

LOS RETOS DEL DERECHO DE SUCESIONES EN EUROPA

VINCENZO BARBA
MARÍA ELENA COBAS COBIELLA
MARÍA LUISA PALAZÓN

Directores

tirant lo blanch

Valencia, 2026

Copyright © 2026

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Vincenzo Barba
María Elena Cobas Cobiella
María Luisa Palazón

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V--2026
ISBN: 979-13-7021-681-8

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

El testamento otorgado por las personas con discapacidad en España tras la entrada en vigor de la Ley 8/ 21, 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

MARTA DE OYANGUREN CAMPOS

Abogada del Ilustre Colegio Abogados de Valencia

Secretaria de la Sección de Derecho de la UE e internacional del ICAV

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA LEY 8/21 Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO DE SUCESIONES. II. EL TESTAMENTO OTORGADO POR PERSONA CON DISCAPACIDAD. 1. El sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. 1.1 *El testamento otorgado por una persona con una discapacidad sensorial. Art. 695 CC.* 1.2 *El testamento otorgado por una persona con una discapacidad psíquica. Art. 665 CC.* 2. Momento del juicio de capacidad. 3. El testamento ológrafo prestado por persona con discapacidad. 4. Contenido del testamento otorgado por persona con discapacidad. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN. LA LEY 8/21 DE 2 DE JUNIO Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO DE SUCESIONES

A raíz de la entrada en vigor de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (*Tol 8447402*), se produjo un torbellino de cambios normativos que reformaron de forma trascendental una pluralidad de leyes del ordenamiento jurídico español. Esta norma supone un antes y un después en la regulación del Derecho de la persona, pues hasta la entrada en vigor de la Ley, y a pesar de la presunción de capacidad sobre toda persona mayor de edad, lo cierto es que con la anterior regulación existía un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad no solo por parte de la sociedad, sino también de las administraciones públicas e incluso de los operadores jurídicos. Pensemos que, antes de la entrada en vigor de la norma, en la regulación legal española únicamente se prestaba cierta atención a las personas con discapacidad

cuando eran sometidas al procedimiento de incapacitación judicial, y precisamente lo eran para anular cualquier atisbo de autonomía jurídica que tuvieran, sin que se les dotara de relevancia alguna en lo que a la participación activa en la sociedad se refiere¹.

El objetivo de la reforma era adaptar los ordenamientos jurídicos a los principios establecidos en la Convención de Nueva York de 13 de diciembre del año 2006, de la que España formó parte, y que, en su Art. 12, determinó la necesidad de situar la dignidad de la persona como eje central de la regulación poniendo en evidencia que tal dignidad no era preservada en relación a las personas con discapacidad en muchos de los sistemas normativos de los estados firmantes.

Así pues, el mandato normativo cobró forma en la legislación española con la meritada Ley 8/2021 de 2 de junio que supuso la alteración sustancial de una pluralidad de leyes de gran relevancia en su ordenamiento jurídico. La norma modificó el Código Civil (*Tol 220310*), la Ley de Enjuiciamiento Civil (*Tol 172336*), la Ley de Jurisdicción Voluntaria (*Tol 5189143*), la Ley del Registro Civil (*Tol 2166566*), la Ley Hipotecaria (*Tol 314711*), La Ley de Protección Patrimonial de Personas con discapacidad (*Tol 318743*), el Código de Comercio (*Tol 322190*) y la Ley del Notariado (*Tol 63786*).

El objetivo primordial no es otro que el de implantar un sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para que puedan ejercer su capacidad jurídica basado en los principios de autonomía, voluntariedad, subsidiariedad y necesidad².

Pues bien, entre estos cambios normativos hay algunas cuestiones que de forma señalada incumben al derecho de sucesiones, y más concretamente, estas modificaciones que dimanan de la nueva Ley han supuesto un cambio significativo en los articulados de distintas normas que afectan directamente al acto jurídico del testamento.

¹ Alcaín Martínez, E. (2021). “Artículo Primero. Modificación de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862”. *Comentarios a la Ley 8/ 2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi, p. 83.

² Álvarez Moreno, M. T. (2022) “Prólogo”. *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*. Reus, p. 8.

II. EL TESTAMENTO OTORGADO POR PERSONA CON DISCAPACIDAD

1. El sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad

A través del presente trabajo se pretende tratar la cuestión del otorgamiento del testamento por persona con discapacidad como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 8/ 2021 de 2 de junio en el ordenamiento jurídico español.

En primer lugar, y antes de entrar en materia, creo que es importante señalar que el mundo de la discapacidad es inmensamente amplio. Sin embargo, cuando uno se sienta a leer la exposición de motivos de la Ley 8/ 2021, diría que el espíritu de la ley está ideando en su imaginario un perfil determinado de persona con discapacidad, una persona que, de algún modo, se ha visto privada de su participación en la vida social porque nadie se ha parado a escucharla ni a tener en cuenta su opinión. Pero parece que la norma parte de la base de la posibilidad de que esa persona vaya a tener esa capacidad para transmitir sus deseos y preferencias y, la realidad, es que no siempre va a ser así.

Lo cierto es que la cuestión de la discapacidad no es que sea un amplio mar, sino que es un océano inabarcable, así como que nos encontramos con tantas situaciones y escenarios como personas con discapacidad hay y que cada caso es y será siempre distinto. Pensemos que no es lo mismo abordar el asunto de la capacidad desde el prisma de aquellos que padecen una discapacidad física o sensorial que desde el de aquellas personas con una discapacidad psíquica o intelectual, o, por ejemplo, cuando se maneja desde el ámbito de la salud mental.

Por ello, es importante borrar la imagen predeterminada que aparece en nuestra conceptualización visual cuando dibujamos el carácter automático de la persona con discapacidad, y abrir la mente a las múltiples e infinitas situaciones que se van a representar en la realidad jurídico— social en este contexto. En mi caso, como profesional del derecho en el ejercicio de la abogacía, entiendo que, a la hora de asesorar a una persona con discapacidad en la vicisitud de otorgar testamento, es vital diseñarle un traje a medida en función de sus circunstancias y de su vinculación con el mundo de la discapacidad, procurando no perder nunca de vista cuál es su voluntad a través de comunicación eficaz y evitando realizar tercerizaciones de la persona con la que tratamos, lo que no siempre va a resultar sencillo.

Como se ha indicado, la Convención de Nueva York de 2006 estableció la obligatoriedad de los estados firmantes de revisar las leyes que regulaban

la guarda y la tutela y de adoptar las leyes y políticas necesarias para que se reemplazaran los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por un modelo de asistencia para la toma de las mismas que respetaran la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona a través del establecimiento de un sistema de medidas de apoyo que materializaran el ejercicio de dicha capacidad.

En este supuesto es conveniente, a efectos de tratar el acto del otorgamiento del testamento, distinguir dos escenarios: El primero de ellos, lo situamos cuando el testador tiene una discapacidad física o sensorial y el segundo, cuando nos encontramos con una persona que posee una discapacidad psíquica o intelectual.

En ambos supuestos debemos partir de la premisa de que siempre que sea posible, y, por supuesto, si le hace falta, se debe adoptar una medida de apoyo sea del tipo que sea, para que la persona con discapacidad pueda ejercitar su capacidad jurídica.

Tenemos que partir de la base de que hay que priorizar la autonomía de la voluntad frente a la protección de la persona. Es decir, el objetivo de la modificación legislativa es dejar de lado el heredado y anquilosado sistema paternalista que recaía sobre las personas con discapacidad para anteponer la autonomía de la voluntad por encima incluso de la seguridad jurídica.

Esta afirmación categórica generó varitas críticas a la Ley 8/2021 tras su entrada en vigor, pensando que, con la implantación de este sistema, las personas con discapacidad iban a quedar totalmente desprotegidas³. Sin embargo, lo cierto es que existen límites suficientes en el Código Civil a esa autonomía de la voluntad que actúan en pro de la seguridad jurídica y que, evidentemente, son extrapolables a cualquier negocio jurídico celebrado por una persona con discapacidad, también así en el otorgamiento del testamento, (por ejemplo los Arts. 1255 y 1328 CC cuando establecen como

³ Rabanete Martínez, I. (2019). “La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad”, Instituto de Derecho Iberoamericano IDIBE, *Tribuna*, mayo 8 2019, <https://idibe.org/tribuna/la-curatelamecanismo—>. Al igual que otros autores, la autora considera que, tras la entrada en vigor de la Ley 8/ 2021, la imperatividad de la autonomía de la voluntad que dimana de la norma atenta contra el principio primordial de la Convención que es la protección de las personas con discapacidad. Esta protección ha de impedir que personas con graves desequilibrios mentales puedan tomar libremente decisiones que pongan en peligro su patrimonio o sus derechos fundamentales.

límites a los pactos la ley, la moral, las buenas costumbres, el orden público y el principio de igualdad⁴.

1.1 El testamento otorgado por una persona con una discapacidad sensorial. Art. 695 CC

La entrada en vigor de la norma modificó el Título XI del libro primero del Código Civil español (Tol 220310) titulado “*De las medias de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”

Es sabido que, según la codificación civil española, pueden testar aquellas personas mayores de 14 años con la aptitud necesaria para ello. En este caso, la referencia al término aptitud, viene definido únicamente a aquellas dificultades materiales que puede ostentar una persona derivadas de su discapacidad y que le impiden o dificultan el otorgamiento del testamento, es decir se refiere a las dificultades que pueda tener para expresar su voluntad, pero no se cuestiona la capacidad para alcanzar esa formación de voluntad⁵.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 695 del CC “*El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.*

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.

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.”

En la anterior redacción dada al artículo con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 8/ 2021 no se incluía el último párrafo ni la referencia

⁴ Alcaín Martínez, E. (2021). “Artículo Primero. Modificación de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862”, *cit.* p. 96.

⁵ Díaz Alabart, S. (2022). “El otorgamiento del testamento abierto notarial y las personas con discapacidad”. *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa.* Reus, p. 20.

a los medios técnicos, materiales o humanos de los que pueden hacerse servir las personas con discapacidad que lo requieran. Con la modificación impera la obligación de adoptar todos los medios necesarios para que las personas que no pueden ejercer su capacidad jurídica para otorgar su testamento, puedan hacerlo. Sean cuales sean, es decir, han de admitirse a tal fin todos los vehículos de comunicación posibles⁶.

En el mismo sentido, también se modifica la Ley del notariado de 28 de mayo de 1862 (*Tol 63786*) suprimiendo, por un lado, las referencias a la capacidad civil y a la persona con la capacidad modificada judicialmente. Pero al margen del cambio de nomenclatura, lo verdaderamente relevante de la modificación legislativa es el reconocimiento que se realiza a los Notarios como autoridad para cumplir con el mandato del Art. 12 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) en el que se obliga a los Estados Partes a asegurar que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, a que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, a que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, a que se apliquen en el plazo más corto posible y a que se sujeten a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Nos encontramos ante una patente revalorización de la función notarial en la Ley 8/2021 (*Tol 8447402*). Con la nueva norma, los notarios se convierten en los grandes protagonistas a la hora de determinar la posibilidad del ejercicio de la capacidad jurídica del otorgante según el mandato del Art. 663 CC⁷. Pues si bien es cierto que, con carácter genérico, la presunción de capacidad establecida en el Art. 246 CC debe imperar en todo caso, se deja al arbitrio de los fedatarios públicos rebatir su mandato en función del juicio de capacidad que los mismos han de emitir con carácter previo al otorgamiento del negocio jurídico correspondiente.

En la nueva regulación del Art. 23 de la Ley del Notariado, al tratar la identificación del otorgante se establece que los notarios darán fe en las escrituras y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran, del conocimiento de las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos. Respecto a esos medios supletorios, cabe señalar que se suprime el juicio de capacidad civil al que se hacía referencia al tratar de los dos testigos que debían com-

⁶ Díaz Alabart, S. "(2022). *cit.* p. 20-21.

⁷ Alcaín Martínez, E., (2021). *cit.* p. 85.

parecer en defecto de conocimiento personal del otorgante por parte del notario.

Pero, la modificación trascendental de la Ley se efectúa en su Art. 25 cuando se cimenta en el precepto el sistema de garantías de accesibilidad universal. El notario, debe posibilitar todos los medios posibles para que se garantice esa accesibilidad a las personas con discapacidad.

La finalidad es que la persona que comparezca ante el notario pueda disponer de los medios necesarios para asegurar “*los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictografías, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyo a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil, y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso*”.

A pesar de la prolífica numeración de los medios que se contienen en el precepto, se trata de una lista *numerus apertus*, por lo que las medidas a adoptar tienen que acomodarse según las circunstancias y necesidades específicas del otorgante.

Es conveniente subrayar que la referencia que hace la norma a los notarios, es extensible al otorgamiento de los testamentos especiales ante funcionario diplomático o consular de España, como sucede en el caso de los testamentos marítimos o los testamentos militares escritos⁸.

La relevancia de la falta de los apoyos necesarios en el momento de celebrar el negocio jurídico es magna; su ausencia dará lugar a la nulidad del acto jurídico⁹.

Además de lo anterior, y en aras a garantizar la accesibilidad referida, se establece, tras la reforma de los Arts. 56, 57, y 62 de la Ley del Notariado la obligación de la comunicación por parte del fedatario público al Ministerio Fiscal cuando perciba la ausencia de apoyos para la persona con discapacidad en los expedientes en materia de sucesiones, con el objeto de

⁸ Martínez Espín, P. (2013). “Comentario al Art. 716”. *Comentarios al Código Civil*. Thomson. Aranzadi, p. 1010.

⁹ En la SAP Lleida 23.12.2020 (Tol 8296357) se declara la nulidad de un testamento otorgado por una persona con discapacidad auditiva grave como consecuencia de la ausencia de formalidades: No hubo intervención de testigos en el otorgamiento, no se procedió a la lectura del testamento por la testadora, y sólo se procedió a la lectura por parte del notario.

paliar esta situación, y habrá de solicitar que le sea designado un defensor judicial¹⁰.

Además de la revalorización de la función notarial operada en el articulado de esta ley, la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2012, de 2 de julio, también amplió la competencia de los notarios en los expedientes en materia de sucesiones.

Sin embargo, la realidad es que en la práctica, la utilización de todos esos medios que garantizan el sistema de accesibilidad universal a las personas con discapacidad no se aplica con la frecuencia deseada ni con la fuerza imperativa que parece desplegar la norma. Nos preguntamos entonces, ¿cuál es el obstáculo para esta contención?

El principal motivo, lamentablemente, obedece a una causa exclusivamente material: determinar quién tiene la obligación de asumir el coste que la utilización de esos medios implica.

Podríamos establecer que es la persona con discapacidad la que debe asumir el coste dado que, al fin y al cabo, es el sujeto destinatario de los medios y es el que se va a beneficiar de los mismos. Sin embargo, esta circunstancia implica necesariamente una nueva discriminación o trato desigual frente a los otorgantes sin discapacidad cuyo coste del título público va a ser evidentemente inferior, lo que no parece una solución acertada. Otra opción por tanto es atribuir la asunción de dicha carga a la notaría, quien en tal caso, deberá invertir en tener todos los medios técnicos necesarios para todos los tipos de discapacidad en su notaría. Solución que tampoco parece muy plausible¹¹.

Desafortunadamente, la Ley 8/2021 nada dice al respecto, lo que conlleva que sea la persona con discapacidad la que, en la mayoría de las ocasiones, termine asumiendo este coste.

Este problema pragmático habría sido de fácil remedio si la norma se hubiera pronunciado al respecto, como así lo hace el Código Civil catalán (*Tol 1340906*) que sí contempla la previsión antedicha estableciendo en su art. 421-8 que *el notario debe ofrecer al testador el apoyo y los medios necesarios para testar, sin que ello pueda comportar una carga económica adicional para la persona con discapacidad. Así como que el colegio profesional debe proporcionar al notario dichos medios.*

¹⁰ Alcaín Martínez, E., (2021). *cit.* p. 93.

¹¹ Díaz Alabart, S. (2022). *cit.* p. 36, 37.

Para garantizar la efectividad del mandamiento, el CCat fue más allá y estableció un plazo de seis meses para que la Administraciones públicas adoptaran los convenios oportunos con la Generalitat de Cataluña a los efectos de dotar de dichos medios a los fedatarios públicos.

Desde luego, parece la solución más idónea que sean los Colegios profesionales, y concretamente, el Consejo General del Notariado, quien asuma la carga económica que la adopción de esos mecanismos para garantizar el acceso de las personas con discapacidad, implica, y es más, la dotación económica debería extenderse a la formación necesaria para que, tanto los propios notarios, como el personal de la notaria, se encuentren capacitados para adaptarse a las circunstancias específicas del supuesto y asegurar la efectiva comunicación con el otorgante.

Por lo que se refiere a los pasos del otorgamiento del testamento prestado por persona con discapacidad física o sensorial, el recorrido será idéntico al de cualquier otorgante, si bien con las matizaciones preceptivas en cuanto a los medios necesarios para el soporte de su capacidad jurídica.

En primer lugar se procederá a la entrega de instrucciones o manifestaciones de la voluntad por parte del testador al notario.

Estas instrucciones pueden ser de mayor o menor complejidad en función de las características personales, familiares y sociales del otorgante, así como de si ha existido o no, con carácter previo, un asesoramiento jurídico por parte de profesionales del derecho. La cuestión aquí relevante estriba en que, con la modificación normativa, se determina la necesidad de realizar un criterio flexible a la hora de interpretar los medios por los que el otorgante puede hacer llegar sus instrucciones al fedatario público. Es decir, se elimina la referencia a la necesidad del modo oral o escrito estableciendo también los medios mecánicos, telefónicos, o la grabación en soporte audiovisual. Es decir, a la hora de hacer llegar la declaración de voluntad del otorgante, esta se podrá transmitir por cualquier medio¹². Incluso en la actualidad, podemos encontrar empresas que facilitan la realización de las instrucciones *on Line*, aunque, necesariamente esas ins-

¹² La STS 24.11.2004 (1128/2004) (*Tol* 527627) desestima la nulidad de un testamento en la que el notario había procedido a su elaboración, ante la imposibilidad del testador de expresarse oralmente o por escrito, a través de un sistema de gestos mediante el cual el testador indicaba al notario si estaba conforme o no con el contenido y con movimientos afirmativos de cabeza. Al tratarse de un testamento sencillo y considerar que la vía de comunicación era clara habiendo sido ratificado el testamento.

trucciones deberán ser luego formalizadas en testamento ante el notario correspondiente con arreglo a los requisitos legalmente establecidos.

En segundo lugar, el notario procederá a la elaboración del texto del testamento siguiendo las instrucciones previamente facilitadas para, en último término, proceder al momento del otorgamiento que debe realizarse en unidad de acto. Esa unidad de acto implica que no pueden existir interrupciones desde que se inicia el acto solemne hasta que finaliza, con la salvedad de accidentes pasajeros conforme dispone el Art. 699 CC.

El objetivo es procurar que, en la medida de lo posible el acto se lleve a cabo por el testador con discapacidad, aunque necesite auxiliarse de cualquier tipo de medio, para que este sea lo más íntimo posible. Hay que tener en cuenta que el testamento es un acto personalísimo, y no lo puede otorgar un tercero en nombre de otro, pero sí que deben de dotarse los mecanismos necesarios para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica conforme ordena el Art. 670 CC.

Según dispone el Art. 697 CC, el notario puede decidir que concurren dos testigos al otorgamiento cuando el testador no pueda o no sepa firmar o si el notario o el propio testador lo requirieran. En la STS 21/03/2006 (*Tol 866948*) se declaró la validez de un testamento en el que la otorgante, (la cual padecía una discapacidad psíquica y no sabía firmar), había plasmado su huella dactilar en el documento, firmando un testigo junto con la misma. El Tribunal Supremo determinó que la expresión de voluntad de la testadora no precisa de una forma expresa y solemne, es decir, basta con saber cual es su voluntad, fallando por ello la validez del testamento.

En última instancia, y tras la oportuna lectura del testamento, el notario debe requerir la conformidad del testador con el contenido del mismo. La novedad legislativa tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 es que esa conformidad puede prestarse de cualquier forma, pero en ningún caso puede eliminarse.

Para asegurar la presencia de esa manifiesta declaración de voluntad se establece una triple cautela, por un lado se procederá a la lectura del contenido por el testador si así lo desea, en segundo lugar, será el notario quien reproduzca el texto al otorgante y, en último término, se procederá a la firma del documento por el notario o, en su caso, por el testigo¹³.

Huelga decir que, en ningún caso, el hecho de establecer un sistema de garantías de accesibilidad para las personas con discapacidad que posibili-

¹³ Díaz Alabart, S. (2022). *cit.* p. 32 y 33.

tan la adopción de todos los mecanismos posibles para que se pueda llevar a acabo el ejercicio de su capacidad jurídica, incluso o con mayor motivo de las medidas de apoyo que tenga establecidas, no puede implicar que se reciba apoyo externo para la formación de su voluntad.

Lo anteriormente referido respecto a la necesidad de la adopción de los medios necesarios para facilitar el otorgamiento, va en relación evidente con el testamento notarial abierto, sin embargo, también resultan de aplicación estas premisas en el otorgamiento del testamento cerrado. En este sentido, La ley 8/ 2021 modifica los Arts. 706, 708, 709 y 742 con el objeto de evitar la discriminación de las personas con discapacidad al favorecer que las mismas, también puedan hacer uso del testamento cerrado con los apoyos y requisitos adecuados.

En el caso del Art. 706 CC se dispone que, si el testamento se redacta por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, este pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento y en el caso de que el testamento se haya redactado en un soporte técnico, debe firmarse por firma electrónica reconocida.

Por su parte el Art. 708 CC establece que no pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Si bien las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leerlo o escribirlo, siempre que se observen los demás requisitos de validez y estableciendo además el Art. 709 CC determinadas formalidades como el hecho de que las personas con discapacidad visual dejen plasmado en la cubierta del testamento por medios que les permitan leer lo escrito —sistema Braille— que conocen que en el interior se halla su testamento, expresando el medio empleado para su redacción y que está firmado por ellos.

A pesar de la extensa redacción del Art. 695 CC a la hora de establecer los mecanismos oportunos para que las personas que, si bien pueden perfectamente conformar su voluntad, adolecen de algún impedimento para poder exponerlo, la realidad es que el aporte del precepto es escasa, pues habría sido suficiente establecer que el testador, tanto a la hora de redactar sus instrucciones, como de comprobar que la expresión del contenido del testamento es fruto de su voluntad, puede hacer uso de cualquier medio, sin necesidad de la dilatada redacción que el precepto contiene¹⁴.

¹⁴ Díaz Alabart, S. (2022). *cit.* p. 39.

1.2 El testamento otorgado por una persona con una discapacidad psíquica. Art. 665 CC

El segundo de los escenarios en los que se da un cambio trascendental a la hora de hablar del testamento otorgado por una persona con una discapacidad tras la entrada en vigor de la Ley 8/ 2021, es aquél en el que el otorgante adolece de una discapacidad psíquica. Me refiero en este caso a aquellas personas que, como consecuencia de su discapacidad tienen problemas para conformar su voluntad testamentaria de conformidad con lo dispuesto en el art. 665 CC.

Dispone el meritado precepto que 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.

Con la anterior regulación dada por la Ley 30/1991 eran los tribunales a través del procedimiento de incapacitación judicial los que gozaban de la autoridad para determinar la capacidad para testar del incapacitado o bien, su carencia.

Actualmente se traslada al notario la responsabilidad del examen de ese juicio de capacidad, que, por supuesto, admitirá prueba en contrario al tratarse de una presunción *iuris tantum*. Pero el notario no sólo debe valorar la existencia de la capacidad del testador para expresar su voluntad, sino que debe cerciorarse de que esa expresión se halla libre de influencias indebidas, captaciones de voluntad o de conflicto de intereses, pues en caso de existir tal influencia, constituiría un vicio del consentimiento del testador que invalidará la disposición testamentaria.

Por lo tanto, puede darse el supuesto de que el notario se cuestione la aptitud del testador en el momento del otorgamiento, no teniendo clara la emisión de su calificación. En tal caso, no hay objeción de que, para emitir ese juicio de capacidad, el notario pueda requerir el dictamen de un experto en el que apoyar su decisión¹⁵.

También puede el testador recabar apoyo de aquella persona que tenga designada como medida de apoyo, la cual podrá ayudar a la comprensión

¹⁵ De Amunátegui Rodríguez, C. (2021). “Artículo Segundo. Modificación del Código Civil”. *Comentarios a la Ley 8/ 2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi, p. 887 y 888.

del significado del acto de otorgar testamento, pero, obviamente, no puede decidir por la persona con discapacidad el contenido del mismo. Podría parecer que la intervención de un tercero, y más si es sobre el que recae la medida de apoyo, implica necesariamente la existencia de un conflicto de intereses si es partícipe de algún modo en el acto de testar, pero la realidad es que la posible influencia indebida a la que alude la norma también puede ser llevada a cabo por cualquier persona del entorno del testador con carácter previo al otorgamiento, por lo que no veo causa que justifique su exclusión, cuanto más si se va a tratar de una persona de la confianza del otorgante y con quien la comunicación será, posiblemente, más viable.

Lo que resulta claro es que, en cualquier caso y con independencia de que se presuma la capacidad jurídica de todas las personas, el notario, en pro de la seguridad jurídica debe emitir necesariamente su juicio de capacidad en el momento en el que se lleva a cabo el negocio jurídico —Arts. 156.8 y 167 del Reglamento del notariado—; es decir, tal manifestación por parte del fedatario público, sigue siendo requisito de todo instrumento público y garantía del principio de legalidad y de seguridad en el tráfico jurídico.

Por este motivo, cuando el testador vaya a realizar un testamento notarial, después del juicio de identidad, el notario dará fe del juicio de capacidad, pero referido a si tiene capacidad para otorgar este instrumento pudiendo ejercitar su capacidad jurídica por si mismo o si precisa apoyos para ello.

Evidentemente este juicio de capacidad es universal y no debe realizarse solo sobre las personas con discapacidad, sino sobre cualquier otorgante, como también se puede dictaminar la ausencia de capacidad en supuestos en los que no existe una discapacidad reconocida. Imaginemos una persona que acude al acto del otorgamiento con una ingesta desmesurada de tranquilizantes, o una persona de edad muy avanzada con una demencia senil que no le ha conllevado el reconocimiento de una discapacidad, es evidente que en estos casos el notario emitirá un juicio negativo de capacidad.

2. Momento del juicio de capacidad

La cuestión de cuándo debe realizarse por el notario ese juicio de capacidad parece evidente, pues habrá de efectuarse de forma necesaria en el momento del otorgamiento, conforme a lo dispuesto en el art. 666 CC, por ello el notario reflejará en el testamento con carácter previo al establecimiento de las disposiciones acerca de su última voluntad si la persona tiene, a su juicio, capacidad jurídica suficiente para otorgar el testamento.

A mi parecer, es más acertado en atención a la modificación legislativa operada sustituir la expresión tipo de “*tiene a mi juicio, la capacidad legal necesaria para formalizar la presente escritura*” por la de: “*tiene, a mi juicio, la aptitud y el discernimiento suficiente para el ejercicio de su capacidad jurídica en el negocio objeto de este instrumento aseverando así mismo que no le constan medidas de apoyo voluntarias ni judiciales para formalizar su testamento abierto*”

La mención a dicha expresión tienen su fundamento en que, en la actualidad no existe un acceso directo y telemático al Registro Civil para que los notarios puedan tener conocimiento de si existen apoyos inscritos a favor de la persona con discapacidad.

Cabe plantearse entonces qué sucede cuando, comparecido el otorgante al acto, el notario determine que no posee la capacidad necesaria para conformar o expresar su voluntad ni aun con apoyos o medios para ello, es decir, qué sucede cuando hay un juicio negativo de capacidad.

Recientemente asumí un asunto en el que el notario estimó, a la vista de la documentación que nos fue solicitada con carácter previo al otorgamiento del testamento —informe del médico forense del procedimiento de incapacitación tramitado en su día y sentencia de incapacitación judicial— que la persona, la cual poseía un porcentaje de discapacidad del 70% no tenía aptitud para testar. No quedando conforme con tal manifestación, propuse a la familia del interesado que compareciera éste en la notaría para que el notario pudiera valorar *in situ* si poseía o no esa aptitud para testar. Considero que no se puede concebir otro modo de realizar el juicio de capacidad, pues el notario debe valorar personalmente al otorgante y decidir si, en ese preciso momento, se encuentra en condiciones de formar su voluntad y de expresar la misma, aunque requiera de ayuda para ello. Debo decir que en este caso el notario dictaminó con acierto la falta de aptitud, lo que no obsta a que la ruta que se escoja para llegar a puerto, aunque el destino sea confluyente, es fundamental para preservar la dignidad de la persona.

Cabe plantearse pues, qué sucede cuando se determina esa falta de capacidad para testar por parte del fedatario público. En este supuesto, como la capacidad se refiere a un momento concreto, nada impide que podamos acudir nuevamente al fedatario en un momento posterior o incluso acudir a otro notario distinto, que podrá emitir un juicio de capacidad positivo¹⁶. Esto no deja de ser problemático, sobre todo cuando se trata de personas

¹⁶ De Amunátegui Rodríguez, C. (2021). *cit.* p. 889.

con discapacidad no susceptibles de mejorar, pues la posible futura impugnación del testamento, está casi servida.

Como solución a dicho problema, cabría plantearse la posibilidad de que ese dictamen notarial de falta de capacidad pudiera constar documentado de algún modo, e incluso que se posibilitara su inscripción en el Registro Civil. Sin embargo, no parece que tal práctica pudiera conciliar con el hecho de que el juicio de capacidad responde a un momento concreto, al del otorgamiento, y ningún sentido tiene formalizar un criterio que no va a ser perdurable ni determinante, cuanto más si se ha pretendido superar con el cambio legislativo la contundencia de la prohibición que de forma hierática se imponía en las sentencias de incapacitación judicial en cuanto a la posibilidad de otorgar testamento por las personas incapacitadas judicialmente.

3. El testamento ológrafo otorgado por persona con discapacidad

Ahora bien, si con la nueva norma corresponde a los notarios realizar el juicio de capacidad para el otorgamiento del testamento, ¿podríamos entender el refuerzo a la función notarial que realiza la Ley 8/ 2021 como una reconducción de la posibilidad de testar a los testamentos notariales de forma exclusiva? Es decir, si ahora es el notario exclusivamente el encargado de emitir su valoración respecto de la capacidad para testar de la persona con discapacidad, como antaño lo hicieran los jueces en las sentencias de incapacitación, parece que se impide la posibilidad del otorgamiento por la persona con discapacidad de un testamento ológrafo, llegando a asociar el ser sujeto de medidas de apoyo con la imposibilidad de testar si no hay un juicio de un fedatario público.

Esto no tiene ningún sentido al amparo de la Convención de Nueva York, pero una vez más nos vamos a ver abocados a que sea el Tribunal Supremo el que establezca los parámetros de validez de dicho testamento sin el examen previo del juicio de capacidad cuando se haya otorgado por persona con discapacidad.

En un imaginario supuesto en el que una persona con discapacidad otorga un testamento mediante el cual manifiesta no tener hijos al tiempo que nombra herederos por partes iguales a sus tres sobrinos de la totalidad de su patrimonio que, además, está valorado en un excelso montante de varios millones de euros y que, con posterioridad, aparece un testamento ológrafo con arreglo a los requisitos establecidos en el art. 688 del CC en el que realiza el reconocimiento de un hijo. En este ejemplo, nos vamos

a ver abocados con total seguridad a un procedimiento judicial en el que, a la hora de valorar la validez del testamento ológrafo posterior, tendrá además que atender el tribunal a otro tipo de parámetros, como el tipo de discapacidad, —no es lo mismo que el testador tenga una discapacidad sensorial, que tuviera una discapacidad psíquica en el momento de testar que pudiera impedirle conformar su voluntad—, la ausencia de influencia indebida, momento y circunstancias del otorgamiento, etc.

En opinión de parte de la doctrina, cuando existe un juicio negativo por parte del notario respecto de la capacidad de testar, no es sostenible defender la validez del testamento ológrafo.

Cuestión distinta es, si no existiendo un testamento abierto notarial, existiera un testamento ológrafo posterior que modificara o revocara el anterior¹⁷.

No comparto dicho criterio por cuanto entiendo que, si el juicio de capacidad ha de emitirse en un momento determinado, poca eficacia puede tener si este es negativo y no se corresponde con un momento idéntico al del otorgamiento del testamento ológrafo, y que, en cualquier caso, ese reconocimiento negativo, como hemos visto, no va a constar inscrito en registro alguno.

Considero que carece de sentido establecer un sistema normativo en el que se sitúa la dignidad de la persona en el epicentro de su vocación, para luego establecer una presunción de falta de capacidad que descompone la construcción de todo el ideario del Art. 12 de la Convención de Nueva York como si de un castillo de naipes se tratara.

Si se antepone la autonomía de la voluntad por encima de rígidos criterios como es la seguridad jurídica, ha de ser, en mi opinión, con todas las consecuencias.

No hace tanto tiempo atrás nos encontrábamos con comunes expresiones en la doctrina y en la jurisprudencia tales como “*testamento escrito de propia mano*” o “*de puño y letra del testador*” las cuales, al margen de ser manifestaciones desafortunadas, no se correspondían con la letra del Art. 678 del Código Civil al hacer referencia a que éste debía estar escrito por el propio testador y parecían dejar fuera a aquellas personas que carecían de dichas extremidades¹⁸.

¹⁷ De Amunátegui Rodríguez, C. (2021). *cit.* p. 890.

¹⁸ Peñasco, R. (2018). *El testamento ológrafo otorgado por personas que escriben con la boca o con el pie*. Dykinson S.L., p. 107-121.

Hoy, por fortuna, tales afirmaciones están superadas y parecen absurdas y, desde luego, no tienen conciliación alguna con los principios de los que se abandera la Convención, por lo que, bajo el criterio de la que suscribe, debería de partirse de una presunción de validez del testamento ológrafo otorgado por una persona con discapacidad debiendo acreditarse *a contrario sensu* su invalidez.

4. Contenido del testamento otorgado por persona con discapacidad

En último término y en lo que se refiere al contenido del testamento prestado por persona con discapacidad, señalar que no hay porqué presumir una diferenciación con el testamento otorgado por persona sin ella. Si bien es cierto, que se pueden adoptar algunas disposiciones específicas en atención a la discapacidad que se padece, es decir, expresar deseos sobre la futura administración de los bienes, cuestiones sobre el derecho al honor, etc.

Del mismo modo, la persona con discapacidad también podrá llevar a cabo una partición hereditaria en su disposición de última voluntad, siempre y cuando se den cumplimiento a los requisitos establecidos para ello. (Arts. 1057 y ss CC)¹⁹

Por ello, más que tratar sobre las disposiciones que sí pueden establecerse en el testamento, procede mencionar alguna disposición que no se puede establecer. Aunque no es objeto del presente trabajo, merece la pena hacer una breve referencia a una de las cuestiones más controvertidas introducidas por la Ley 8/2021, como es la prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual del Art. 753 CC, y menciono tal cuestión únicamente de refilón porque su análisis y tratamiento requeriría de un artículo propio.

Es cierto que la prohibición que se encuentra recogida en el citado precepto no es solo para las personas con discapacidad, pero adquiere especial relevancia es su ámbito dado que van a ser las personas más vulnerables las que precisen del establecimiento de medidas de apoyo, sobre todo de las figuras representativas.

En mi opinión, y en la de la doctrina mayoritaria, no tiene ningún sentido establecer un principio general de capacidad jurídica de las personas, establecer una norma donde se pone en el centro de la actividad jurídica

¹⁹ Sanciñena Asurmendi, C. (2023). *La partición hecha por el testador*, Aranzadi, p. 28

la voluntad de las personas con discapacidad, y luego establecer una prohibición de este calibre²⁰.

La limitación, contradice totalmente los principios de la Convención de Nueva York y la deja vacía de contenido arrastrando el sistema paternalista del que pretendía huir. Parece que el legislador se hace eco de nuestra tradición de Lazarillo de Tormes y parte de la presunción *iure et de iure* de que la persona que se hace cargo de los cuidados de aquel que es vulnerable va a ejercer una influencia indebida sobre su persona. Es decir, es aceptado que sea heredero del testador un sobrino que hace veinte años que se despreocupó de él, pero no puede decidir nombrar heredera a la persona que le ha brindado atención y cuidados los últimos años de su vida si eso es lo que quiere.

Considero que existen mecanismos suficientes para controlar los vicios del consentimiento, como en cualquier otro negocio jurídico, que pueden ser aplicados al caso concreto de entenderse que puede existir esa influencia indebida o captación de voluntad, pero la realidad nos muestra que, en muchas ocasiones, el curador es la persona de confianza de la persona sometida a curatela y que es su expresa voluntad la de designarle heredero, así como que, en muchas otras, esa persona no es beneficiaria del sujeto a curatela por la vía de la sucesión intestada²¹.

A mayor abundamiento, la consecuencia del establecimiento de la disposición testamentaria es la de la nulidad automática de la misma sin dar margen a que el que se ve afectado por la prohibición pueda acreditar la ausencia de injerencia en la formación de la voluntad del testador.

No voy a extenderme más en la materia dado que no es el objeto del presente estudio, pero desde luego es una cuestión que deberá abordarse por el legislador con premura para paliar las desbaratadas situaciones que genera.

Para finalizar y a modo de conclusión creo que es importante resaltar que si bien la Ley 8/ 2021, de 2 de junio, puede considerarse un gran hito en cuanto a lo que a la adquisición de derechos de las personas con discapacidad se refiere, es del todo insuficiente y genera en muchos ámbitos,

²⁰ Represa Polo, P. (2022). “La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual. La reforma del artículo 753 CC”, cit. p. 61.

²¹ Represa Polo, P. (2022). “Artículo Segundo. Modificación del Código Civil”, cit. p. 908.

más dudas e inseguridad jurídica en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas que establece, que al contrario.

Esta circunstancia emana, como no puede ser de otro modo, de la tendencia reiterativa del legislador español a parchear el sistema normativo sin abordar la necesaria reforma global del Derecho de Sucesiones que aclama desde tiempo atrás nuestra sociedad.

A ello se une el hecho de que los cambios normativos deben ir necesariamente aunados a la transformación social, pues mientras no haya una erradicación del tradicional concepto de minusvaloración de las personas con discapacidad, la aplicación de las normas continuará resultando improductiva, por lo que, aún estando en el camino, larga es la senda pendiente de recorrer, pues como bien citó Albert Einstein “*es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio*”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alcaín Martínez, E. (2021). “Artículo primero. Modificación de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862”. *Comentarios a la Ley 8/2021, 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*. Serie derecho de la discapacidad Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, 81-97.

Álvarez Moreno, M. T. (2022). “Prólogo”. *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*. Colección Jurídica General— Sucesiones, Reus, 7-13.

De Amunátegui Rodríguez, C. (2021). “Artículo segundo. Modificación del Código Civil”. *Comentarios a la Ley 8/2021, 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*. Serie derecho de la discapacidad, Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, 887-906.

Díaz Alabart, S. (2022). “El otorgamiento del testamento abierto notarial y las personas con discapacidad”. *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*. Colección Jurídica General— Sucesiones, Reus, 15-40.

Martínez Espín, P. (2013). “Comentario al Art. 716”. *Comentarios al Código Civil*. Tomo IV, Thomson. Aranzadi.

Peñasco, R. (2018). *El testamento ológrafo otorgado por personas que escriben con la boca o con el pie*. Dykinson, S.L.

Rabanete Martínez, I. (2019). “La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad”, IDIBE, Instituto de Derecho Iberoamericano. *Tribuna*. <https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-las-personas-discapacidad/> Mayo 08.

Represa Polo, P. (2021). “Artículo segundo. Modificación del Código Civil”. *Comentarios a la Ley 8/2021, 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*. Serie derecho de la discapacidad, Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, 907-926.

Represa Polo, P. (2022). “La prohibición de suceder del curador y del cuidador habitual. La reforma del artículo 753 CC”. *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones. Una mirada comparativa*. Colección Jurídica General— Sucesiones, Reus, 41-85.

Sanciñena Asurmendi, C. (2023). *La partición hecha por el testador*, Colección Grandes Tratados. Aranzadi.