la proporcionalidad en la emisión del juicio de capacidad que realiza el notario y las disposiciones testamentarias que van a conformar el testamento, esto es, a mayor complejidad en las disposiciones testamentarias cabe exigir una mayor capacidad para testar de la persona, y en un sentido contrario, ante disposiciones testamentarias sencillas y que suelen recogerse de forma ordinaria, exigir una menor capacidad testamentaria. Conviene volver a recordar aquí en relación con el juicio del notario, aunque haya sido ya un aspecto analizado, la necesaria constancia del mismo en el

[588] En este sentido, la ya vista Sentencia del Tribunal Supremo 1128/2004, de 24 de noviembre, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

documento que otorga, aspecto este en aplicación de lo regulado en los artículos 685 y 696 del Código Civil, y 156 y 167 del Reglamento Notarial, y sobre el que coincide la mayoría de autores, como por ejemplo NÚÑEZ NÚÑEZ[589], quien aprecia que el juicio favorable del notario sobre la capacidad del testador debe figurar expresamente en el testamento por ser el mismo esencial.

Este principio de relatividad entre la capacidad exigible para testar y las disposiciones testamentarias que recoge el testamento, ya han sido de alguna forma recogidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, circunstancia esta señalada por autores como SERRA RODRÍGUEZ[590], quien señala que durante el primer momento de formación del juicio del notario, el cual deber ser propio y personal, añade que el mismo actúa a "modo prologal", y según apunta el Tribunal Supremo, el notario no solo deberá controlar las condiciones que presenta el testador, sino que deberá relacionarlas con la mayor o menor complejidad del testamento que se pretende realizar, y en este sentido, parece intuirse y derivarse que a mayor complejidad de las disposiciones testamentarias se requerirá un mayor y completo cabal juicio, es decir, un mayor grado de facultades volitivas e intelectuales exigibles al testador.

Pero también y como hemos señalado con anterioridad en un sentido negativo, el notario no deberá otorgar el testamento, si en base a su juicio de capacidad la persona con discapacidad intelectual y a pesar de los apoyos que se le proporcione, no puede llegar a conformar o expresar su voluntad, sin que ello suponga ninguna vulneración de la ley, ni atente contra el espíritu o finalidad de la reforma, sino todo lo contrario, conlleva el cumplimiento de la norma y potencia el principio de seguridad jurídica que su intervención conlleva en la realización de actos o negocios jurídicos para el tráfico jurídico.

c) En cuanto a los apoyos, extremo éste que ya hemos analizado con anterioridad, podemos volver a señalar la dualidad en las posiciones que han surgido en torno a la redacción que se le atribuido ahora a este artículo 665. Por un lado, nos encontramos las posiciones que entienden que por la propia naturaleza jurídica de los actos personalísimos, el testamento no podrá otorgarse con apoyos de terceras personas o externos que no sean los que el propio notario pueda proporcionar como apoyo institucional o mediante medios de carácter técnico. En este sentido, podemos citar a autoras como ECHEVARRÍA DE RADA[591], que entiende que en la fase de formación de la voluntad no es posible recibir un apoyo externo para su configuración, puesto que es en este momento donde radica la singularidad del testamento, y ello a diferencia de otros actos o negocios jurídicos.

Y por otro lado, las posiciones que defienden que en que esa prestación de apoyos si puede abrirse a la intervención a terceras personas, como por ejemplo al trabajador social, al guardador de hecho, al prestador de apoyos nombrado en documento por el

---

[589] NÚÑEZ NÚÑEZ, M.ª, *La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial,* en la obra colectiva "La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardas", PEREÑA VICENTE, M. (dir.) y DÍAZ PARDO, G. y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.ª (Coord.), Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2018, pág. 518.

[590] SERRA RODRÍGUEZ, A., "La capacidad para testar y la prueba de la incapacidad del testador", en la *Revista de Derecho Patrimonial,* número 2, año 1999-1, pág. 537.

[591] ECHEVARRÍA DE RADA, M.ª T., *La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad…*, págs. 541-542.

testador, etc., y sin que ello vulnere la naturaleza de acto personalísimo de este negocio *mortis causa.* En esta línea interpretativa, podemos mencionar a autores como PÉREZ GALLARDO[592], el cual considera posible la intervención de terceras personas o apoyos externos a los efectos de ayudar a la persona con discapacidad para que ésta pueda ejercer su capacidad jurídica, y por ello, debemos considerar que la finalidad de los apoyos es la de afianzar la toma de decisiones, nunca la de decidir por las personas con discapacidad. Si consideramos o interpretamos de esta manera estos apoyos dentro del acto del otorgamiento del testamento no estaríamos vulnerando ni contradiciendo su naturaleza personalísima. En este sentido, conviene recordar, que bajo la anterior regulación sí se permitía la intervención de personas externas, como eran los facultativos.

Pero llegados a este punto, entendemos que los apoyos a los que se refiere el precepto no son apoyos compatibles con la fase de formación de la voluntad, puesto que como hemos indicado, por la propia naturaleza jurídica de los actos personalísimos, y especialmente el que nos ocupa del testamento, impide la prestación de estos apoyos en esa etapa, sin perjuicio de los apoyos que el notario pueda prestar para el desarrollo de la toma de decisiones de las persona con discapacidad. Otra cuestión, sería en la fase de la expresión de la voluntad, en la cual si creemos que pueden prestarse esos apoyos externos o por terceras personas, o bien de carácter técnico.

En este sentido, autores como MARIÑO PARDO[593], quien señala que a lo que se refiere la norma es a adoptar "los ajustes necesarios" y no a utilizar "medidas de apoyo", dado el sentido de estas últimas, puesto que en la mayoría de las ocasiones, las medidas de apoyo suelen referirse a la intervención de un tercero, cuestión ésta descartada en el caso del testamento por el carácter personalísimo del mismo. Además, este autor matiza que el artículo 693.2 del Código Civil se refiere a "medios o apoyos" para testar de la persona, que nunca podrían consistir en la intervención de un tercero, prestando consentimiento o conformidad al testamento, pero sin que ello implique o excluya que en el proceso para determinar el discernimiento del testador se pueda acudir a la ayuda de terceros, con una especial relación o confianza del testador, y los cuales faciliten la comunicación de la voluntad de este al notario, aunque nunca podrán en la forma de ser suplida. Es por ello, que como señala la Circular del Consejo General del Notariado 2/2021 en cuanto a la fase previa al otorgamiento del testamento, se recoge la intervención de lo que llama un "facilitador" que le permita a la persona con discapacidad expresar su voluntad.

d) Por último, y en relación con las formas testamentarias que pueden ser utilizadas por la persona con discapacidad intelectual para que éstas puedan ejercer su capacidad jurídica, y en este caso, poder otorgar testamento, creemos que estas personas podrán utilizar todas las formas legales que el Código Civil regula, puesto que la

[592] PÉREZ GALLARDO, L.B., "El testamento otorgado con apoyos…", pág. por personas con discapacidad: ¿una quimera?, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCVI, Noviembre-Diciembre 2020, núm. 782, pág. 3.633.

[593] MARIÑO PARDO, F., "Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Testamento del incapacitado", martes 5 de octubre de 2021, en www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_79.html

negación, limitación o restricción de alguna de ellas conllevaría la vulneración no solo de los presupuestos y postulados que conforman la Convención, sino el espíritu y finalidad de la Ley 8/2021, y en consecuencia los artículos 663 y 665, puesto que en ningún sitio se dice o señala que alguna de estas formas queden vetadas para estas personas.

No obstante, lo que sí podemos señalar, es que preferiblemente, y a efectos de evitar en un momento posterior la impugnación del testamento, se presenta el testamento abierto como el instrumento o la herramienta preferida para el ejercicio de esta capacidad jurídica, y ello como consecuencia de la seguridad jurídica que proporciona la intervención del notario, al evaluar y enjuiciar la capacidad natural de querer y entender el acto que está llevando a cabo el testador, esto es, el testamento, así como de los efectos y consecuencias que se derivarán del mismo.

Sin embargo, como tampoco se obliga a la utilización de esta forma testamentaria de forma expresa, el testamento cerrado también será factible en su uso y utilización, máxime cuando aun no pudiendo ser evaluada la capacidad del testador en el momento de su redacción, la misma si será enjuiciada en el momento del levantamiento del acto del otorgamiento, siendo éste el espacio temporal en el que si el notario enjuicia que el testador entiende y conoce perfectamente el testamento que le está entregando así como sus consecuencias, autorizando el mismo. Además, siempre quedará la posibilidad de las posibles y posteriores impugnaciones que pudieran producirse en vía judicial por parte de un interesado en la herencia por falta de capacidad del testador en el momento de su redacción.

Y en cuanto al testamento ológrafo, instrumento en el que hasta ahora había cierta unanimidad en la doctrina en el sentido de que el mismo no podía ser utilizado por la persona con discapacidad intelectual, cambia radicalmente con este nuevo paradigma que recoge la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 en este ámbito, en cuanto a su aceptación como medio o instrumento válido para el ejercicio de la capacidad jurídica de la personas con discapacidad, y ello por los mismos argumentos que los señalados en párrafo anterior. No obstante, creemos que esta forma testamentaria si será impugnada con cierta frecuencia en vía judicial por falta de poder ser acreditada la capacidad del testador en su redacción. No debemos olvidar, que en el testamento ológrafo no se enjuicia o valora la capacidad de testar de la persona que lo realiza, sino simplemente, por medio de la adveración del mismo y que es el momento en que se conoce dicho testamento, el notario se limita a establecer su validez, y ello mediante la certeza o garantía en la identificación del autor del mismo, su fecha y firma, sin emitir un juicio de capacidad del testador, y es por ello que está forma testamentaria será posiblemente objeto de impugnación en sede judicial como hemos señalado.

Por tanto, en cuanto a las formas testamentarias expuestas, y que entendemos que son admitidas para que las personas con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, partimos: en primer lugar, del testamento abierto como opción ideal y favorable para ser utilizado, y ello en aras de una mayor seguridad jurídica por la intervención del notario, así como por la necesidad de una prueba concluyente para destruir la presunción de capacidad que genera su juicio de capacidad; en segundo lugar, el testamento cerrado, como opción intermedia en valores de seguridad jurídica, puesto que sí hay un momento donde el notario enjuicia esa capacidad testamentaria aunque dicho momento no se

corresponda con el momento temporal de su redacción, siendo este uno de los aspectos que puede provocar la impugnación del mismo; y por último, el testamento ológrafo, el cual y de acuerdo al nuevo panorama que se ahora se nos presenta con la Ley 8/2021 dentro del ámbito del Derecho de sucesiones, deberá admitirse como forma testamentaria utilizable por la persona con discapacidad intelectual, siendo dicha forma más susceptible de ser impugnada en sede judicial cuando se considere que el testador no poseía la suficiente capacidad para otorgarlo, al no haber podido comprobarse esa capacidad ni el momento de su redacción, ni el momento de adveración.

En este sentido, autores como BARBA[594], señalan que este instrumento del testamento ológrafo no creen que deba considerarse a priori inválido en cuanto a su utilización, aunque la ausencia del notario impondrá una carga probatoria más compleja, ya que, en caso de litigio, habrá que aportar una contra-prueba adecuada de que la persona comprendió el alcance de sus disposiciones cuando otorgó su testamento. Es por ello, que no debemos pensar que en el caso del testamento ológrafo se pierde la presunción de capacidad de otorgar testamento y, por tanto, que la persona interesada en preservar la validez del testamento debe probar que la persona con discapacidad podía en el momento de otorgarlo manifestar y comprender el alcance de sus disposiciones. La presunción de capacidad no queda desvirtuada por el mero hecho de que la persona con discapacidad haya otorgado un testamento ológrafo en lugar de un testamento notarial, lo que falta es únicamente la valoración del notario, que es ciertamente un medio para reforzar esta presunción, pero no un elemento indispensable de la misma.

En conclusión, y para terminar nuestro trabajo de investigación, creemos conveniente señalar la siguiente apreciación en relación a la reforma operada por la Ley 8/2021 dentro del ámbito sucesorio. Esta reforma presenta un gran avance y reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, una nuevo paradigma dentro del ámbito de la discapacidad, consistente en la intervención de las personas con discapacidad, especialmente en lo que refiere a las personas con discapacidad intelectual o cognitiva, en la realización de actos o negocios jurídicos de gran trascendencia jurídica, como por ejemplo el testamento. Sin embargo, esta evolución tan radical, y a su vez necesaria, dentro de este ejercicio de capacidad jurídica, ha chocado en cierta medida con los históricos, tradicionales y rígidos principios que configuran nuestro Derecho de sucesiones, el cual, quizás no estaba tan preparado para una reforma de este calado.

Es por ello, que consideramos que la evolución de diversas figuras e instituciones de carácter sucesorio, en cuanto a su interpretación y adaptación a la nueva normativa ahora aplicable, requerirán de un mayor esfuerzo, lo que conllevará una flexibilización en su interpretación, y de este modo poder aplicarse a esta realidad cambiante, y en algunos caso, vertiginosa, pero sin que ello tenga que suponer una reducción en cuanto a la seguridad jurídica que rodea la aplicación práctica de dichas instituciones sucesorias, especialmente las que se refieren al otorgamiento de testamento.

[594] BARBA, V, "La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico", en *Revista La Ley, Derecho de familia,* núm. 31, julio-septiembre, 2021, págs. 8-9.

CONCLUSIONES

La aplicación de los postulados y principios rectores que se derivan de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que han sido recogidos por nuestro legislador en la Ley 8/2021, ha supuesto un cambio en la manera de entender e interpretar los elementos que conforman la capacidad de la persona, concretándose a partir de ahora en la aplicación práctica del ejercicio de la capacidad jurídica con los apoyos necesarios o que se requieran para poder llevar a cabo dicho ejercicio. Es por ello, que a partir de ahora, esta nueva interpretación permitirá a la persona con discapacidad intelectual llevar a cabo actos o negocios jurídicos de gran trascendencia, como otorgar testamento bajo sus diferentes modalidades. Del estudio que hemos llevado a cabo extraemos las siguientes conclusiones:

1. La ratificación de la Convención por parte del Estado Español en el año 2008, ha producido que determinados sectores, amparados especialmente en la interpretación que se lleva a cabo por medio de la Observación General Nº 1 de Naciones Unidas del artículo 12 de la Convención, consideren que ya no puede hablarse por separado de una capacidad jurídica y de una capacidad de obrar, puesto que ambas quedan suprimidas o refundidas en una sola, resaltando además que la aceptación de dicha dualidad es contraria a la propia Convención. Lo expuesto, ha supuesto la ruptura con la pacífica convivencia en la concepción e interpretación que de la capacidad venía realizando nuestra doctrina. Esta afirmación no se corresponde con lo que establece el propio texto del artículo 12 de la Convención por medio de sus apartados segundo y tercero, en los cuales se reconoce y se da plenitud a ambas esferas de la capacidad de la persona, esto es, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, aunque sin así denominarlas.

2. La Ley 8/2021, va más allá del cambio terminológico, puesto que ha supuesto un cambio de modelo aplicable a la discapacidad, pasando de un sistema médico-rehabilitador, donde la voluntad de la persona, en la mayoría de los casos, quedada anulada o sustituida, por un por un sistema basado en los derechos humanos o modelo social, en el cual, la voluntad de la persona pasa a configurarse como eje o núcleo principal. Sin embargo, dentro de la reforma que se ha llevado a cabo, consideramos, un uso excesivo del término discapacidad. Apreciamos, que este término de la discapacidad no aporta nada, se hace repetitivo y además parece conseguir el efecto contrario, esto es, que hablamos de personas con discapacidad y que las queremos diferenciar del resto, situación ésta que contradice el espíritu de la Convención en cuanto al plano de igualdad que la misma propugna y quiere establecer.

3. La interpretación llevada a cabo por el Comité de expertos sobre discapacidad del artículo 12 de la Convención por medio de la Observación General Nº 1 de Naciones Unidas, encumbra esta interpretación con un rango superior a la letra del propio texto de la Convención, máxime cuando se llega hasta el punto de cambiar el significado y concepción de aspectos y normativa, la cual, ya había quedado refrendada y ratificada con carácter previo por los Estados Partes, produciendo en consecuencia una indeseable inseguridad jurídica entre la normativa que hay que aplicar, puesto que por un lado,

tenemos el texto que aprueba y ratifica cada país, y por otro lado, una posterior interpretación que cambia considerablemente su significado y que es realizada por el Comité. Entendemos que la interpretación del artículo 12 de la Convención que efectúa la Observación General Nº 1 de Naciones Unidas, confunde el contenido y significado del texto del artículo, así como lo querido por la Convención, extralimitándose a nuestro juicio el Comité en sus funciones.

4. Hasta la reforma del Código Civil del año 1983, la regulación de la capacidad de la persona se articulaba bajo unos presupuestos y parámetros que conformaban un rígido sistema, el cual obviaba cualquier matización o graduación en la capacidad de la persona, puesto que en esa época, a la persona se le reconocía su plena capacidad o en caso contrario y como consecuencia de un determinado trastorno o enfermedad se la incapacitaba judicialmente, quedando muy mermada por no decir anulada su capacidad de obrar. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 1947, supuso un hito, puesto que empezó a configurar la idea de que la medida de protección de la persona consistente en la tutela, debía adaptarse al grado de discernimiento o intensidad con que la enfermedad o trastorno se presentaba en la misma.

5. La jurisprudencia, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, no solo ha permitido la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias y postulados de la Convención, sino que ha proporcionado la necesaria seguridad jurídica hasta la definitiva promulgación de la citada Ley. Un ejemplo jurisprudencial de lo expuesto, entre otras sentencias, lo podemos encontrar en la icónica Sentencia 282/2009, de 29 de abril, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías. Sin embargo, determinados pronunciamientos que se han venido realizando en Juzgados de Primera Instancia o en las Audiencias Provinciales, aun siendo posteriores a la ratificación por parte del Estado Español de la Convención, no han tenido la misma sensibilidad en la concepción e interpretación de los postulados y del espíritu que proclama dicha Convención.

6. Los principios que recoge la Convención no se han visto reflejados en muchos de los procesos judiciales de modificación de la capacidad, en los cuales quedaban restringidos o anulados determinados derechos civiles de la personas con discapacidad, entre otros, el derecho de otorgar testamento, sin tener en cuenta que el momento idóneo de poder valorar la capacidad de la persona para ese negocio jurídico *mortis causa* es el de su otorgamiento, lo que conllevaba la no aplicación práctica del modificado artículo 665 del Código Civil, y vulneraba asimismo lo recogido en el artículo 666 de dicho cuerpo legal. Ahora, y para dar cumplimiento a los referidos principios de la Convención, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 8/2021, junto con el último apartado del artículo 269 del Código Civil, prohíbe expresamente que la resolución judicial de prestación de apoyos pueda de alguna manera privar de derechos la persona con discapacidad, estableciendo además un efecto retroactivo al señalar que las privaciones de derechos existentes queden sin efecto.

7. El artículo 665 de nuestro Código Civil antes de su modificación por la Ley 8/2021, y siempre que la sentencia de prestación de apoyos no restringiese la capacidad testamentaria, tenía como finalidad en posibilitar a la persona con discapacidad el poder otorgar testamento bajo una serie de formalidades, evitando con ello recurrir a la sucesión

ab intestato. Su modificación por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, acentúo la importancia del ámbito médico-legal en esta materia, al establecer un ajuste o adaptación del testamento otorgado en intervalo lúcido al tratamiento legal de la incapacitación.

8. Bajo la regulación anterior, los dictámenes de los médicos facultativos a que se refiere el artículo 665 del Código Civil, tenían una trascendencia muy relevante para determinar si la persona con discapacidad intelectual poseía suficiente capacidad natural para entender y querer el acto que estaba realizando. Esta relevancia quedaba reflejada no solo como uno de los criterios determinantes sobre el que el notario conformaba su juicio de capacidad, sino en el peso e influencia que tenían dichos informes dentro de los procesos judiciales en los que el testamento era impugnado por falta de capacidad para otorgarlo. En este sentido, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se elimina la intervención de estos facultativos, con el objeto de desterrar cualquier referencia con el ámbito médico-rehabilitador del anterior sistema.

9. El juicio de capacidad que realiza el notario no es un juicio de carácter médico, sino una valoración de que la persona con discapacidad en el mismo momento de realizar este negocio jurídico *mortis causa*, ha comprendido y realizado su propio proceso de toma de decisiones, que entiende el acto, lo quiere y asume las consecuencias y efectos que se deriven del mismo. Esta valoración de la capacidad deberá de conformarse de acuerdo al principio de flexibilidad, a las formalidades y solemnidades testamentarias requeridas por cada forma testamentaria empleada, y por último, a la consideración de que un juicio negativo por parte del notario no significará la vulneración de la Ley 8/2021, ni de los principios y postulados de la Convención, sino todo lo contrario, como resultado del cumplimiento de la referida normativa y de la seguridad jurídica que ello proporciona.

10. La entrada en vigor de la Ley 8/2021, no conlleva o significa la atribución de nuevas y diferentes funciones al notario que las que hasta ahora venía realizando, como son por ejemplo, las funciones de información, asesoramiento, apoyo o ayuda en cuestiones de carácter técnico-jurídico, etc., y como parece que así ha sido interpretado por diversos sectores como consecuencia de la letra del nuevo artículo 665. Este nuevo panorama supone que en relación con la funcional notarial, la ampliación, potenciación y enaltecimiento de dichas funciones, y ello como consecuencia de una mayor complejidad a la hora de su realización. En este sentido podemos señalar la ardua labor interpretativa y de empatía que deberá hacer el notario como consecuencia de la necesaria interactuación con la persona con discapacidad intelectual y que pretende otorgar testamento, así como la ausencia de la intervención de los facultativos y que tan útil información le proporcionaba bajo la regulación anterior.

11. Debemos distinguir los apoyos dentro del ámbito testamentario y a que se refiere el artículo 665, con lo que serían las medidas de apoyo dictadas para el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad, y a que se refieren los artículos 249 a 253 del Capítulo I, del Título XI del Código Civil, medidas que generalmente conllevarán la intervención o participación de un tercero como prestador de apoyos, extremo éste que será incompatible con este negocio jurídico del testamento como consecuencia de su naturaleza como acto personalísimo, concretamente en lo que se refiere a la fase de formación de la voluntad.

12. Dentro de los apoyos aplicables dentro del ámbito testamentario, debemos establecer y diferenciar dos clases de apoyos, por un lado, los apoyos relativos a los medios de carácter técnicos y humanos destinados a que la persona con discapacidad intelectual pueda expresar su voluntad, y por otro lado, el apoyo institucional y necesario que proporciona el notario, en su caso, para que esta persona pueda llevar a cabo la formación de su voluntad, apoyos que se extenderán a todos los que resulten necesarios y sean precisos. Estos apoyos, estarán conformados por los principios de necesidad, proporcionalidad, subsidiariedad, mínima intervención, temporalidad e inmediación.

13. En aplicación de los principios del Derecho sucesorio, así como de la propia naturaleza jurídica de los actos personalísimos, y en las que se enmarca este negocio *mortis causa* del testamento, no es posible la intervención de estos apoyos externos o prestados por terceras personas en la fase de formación de la voluntad, si pudiendo ser proporcionados dichos apoyos externos en la llamada fase de expresión de la voluntad. En consecuencia, en la fase de formación de voluntad o proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad intelectual, el notario será el único y determinante apoyo institucional, cuestión que está produciendo un complejo debate doctrinal en su interpretación.

14. En cuanto a las formas testamentarias que permite o autoriza el artículo 665, la letra de dicho artículo, no deja claro si el único instrumento o forma válida a la que se está refiriendo para que la persona con discapacidad pueda otorgar testamento en el ejercicio de su capacidad jurídica, es el testamento abierto, o bien también es posible el uso y el empleo del resto de formas ordinarias, como son el testamento cerrado y el testamento ológrafo. En aplicación de los principios y postulados que conforman la Convención, así como en aras del desarrollo y reconocimiento de la esfera de libertad que acompaña al testador, la aplicación práctica del citado artículo no impediría la utilización del resto de estas formas testamentarias a las que nos hemos referido.

15. En el ámbito del artículo 665, el testamento abierto o notarial se configura como el instrumento preferido por el legislador para que la persona con discapacidad intelectual ejercite su capacidad jurídica, por ser la forma testamentaria más idónea y proclive para poder prestarse de una manera efectiva y práctica los apoyos y ajustes necesarios para que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, y ello como resultado de los apoyos de carácter técnico y humanos en la fase de expresión de la voluntad, así como del apoyo institucional del notario en la fase de formación de la voluntad, destacando en esta última, la seguridad jurídica que proporciona la intervención del notario en relación con el tráfico jurídico.

16. Bajo la nueva regulación que contempla el artículo 665, será válido el empleo del testamento cerrado por parte de la persona con discapacidad como instrumento a utilizar para la disposición de sus bienes en el momento de su fallecimiento, circunstancia ésta no muy aceptada en la anterior regulación por la falta de apreciación de capacidad de la persona en el momento de redactar el mismo, aunque la misma era apreciada en el momento del levantamiento del acta de dicho testamento. No obstante, la falta de apreciación de la capacidad de la persona en el momento de su elaboración, la ausencia de apoyos en el proceso de formación de la voluntad, y por consiguiente, más susceptible de ser impugnado el testamento en sede judicial, las propias solemnidades y requisitos

que rodean esta forma testamentaria, la finalidad de secretismo que se obtiene con el uso de este instrumento la cual es equiparable a la del testamento abierto por la ausencia ya de testigos, así como sus costes económicos, conllevará en la práctica testamentaria al uso residual de este tipo de testamento.

17. Bajo el espíritu de la Convención, apreciamos la posibilidad del uso del testamento ológrafo, como forma válida y utilizable por parte de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, aun no habiendo sido ésta aceptada de forma unánime por la doctrina en la anterior regulación, como consecuencia de no poder apreciarse la capacidad del testador en su redacción y porque en su adveración el notario solo se limita a certificar la autoría del mismo, esto es, a identificar al testador como autor del mismo. No obstante, la posible falta de certeza y seguridad jurídica que dicho instrumento pueda generar como consecuencia de las dudas que pudieran plantearse en cuanto a la falta de capacidad del testador, encontraran siempre el filtro judicial a la hora de enjuiciar la misma, pero con la advertencia de que la carga de la prueba en esta forma testamentaria recaerá en la persona que quisiera mantener la validez del mismo en caso de una impugnación.

18. La nueva regulación que ha llevado a cabo el artículo 665 del Código Civil en materia de capacidad testamentaria, no señala o recoge cuáles son las herramientas o mecanismos para poder proporcionar o prestar los apoyos necesarios a las personas con discapacidad intelectual para el ejercicio de su capacidad jurídica a la hora de otorgar testamento, especialmente en lo que se refiere al notario, lo que conllevará una ardua labor de interpretación de los supuestos y casos que se vayan planteando, no solo por parte del notario, sino también por parte de los tribunales y, en último término, de la jurisprudencia.

19. No es lo mismo la adaptación e interpretación de la normativa recogida en la Ley 8/2021 en otras áreas del Derecho, que la que exige el rígido y tradicional ámbito del Derecho sucesorio, puesto que en éste, la aplicación de sus principios, significado, concepción y aplicabilidad práctica de los mismos, ofrecen menos posibilidades de flexibilidad o desarrollo que en otros ámbitos, pero sin que ello signifique, que poco a poco, y como consecuencia del nuevo panorama que ha instaurado la Ley 8/2021 dentro del ámbito de la discapacidad, puedan ir produciéndose cambios en este sentido, especialmente en lo referente a la prestación de apoyos dentro de este acto personalísimo que es el testamento, y sin que ello signifique una pérdida de seguridad jurídica o vulneración de principios ya establecidos y recogidos por nuestro ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCIA, M:

- *Derecho Civil I,* Introducción y Parte General, Volumen primero, Introducción y Derecho de la persona, Decimocuarta edición, Ed. José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1996.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo I, Vol. 3º, Artículos 17 al 41 del Código Civil, 2ª ed, Ed. Edersa, Madrid, 1993.
- "Algunos extremos de la regulación de los testamentos modificados por la reciente Ley de 1991", en *Actualidad Civil,* núm. 24, semana 15, junio, 1992, págs. 347-360.
- "Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de Modificación del Código Civil en materia de testamentos", en *Revista de Derecho Privado,* Tomo LXXVI, enero-mayo, Madrid, 1992, págs. 715-727.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo IX, Vol. 1.º-A, Artículos 657 a 693 del Código Civil, Ed. Edersa, Madrid, 1990.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo IX, Vol. 2.º, Artículos 706 a 743 del Código Civil, Ed. Edersa, Madrid, 1983, pág. 2.
- *Curso de Derecho Civil Español, Común y Foral,* Parte I, Introducción y Parte General, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1977.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.ª M., "El juicio de capacidad emitido por el Notario en el testamento abierto", en la *Revista Actualidad Civil,* Sección Estudios de Jurisprudencia, Número 1, Enero 2014, págs. 46-53.

ALEMANY GARCÍA, M., "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad" (Una crítica a la Observación General Nº 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad), en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 52, 2018, págs. 201-222.

ALFARO GUILLÉN, Y., *El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de lege data para la autorización notarial en cuba,* en la obra colectiva "Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber Amicorum", PÉREZ GALLARDO, L.B. (coord.), Edición Especial para el Consejo General del Notariado, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 1.397-1.431.

ALONSO PÉREZ, M., "Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el Derecho civil de España", en *Anuario de Derecho Civil,* Tomo XXXVI, Fascículo III, julio-septiembre, Madrid, 1983, págs. 1117-1127.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Consecuencias del divorcio: alimentos y vivienda de los hijos con dis*capacidad*,* en la obra colectiva "Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad", GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.) y GARCÍA MEDINA J. (coord.), 1ª ed., Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra, 2016, págs. 155-189.

ÁLVAREZ LATA, N.:
- *Comentario al art. 665 del CC.,* en "Comentarios al Código Civil", BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), 5ª ed., Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra, 2021, pág. 911.
- *Comentario al art. 665 del CC.,* en "Comentarios al Código Civil", BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), 3ª ed., Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2009, págs. 828-829.
- *La actuación de la persona con retraso mental (incapacitada o no incapacitada) en la esfera jurídico-privada*, Capítulo Tercero, en la obra colectiva "Derecho y Retraso Mental. Hacía un Estatuto Jurídico de la Persona con Retraso Mental", SEOANE RODRÍGUEZ J.A. (coord.), Ed. Fundación Paideia, A Coruña, 1999, págs. 199-260.

ALVAREZ SUAREZ, U., *Apuntes de Derecho Romano,* 4ª Edición, Editados por la Delegación de Derecho del SEU, Madrid, 1943.

ARAMBURO Y MACHADO, M.:
- *Estudio* de la*s causas que determinan, modifican y extinguen la capacidad civil,* Imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, 1894.
- *La Capacidad Civil,* 2ª Edición, Ed. Reus S.A., Madrid, 1931.

ARMERO DELGADO, M., *Testamentos y Particiones (Doctrina, Jurisprudencia y Formularios),* Tomo Primero, Títulos Sucesorios, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *"Propuesta de Código Civil"*, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2018.

BALLARÍN MARCIAL, A., "Naturaleza y clases de <<juicio>> del Notario", en la *Revista Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Tomo XXXV, Ed. Editoriales de Derechos Reunidas, S.A., Madrid, 1996, pág. 527-543.

BARBA, V, "La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico", en *Revista La Ley, Derecho de familia,* núm. 31, julio-septiembre, 2021, págs. 1-39.

BARIFFI, F.J., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz* de la *Convención* de la *ONU*, en la obra colectiva "Hacia un Derecho de la Discapacidad", Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo, PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y SASTRE, A. (edición), 1ª ed. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, págs. 353-390.

BARRIO GALLARDO, A., *La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español,* en la obra colectiva "Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel", DÍEZ-PICAZO, L. (coord.), Tomo I, 1ª ed, Ed. Aranzadi, S.A. Cizur Menor, Navarra, 2014, págs. 465-485.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P., "Incapacidad de testar del que <<habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio>>", en *Revista de Derecho Privado,* Tomo L, Enero-Diciembre, Madrid, 1966, págs. 245-261.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *Construcción Jurídica de los Derechos* de la *Persona*lidad*,* en Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 29 de marzo, Madrid, 1976, págs. 21-109.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho* de la *Persona,* Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1976.

BERROCAL LANZAROT, A. I., "La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCIV, Noviembre-Diciembre 2018, núm.770, págs. 3.339-3.371.

BOTELLO HERMOSA, P.I.:
- "La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XCV, Noviembre-Diciembre 2019, núm. 776, págs. 2.783-2.804.
- "Sustitución del término incapacitado por el de persona con discapacidad necesitada de una especial protección. ¿Acierto o desacierto del legislador de la Ley Orgánica 1/2015?, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCII, Marzo-Abril 2016, núm. 754, págs. 805-811.

BÜRGE, A., "Le code civil et son evolution vers un droit impregné d´individualisme libéral" en *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ.),* nº 1, enero-marzo, Éditions Dalloz, Paris, France, año 2000, págs. 1-24.

CABAÑAS TREJO, R., "Observaciones irrespetuosas sobre la Ley 8/2021 para la práctica notarial", págs. 1-28, en https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/

CAFFARENA LAPORTA, J., *La sentencia de incapacitación y la capacidad de testar,* en la obra colectiva "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo", Tomo I, Semblanzas, Derecho Civil, Parte General, Ed. Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003, págs. 321-345.

CALCEDO ORDÓÑEZ, A., "La evaluación médico-legal en la impugnación de testamento", en *Revista El Notario del Siglo XXI,* número 58, noviembre-diciembre, 2014, págs. 38-44.

CÁMARA ÁLVAREZ, M.:
- *Compendio de Derecho Sucesorio,* 2ª ed. actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Ed. La Ley-Actualidad, S.A., Las Rozas, Madrid, 1999.
- "El notario latino y su función", en la *Revista de Derecho Notarial,* año LXXVI, abril-junio, 1972, págs. 65-321.

CAMPOY CERVERA, I., *"La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Dis*capacidad*",* 1ª ed., Ed. Ediciones Laborum, Murcia, 2017.

CANIMAS BRUGUÉ, J., "Decidir por el otro a veces en necesario" en La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas, *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas,* núm. 39, págs. 13-31.

CAPILLA RONCERO, F.:
- *La persona jurídica: funciones y disfunciones,* Ed. Tecnos, S.A., 1984.
- voz personalidad, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, IND-PRO, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 4.871-4.873.

CAROL ROSÉS, F., "Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad", en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XCIII, Noviembre-Diciembre 2017, núm. 764, págs. 3.242-3.265.

CARPIO MATEOS, F. y PEINADO RUANO, J., "Los nuevos testamentos. Comentarios y Fórmulas.", en el *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, núm. 132, diciembre, 1991, págs. 2.930-2.943.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., "Testamentos especiales de analfabetos, ciegos, sordos y mudos en el Derecho romano y el Derecho español", en la *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 79, Julio-Septiembre, año 2011, págs. 71-130.

CASTÁN TOBEÑAS, J.:
- *Derecho Civil Español, Común y Foral,* Tomo Sexto, Derecho de Sucesiones, vol. I, 9ª ed., Ed. Reus S.A., Madrid, 1989.

- *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Primero. Introducción y Parte General. Volumen Segundo, Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las Cosas. Los hechos jurídicos. 14ª ed. Revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, J.L., Ed. Reus, S.A., Madrid, 1984.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral,* Tomo Sexto, Derecho de Sucesiones, volumen segundo, 7ª ed., revisada y puesta al día, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1973.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral,* Tomo Primero, Introducción y Parte General, Volumen Segundo, Teoría de la relación jurídica, La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos, ed. 10ª Revisada y Ampliada, Ed. Reus, Madrid, 1963.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.J., *La persona, el estado civil y el registro civil. Parte Primera. La persona en General* en la obra colectiva "Instituciones De Derecho Privado", (coord. Gral. DELGADO DE MIGUEL, J. F. y coord. MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á.), Tomo I Personas, Vol. 2º, 1ª ed. Ed. Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003.

CLEMENTE DE DIEGO, F.:
- *Instituciones de Derecho Civil Español*, Edición revisada y puesta al día por DE COSSIO Y CORRAL, A. y GULLON BALLESTEROS, A., Tomo I, Ed. Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959.
- *Curso elemental de Derecho Civil Español, Común y Foral,* Tomo II, Parte General, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927.
- *Curso Elemental de Derecho Civil Español, Común y Foral,* Tomo VII, Derecho de Familia, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927.

COBACHO GÓMEZ, J.A., *Sobre la intervención notarial respecto a la capacidad legal para testar,* en la obra colectiva "Estudios de Derecho de Sucesiones. *Liber Amicorum* T.F. Torres García", DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.ª P. (dirs.), HERRERO OVIEDO, M. (coord.), Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2014, págs. 293-307.

COBAS COBIELLA, M.ª E.:
- *Aspectos sustantivos del Derecho Hereditario,* (autora de determinados epígrafes dentro del Capítulo II) en la obra colectiva "Derecho de Sucesiones", ALVENTOSA DEL RÍO, J. y COBAS COBIELLA, M.ª E. (dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 398 a 609.
- "Comentario a la Sentencia número 140/2013, de 20 de marzo, Tribunal Supremo, Sala de la Civil, Sección 1ª", en la *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 34, Mayo-Agosto, 2014, págs. 437-451.

COELLO GALLARDO, A., *Sucesiones. Comentarios a los artículos del Código Civil con la jurisprudencial aplicable y formularios prácticos,* Tomo I, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952.

COLIN A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil,* Ed. Reus S.A., Madrid, 192.

CORRAL GARCÍA, E., "Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho Civil: En especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores", en la *Revista Jurídica del Notariado,* número 46, abril-junio, 2003, págs. 27-65.

CORVO LÓPEZ, M.ª, "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", en la *Revista de Derecho Civil,* vol. VI, núm. 4, octubre-diciembre, 2019, págs. 135-170.

CUADRADO PÉREZ, C., "Modernas perspectivas en torno a la discapacidad", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XCVI, Enero-Febrero 2020, núm. 777, págs. 13-90.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.:
- *El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo*, en la obra colectiva "Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad", DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (dirs), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 125-163.
- "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", en la *Revista de Derecho Privado,* núm. 4, julio-agosto, págs. 3-37.

DE ASÍS ROIG, R., *Algunas reflexiones sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad en el Derecho español*, en colaboración con BARRANCO AVILÉS, M.ª del C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A., en la obra colectiva *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español,* CUENCA GÓMEZ, P., (Editora), Ed. Dykinson, Madrid, 2010, págs. 11-33.

DE BUEN LOZANO, D.:
- *Derecho Civil Español Común,* Segunda Edición, Ed. Reus S.A., Madrid, 1930.
- Traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre el Derecho Civil de COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil,* Tomo Octavo y último, Derecho Sucesorio-Donaciones-Ausencia, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1928, pág. 221.

DE CASTRO MARTÍN, J.L., *Un supuesto reciente de derogación jurisprudencial del derecho imperativo: la Sala Primera del Tribunal Supremo declara la validez de los testamentos en los que no consta la expresión del juicio notarial de capacidad*

(Comentario de la STS 140/2013, de 20 de marzo de 2013), en la obra colectiva "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel", Volumen I, DÍEZ-PICAZO, L. (coord.), Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarro, 2014, págs. 1.053-1.078.

DE CASTRO Y BRAVO, F.:
- Comentario a la Sentencia de 5 de marzo de 1947, en *Anuario de Derecho Civil,* año 1948, págs. 291-303.
- *Derecho Civil de España,* Tomo II, Derecho de la Persona, Parte Primera, La persona y su estado civil, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.
- *Derecho Civil de España,* Tomo I y II, 1ª ed. (reimpresión de la edición del Instituto de Estudios Políticos de 1952), Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1984.
- "Los llamados derechos de la personalidad" en *Anuario de Derecho Civil,* Tomo XII, enero-marzo, Madrid, 1959, pág. 1.251.
- *Derecho Civil de España,* Tomo II, Derecho de la Persona, Parte Primera, La Persona y su Estado Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1952, recogido en la reedición *"Derecho Civil de España"*, Volumen II, Derecho Civil de España. Tomo II y Temas de Derecho Civil, Ed. Aranzadi, Madrid, 2008.

DE COSSIO Y CORRAL, A., "Evolución del concepto de la personalidad, y sus repercusiones en el Derecho privado", en *Revista de Derecho Privado,* Tomo XXVI, enero-diciembre, Madrid, 1942, págs. 749-762.

DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I.:
- "El curador del mayor: Un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCIV, Enero-Febrero 2018, núm. 765, págs. 445-460.
- Principio general de derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos y su concreción en el principio de favor testamenti", en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XC, Marzo-Abril 2014, núm. 742, págs. 603-619.
- "La curatela y el discapacitado desde el prisma del <<Principio del superior interés de la persona con discapacidad>>" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año LXXXIX, Septiembre-Octubre 2013, núm. 739, págs. 4.119-4.133.

DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS, A., *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Balance de una década de vigencia,* en la obra colectiva "La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006/2016: Una década de vigencia", CAYO PÉREZ BUENO, L. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.) y DE MIGUEL VIJANDI, B. (coord. técnica), Ediciones Cinca, Madrid, 2016, págs. 13-62.

DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentario* de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco* de la *Convención sobre los derechos* de las personas *con dis*capacidad*,* en "Comentarios a las Sentencias de Unificación de

Doctrina (Civil y Mercantil)", vol. 3, (2009), YZQUIERDO TOLSADA (dir.), Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2010, págs. 555-580.

DE SALAS MURILLO, S.:
- "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCVI, Julio-Agosto 2020, núm. 780, págs. 2.227-2.268.
- "Significado jurídico del <<apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica>> de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención" en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 5, Mayo 2018, págs. 71-116.
- "Repensar la curatela", en *Derecho Privado y Constitución*, Año 21, núm. 27, enero-diciembre, Madrid, 2013, págs. 11-48.

DELGADO BUENO, S., "Evaluación de la capacidad de obrar", en *Revista Psicopatología Clínica, Legal y Forense,* Vol. 4, 2004, págs. 97-133.

DÍAZ ALABART, S.:
- *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones,* Ed. Reus, S.A., Madrid, 2018.
- "El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista" en *Revista de Derecho Privado,* núm. 1, enero-febrero, Madrid 2012, pág. 3-24.

Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, MONTOYA MELGAR (dir.), 1ª ed., Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra, 2016.

DÍEZ-PICAZO Y GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, 3ª ed., revisada y puesta al día, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1986.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.:
- *La seguridad* jurídica *y otros ensayos*, Ed. Civitas, 2014.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo I, Artículos 1 a 41, Ed. Edersa, Madrid, 1978.
- Lecciones de Derecho Sucesorio, Valencia, 1971.

DÍEZ-PICAZO Y PONDE DE LEÓN, L. Y GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, Tomo 2, Derecho de Sucesiones, 12ª ed., Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2017.

ECHEVARRÍA DE RADA, M.ª T., *La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la Luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio,* en la obra colectiva "El ejercicio de la Capacidad Jurídica por las Personas con Discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio", PEREÑA VICENTE, M., y HERAS HERNÁNDEZ, M.ª del M. (dirs.), NÚÑEZ NÚÑEZ, M.ª (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 521-554.

ESPIÑEIRA SOTO, I., "¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?", en *Revista de Derecho Civil,* vol. II, núm. 2, abril-junio, 2015, págs. 285-287.

F. de A., Comentario a la STS de 28 de junio de 1974, en *"Revista de Derecho Privado"*, Tomo LVIII, Enero-Diciembre, Madrid, 1.974, pág. 813-814.

FERNÁNDEZ COSTALES, J., "Nulidad de testamento abierto. Alcance del principio de unidad de acto en la Ley de 20 de diciembre de 1991 y en la anterior redacción del Código Civil. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de noviembre de 1991", en *La Ley*, Tomo 1992-2, Madrid, 1992, págs. 329-336.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., "La incapacidad de los locos y dementes: ¿Es susceptible de graduación en nuestro derecho positivo?, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 1, Segunda Época, Tomo LIV (222 de la colección), enero 1.967, págs. 213-282.

FERRARA, F., Capacitá Giuridica e Capacitá D´Agire, núm. 98, en *"Trattato di Diritto Civile Italiano",* vol. I, Dottrine Generali, Parte I, Il Diritto-IJ Soggetti-Le Cose, Athenaeum, Roma, 1921.

FOLLIA CAMPS, R., "Capacidad para otorgar testamento (estudio en torno a tres sentencias del TSJC)", en la *Revista La Notaria*, número 1, año 2015, págs. 98-107.

GARCÍA CANTERO, G., *Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad,* en la obra colectiva "Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas", DE SALAS MURILLO (coord.), Colección Monografías de Derecho Civil, I. Persona y Familia, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 41-56.

GARCÍA HERRERA, V., "Testamento otorgado por sujeto parcialmente incapacitado: presupuesto de su validez. Comentario de la STS de 15 de marzo de 2018 (STS 936/2018, rec.2093/2015). Referencia al tratamiento de la cuestión en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", en la versión digital de la *Revista Actualidad Civil,* número 12, diciembre 2018, Estudio de jurisprudencia, págs. 1-10.

GARCÍA PONS, A.:
- "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, fascículo 1, enero-marzo 2013, págs. 59-147.

- *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.:

- "Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación. Comentario a la STS de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018,1090)", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 108, septiembre-diciembre 2018, págs. 297-325.
- "Comentario a la Sentencia de 20 de mayo de 1994" en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 36, septiembre-diciembre 1994, págs. 1.051-1.061.

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", en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3 julio-septiembre, 2018, págs. 173-197.
- "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio" en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, págs. 29-60.
- "La necesaria y urgente adaptación del Código Civil Español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Tomo 58, Año 2017-2018, págs. 143-192.
- *La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*, en "Propostas de mordenización do dereito", GARCÍA GOLDAR, M. y AMMERMAN YEBRA, J. (dirs.) Xunta de Galicia, Dirección Xeral de Xuventude, Participación e Voluntariado, Santiago de Compostela, 2017, págs. 7-18.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C., *Tratado de derecho* de la persona *física,* Tomo I, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2013.

GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN HERRANZ, J.M., *Elementos del Derecho Civil y Penal de España,* 14ª ed., revisada y corregida, Tomo II, Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1886.

GÓMEZ LAPLAZA, M.ª C. y DÍAZ ALABART, S., *La capacidad testamentaria de los incapacitados,* en la obra colectiva "Estudios de Derecho de Sucesiones. *Liber Amicorum* T.F. Torres García", DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.ª P. (dirs.), HERRERO OVIEDO, M. (coord.), Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2014, págs. 529-546.

GÓMEZ PALOMO, C. y DE LA VEGA ÁVILA, M., *El CERMI y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: críticas y propuestas de futuro,* en la obra colectiva "Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad

al apoyo en la toma de decisiones", MORCILLO MORENO (dir.), Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, págs. 67-82.

GÓMEZ TABOADA, J., *Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento*, en la obra colectiva "Derecho Notarial", Tomo II, PÉREZ GALLARDO, L.B. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (coords.), Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pág. 322-345.

GONZÁLEZ CAMPO, F .de A., *Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: valoración de la reforma procesal del Anteproyecto de 2018,* en la obra colectiva "Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad", DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOY. M.ª V. (dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 467-499.

GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1986.

GRISSO, T., "Evaluating Competencies. Forensic Assessments and Instruments", Ed. Kluwer Academic Plenum, Publishers, 2ª ed. New York, 2003.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.:
- *La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018*, en la obra colectiva "Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad", DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (dirs), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 361-394.
- *La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz* de la *Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera,* en la obra colectiva "Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad", GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.) y GARCÍA MEDINA J. (coord.), 1ª ed., Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra, 2016, págs. 59-107.

GULLÓN BALLESTEROS, A., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar*, en la obra "Los discapacitados y su protección jurídica", (dirs.) GONZÁLEZ POVEDA, P., y PICÓN MARTÍN, J., Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

GUTIÉRREZ CALLES, J. L., "Matrimonio, testamento y derecho de sufragio activo del incapacitado", en la *Revista del Poder Judicial,* Ed. Consejo General del Poder Judicial, 3.ª época, número 56, 1999 (IV), págs. 345-373.

GAZMURI NÚÑEZ, PATRICIA M., *"Familia y habitabilidad en la vivienda: Aproximaciones metodológicas para su estudio desde una perspectiva sociológica"*, en

la revista *Arquitectura y Urbanismo*, vol.34, Nº 1, enero-abril, La Habana, 2013, versión on-line ISSN 1815-5898.

HERNÁNDEZ GIL, A., .*Lecciones de Derecho Sucesorio (Resumen de Explicaciones de Cátedra),* Ed. Sucesores de Rivadeneyra, S.A., Madrid, 1969.

HERNANDEZ-TEJERO JORGE, F., *Lecciones de Derecho Romano,* Lección IX, 5ª ed., Ed. Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1989.

HERRERO OVIEDO, M., *El testamento ológrafo en el Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria: El final de una disfunción,* en la obra colectiva "Estudios de Derecho de Sucesiones. *Liber Amicorum* T.F. Torres García", DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.ª P. (dirs.), HERRERO OVIEDO, M. (coord.), Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2014, págs. 635-656.

HORNERO MÉNDEZ, C., "¿Cualquiera pueda hacer testamento? Comentario a la Sentencia del TS de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7554)", en la *Revista de Derecho Patrimonial,* número 15, año 2005, págs. 481-488.

IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado,* 5ª Edición revisada y aumentada, Ed. Ariel, Barcelona, 1965.

LACRUZ BERDEJO, J.L. Y OTROS;
- *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones,* 4ª ed., revisada y puesta al día por JOAQUÍN RAMS ALBESA, Ed. Dykinson, 2009.
- *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones,* 2ª ed., revisada y puesta al día por JOAQUÍN RAMS ALBESA, Ed. Dykinson, 2004.
- *Elementos de Derecho Civil, I,* Parte General, Volumen Segundo, Personas, Nueva Edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Ed. Dykinson, 1998.
- *Elementos de Derecho Civil I,* Parte General del Derecho Civil, Volumen Segundo, Personas, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1990.
- *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones,* Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988.
- *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones,* Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1981.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil,* Tomo Primero, 17ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

LECIREÑA IBARRA, A., *La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad*, en la obra colectiva "Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad", DE

SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (dirs), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 293-320.

LEGERÉN MOLINA, A.: *La tutela y la curatela como mecanismo de protección de la discapacidad,* en la obra colectiva "Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas", ROVIRA SUEIRO, M. E. y LEGERÉN MOLINA, A, Ed. Aranzadi S.A., Cizur Menor, Navarra, 2016, págs. 63-224.

LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de la Persona,* 3ª edición, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1996.

LIDÓN HERAS, L., *La Convención sobre los derechos de las personas con dis*capacidad*. ¿Por qué una toma de conciencia?. Una propuesta para los medios de comunicación,* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2011.

LÓPEZ R. GÓMEZ, N., *Tratado Teórico Legal del Derecho de Sucesión, según los precedentes históricos del Derecho de Castilla, del Código Civil y las especialidades de las legislaciones forales,* 3ª ed. aumentada con la Jurisprudencia dictada hasta el día por el Tribunal Supremo y varios modelos de partición de herencias por el Dr. CASTAÑEDA Y ALCOVER, V., Tomo I, Madrid, 1916.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., "Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario", en la *Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial,* Ed. Consejo General del Notariado, Segunda época, Números 4-5, años 2015-2016, págs. 43-122.

MAGARIÑOS BLANCO, V., "Comentarios al Anteproyecto de Ley para la Reforma del Código Civil sobre Discapacidad", en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, págs. 199-225.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª, *Comentarios al Código Civil Español,* Tomo V, 6ª ed. corregida, aumentada y puesta al día por MARÍN PÉREZ., P., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951.

MARIÑO PARDO, F., "Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Testamento del incapacitado", martes 5 de octubre de 2021, en www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_79.html

MARQUÉZ RUIZ, J.M., "Comienzo y fin de la personalidad". Disponible en Word Wide Web: http://noticias.juridicas.com Leggio, Contenidos y Aplicaciones Informáticas, S.L. Pág. 2. Consulta realizada el día 11 de junio de 2020.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.:
- *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2014.

- *El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,* en la obra colectiva "Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas", DE SALAS MURILLO (coord.), Colección Monografías de Derecho Civil, I. Persona y Familia, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 15-40.

MARTÍNEZ DIE, R., "El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias", en la *Revista La Notaria,* Tomo II, núm. 5, mayo 2002, págs. 64-77.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., *El juicio sobre la capacidad del testador emitido por el notario, ¿es impugnable?,* en la obra colectiva "El Patrimonio Sucesorio: Reflexiones para un debate reformista", Tomo I, LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL, M.ª P. y TORRES LANA, J.Á. (dirs.) y MONJE BALMASEDA, O. (coord.), Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2014, págs. 207-233.

MARTÍNEZ RUIZ, A., *Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, 2ª Edición Tomo I, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, S.A., Madrid, 1923.

MATÍAS CASTRO, J., *El Notario y el juicio de capacidad, una labor de cinco sentidos",* en la obra colectiva "Panorama actual del derecho notarial en Hispanoamérica", Homenaje a Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, LUCERO ESEVERRI, R.A. y PÉREZ GALLARDO, L.B., (coords.), 1ª ed., Ed. Júpiter, Librería Jurídico Notarial, Buenos Aires, Argentina, 2011, pág. 278-288.

MESA MARRERO, C., *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales,* Ed. Wolters Kluwer España, S.A.", Colección Notariado Hoy, Hospitalet de Llobregat, Barcelona, 2017.

MIGUEL TRAVIESAS, M., "El testamento", en *Revista de Derecho Privado,* Tomo XXI, Enero-diciembre, Madrid, 1934, págs. 97-116.

MIR JORDANO, R., *Capacidad. Conjugación de palabras, ideas y conceptos,* en la obra colectiva "Personalidad y Capacidad Jurídicas", 74 contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba (Coords. CASADO RAIGÓN, R. y GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.), Tomo II, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005.

MONTOYO GONZÁLEZ, S., "La revocación de la privación del derecho a voto de las personas con discapacidad. El implacable reconocimiento y avance de un derecho propio de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español", en *Revista CEFLegal,* núm. 234, julio 2020, Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2020, págs. 103-140.

MORETÓN SANZ, M.ª F., "Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial. El testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías. Su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de favor testamenti", en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario",* Año LXXXVI, Julio-Agosto 2010, núm. 720, págs. 1.848-1.864.

MOROTE SARRIÓN, J., "Una reinterpretación de la noción de persona a la luz de la Constitución y de los tratados internaciones" en *Revista General de Derecho,* año LVII, núm.676-677, enero-febrero 2001, págs. 107-120.

MUNAR BERNAT, P.A., "La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, págs. 121-152.

NÚÑEZ LAGOS, R., "Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial", Conferencia pronunciada el día 5 de mayo de 1943, en la *Revista Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Año I, 1943, Ed. Imprenta Talleres Penitenciarios Alcalá de Henares, 1945, págs. 379-510.

NÚÑEZ NÚÑEZ, M.ª, *La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial,* en la obra colectiva "La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardas", PEREÑA VICENTE, M. (dir.) y DÍAZ PARDO, G. y NÚÑEZ NÚÑEZ, M.ª (Coord.), Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2018, págs. 511-527.

O´CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Código Civil comentado y con jurisprudencia", 8ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pág. 405.

OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión Testada,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con dis*capacidad, Colección Telefónica Accesible, Ed. Cinca, Madrid, 2007.

PALLARÉS NEILA, J.:
- "La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica" en *Actualidad Civil*, núm. 3, marzo, Editorial Wolters Kluwer, 2020, págs.1-21.
- "Tutela versus curatela. Tras la STS de 24 de junio de 2013", en *Actua*lidad *Civil*, núm. 2, 2016, págs. 4-11.

PARRA LUCAN, M.ª A.:
- *La guarda de hecho de las personas con discapacidad,* en la obra colectiva "Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de

Naciones Unidas", DE SALAS MURILLO (coord.), Colección Monografías de Derecho Civil, I. Persona y Familia, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 211-264.
- PARRA LUCÁN, M.ª A. Y OTROS, *Curso de Derecho Civil,* Volumen I, Derecho Privado, Derecho de la Persona, DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), 3ª ed., Ed. Colex, 2008.

PAU PEDRÓN, A., "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, págs. 5-28.

PECQUEUR, E, CARON-DÉGLISE, A. y VERHEY-DE, T., "Capacite juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées", en *Recucil Dalloz,* núm. 17, 2016, págs. 958-963.

PELLEGRINI, M.ª V., "Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad", en la *Revista de Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia,* núm. 42, abril, 2009, págs. 85-97.

PEÑA LOPEZ, F., *El Testamento,* Tema VI, en la obra colectiva "Manual de Derecho Civil", Sucesiones, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), 3ª ed., Ed. Bercal, S.A., Madrid, 2015, págs. 129-176.

PEREÑA VICENTE, M.:
- *El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil*, en la obra colectiva "Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política", MUNAR BERNAT, P.A. (dir.), Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2021, pág. 234.
- "La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley" en *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, págs. 61-83.
- "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, Julio-Agosto 2016, págs. 3-40.
- *La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica* en la obra colectiva "La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad", DE VARGAS MUÑOZ, J.P. (dir.) y PEREÑA VICENTE, M. (coord.), 1ª ed., Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2011, págs. 193-205.
- "La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?, en la versión digital *Diario La Ley*, núm. 7.691, Sección Doctrina, 13496/201, Año XXXII, Ref. D-333, págs.1-18.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.:
- "La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar", en *Derecho Privado y Constitución,* Año 17, núm. 23, enero-diciembre, Madrid, 2009, págs. 335-368.

- “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar: el artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho Privado español”, Capacidad Jurídica y Discapacidad. Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Tomo 1 Derecho Común, *Cuaderno de trabajo núm. 7, España*, Madrid, 2009, págs. 31-49.
- “Sentencia de 29 de abril de 2009: Incapacitación judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacitación a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 82, Enero-Abril 2010, págs. 335-350.
- “Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sentencia de 11 de octubre de 2012”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 92, Mayo-Agosto 2013, págs. 351-369.

PÉREZ GALLARDO, L.B.:
- *Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad,* en la obra colectiva “Capacidad y Protección de las Personas Menores de Edad y en el Derecho”, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y PÉREZ GALLARDO, L.B. (dirs.) y GARCÍA MAYO, M. (coord.), Ed. Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2021, págs. 295-312.
- “El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCVI, Noviembre-Diciembre 2020, núm. 782, págs. 3.625-3.671.
- *Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas. Especial referencia a las personas con discapacidad,* en la obra colectiva “Discapacidad y Derecho Civil”, PÉREZ GALLARDO, L.B. (coord.), Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2014, págs. 54-80.

PUIG BRUTAU, J.:
- *Fundamentos de Derecho Civil,* Tomo II, vol. I, 2ª ed., Ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1978.
- *Fundamentos de Derecho Civil,* Tomo V, 2ª ed., ampliada y puesta al día, volumen II, Ed. Bosch, Barcelona, 1977.

PUIG BRUTAU, J., y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos de Derecho Civil,* Parte General: Sujeto y Objeto del Derecho. Tomo I, vol. I, Primera Parte, Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1979.

PUIG FERRIOL, L., *Comentario del Artículo 665 del Código Civil,* Separata I, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1.674-1.676.

QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C., *La asistencia y otras instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el Derecho Catalán,* Ed. Reus, Madrid, 2019.

QUESADA SÁNCHEZ, A.J., "Los artículos 199 y 200 del Código civil a la luz de la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006: posibles modificaciones de interés", en *Revista de Derecho de Familia, Aranzadi,* núm. 82, enero-marzo 2019, págs. 37-74

RAMOS CHAPARRO, E., *La* persona *y su* capacidad *civil,* Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1995.

RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil,* V, Sucesiones, LACRUZ BERDEJO Y OTROS, 3ªed., revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

RECOVER BALBOA, T., *Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad,* en la obra colectiva "Nuevas Perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia", GARCÍA GARNICA, M.ª C., y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA. R. (coords.), Ed. Dykinson, Madrid 2014, págs. 19-30.

RESCIGNO, P., "Capacità Di Agire. 1. La capacità giuridica, o soggettività di diritto, è l'attitudine alla titolarità di poteri e doveri giuridici.", en la *Terza edizione* del *Novissimo Digesto Italiano,* II, Diretto Da ANTONIO A, y EULA, E., Editrice Torinese, 1957.

REVERTE NAVARRO, A., *Comentario del Artículo 210 del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 655-659.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J.:
- *Comentario al artículo 685,* en el Código Civil Comentado, correspondiente al Libro III De los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087), DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), Volumen II, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2016, págs. 341-355.
- Derecho de Sucesiones, Común y Foral, Tomo I, 3ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- *El testamento abierto otorgado ante notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991,* Ed. Dykinson, Madrid, 1993.

ROCA SASTRE, R. M.ª, en KIPP. T., *Derecho de Sucesiones.* Traducción de la decimoprimera revisión. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, volumen primero, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1976.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *"Derecho de Sucesiones"*, Tomo I, Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1989.

ROCA TRIAS, E.:

- *Comentarios al artículo 665 del Código Civil,* en "Comentarios a las reformas del C.C. desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre", BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1993, págs. 947-954.
- *Comentario del Artículo 29 del Código Civil,* Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 223-228.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "La función notarial y los principios y valores constitucionales", en la *Revista de Derecho Notarial,* Abril-Junio, 1983, págs. 475-483.

RODRÍGUEZ CATIVIELA, E.J., "El testamento de los in(dis)capacitados", en la *Revista El Notario del Siglo XXI,* número 79, mayo-junio 2018, págs. 140-144.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.ª, *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano,* Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2006.

ROMERO COLOMA, A. M.ª:
- *Capacidad, Incapacidad e Incapacitación,* Editorial Reus, S.A., Madrid, 2013.
- "El testador anciano y los problemas de la testamentifacción activa", en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año LXXXV, Mayo-Junio 2009, núm. 713, Madrid, págs. 1.213-1.234.
-*"La capacidad de testar"*, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 2007.
- *Problemática jurídica de la capacidad mental del testador,* Ed. Ediciones Jurídicas Dijusa S.L., 2005.

ROVIRA PEREA, J.M., "Forma, Capacidad y Unidad de Actos en los Testamentos. (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990)", en *Revista La Ley*, 1992-2, 9ª Sección Doctrina, Distribuciones de La Ley, S.A., Madrid, 1992, págs. 993-1002.

RUBIO GARRIDO, T., en *Comentarios al Código Civil,* Tomo IV, (Arts. 588 a 818), Edición especial para el Consejo General del Notariado, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 5.111-5.142.

RUBIO TORRANO, E., "La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York", en *Aranzadi Civil,* vol. II, 1ª ed., Ed. Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2009, págs. 2.115-2.118.

RUIZ DE HUIDROBO, J.M., *"Derecho de la persona, Introducción al Derecho Civil",* II. Derecho de la Persona, 2ª ed. agosto 2018, 2ª reimpresión actualizada julio 2020, Ed. Dykinson, S.L. Madrid.

RUIZ MOROLLÓN, F.:

- "Testamento del judicialmente incapacitado", en la *Revista El Notario del Siglo XXI,* número 80, julio-agosto 2018, págs. 156-159.
- "El testamento del judicialmente incapacitado", en la *Revista Jurídica del Notariado,* número 106, abril-junio, año 2018, págs. 127-133.

RUIZ SERRAMALERA, R., *Derecho Civil. Derecho* de la persona, Ed. Fotoprint, S.A.L., Madrid, 1985.

SAN JUAN PABLO II, Carta Apostólica *Mulieris Dignitatem*, sobre la Dignidad y la Vocación de la Mujer con ocasión del año Mariano, Roma, junto a San Pedro, el día 15 de agosto, solemnidad de la Asunción de la Virgen María, del año 1988, décimo de mi Pontificado, último párrafo, pág. 19.

SAN PASTOR SERVILLA, Y., *Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma,* en la obra colectiva "La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad", PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (dir.) y PEREÑA VICENTE, M. (coord.), 1ª ed., Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2011, págs. 208-218.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Á.:
- *Discapacidad, condición humana y dignidad humana,* en la obra colectiva "Fundamentos de conocimiento jurídico. La Capacidad Jurídica", (coord. Sánchez de la Torre, Á.), Ed. Dykinson, Madrid, 2005, págs. 375-386.
- *Capacidad, Personalidad Jurídica, Derecho Subjetivo, Responsabilidad,* en la obra colectiva "Fundamentos de conocimiento jurídico. La Capacidad Jurídica", (coord. Sánchez de la Torre, Á.), Ed. Dykinson, Madrid, 2005, págs. 17-23.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.:
- *Estudios de Derecho Civil,* Tomo Segundo, 2ª edición reformada, corregida y aumentada, Parte General, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1911.
- *Estudios de Derecho Civil,* Tomo Sexto, vol.1.º, 2ª ed., Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela (conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil),* con la colaboración de Teresa Sol Ordis, Médico Forense, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SERRA RODRÍGUEZ, A., "La capacidad para testar y la prueba de la incapacidad del testador", en la *Revista de Derecho Patrimonial,* número 2, año 1999-1, págs. 527-539.

SERRANO SUÑER, R., y SANTA-CRUZ TEIJEIRO, J., *Instituciones de Derecho Civil,* Traducción de la 4ª Edición Italiana anotada y concordada con la legislación española, vol. 1º, Introducción y Parte General, Derecho de las Personas, Derechos Reales y Posesión, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1929.

SILLERO CROVETTO, B., "¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York?. Posicionamiento jurisprudencial, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año XCI, Enero-Febrero 2015, núm. 747, págs. 383-414.

SOLDEVILLA PÉREZ, C.: voz "Incapacidad" en *Enciclopedia Jurídica Española,* Tomo Vigesimocuarto, Ed. Francisco Seix, Barcelona, Publicación autorizada por R.O. de 4 de Junio de 1910, págs. 703-704.

STANZIONE, P., *"Capacità e minore età nella problematica della* persona *umana"*, Jovene Editore, Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell´Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, 1975.

TAMAYO CLARES, M., *Temas de Derecho Notarial,* ed. 5ª, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001.

TARRAGÓN ALBELLA, E., *La función notarial,* en la obra colectiva "GPS Notarial", NIETO CAROL, U. (dir.), Edición especial para el Consejo General del Notariado, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 61-86.

TEMPRANO VÁZQUEZ, C., "La presunción de capacidad de los discapacitados judicialmente. Flexibilización de la presunción de capacidad para realizar actos *mortis causa* frente a los actos *inter vivos*", en la versión digital de la *Revista Diario de la Ley,* número 9267, Sección Tribuna, de fecha 26 de Septiembre de 2018, págs. 1-3.

TENA PIAZUELO, I, *La capacidad para la realización de actos con eficacia jurídica*, en la obra colectiva "Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad", de SALAS MURILLO, S. (coord.), Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 127-184.

TORAL LARA, E., *Presente, pasado y futuro del testamento ológrafo,* en la obra colectiva "Estudios de Derecho de Sucesiones. *Liber Amicorum* T.F. Torres García", DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.ª P. (dirs.), HERRERO OVIEDO, M. (coord.), Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2014, págs. 1.381-1.402.

TORRES COSTAS, M.ª E.:
- La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Colección Derecho Privado, Ed. Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- "Reintegración de la capacidad jurídica para ejercer el derecho a testar de las personas con discapacidad intelectual en el ordenamiento jurídica español. A la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en la *Revista La Notaria,* número 3, año 2020, págs. 62-75.

TORRES ESCÁMEZ, S., *El juicio notarial de capacidad. Su aplicación al incapacitado en régimen de curatela,* en la obra colectiva "Homenaje a Don Antonio Hernández Gil", volumen II, MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L. (dir. y coord.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, págs. 1.399-1.425.

TORRES GARCÍA, T.F.:
- *Efectos de la Incapacitación,* en la obra colectiva "Tratado de Derecho de la Persona Física", GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.). Tomo II, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2013, págs. 123-171.
- *Comentario a los Artículos 676 a 693 del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1.699-1.752.
- *El testamento ológrafo,* Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1977.

TORTOSA MUÑOZ, A., *La labor notarial en la protección de las personas con discapacidad. La autotutela y los poderes preventivos,* en la obra colectiva "Estudios sobre dependencia y discapacidad", GARCÍA GARNICA, M.ª C. (dir.), Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2011, págs. 99-116.

VALLS XUFRÉ, J. M.ª, *El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos*, en la obra colectiva "El ejercicio de la Capacidad Jurídica por las Personas con Discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio", PEREÑA VICENTE, M., y HERAS HERNÁNDEZ, M.ª del M. (dirs.), NÚÑEZ NÚÑEZ, M.ª (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 113. págs. 85-153

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español,* Tomo I, Parte General, 2ª ed., Valladolid, 1920.

VARELA AUTRÁN, B., "Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 Comentario a la STS (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012", en *Diario La Ley,* núm. 8006, Sección Tribuna, 22, enero 2013, págs. 1-6.

VERDERA IZQUIERDO, B., *La incapacitación y la discapacidad al otorgar testamento,* en la obra colectiva "Estudios sobre Dependencia y Discapacidad", GARCÍA GARNICA (dir.), 1ª ed., Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2011, págs.117-131.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de familia y* de la persona, Tomo I, De la persona, Ed. Bosch, S.A., 2007.

ÍNDICE DE DOCUMENTACIÓN

- Guía Jurídica sobre "El impacto de la Reforma del Derecho Civil", septiembre de 2021. Fundación Aequitas, Consejo General del Notariado, Fundación Once, Comité Español de Representantes de Persona con Discapacidad (CERMI), Asociación Española de Fundaciones Tutelares, Fundación Cermi Mujeres.
https://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?p_l_id=10455&groupId=10228&folderId=418602&name=DLFE-1769583.pdf

- Circular Informativa 2/0201 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de fecha 1 de septiembre, acerca de la interpretación de dicha Ley 8/2021.
http://notin.net/portal/docs/Circular_CP_CGN_2_2021.pdf

- Propuesta de modificación del artículo 697 del código civil para eliminar restricciones por razón de discapacidad del testador.
https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/propuesta-de-modificaci%C3%B3n-del-art%C3%ADculo-697-del-c%C3%B3digo-civil-para-eliminar. Consulta realizada el día 5 de marzo de 2021.

- Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública. Comisión de Derechos Humanos, Unión Internacional del Notariado, publicado en noviembre de 2019.
https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General Nº 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º Periodos de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014.
http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf

- Propuesta articular de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, de 13 de junio de 2012.
https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm

- Subcomisión de expertos sobre el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar del Real Patronato sobre Discapacidad (2012). Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Real Patronato sobre Discapacidad.
https://www.cedd.net/es/buscar///Record/193294.

- Manual para el fomento del empleo de las personas con discapacidad y de la accesibilidad en los despachos notariales. La accesibilidad universal. Fundación Once y Aequitas. Manual editado en el marco del Programa Operativo de Lucha contra la Discriminación 2007-2013, cofinanciado por el Fondo Social Europeo.
https://www.notariado.org/portal/documents/176535/264697/Gu%C3%ADa+Aequitas+accesibilidad+en+los+despachos+notariales.pdf/18cb2d2c-79f1-674a-6a50-b080122bab27?t=1568839142344

- Organización de las Naciones Unidas (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
ONU. https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html.

WEBGRAFIA

https://www.efesalud.com/las-cifras-de-la-depresion/. Consulta realizada el día 26 de octubre de 2021.

https://www.cermi.es/es/actualidad/eventos/conferencia-internacional-2008-2013-cinco-años-de-vigencia-de-la-convención. Consulta realizada el día 30 de junio de 2021.

https://www.kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/revision/Meier_Philippe_jusletter_17.11.2008.pdf. Consulta realizada el día 19 de noviembre de 2019.

https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm. Consulta realizada el día 21 de octubre de 2019.

https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2b506fd71826e6da6.0005.02/DOC_1&format=PDF. Consulta realizada el día 30 de septiembre de 2019.

https://www.europapres.es/internacional/noticia-mapa-esclavitud-moderna-mundo-2016 1202115729.html. Consulta realizada el día 26 de septiembre de 2019.

http://nreg.es/ojs/index.php/RDC, *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, págs. 247-310. Consulta realizada el día 12 de septiembre de 2019.

https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34. Consulta realizada el día 1 de junio de 2019.

http://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo. Consulta realizada el día 23 de marzo de 2018.

https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/oligofrenia, realizada el día 17 de mayo de 2018 http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fuero-juzgo-en-latin-y-castellano--0/html/ff8b0a00-82b1-11df-acc7-002185ce6064_490.htm. Consulta realizada el día 10 de mayo de 2018.

http://www.interior.gob.es/documents/10180/7146983/Balance_2017_Trata.pdf/153296b3-be9b-44be-921d-0b034f772a76. Consulta realizada el día 17 de octubre de 2018.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia del Tribunal Europea de Derechos Humanos número 2014/57, de 18 de septiembre, Sección 1ª, caso Ivinovic contra Croacia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2017, de 27 de febrero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ricardo Enríquez Sancho.

Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2016, de 29 de febrero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ricardo Enríquez Sancho

Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2011, de 14 de febrero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Pablo Pérez Tremps.

Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2005, de 6 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Jorge Rodríguez-Zapata.

Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Tomás S. Vives Antón.

Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas.

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo 269/2021, de 6 de mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Seoane Spiegelberg.

Sentencia del Tribunal Supremo 118/2020, de 19 de febrero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Sentencia del Tribunal Supremo 465/2019, de 17 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Seoane Spiegelberg.

Sentencia del Tribunal Supremo 535/2018, de 28 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz.

Sentencia del Tribunal Supremo 473/2018, de 20 de julio, cuya ponente fue la Magistrada Doña María de los Ángeles Parra Lucán.

Sentencia del Tribunal Supremo 458/2018, de 18 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 403/2018, de 27 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 383/2018, de 21 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Antonio Salas Carceller.

Sentencia del Tribunal Supremo 362/2018, de 15 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz.

Sentencia del Tribunal Supremo 181/2018, de 4 de abril, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 146/2018, de 15 de marzo, cuya ponente fue la Magistrada Doña María de los Ángeles Parra Lucán.

Sentencia del Tribunal Supremo 145/2018, de 15 de marzo, cuya ponente fue la Magistrada Doña María de los Ángeles Parra Lucán.

Sentencia del Tribunal Supremo 124/2018, de 7 de marzo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz.

Sentencia del Tribunal Supremo 118/2018, de 6 de marzo, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 69/2018, de 7 de febrero, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 597/2017, de 8 de noviembre, cuya ponente fue la Magistrada Doña María de los Ángeles Parra Lucán.

Sentencia del Tribunal Supremo 596/2017, de 8 de noviembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz.

Sentencia del Tribunal Supremo 552/2017, de 11 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sánchez Gargallo.

Sentencia del Tribunal Supremo 530/2017, de 27 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 298/2017, de 16 de mayo, cuya ponente fue la Magistrada Doña María de los Ángeles Parra Lucán.

Sentencia del Tribunal Supremo 216/2017, de 4 de abril, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz.

Sentencia del Tribunal Supremo 31/2017, de 19 de enero, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 461/2016, de 7 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno.

Sentencia del Tribunal Supremo 373/2016, de 3 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 234/2016, de 8 de abril, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno.

Sentencia del Tribunal Supremo 231/2016, de 8 de abril, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz.

Sentencia del Tribunal Supremo 181/2016, de 17 de marzo, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 717/2015, de 18 de diciembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 716/2015, de 17 de diciembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 635/2015, de 19 de noviembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 600/2015, de 4 de noviembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 557/2015, de 20 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz.

Sentencia del Tribunal Supremo 553/2015, de 14 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 435/2015, de 10 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno.

Sentencia del Tribunal Supremo 430/2015, de 17 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 255/2015, de 19 de mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno.

Sentencia del Tribunal Supremo 244/2015, de 13 de mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sánchez Gargallo.

Sentencia del Tribunal Supremo 20/2015, de 22 de enero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Baena Ruiz.

Sentencia del Tribunal Supremo 698/2014, de 27 de noviembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 544/2014, de 20 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 487/2014, de 30 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Calvo Cabello.

Sentencia del Tribunal Supremo 372/2014, de 7 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 341/2014, de 1 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sánchez Gargallo.

Sentencia del Tribunal Supremo 337/2014, de 30 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno.

Sentencia del Tribunal Supremo 181/2014, de 3 de abril, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 625/2013, de fecha 11 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O´Callaghan Muñoz.

Sentencia del Tribunal Supremo 619/2013, de 10 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O´Callaghan Muñoz.

Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 140/2013, de fecha 20 de marzo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno.

Sentencia del Tribunal Supremo 26/2013, de 5 de febrero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno.

Sentencia del Tribunal Supremo 827/2012, de 15 de enero de 2013, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno.

Sentencia del Tribunal Supremo 617/2012, de 11 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 504/2012, de 17 de julio, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías.

Sentencia del Tribunal Supremo 325/2012, de 30 de mayo, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías.

Sentencia del Tribunal Supremo 625/2011, de 21 de septiembre, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías.

Sentencia del Tribunal Supremo 289/2011, de 14 de abril, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O´Callaghan Muñoz.

Sentencia del Tribunal Supremo 685/2009, de 5 de noviembre, cuyo ponente fue la Magistrada Doña María Encarnación Roca Trías.

Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, de 29 de abril, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías.

Sentencia del Tribunal Supremo 991/2008, de 5 de noviembre, cuya ponente fue la Magistrada Doña Encarnación Roca Trías.

Sentencia del Tribunal Supremo 289/2008, de 26 de abril, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Sentencia del Tribunal Supremo 1208/2007, de 21 de noviembre de 2007, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Antonio Gullón Ballesteros.

Sentencia del Tribunal Supremo 1063/2007, de 4 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia del Tribunal Supremo 1128/2004, de 24 de noviembre, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Sentencia del Tribunal Supremo 781/2004, de 14 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Pedro González Poveda.

Sentencia del Tribunal Supremo 280/2004, de 31 de marzo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Alfonso Villagómez Rodil.

Sentencia del Tribunal Supremo 1082/2002, de 20 de noviembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

Sentencia del Tribunal Supremo 738/1999, de 16 de septiembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O´Callaghan Muñoz.

Sentencia del Tribunal Supremo 683/1999, de 26 de julio, cuyo ponente fue el Magistrado Don Antonio Gullón Ballesteros.

Sentencia del Tribunal Supremo 461/1998, de 19 de mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Xavier O´Callaghan Muñoz.

Sentencia del Tribunal Supremo 54/1998, de 27 de enero, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Albacar López.

Sentencia del Tribunal Supremo 54/1998, de 27 de enero, y cuyo ponente fue el Magistrado Don José Luis Albacar López.

Sentencia del Tribunal Supremo 1017/1995, de 27 de noviembre, cuyo ponente fue el Magistrado Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Sentencia del Tribunal Supremo 394/1995, de 26 de abril, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Teófilo Ortega Torres.

Sentencia del Tribunal Supremo 479/1994, de 20 mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Almagro Nosete.

Sentencia del Tribunal Supremo 5023/1992, de 22 de junio, cuyo ponente fue el Magistrado Don José Almagro Nosete.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991 (Roj: 16390/1991), cuyo ponente fue el Magistrado Don Alfonso Villagómez Rodil.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1991 (Roj: 10285/1991), cuyo ponente fue el Magistrado Don Jaime Santos Briz.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988 (Roj: 9400/1988), y cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Morales Morales.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1988 (Roj: 1965/1988), cuyo ponente fue el Magistrado Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1987 (Roj: 8952/1987), cuyo ponente fue el Magistrado Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986 (Roj: STS 7545/1986), cuyo ponente fue el Magistrado Don Antonio Fernández Rodríguez.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1982 (Roj: 1162/1982), cuyo ponente fue el Magistrado Don Jaime Castro García.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1978 (Roj: 129/1978), cuyo ponente fue el Magistrado Federico Rodríguez Solano y Espín.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1977 (Roj: 57/1977), cuyo ponente fue el Magistrado Don Manuel González-Alegre Bernardo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1974 (Roj: 2723/1974), cuyo ponente fue el Magistrado Don Julio Calvillo Martínez.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1959 (Roj: 1296/1959), cuyo ponente fue el Magistrado Don Pablo Murga Castro.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1944 (Roj: 75/1944), cuyo ponente fue el Magistrado José Castán Tobeñas.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1944 (Roj: 66/1944), cuyo ponente fue el Magistrado Don Celestino Valledor y Suárez Otero.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1928 (Roj: STS 688/1928), cuyo ponente fue el Magistrado Don Diego Medina García.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1927 (Roj: STS 819/1927), cuyo ponente fue el Magistrado Don Mariano Avellón Quemada.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1913 (Roj: STS 12/1913), cuyo ponente fue el Magistrado Don Ramón Barroeta y Jiménez.

Tribunal Supremo de 10 de junio de 1897 (Roj: 603/1897), cuyo ponente fue el Magistrado Don Enrique de Illana y Mier.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, 375/2021, de 23 de septiembre de 2021, y cuyo ponente fue el Magistrado Don José Arsuaga Cortázar.

Sentencia de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, 498/2020, de 16 de diciembre, y cuya ponente fue Doña María del Mar Alonso Martínez.

Sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, 632/2020, de septiembre de 2020, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona.

Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 106/2020, de 14 de febrero, y cuya ponente fue la Magistrada Doña Ane Maite Loyola Iriondo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, 138/2018, de 20 de febrero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Ángel Sánchez Marco.

Audiencia Provincial de Cuenca, 101/2016, de 10 de mayo, cuyo ponente fue la Magistrada Doña María Victoria Orea Albares.

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª Civil-Mercantil, 414/2012 de 18 de octubre, y cuyo ponente fue el Magistrado Don Carlos Fuentes Candelas.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19 Civil, 121/2012 de fecha 22 de marzo, y cuya ponente fue la Magistrada Doña Asunción Claret Castany.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª, 347/2000, de fecha 8 de mayo, cuyo ponente fue el Magistrado Don Pedro Núñez Ispa.

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, 19/1996, de 15 de enero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Francisco Luces Gil.

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Resolución de 25 de febrero de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 96, el 22 de abril de 2021.

Dirección General de los Registros y del Notariado hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de fecha 10 de mayo de 2018, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 130, de fecha 29 de mayo de 2019.

Resolución de 26 de noviembre de 2015 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, publicada Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, núm. 7022, el 21 de diciembre de 2015.