



El notario como medida de apoyo atípica en el testamento de las personas con discapacidad

Luis Corpas Pastor

*Profesor de Derecho Civil.
Universidad de Málaga (España)*

lcopras@uma.es | <https://orcid.org/0000-0003-4655-532X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos Lema Devesa, don José Luis Blanco Pérez, don Pablo Hernández Lahoz, doña Esther Muñoz Espada, don Javier Serra Callejo y don Francisco Javier Silván Rodríguez.

Extracto

La entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 de junio) ha supuesto una modificación sustancial del derecho de sucesiones, relativa a promover el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, y un impulso a su autonomía en la toma de sus propias decisiones. En este trabajo realizamos un comentario a las trascendentes modificaciones del Código Civil introducidas por esta ley, sobre las facilidades que el legislador da a partir de ahora a las personas con discapacidad, no solo para otorgar testamento, sino para tomar decisiones sobre su sucesión y el establecimiento de disposiciones testamentarias en plena autonomía de su voluntad, introduciendo también la posibilidad de otorgar disposiciones en beneficio de ciertos parientes cuando tuvieran derecho a sucederle *ab intestato*, pese a haber tenido relación de tutela, curatela o de meros cuidadores de la persona con discapacidad. Finalmente resaltamos la importancia que la nueva ley concede a la figura del notario en el aseguramiento de la voluntad fehaciente de la persona con discapacidad y hacemos mención a las posibilidades actuales tecnológicas cuya validez establece en el Código esta reforma, tales como la firma electrónica en el testamento electrónico o las peculiaridades del testamento para las personas con discapacidad visual, mediante la modificación del artículo 25 de la Ley del notariado.

Palabras clave: discapacidad; testamento; capacidad jurídica natural; medidas de apoyo; notario.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado (en avance *online*): 17-07-2023

Cómo citar: Corpas Pastor, L. (2023). El notario como medida de apoyo atípica en el testamento de las personas con discapacidad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 271-272, 5-24. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19243>



The notary as an atypical support measure in the will of people with disabilities

Luis Corpas Pastor

This paper has been selected for publication by: Mr. Carlos Lema Devesa, Mr. José Luis Blanco Pérez, Mr. Pablo Hernández Lahoz, Mrs. Esther Muñiz Espada, Mr. Javier Serra Callejo y Mr. Francisco Javier Silván Rodríguez.

Abstract

The beginning of validity of the Spanish 8/2021 law, on the reform of civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity «BOE No. 132, of June 3», has involved a substantial modification of inheritance law, relating to promoting respect for the will and preferences of the person with a disability, and a boost to their autonomy in making their own decisions. In this work we make a comment on the transcendent modifications of the Civil Code introduced by this law, on the facilities that the legislator gives from now on to people with disabilities not only to grant a will, but to make decisions about their succession and the establishment of testamentary provisions in full autonomy of their will, also introducing the possibility of granting provisions for the benefit of certain relatives when they have the right to succeed them intestate, despite having had a relationship of guardianship, curatorship or mere caregivers of the person with a disability. Finally, we highlight the importance that the new law grants to the figure of the Notary Public in ensuring the reliable will of the person with disabilities and we mention the current technological possibilities whose validity is established in the Code by this reform, such as the electronic signature in the Electronic will or the peculiarities of the will for people with visual disabilities, by modifying article 25 of the Law of notaries.

Keywords: disability; will; natural legal capacity; support measures; notary.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published (online preview): 17-07-2023

Citation: Corpas Pastor, L. (2023). El notario como medida de apoyo atípica en el testamento de las personas con discapacidad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 271-272, 5-24. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19243>



Sumario

1. Introducción

- 1.1. La capacidad de obrar en la actualidad en el derecho español
- 1.2. Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico
- 1.3. Medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

2. El testamento

- 2.1. La sucesión testada de las personas con discapacidad, desde la perspectiva actual en el derecho común español
- 2.2. Controversias sobre la calificación jurídica del testamento

3. El testamento de las personas con discapacidad

- 3.1. El testamento de las personas con discapacidad visual
- 3.2. Testamento abierto y testamento cerrado hecho por las personas con discapacidad
- 3.3. Breve referencia a la desheredación

4. Tratamiento jurisprudencial del ejercicio de la capacidad de testar de las personas con discapacidad. Comentario a la STS núm. 706/2021, de 19 de octubre

5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción

1.1. La capacidad de obrar en la actualidad en el derecho español

En nuestra tradición jurídica más arraigada, hasta ahora, distinguíamos claramente entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, «contingente y variable», como aptitud de ejercicio de la capacidad jurídica, o «capacidad de derecho», como se denominaba antiguamente. Castán Tobeñas (1984) afirmaba que la «capacidad legal»

considerada en abstracto, como atributo de la personalidad que es, reúne los caracteres de fundamental (porque contiene *in potentia* todos los derechos de que el hombre puede ser sujeto y en los cuales se traduce la capacidad), una, indivisible, irreductible y esencialmente igual, siempre y para todos los hombres. Así como para la *capacidad de derecho* basta la existencia de la persona (conciencia potencial), para la capacidad de ejercicio se requiere inteligencia y voluntad [...], y como estas condiciones no existen en todos los hombres, ni siempre en el mismo grado, la ley niega unas veces en absoluto esa capacidad, y otras la limita y condiciona. (p. 163).

La «capacidad jurídica», en definitiva, «la tiene todo hombre; comienza con su personalidad y acaba con ella [...], como aptitud para ser, en general e indeterminadamente, titular de relaciones jurídicas, es una capacidad abstracta y uniforme para todos» (Albadalejo, 2002, p. 230). Mientras que la «capacidad de obrar», como «aptitud reconocida por el derecho para realizar actos jurídicos, ni la tiene todo hombre, ni es igual para todos los que la tienen.» (Albadalejo, 2002, p. 230). En definitiva, la capacidad de obrar, «no existe en todos los hombres, ni se da en ellos en el mismo grado» (Castán Tobeñas, 1984, p. 163).

Esta clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar deriva de «conceptos elaborados en la Pandectística alemana del XIX y basados en el Derecho Romano y la tradición romanística» (Fernández de Buján, 2011, p. 54), y se difumina (o al menos eso parece) cuando nos acercamos al contenido de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional ratificado por España y publicado en el BOE de 21 de abril de 2008. Aunque no ha sido hasta la promulgación de la Ley 8/2021 de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 de junio, que entró en vigor el 3 de septiembre) –que ha supuesto una modificación sustancial del derecho de sucesiones, relativa a promover el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y un impulso

a su autonomía en la toma de sus propias decisiones–, cuando se han modificado sustancialmente nuestras normas civiles y procesales, en cuanto a una «definitiva» superación de la capacidad de obrar, en favor de un concepto universal de capacidad.

No faltan voces discordantes, como la de Verda y Beamonde (2021), quien se pregunta:

hasta qué punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar), que tiene perfiles claros y precisos y ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma), que, en definitiva, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente, lo mismo (último párr.).

Se refiere Verda y Beamonde (2021) –y no le falta razón– a que, pese a esta ley, se sigue distinguiendo la capacidad de obrar, pero camuflada como «ejercicio de la capacidad jurídica». Opinión con la que estamos plenamente de acuerdo, sobre todo cuando nos referimos al último reducto de la capacidad de obrar, esto es, la de los menores de edad no maduros, las únicas personas naturales que, por razón de la edad, la ley les prohíbe todavía ejercitar su capacidad de obrar para celebrar ciertos actos jurídicos con plena validez: pensemos en la todavía vigente imposibilidad de testar de los menores de 14 años.

En definitiva, aunque se afirma que esta nueva ley (que tiene anclaje constitucional, pues viene a desarrollar plenamente el espíritu del artículo 10 de la Constitución española y, con ello, propulsar la dignidad de todas las personas, como ya lo hiciera en su artículo 1 la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, junto al reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de la persona, como la «base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo») hace desaparecer el concepto de capacidad de obrar, esto no es cierto, si bien hay que reconocer que dicha disposición normativa ha producido un cataclismo jurídico en España, como veremos a continuación.

1.2. Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico

La nueva Ley 8/2021 viene a sacudir el ordenamiento jurídico español en aras de dar cumplimiento efectivo al reconocimiento del derecho fundamental a la dignidad «intrínseca» que tiene la persona individualmente considerada, desde el respeto absoluto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y a su autonomía en la toma de sus propias decisiones, frente a todos. No se trata de una reforma menor, sino que, entendemos, tiene un profundo calado, dado el carácter modificador del derecho, tanto sustantivo como procesal, que muestra.

La Ley modifica no solo el Código Civil, extensamente, sino también el Código de Comercio (Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Gaceta de Madrid núm. 289, de 16 de octubre), e incluso el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre), a

través de su disposición final primera; o la Ley del notariado, de 28 de mayo de 1862 (Gaceta de Madrid núm. 149, de 29 de mayo), y otras leyes sustantivas, tales como la Ley hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley hipotecaria. BOE núm. 58, de 27 de febrero); o la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 de julio), y otras leyes con contenido eminentemente procesal, como son la Ley de enjuiciamiento civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. BOE núm. 7, de 8 de enero) y 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 (BOE núm. 277, de 19 de noviembre) o, finalmente, la Ley de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. BOE núm. 158, de 3 de julio).

Concretamente, y relativo a aspectos sustantivos de máxima relevancia, la modificación del Código Civil operada por el artículo segundo de esta Ley 8/2021 incluye la redacción de un nuevo título XI del libro primero, denominado «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica» (apartado veintitrés, del artículo 2.º de la nueva ley), que da nueva redacción a los artículos 249 a 299 del CC), así como se suprime el anterior título XII (apartado veinticuatro), añadiendo una nueva denominación, «disposiciones comunes», a dicho título XII, con la redacción de un nuevo y único artículo 300 del CC, relativo a la publicidad mediante su obligada inscripción en el Registro Civil de «las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad».

En definitiva, se suprime sin ambages la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar sostenida hasta ahora por la doctrina más autorizada (por todos, Castán Tobeñas o Albadalejo), dando rango legal al reconocimiento de idéntica capacidad jurídica para todos; con base en la personalidad, es decir, la aptitud intrínsecamente humana para ser titular de derechos y obligaciones que le confiere a la persona, por el mero hecho de serlo, la capacidad de ser sujeto de derecho.

Sin embargo, muy probablemente el concepto de «capacidad de obrar» siempre ha estado ínsito en la capacidad jurídica, por más que nos hayamos empeñado en separarlo como una categoría diferente a esta última, y en el imaginario jurídico colectivo quede, y de forma residual, únicamente reservado para menores de edad no maduros dicho concepto. De hecho, como veremos más adelante, los aspectos esenciales de la capacidad para testar no han variado en absoluto: los menores de edad no pueden testar a no ser que sean mayores de 14 años. Aspecto que no ha variado sustancialmente, salvo que, en su redacción anterior, el artículo 663 del CC (apartado 1.º) establecía que estaban «incapacitados» para testar los menores de 14 años (de uno y otro sexo) y ahora, tras la modificación operada por esta ley, cambia un poco la semántica, cuando dicho apartado 1.º del artículo 663 del CC dice en su nueva redacción que no pueden testar «la persona menor de catorce años», ni la «que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello» (apartado 2.º). Aspecto este último sobre el que volveremos más adelante.

1.3. Medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Someramente, a tenor de la nueva redacción del artículo 250 del CC, las medidas de apoyo con las que pueden contar las personas con discapacidad a partir de ahora son de tres clases: «voluntarias» (poderes notariales ex artículo 256 del CC y ss., de comunicación obligada al Registro Civil, según ordena el artículo 261 del CC; mandatos preventivos de futuro ex artículo 255 del CC; autotutela y otras medidas de apoyo actuales o futuras), «informales» (de suma importancia si la persona con discapacidad no llegase a adoptar las voluntarias, tales como el reconocimiento legal del cuidador de hecho [arts. 263 a 267 CC, dentro del capítulo III, denominado «De la guarda de hecho de las personas con discapacidad» del nuevo título]), y finalmente, de forma subsidiaria a las anteriores, las «judiciales» (curatela, artículo 268 del CC, en su nueva redacción, con eventuales funciones de representación, en casos muy excepcionales y únicamente cuando no se hayan adoptado previamente medidas de apoyo voluntarias o informales [arts. 249, 269 y 287 CC] y defensor judicial, para casos especificados en el artículo 295 del CC, como en los que pudieran existir de conflicto de intereses [arts. 295 a 298 CC]).

El párrafo segundo del artículo 268 del CC especifica que estas medidas de apoyo acordadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años (excepcionalmente se podrá acordar su revisión en un plazo mayor, hasta seis años, de forma motivada).

Hay que resaltar que la Ley 8/2021 da una especial importancia a estas medidas de apoyo. No en balde coloca en su artículo 1 la modificación del artículo 25 de la Ley del notariado, al que luego nos referiremos, y establece un número 2 en dicho artículo, por el cual dota de especial relevancia a la garantía que el notario presta en el proceso de hacer efectiva la reforma, cuando dice

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.

En este contexto, cambia completamente el panorama desde un sistema paternalista hacia un nuevo paradigma basado en el respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, no solo en la línea marcada con las reformas precedentes.

Nos referimos a la normativa promulgada paulatinamente entre 2011 y 2018, como por ejemplo y de manera cronológica, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación norma-

tiva a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 184, de 2 de agosto); el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, de 2 de diciembre); la reforma anterior del Código Penal operada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77 de 31 de marzo), o la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (BOE núm. 154, de 29 de junio), relativa al derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en condiciones de igualdad; o la Ley orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del tribunal del jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones (BOE núm. 303, de 14 de noviembre), por la que se adecúa el derecho de las personas con discapacidad a sus circunstancias personales asociadas a la misma, y se ordena a las Administraciones públicas la provisión de los medios de apoyo necesarios para garantizar el ejercicio del derecho a ser jurado de las personas con discapacidad; la Ley orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE núm. 294, de 6 de diciembre), que garantizaba que «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», garantizando en todo caso el derecho de sufragio, reintegrándolo, si fuera preciso, «por ministerio de la ley», o 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 (BOE núm. 277, de 19 de noviembre), modificada ahora por la Ley 3/2021, en sus artículos 1.2, 2, 3, 4.2, 5 y 7, y cuyo preámbulo explica que se ha realizado «siguiendo las pautas aconsejadas por la Comisión General de Codificación», para mejorar «el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad». Esta última ley, en su disposición adicional primera, ya preveía que las actuaciones judiciales previstas en su capítulo I (es decir, la nueva regulación especial del objeto, beneficiarios, constitución del patrimonio protegido, su administración y supervisión, incluso su constancia registral), que desplazaba la regulación del Código Civil, se realizaran como «actos de jurisdicción voluntaria», sin que una eventual oposición transformara en contencioso el expediente. Aspecto que muchos habíamos pasado por alto, con la importancia que la Ley 15/2015, de 2 de julio, procuraba dar a la protección y autonomía cuando «están en juego intereses de gran relevancia dentro de la esfera personal y patrimonial de las personas», si no de una forma explícita, paralela y con idéntico sentido que la promulgación, 20 años atrás, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre).

El paralelismo nos parece muy claro entre aquella Ley de autonomía del paciente y la reciente Ley 8/2021, pero con 20 años de retraso. En nuestra opinión, se plasma en la nueva ley el mismo cambio de paradigma por el que se desplazaba, a través de esta última, el eje paternalista que tradicionalmente había tenido el médico sobre el paciente, para darle au-

tonomía total a este último en la toma de decisiones informadas sobre su proceso, basadas en la obligación de ser informado sobre las alternativas y los riesgos que libremente asumía en intervenciones diagnósticas o terapéuticas.

Se trata, en definitiva, de dar autonomía efectiva a las personas con discapacidad, dotándolas de medidas de apoyo que impulsen la consecución de sus anhelos, deseos y preferencias, para que vivan su vida plenamente, preservando de forma prácticamente absoluta la dignidad de su personalidad, frente al anterior escenario en el que se trataba de limitarla, cercenarla o complementarla, incluso judicialmente, en muchos aspectos; entre ellos el que estamos estudiando.

Ahora, las medidas de apoyo preferentes son las *voluntarias*, siendo las informales las de mayor trascendencia práctica por la casuística de quien viene siendo «cuidador de hecho», figura de la vida real que se ve legalmente reconocida ahora en el Código Civil y que goza, por tanto, de amplio respaldo legal a la hora de ayudar a las personas con discapacidad en la toma de sus propias decisiones de la vida diaria (Petit Sánchez, 2020, p. 311). Coincidimos con la autora en que, a partir de ahora, debe reinterpretarse «la pretendida incompatibilidad entre la voluntad de la persona con discapacidad y su mejor interés para la determinación de las medidas de apoyo». No es la resonancia de unos anhelos, deseos y preferencias de la voluntad de la persona con discapacidad la que se trata proteger, sino preservar la eficacia en su ejercicio mediante las medidas de apoyo (pero, únicamente si estas fueran necesarias).

Estudiamos en este trabajo un acto que recoge una de las manifestaciones más íntimas de la autonomía de la voluntad, como es disponer de determinados derechos transmisibles, ínsitos en el patrimonio de la persona con discapacidad, o la realización de cualquier otro tipo de disposiciones para después de su muerte, de acuerdo a los deseos de dicha persona y que, en algún caso, necesitará el concurso de un apoyo: el testamento.

2. El testamento

Por testamento, a tenor del artículo 667 del CC, entendemos el «acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos». Pero, como señalan Díez-Picazo y Gullón Ballesteros (2017, p. 49), este «permite que en el testamento se contengan declaraciones de última voluntad sin contenido patrimonial, y no prohíbe que se hagan otras de esta naturaleza no tipificadas». En efecto, estos autores se cuestionan si puede llamarse «testamento» al acto de última voluntad que no contenga disposiciones patrimoniales, para concluir que ello es posible, en concordancia con el artículo 741 del CC, que también llama «testamento» al acto por el que se reconoce un hijo, que «no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en el que se hizo o este *no contenga otras disposiciones*, o sean nulas las demás que contuviere» (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros,

2017, p. 50); lo que da cabida a un testamento que no contenga otras disposiciones diferentes a dicho reconocimiento.

El concepto de testamento (Albadalejo, 2013), en definitiva, se refleja «mejor» diciendo

que es un acto *solemne* (o formal), por el que *unilateralmente* una persona *sola* (carácter unipersonal) establece *ella misma* (carácter *personalísimo*) para después de su muerte, las disposiciones (patrimoniales o no) que le competan, *podiendo siempre revocarlas*. Esencia del testamento es el *disponer para después de la muerte* (art. 667) para *regular la situación que creará el fallecimiento del disponente* (disposición *mortis causa*). Por ser *solemne* el testamento, es nulo sin observar alguna de las formas permitidas por la ley (art. 687). (p. 213).

Es, precisamente, la falta de solemnidad la que trata de paliar la Ley 8/2021, de 3 de junio; y la misma solemnidad la que destruye legalmente la Convención de Nueva York de 2006, concretamente, su artículo 1, dando rango legal al reconocimiento de idéntica capacidad jurídica para todos, con base en la personalidad, es decir, la aptitud intrínsecamente humana para ser titular de derechos y obligaciones que le confiere a la persona, por el mero hecho de serlo, la capacidad de ser sujeto de derecho. (Fernández de Buján, 2011, p. 54).

2.1. La sucesión testada de las personas con discapacidad, desde la perspectiva actual en el derecho común español

Hay que poner en contexto la figura del notario, esencial en nuestra opinión en lo tocante al testamento. El artículo 685 del CC (párr., primero, *in fine*) indica que este fedatario público *deberá* asegurarse «de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar». Siguiendo a Albadalejo (2002, p. 223), recordemos que el antiguo artículo 665 del CC decía, sobre la capacidad para otorgar testamento abierto de las personas incapacitadas judicialmente (que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar), que «designará el notario dos facultativos que previamente lo reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad», y debían asistir tales facultativos a la lectura, aprobación por el testador y firmar con él el testamento.

Ahora, la situación cambia radicalmente. La modificación del Código Civil operada por el artículo segundo de la Ley 8/2021 incluye, entre otras, la redacción de un nuevo título XI del libro primero, denominado «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica» (apartado veintitrés, del artículo 2.º de la nueva ley, que da nueva redacción a los artículos 249 a 299 CC), así como se suprime el anterior título XII (apartado veinticuatro), añadiendo una nueva denominación, «disposiciones comunes», a dicho título XII, con la redacción de un nuevo y único artículo 300 del CC, relativo a la publicidad mediante su obligada inscripción en el Registro Civil de «las resoluciones judiciales

y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad», quedando redactado el artículo 665 del CC de la siguiente forma:

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.

Por lo tanto, la figura del notario en el testamento de las personas con discapacidad adquiere una importancia radical, como estamos descubriendo, porque sobre el fedatario recae (con mayor peso, si cabe) el impulso de reconocer la verdadera voluntad de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica que le es inherente, directamente derivada de su personalidad.

2.2. Controversias sobre la calificación jurídica del testamento

Por otra parte, como afirma Santos Morón (2014), el artículo 667 del CC «no ofrece una definición del testamento», porque omite ciertos «elementos esenciales» del negocio jurídico *post mortem* (p. 350). Aspecto que en la doctrina suscitó cierta controversia acerca de su naturaleza jurídica como negocio jurídico o acto jurídico. Desde la humildad de una obra que pretende, como afirma en la contraportada, «ser un Sistema, apto para comprender el Derecho Civil», Díez-Picazo y Gullón Ballesteros (2017) afirman que atendiendo a su naturaleza jurídica el testamento es un «negocio jurídico perfecto *ab initio* y a ese tiempo habrá que estar para establecer si concurren los presupuestos de validez». (p. 49). Por lo tanto, se trata de un acto jurídico que será un negocio, y será al momento del acto de otorgamiento cuando se tendrán que examinar los requisitos de validez del mismo. Muchas veces será este momento justamente delante del notario, si no en la gran mayoría de los casos.

Recogiendo los caracteres del testamento que expone Lacruz Berdejo (2009), podemos definirlo como «aquella declaración de voluntad unilateral, unipersonal, estrictamente personal o personalísima, no recepticia, formal o solemne, revocable y con eficacia *post mortem* (es decir, con irrelevancia jurídica externa *ante mortem*)» (pp. 166-617). Lacruz Berdejo centra el concepto en el artículo 667 del CC y en la crítica que la doctrina hace a esta definición, con cita de la STS de 8 de julio de 1940, la cual indica «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», recogiendo una idea de Jordano Barea (y de este, sobre la base de Kohler & Giampiccolo), el testamento sería un «acto perfecto» y «definitivo» *medio tempore*, es decir, entre el momento de su formación y el de la muerte del testador. (Lacruz Berdejo, 2009, p. 165). Momento en el cual se convertirá en un negocio jurídico. La controversia sobre si calificar el testamento como «acto» o como «ne-

gocio» jurídico *mortis causa* no tiene mucha razón de ser: el testamento es un acto jurídico, pues depende de la voluntad del causante y así lo califica el Código Civil. Sin embargo, su eficacia como «negocio jurídico unilateral y personalísimo» será únicamente *post mortem*.

El testamento como tal es un acto personalísimo, y revocable «hasta la muerte del testador», pese a que ciertas disposiciones no puedan ser revocadas (como la de reconocimiento de un hijo), y aunque no sea esta una disposición patrimonial, cabe, como tantas otras disposiciones de carácter no patrimonial, en el concepto de «testamento» (Santos Morón, 2014, pp. 350-352).

Sobre la capacidad del testador, el invariado artículo 666 del CC ya establecía que «se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento» para apreciarla, en línea con lo ya expuesto.

Al tratarse de un acto perfecto *ad initium* y desde la óptica anterior tradicional del testamento como «negocio jurídico unilateral, formalista, con eficacia *post mortem* y personalísimo» (Bonete Satorre, 2021, p. 127), nos planteamos la interrogante acerca de la forma en que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a testar, a partir de los cambios precedentes y qué medidas de apoyo o contrapesos establece la nueva ley para lograr su efectividad en las personas con discapacidad, con énfasis en las medidas de apoyo previstas en la reforma introducida por la Ley 8/2021, y su trascendencia, precisamente en el momento de otorgar el testamento. Como la ley destierra para siempre la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, parecería que sea un cambio radical, sin embargo, no lo es tanto si pensamos en que siempre ha sido un acto personalísimo.

En un Estado constitucional multinivel como España, respetando la vieja idea kelseniana de la «norma suprema», en primer lugar, no podemos dejar de acudir a nuestra Constitución de 1978. Algo que no desconoce la propia reforma, cuando alude a la dignidad de todas las personas; blindada por el artículo 10 de la CE. Pero en cuanto al encaje constitucional, el artículo 33 de la CE y concordantes resultan claves para discernir la esencia del testamento como acto jurídico, a través del cual se hacen disposiciones patrimoniales (y recordemos que el artículo 609 CC menciona la sucesión testada como uno de los modos de adquirir –y transmitir– la propiedad «y los demás derechos»). La Constitución reconoce el derecho a la herencia y la propiedad privada. Rogel Vide (2017, p. 8), recogiendo una idea de Alzaga, recuerda que «de la libertad de la persona, principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, conforme a la declaración del artículo 1.º de la Constitución, se deduce el derecho a la propiedad privada y a su transmisión». Por ello, el testamento tiene encaje constitucional claro, y de cuyo otorgamiento no puede excluirse a nadie.

Todas las personas, en el pleno desarrollo de su personalidad, tienen la capacidad de realizar este acto, en iguales condiciones; con la figura del notario como garante de este ejercicio. Sin embargo, el derecho sucesorio en España no ha sido precisamente «propenso a las reformas» (Cobas Cobiella y Joz Latorre [2017]), y «el legislador no tiene intención de

acometer reformas en sede sucesoria» y proponer diversas «mejoras» al legislador, por la necesidad de que el derecho sea un «organismo vivo, en constante adaptación». Lo cierto es que todas las propuestas de este interesante artículo dejan de lado la reforma que finalmente adopta el legislador: la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad a la hora de realizar testamento, y la relevancia que ostenta el notario no solo como fedatario, sino garante de esta capacidad jurídica, lo que ha llegado a la doctrina a afirmar que «al legislador le queda mucho trabajo por hacer para conseguir que por todos los operadores jurídicos [...] se actúe con unanimidad en la protección de las personas con discapacidad» (Bonete Satorre, 2021, p. 145); siendo ambos, doctrina y legislador, hasta ahora únicamente tendentes a intervenir en el reparto desigual de las legítimas, en favor de las personas con discapacidad. De hecho, existe una minoritaria corriente que, incluso en la actualidad, ve condiciones justificadas para un «paternalismo justificado», que revise la «1) idoneidad, 2) necesidad, 3) proporcionalidad y 4) consentimiento hipotético de la persona afectada por la medida» de apoyo correspondiente (Alemany García, 2021, pp. 277-278). Y es que, tradicionalmente, no se ha propugnado en nuestro ordenamiento una reforma sustantiva en cuanto al derecho mismo de las personas con discapacidad de realizar testamento –que es el sentido de esta reforma actual–, sino en cuanto a disposiciones patrimoniales mayores o menores, o la tangibilidad de las legítimas.

La incapacitación, ahora desaparecida, era incuestionada. Incluso dicha desaparición ha sido criticada, pues algunas personas planteaban sus dudas acerca de la supresión automática de decisiones judiciales, permitiendo incluso testar (Torres Costas, 2020, p. 275) a las personas que habían sido privadas de este derecho por resolución judicial, según lo propuesto en la «disposición transitoria primera» del anteproyecto de la actual ley: «Las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto», a partir de su entrada en vigor. Lo cierto es que ya no se mira desde el punto de vista de personas «incapacitadas» para testar, sino que la mirada se pone, como siempre se ha hecho (como hemos explicado, la redacción anterior del artículo 665 exigía el juicio favorable ante notario, emitido por dos facultativos, en aquellos casos en los que la capacidad de obrar de la persona hubiera sido modificada judicialmente; pero ello no eximía la necesidad de que el testamento fuera un acto de expresión libérrima de la voluntad del testador), en la capacidad de testar de cada persona en el preciso momento de hacerlo; pero ahora, con los apoyos que sean necesarios y teniendo como garante al notario, «en línea con las legislaciones de nuestro entorno, en las cuales por regla general, igual que en nuestro país, la cuestión decisiva es el alcance del juicio del notario sobre el discernimiento del testador en cada caso concreto» (Barrón Arniches, 2020, p. 446). Aspecto sobre el que volveremos más adelante.

Muchos señalaban –entre ellos López San Luis (2020, pp. 111-138) y Sánchez Gómez (2020, p. 410), quien, en nota a pie de página, menciona el «testamento» dentro de los «actos personalísimos» que poseen las personas con discapacidad, y reconoce la Convención de Nueva York de 2006– que eran precisamente los tratados internacionales (y, en concreto, la Convención de 2006 y, muy especialmente, su artículo 12) los que estaban indicando la dirección que debía tomar la interpretación plena del artículo 10 de la Constitución española

de 1978, y algunos avisaban de la llegada de un «auténtico tsunami que afectaría a todo el ordenamiento jurídico» (García Rubio, 2018, p. 174) tras la ratificación por España de esta convención (Corvo López, 2019, p. 174). Barba (2021, p. 282) recuerda que dicho artículo 12 «debe considerarse el nivel más alto de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación en relación con el disfrute y el ejercicio de su capacidad», y sugiere unas medidas urgentes en el derecho italiano, en el sentido de «repensar sistemáticamente toda la disciplina de la persona con discapacidad, abandonando, en primer lugar, el uso de la expresión "incapacidad" y superando el rígido binomio capacidad-incapacidad, que ha constituido históricamente el paradigma de la protección de la persona» en aquel sistema, paralelo al contemporáneo español pasado.

Lo cierto es que la institución, a nuestro entender, no ha cambiado en absoluto y, como veremos, en la apreciación de la capacidad del testador, al momento de otorgar testamento, sigue siendo imprescindible la figura del notario. Ahora no podrá testar, a tenor del apartado 2.º del artículo 663 del CC, quien «en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello». Exactamente igual que antes, pero con una semántica diferente: con la legislación anterior, «la existencia y exigencia de intervención de una figura tutelar [...] para realizar actos de disposición no priva, ni mucho menos de forma automática, la capacidad de otorgar testamento, siempre y cuando se cumplan las formalidades y requisitos recogidos en los arts. 662 y ss. del Código Civil», como sostiene Campo Álvarez (2018, pp. 270-273).

Es decir, el testamento ahora y antes es un acto personalísimo y la inspiración de la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, materializada en la Ley 8/2021, no es otra que «el principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad». Como la redacción dada al artículo 663 del CC, por el apartado veintiocho del artículo 2 de la nueva ley, de este artículo se hace en sentido de prohibición («No pueden testar: 2º. La persona que en el momento de testar no pueda conformar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello»), debemos entender, *a sensu contrario*, que podrá testar cualquier persona (mayor de 14 años) que en ese momento «pueda conformar o expresar su voluntad», incluso «con ayuda de medios o apoyos para ello». Cosa que aclara el artículo 665 del CC, en cuanto a la capacidad de testar de la persona con discapacidad, quien «podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones».

Como vemos, se suprime la referencia que el artículo hacía anteriormente a la designación notarial de dos facultativos responsables de responder de la capacidad del «demente», obligados a hacer constar su dictamen en el propio testamento. Ahora, quedará «a juicio del notario» si la persona con discapacidad puede «comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones», siendo garante de 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».

3. El testamento de las personas con discapacidad

3.1. El testamento de las personas con discapacidad visual

El artículo 708 del CC se preocupa del testamento de las personas con discapacidad visual y ofrece la posibilidad de utilizar «medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo» para otorgar testamento cerrado; lo cual debe ponerse en concordancia con los artículos 706 y 709 del CC, que exigen ciertas formalidades a esta clase de testamento.

Así, por ejemplo, mencionamos lo establecido en los párrafos segundo y tercero del artículo 706: «Si estuviese escrito 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. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida» y «cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad», respectivamente. Y lo establecido en el artículo 709 del CC para «las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir», las cuales además de cumplir con los requisitos del artículo 706 del CC, deben firmarlo y, a su presentación al notario, escribir en la parte superior de la cubierta del testamento cerrado que se trata de su testamento «expresando cómo está escrito y que está firmado por él», especificando en un párrafo final que «las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas».

3.2. Testamento abierto y testamento cerrado hecho por las personas con discapacidad

El artículo 708 del CC también tiene que ponerse en concordancia con el artículo 695 del CC, relativo al testamento *abierto*, el cual establece, *in fine*, que «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». Lo que nos viene a decir que la figura del notario se convierte, como decimos, en el garante de la autonomía de la voluntad de las personas con capacidad, en cuanto a sus disposiciones testamentarias, su voluntad, deseos y preferencias, en un proceso de comunicación bidireccional donde, por una parte, la persona con discapacidad manifiesta tales preferencias testamentarias y, por otra parte, el notario explica el contenido de las disposiciones testamentarias para que el testamento concuerde con dicha voluntad. Finalmente, será nulo el testamento hecho por persona con discapacidad cuando, encontrándose esta «internada por razones de salud o asistencia», realicen cualquier disposición a favor de sus cuidadores o empleados del establecimiento

correspondiente; así como lo serán también las disposiciones efectuadas a favor de dichos establecimientos (art. 753 CC), que añade, *in fine*, que «las demás personas físicas que presen servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*».

3.3. Breve referencia a la desheredación

El apartado 7.º del artículo 756 del CC considera causa de indignidad «las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas» a la persona con discapacidad, conforme a lo previsto sobre alimentos en los artículos 142 y 146 del CC. Es esta una causa de indignidad adicional a las ya contempladas anteriormente en el Código Civil, que fue introducida por 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 (ya comentada anteriormente), con el propósito de proteger a las personas con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad de disponer sus últimas voluntades, sancionando, con finalidad de prevención general, esta causa de indignidad.

4. Tratamiento jurisprudencial del ejercicio de la capacidad de testar de las personas con discapacidad. Comentario a la STS núm. 706/2021, de 19 de octubre

La STS núm. 706/2021, de 19 de octubre (Roj: STS 3770/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3770) de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg, se trata de la tercera STS tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, y versa sobre un caso en el que, a solicitud de tres de sus seis hijos, se interpuso demanda de determinación de la capacidad y medidas de apoyo para la demandada y madre de los demandantes.

Se trata de un testamento abierto otorgado por la demandada, en el que disponía: «Si fuera necesario el nombramiento de tutor, es deseo de la testadora que se nombre a su hija Enma, en su defecto, Carlos Alberto, en su defecto, Carmen. En ningún caso es su deseo que se nombre tutor a cualquiera de los otros tres hijos ni a ninguna asociación, ni pública ni privada ni a ningún organismo similar». En primera instancia se declaró por sentencia a la demandada (doña Virginia) por padecer un deterioro cognitivo leve moderado por demencia senil y síndrome depresivo, «incapaz para regir su persona y bienes, sometiéndola al régimen de tutela, designando tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos».

Los otros tres hijos de la demandada interpusieron recurso de apelación, «siendo el único punto debatido el concerniente al nombramiento como tutora de la Agencia Madrileña para

la Tutela de Adultos, interesándose la atribución de la función tutelar a uno de los hijos de la incapacitada previamente designados por esta». Recurso que fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid, revocando la sentencia del juzgado, dado «que era el deseo de la demandada, así como de sus hijos que fuera la familia y no una institución pública la que asumiera la tutela»; pero nombrando tutores mancomunados no a los expresados en testamento por la demandada, sino a sus otros hijos, «D. Carlos Alberto y a D. Dámaso, que son los más citados y considerados más idóneos, en el bien entendido, que han de hacerlo bien y llevarse bien entre ellos por el bien de su madre», habida cuenta de las desavenencias entre los otros hermanos. Sentencia que se vuelve a recurrir tanto en recurso extraordinario por infracción procesal como casación.

La STS expone que la sentencia de la audiencia carece de motivación. En concreto, el recurso de casación interpuesto, entre otros, por la hija D.^a Enma, designada en testamento como *tutora*, se estima sobre la base legal en la que se funda: «infracción del art. 234.1 CC y artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006», al haberse desconocido la voluntad de la demandada, al designar tutor en testamento. Se afirma en esta STS: «Ya entró en vigor 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 la capacidad jurídica. Esta circunstancia abre una nueva perspectiva resolutoria sobre la que se oyó a las partes, en tanto en cuanto la disposición transitoria sexta, relativa a los procesos en tramitación a la entrada en vigor de la ley, establece que se regirán conforme a lo dispuesto en ella, sin perjuicio de conservar su validez las actuaciones que se hubiesen practicado hasta ese momento».

El Tribunal Supremo parte de la base de que «las previsiones de autotutela se entenderán ahora referidas a la autocuratela y se regirán por lo dispuesto en la nueva ley (disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021)», que «proclama la autonomía de la persona con discapacidad, con el reconocimiento expreso de que el nuevo sistema se basa en el respeto a su voluntad, preferencias y deseos», con cita de los artículos 249, 250, 268, 270, 276 y 282 del CC entre otros), y lo previsto en el artículo 3 a) del Convenio de Nueva York, y con la exposición de motivos de la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio. Con cita de las SSTS 589/2021, de 8 de septiembre, y 269/2021, de 6 de mayo, se hace «referencia que uno de los principios que derivaban del Convenio de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad». Además, «el artículo 271 del CC, en su nueva redacción, regula la autocuratela, confiriendo a cualquier persona mayor de edad o menor emancipado, en previsión a la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con lo demás, el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Una propuesta de nombramiento de tal clase vinculará a la autoridad judicial al constituir la curatela (art. 272 I CC)». Y, aunque el tribunal podrá prescindir «total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias» (dice), «en el caso presente, *no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada*, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas

por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos». El FD 6.º explica que «el recurso debe ser estimado, toda vez que la sentencia recurrida, se insiste, no respetó la voluntad de la demandada, sin razones que avalasen una decisión de tal clase». Finalmente, el fallo, «1.º *estima los recursos extraordinarios por infracción procesal* interpuestos, entre otros, por D.ª Enma, y declara la nulidad, por falta de motivación, de la sentencia recurrida, en cuanto a la constitución de tutela mancomunada acordada». 2.º *Se estima el recurso de casación interpuesto por* D.ª Constanza, D. Carlos Alberto y D.ª Carmen, así como por D.ª Enma, casando la sentencia de la audiencia provincial. 3.º *Se revoca parcialmente la sentencia de instancia, en el sentido de dejar sin efecto la declaración de incapacidad de la demandada, «con sustitución de dicho pronunciamiento por el de la procedencia de fijación de medidas judiciales de apoyo, debiendo las acordadas por el Juzgado ser revisadas para adoptarlas a la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, por el referido juzgado».*

Por lo tanto, se atiende al espíritu de esta ley, con la adaptación a la voluntad de la testadora, persona con discapacidad, pero que había expresado en testamento su voluntad claramente, sin que existiese razón para que el tribunal sustituyera la voluntad de la testadora.

5. Conclusiones

La entrada en vigor el pasado 3 de septiembre de 2021, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 de junio) ha supuesto una modificación sustancial del derecho de sucesiones, relativa a promover el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, y un impulso a su autonomía en la toma de sus propias decisiones.

En este trabajo realizamos un comentario a las trascendentes modificaciones del Código Civil introducidas por esta ley, sobre las facilidades que el legislador da a partir de ahora a las personas con discapacidad no solo para otorgar testamento, sino para tomar decisiones sobre su sucesión y el establecimiento de disposiciones testamentarias en plena autonomía de su voluntad –con leves referencias al derecho comparado continental italiano–; introduciendo también la posibilidad de otorgar disposiciones en beneficio de ciertos parientes cuando tuvieren derecho a sucederle *ab intestato*, pese a haber tenido relación de tutela, curatela o de meros cuidadores de la persona con discapacidad.

Resaltamos la importancia que la nueva ley concede a la figura del notario en el aseguramiento de la voluntad fehaciente de la persona con discapacidad y hacemos mención a las posibilidades actuales tecnológicas, cuya validez establece en el Código esta reforma, tales como la firma electrónica en el testamento electrónico o las peculiaridades del testamento para las personas con discapacidad visual, mediante la modificación del artículo 25 de la Ley del notariado.

La Ley 8/2021 le da una especial importancia a este aspecto; no en balde coloca en su artículo 1 la modificación de este artículo 25. Concretamente, establece un número 2 en dicho artículo, por el cual dota de especial relevancia a la garantía que el notario presta en el proceso de hacer efectiva la reforma, cuando dice:

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.

Finalmente, la aplicación de la nueva situación legal (con la adaptación de la tutela a la nueva realidad de la curatela) ante un caso en el que se sustituyó por el tribunal de instancia, y confirmó la Audiencia Provincial, la voluntad clara expresada por la testadora, hace confiar en la futura aplicación de la ley en el sentido expresado por las disposiciones normativas aplicables.

Un dato a tener muy en cuenta es que el notario constituye, de hecho, una medida de apoyo atípica, *ex lege*, a la hora de dar fe de la voluntad, deseos y anhelos de la persona con discapacidad.

Referencias bibliográficas

- Albadalejo, M. (2002). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. (15.ª ed.). Bosch.
- Albadalejo, M. (2013). *Curso de Derecho civil V. Derecho de sucesiones*. Edisofer.
- Alemayn García, M. (2021). Sobre «Una crítica a los principios de la reforma del régimen de la discapacidad», réplica a la reseña de M. E. Torres Costas. *Revista de Derecho Civil*, VIII(3), 277-282.
- Barba, V. (2021). La protección de las personas con discapacidad en el Derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención Sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista Cubana de Derecho*, 1(1), 274-307.
- Barrón Arniches, P. de. (2020). Personas con discapacidad y libertad para testar. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12, 448-471. <http://hdl.handle.net/10459.1/68864>
- Bonete Satorre, B. (2021). El testamento de las personas con discapacidades sensoriales y otras discapacidades. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 53, 121-146.
- Campo Álvarez, B. del. (2018). La especial capacidad para testar. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. IDIBE, 8 bis, 265-274.

- Castán Tobeñas, J. (1984). *Derecho civil español común y foral. Tomo 1, Introducción y Parte general. Vol. II, Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos.* (14.ª ed.). Reus.
- Cobas Cobiella, M. E. y Joz Latorre, C. de. (2017). La Modernización del derecho de sucesiones. Algunas propuestas. *Cuestiones de Interés Jurídico*. IDIBE. <https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/la-modernizacion-del-derecho-de-sucesiones-algunas-propuestas/>.
- Corvo López, F. M. (2019). La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual. *Revista de Derecho Civil*, VI(4), 135-170.
- Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2017). *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV (tomo 2), Derecho de sucesiones.* (12.ª ed.). Tecnos.
- Fernández de Buján, A. (2011). Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad. *RJUAM*, I(23), 53-81.
- García Rubio, M. P. (2018). Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho Civil*, 5(3), 2018, 173-197
- Lacruz Berdejo, J. L. (2009). *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones.* (4.ª ed.). Dykinson.
- López San Luis, R. (2020). El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. *InDret*, 2, 111-138.
- Petit Sánchez, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, VII(5), 265-313.
- Rogel Vide, C. (2017). *El derecho a la herencia en la Constitución.* Reus.
- Sánchez Gómez, A. (2020). Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del proyecto de ley de 17 de julio de 2020 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. *Revista de Derecho Civil*, VII(5), 385-428.
- Santos Morón, M. J. (2014). *Lecciones de derecho civil patrimonial.* Tecnos.
- Torres Costas, M. E. (2020). Sobre la postergada (y necesaria) reforma de la regulación de los ingresos involuntarios y otros derechos fundamentales. *Revista de Derecho Civil*, VII(4), 265-285.
- Verday Beamonde, J. R. de. (2021). ¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? *Tribuna*. IDIBE. <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>

Luis Corpas Pastor. Doctor por la Universidad de Málaga (programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Doctor en Odontología (Universidad de Granada). Graduado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas. (UNED). Grupo de Investigación «Historia de las Instituciones Jurídicas. Línea de Derecho Sanitario» (Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga). <https://orcid.org/0000-0003-4655-532X>