

EL TESTAMENTO Y LA FUTURA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL
EN MATERIA DE DISCAPACIDAD: ALGUNAS REFLEXIONES*

*THE WILL AND THE FUTURE REFORM OF THE CIVIL CODE ABOUT OF
DISABILITY: SOME REFLECTIONS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 346-373

* Trabajo realizado en el marco del Microcluster VCL/CAMPUS "Estudios de Derecho y empresa sobre Tecnologías de la Información y la Comunicación (Law business studies on ICT)", resolución de la Convocatoria para la creación de Microcluster de Investigación (MCI) de 5 de mayo de 2011. Investigador responsable del Microcluster, Dr. D. Javier Plaza Penadés, Catedrático de Derecho civil. Departamento de Derecho civil. Universitat de València. Coordinadora desde abril de 2013, en la Universitat Politècnica de València, Francisca Ramón Fernández.

Francisca
RAMÓN
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011) indicaba la adaptación normativa del ordenamiento jurídico para cumplir con lo indicado en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y que fue ratificado por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008). Es por ello que para realizar las modificaciones oportunas el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad afecta al Código civil en materia de sucesiones. En el presente trabajo se estudiará la reforma que afecta al testamento y la discapacidad, especialmente se atenderá a la capacidad para testar y ser testigo en el testamento, la forma del mismo, y el otorgamiento en el caso de personas con discapacidad visual, entre otras cuestiones como la utilización de medios mecánicos o electrónicos para su redacción, teniendo en cuenta las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) que pueden ser herramientas idóneas para la adaptación y accesibilidad en materia de discapacidad. Ello nos permitirá poder reflexionar sobre estas cuestiones y se intentará aportar alguna solución de aplicación en el ordenamiento jurídico español en los casos de discusión.

PALABRAS CLAVE: Testamento; reforma; Código civil; discapacidad; legislación.

ABSTRACT: *Law 26/2011, of 1 August, on the adaptation to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (BOE No. 184, of August 2, 2011) indicated the legal adaptation of the legal system to comply with the indicated in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, made in New York on December 13, 2006, and ratified by Spain on November 23, 2007 (BOE No. 96, of April 21, 2008). That is why, in order to carry out the appropriate modifications, the Draft Bill amending the civil and procedural legislation on disability matters affects the Civil Code in matters of succession. In the present work we will study the reform that affects the will and the disability, especially the capacity to test and be witnessed in the will, the form thereof, and the granting in the case of people with visual disability, among others. issues such as the use of mechanical or electronic means for its drafting, taking into account new information and communication technologies (ICTs) that can be suitable tools for adaptation and accessibility in the field of disability. This will allow us to reflect on these issues and will try to provide some solution of application in the Spanish legal system in cases of discussion.*

KEY WORDS: *Will; reform; Civil Code; disability; legislation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ADAPTACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD: CONSIDERACIONES GENERALES.- III. LA FUTURA Y NECESARIA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTO Y DISCAPACIDAD.- IV. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN ACTUAL.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)¹, en su art. 21, preceptúa la prohibición de toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de discapacidad, y el art. 26, respecto a la integración de las personas discapacitadas, indica que la Unión reconoce y respeta su derecho a beneficiarse de medidas para garantizar su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

Posteriormente, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, hecho en Nueva York, fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), y se ratificó por nuestro país el 23 de noviembre de 2007². Se recogen en los mismos los derechos de personas con discapacidad, y las obligaciones de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar los derechos de dichas personas. Se proclama como objetivo, en su art. 1, la promoción, protección y aseguramiento del goce pleno y en condiciones iguales de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

En la letra e) de su Preámbulo manifiesta que el concepto de discapacidad es evolutivo:

“e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas

1 DOCE C 364/I, de 18 de diciembre de 2000.

2 BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

• **Francisca Ramón Fernández**

Profesora titular de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: frarafer@urb.upv.es

a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

El art. 4.1 de la citada Convención establecía literalmente que:

“Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

El art. 12.2 del mismo texto legal, establece que “los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”³.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras (COM/2010/0636 final) cuyo objetivo es capacitar a las personas con discapacidad para que disfruten de todos sus derechos. Se utilizará la legislación comunitaria vigente para protegerlas de la discriminación, y se aplicará una política activa para luchar contra ella. La Comisión prestará atención al impacto acumulativo de la discriminación que pueden sufrir las personas con discapacidad.

Tras la mencionada Convención, se promulgó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴, así como el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre⁵.

3 Como indica ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: “Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Ius et Veritas*, núm. 53, 2016, p. 265, «los principios que enuncia la Convención (básicamente, el de la igualdad del art. 12, en sus diversas manifestaciones) no se interprete en un sentido literal, sino como conteniendo una cláusula de “en la medida de lo posible”. Así, por ejemplo, el art. 12.2 habría que leerlo así: “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen, en la medida de lo posible, capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”».

4 BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

5 BOE núm. 224, de 17 de septiembre de 2011.

De acuerdo con los principios constitucionales, el art. 14 establece el derecho a la igualdad, sin que pueda prevalecer discriminación, y corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la misma, y que sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todas las personas en la vida política, económica, cultural y social. Los poderes públicos, según indica el art. 49 de la Carta Magna, tienen obligación de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, a las que les prestarán atención especializada y les ampararán para disfrutar de los derechos y deberes fundamentales⁶.

Resulta imprescindible indicar que con posterioridad a la Ley 26/2011 y al Real Decreto 1276/2011, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁷ indicaba como uno de sus objetivos garantizar el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto de personas, erradicando toda forma de discriminación, según lo indicado en los arts. 9.2, 10, 14 y 49 de la Carta Magna y el Convenio Internacional aludido anteriormente.

El mencionado Real Decreto Legislativo 1/2013 define la discapacidad como la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con el resto (art. 2).

Pues bien, es preciso diferenciar distintos conceptos en el ámbito de la capacidad, discapacidad e incapacitación teniendo en cuenta lo indicado en el art. 199 del CC al indicar que nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley, y que conforme contempla el art. 200, son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. En este escenario nos encontramos con que la adaptación del CC español no se ha producido, y resulta necesario adaptar el ámbito sucesorio a este nuevo panorama legislativo que tenemos con la normativa internacional referida⁸. Nos proponemos, pues, estudiar la futura modificación del testamento en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en especial en relación a la capacidad de testar y ser testigo en el testamento, la forma

6 Vid. sobre ello: PEREÑA VICENTE, M.: "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Privado*, 2016, pp. 3 y ss.

7 BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

8 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales Academia Matritense Notariado*, t. LVIII, 2017/2018, p. 143 y ss.

del mismo, y el otorgamiento en el caso de personas con discapacidad visual, así como la utilización de medios mecánicos o electrónicos para su redacción en relación a las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) que se puedan considerar como instrumentos útiles para a accesibilidad. Junto a ello, y de forma complementaria aludiremos a la Propuesta de CC de la Asociación de Profesores de Derecho civil.

II. ADAPTACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD: CONSIDERACIONES GENERALES

La Observación General núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 11º periodo de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014, establece que los Estados Partes estarán obligados a modificar o adaptar su normativa para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica, con la salvedad de los supuestos en que impongan una carga desproporcionada o indebida⁹. El mencionado Comité recomendó a nuestro país que realizara una revisión legislativa para adaptarlo con la finalidad de que puedan dichas personas tomar decisiones con respeto a su autonomía, preferencia y voluntad.

Debemos mencionar la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad Jefatura del Estado¹⁰.

9 Vid. la crítica a la misma realizada por ALEMANY, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. Una crítica a la Observación General nº 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, p. 214, que afirma: «Constituye una grave error de la Convención, agudizado por la Observación, el tratar del mismo modo a discapacidades que son diferentes y, en particular, el haber desconsiderado la relevancia de las discapacidades mentales e intelectuales, abusando de la analogía con el género al tiempo que se ignora la tradicional analogía con la minoridad. Con el propósito legítimo de luchar contra discriminaciones que, sin lugar a dudas, sufren de modo especial las personas con discapacidad, se termina, sin embargo, desconsiderando totalmente los intereses de importantes grupos de personas con discapacidad mental. La categoría apartada es la de "incapacidad" que, se diría, resulta un "insulto", lo cual solo puede ser concebido precisamente desde los prejuicios que se quieren combatir. La incapacidad está vinculada a la dificultad o imposibilidad para desempeñar una tarea y, en los contextos jurídicos, con la dificultad o imposibilidad para enfrentar la tarea de adoptar decisiones racionales (...) Sabemos que, con frecuencia, a las personas con discapacidad física o sensorial se les ha tratado como incapaces sin serlo. Esto es una discriminación injustificada, una seria violación de derechos. Pero la vinculación entre discapacidad mental e intelectual e incapacidad no responde a un prejuicio del mismo modo puesto que, como veremos más adelante, hay una vinculación especial entre estos tipos de discapacidad y la noción de incapacidad. Finalmente, quisiera terminar señalando la paradoja de la representación en la que incurre el Comité constituido en su mayoría por personas discapacitadas, todas ellas físicas o sensoriales, que hablan en nombre de los discapacitados mentales quienes, a su juicio, deberían hablar en nombre propio».

10 BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

La Ley 26/2011 introdujo sustanciales cambios en distinta normativa, con la finalidad de adaptarla al Convenio Internacional. En este sentido, podemos indicar que se afectaron las siguientes normas:

a) Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹¹ (actualmente derogada);

b) Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas¹²;

c) Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹³ (actualmente derogada);

d) Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁴;

e) Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos¹⁵;

f) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹⁶;

g) 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 clínica¹⁷;

h) Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida¹⁸;

i) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud¹⁹;

11 BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003.

12 BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2007.

13 BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

14 BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000.

15 BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1979.

16 BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

17 BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

18 BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

19 BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2003.

j) Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias²⁰;

k) Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público²¹ (actualmente derogada);

l) Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil²² (actualmente derogada);

m) Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo²³;

n) Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro²⁴;

ñ) Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal²⁵;

o) Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico²⁶;

p) Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar²⁷;

r) Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público²⁸ (actualmente derogada);

s) Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos²⁹ (actualmente derogada).

Por su parte, el Real Decreto 1276/2011 modificó las siguientes normas:

a) Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad;

b) Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con

20 BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

21 BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007.

22 BOE núm. 22, de 25 de enero de 1985.

23 BOE núm. 162, de 8 de julio de 1998.

24 BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

25 BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960.

26 BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

27 BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.

28 BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007.

29 BOE núm. 103, de 30 de abril de 1982.

discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social³⁰;

c) Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil³¹;

d) Real Decreto 1546/2004, de 25 de junio, por el que se aprueba el Plan Básico de Emergencia Nuclear³²;

e) Real Decreto 1564/2010, de 19 de noviembre, por el que se aprueba la Directriz básica de planificación de protección civil ante el riesgo radiológico³³;

f) Real Decreto 1123/2000, de 16 de junio, por el que se regula la creación e implantación de unidades de apoyo ante desastres³⁴ (actualmente derogada);

g) Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado³⁵;

h) Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos³⁶ (actualmente derogada);

i) Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos³⁷ (disposición anulada);

j) Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión³⁸;

30 BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2007.

31 BOE núm. 105, de 1 de mayo de 1992.

32 BOE núm. 169, de 14 de julio de 2004.

33 BOE núm. 281, de 20 de noviembre de 2010.

34 BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000.

35 BOE núm. 189, de 7 de julio de 1944.

36 BOE núm. 3, de 4 de enero de 2000.

37 BOE núm. 270, de 11 de noviembre de 2006.

38 BOE núm. 225, de 20 de septiembre de 2005.

k) Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos³⁹ (disposición derogada).

Con posterioridad se promulgaron el referido anteriormente Real Decreto Legislativo 1/2013, 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 exclusiones⁴⁰, y 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 discapacidad⁴¹.

Respecto a esta última modificación legislativa, debemos indicar que se complementó con la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018⁴², derogada por la reciente Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, de la Junta Electoral Central, que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019⁴³.

En este sentido, se estableció una modificación del art. 3, apartado 2, que quedaba redactado indicando 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. Por lo que quedaban eliminados los supuestos de incapacidad electoral que contemplaban los párrafos b) y c) del apartado 1 del art. 3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

A raíz de problemas de interpretación del art, apartado 2, la Instrucción 7/2019 ha precisado que se deberá admitir por las Mesas Electorales el voto de cualquier persona que esté inscrita en el censo, y si tienen alguna discapacidad se podrán valer de algún acompañante, o medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de aquéllas. Si algún miembro de la Mesa electoral, interventor o apoderado considera que no se ha ejercido el voto de forma consciente, libre y voluntaria, lo hará constar en el acta, pero no impedirá que el voto se introduzca en la urna.

39 BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2004.

40 BOE núm. 303, de 14 de diciembre de 2017.

41 BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

42 BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2019.

43 BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2019.

III. LA FUTURA Y NECESARIA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTO Y DISCAPACIDAD

El testamento es un acto por el que una persona dispone para después de su muerte de todos o parte de sus bienes, conforme indica el art. 667 CC. El Decreto de 2 de junio de 1944 en su art. 143, establece que los testamentos y actos de última voluntad se rigen, en cuanto a forma, requisitos o solemnidades, por la normativa civil, siendo supletoria la normativa notarial.

Actualmente, en la regulación del CC se indica que están incapacitados para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio (art. 663), y el art. 665 precisa que siempre que la persona incapacitada por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento sobre su capacidad para testar pretenda otorgarlo, el Notario designará dos facultativos que previamente lo reconozco, y lo autorizará cuando éstos respondan de su capacidad.

En el art. 685 indica que deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Por su parte, el art. 681 indica que no podrán ser testigos en los testamentos los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical.

En los casos de que se otorgue testamento por encontrarse el testador en inminente peligro de muerte, y en los casos de epidemia, sin la intervención del Notario, y ante testigos (cinco en el primer caso; tres en el segundo caso), éstos tendrán la obligación de procurar asegurarse de la capacidad del testador (arts. 685, 700 y 701).

En el caso del testamento abierto, el art. 697 expresa que al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos en el caso de que el testador declare que no sabe o no puede firmarlo, y aunque pueda, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. En el supuesto de que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos lo leerán en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con su voluntad manifestada previamente.

También deberán concurrir al otorgamiento los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado, como observa el art. 698.

El art. 708 prohíbe expresamente que no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sean o no puedan leer.

No obstante lo anterior, debemos mencionar en este apartado la Ley 27/2007, indicando el derecho de libre opción de las mismas al aprendizaje, conocimiento

y uso de las lenguas de signos, y los diferentes medios de apoyo a la comunicación oral, con la finalidad de favorecer su inclusión.

En cuanto a la jurisprudencia, la muy reciente STS de 15 de marzo de 2018 (TOL6. 548.076)⁴⁴. Ponente: D^a. María de los Ángeles Parra Lucán en la que se trataba de una persona con discapacidad intelectual y la impugnación de dos testamentos notariales que había otorgado (el primero antes de la sentencia de modificación judicial de la capacidad, pero ya instado por el Ministerio Fiscal el procedimiento; el segundo, con posterioridad a la sentencia que sometió a curatela a la persona para realizar actos de disposición). Se indica que el art. 662 CC consagra el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción, por lo que no cabe basar la falta de capacidad para otorgar testamento ni por aplicación analógica ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.

Entendió el Tribunal Supremo que: “la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar. En consecuencia, con independencia de cuál sea la causa de la discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, y con independencia de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione, de manera que la persona recupere sus facultades, el art. 665 CC ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar

(...) De acuerdo con lo dicho, acierta la sentencia recurrida cuando afirma que la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el art. 665 CC y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes”.

Así las cosas, la más que necesaria adaptación de la regulación sucesoria común al Convenio Internacional y seguir la estela precedida por la normativa a la que hemos hecho puntual referencia, ha propiciado que se haya elaborado

44 La sentencia ha sido comentada por PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C.: “Capacidad para otorgar testamento notarial abierto (comentario a la STS de 15 de marzo de 2018), *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 208, 2018, pp. 49-54 y por GARCÍA HERRERA, V.: “Testamento otorgado por sujeto parcialmente incapacitado: presupuestos de su validez: Comentario de la STS de 15 de marzo de 2018 (sts 936/2018, rec. 2093/2015). Referencia al tratamiento de la cuestión en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Actualidad civil*, núm. 12, 2018.

el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad⁴⁵.

El Pleno del Comité Económico y Social emitió dictamen sobre el Anteproyecto, en su sesión ordinaria de 24 de octubre de 2018, en el que realizó las siguientes consideraciones sobre la modificación que afecta al ámbito sucesorio en relación con el testamento:

- La modificación de la redacción del art. 663 CC suprime la expresión de incapacidad y de falta de cabal juicio, y se redacta indicando la afectación de las facultades de discernimiento que impiden testar. De esta forma, no pueden testar, según la redacción propuesta, las personas que en el momento del otorgamiento tengan afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello.

Como indica la doctrina⁴⁶ con este cambio en la redacción y que afecta principalmente al concepto, ya que no es admisible una inhabilitación judicial que se produzca con anterioridad al otorgamiento del testamento, por lo que la capacidad para testar o no debe ser considerada en el momento en que se decida otorgar el acto de última voluntad, siendo el notario y facultativos, si fuera necesario, los competentes para ello. Es justamente en la misma sintonía que se ha pronunciado el TS en la sentencia referida de 2018, y que como manifestó el Alto Tribunal, en STS 14 febrero 2006⁴⁷ “tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia”.

- La modificación del art. 665 CC que suprime la indicación de incapacitación por sentencia.

La nueva redacción propuesta del indicado precepto indica que: “Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo,

45 *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 247-310. Sobre el mismo se han realizado distintos comentarios por parte de la doctrina: ESCARTÍN IPIÉNS, J. A.: “Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 227-245. GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 29-60.

46 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 175.

47 STS 14 febrero 2006 (TOL846.273). Citada por VERDA Y BEAMONTE, J. R. DE: “El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 1, 2014, p. 42.

este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud”.

Consideramos, como también ha puesto de manifiesto la doctrina, que no se altera con dicha redacción la igualdad de condiciones respecto al ejercicio de la capacidad de testar, sino que en el supuesto de que el Notario dudara fundadamente de la aptitud de una persona, bien porque considere que no está comprendiendo la trascendencia del acto, bien porque albergue dudas sobre el entendimiento de lo que se le esté indicando, con las consecuencias y efectos que conlleva, acuda a expertos que le indiquen la capacidad cognitiva del testador. El dictamen no es vinculante, y será el Notario el que en última instancia decida si tiene aptitud o no el testador. Ello nos lleva a indicar que no es lo mismo un testamento que tenga pocas dificultades, bien por no disponer de excesivos bienes, o bien por ser clara la designación de herederos y legitimarios; que un testamento muy complejo, que puede ser más difícil determinar la aptitud o bien tener más dudas fundadas el Notario de la comprensión de lo que se le manifiesta al testador. Se convierte, pues, en figura de apoyo el Notario para orientar y asesorar al testador⁴⁸.

- La modificación del art. 695 CC, respecto del testamento abierto, con la finalidad de reforzar los medios utilizables para asegurar el correcto entendimiento y expresión de la voluntad del testador ante el notario, con la finalidad de que puedan realizar dichos actos testamentarias todas las personas.

De esta forma, la redacción, en el testamento abierto, con el Anteproyecto mencionado permitiría que el testador:

- a) Pueda expresar su voluntad de forma oral.
- b) Pueda expresar su voluntad de forma escrita.
- c) Pueda expresar su voluntad mediante cualquier medio técnico, material o humano.

48 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, cit., p. 176. La autora también alude a una situación especialmente compleja, cual es el caso de la revocación de testamento anterior en el caso de que una persona haya sido incapacitada judicialmente. Así, indica que: «Es muy importante en este punto reflexionar sobre los testamentos revocatorios de otros anteriores; no es infrecuente hoy en día el caso de personas que otorgaron en su día testamento y posteriormente fueron perdiendo parte de sus facultades volitivas o intelectuales, a pesar de lo cual, por razones muy diversas y a veces muy sólidas, saben que quieren revocar aquellas disposiciones *mortis causa* que en su día hicieron. Habiendo sido incapacitadas judicialmente, muchas de esas personas se están viendo privadas de la facultad de hacer un nuevo testamento revocatorio del anterior, situación que resulta a mi juicio totalmente inadmisibles ya hoy y que en ningún caso puede tener cabida en el nuevo sistema».

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

e) Si el testador tiene dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones que sean necesarias, y de que conoce que el testamento recoge de forma fiel su última voluntad.

Vemos que se centra la nueva redacción en las personas con discapacidades sensoriales (visuales y auditivas) y que se contemplan medidas e instrumentos de apoyo tecnológico para suplir la carencia que afecta a la persona que otorga testamento.

- La eliminación del apartado 2 del art. 697 CC, por considerar que resulta superfluo. Recordar que este precepto, en sede de testamento abierto, indica que al acto de otorgamiento deben concurrir dos testigos idóneos cuando el testador, aunque pueda firmar el testamento, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento. En este último caso fuera enteramente sordo, los testigos leerán en presencia del Notario el testamento y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

Esta supresión supone una reivindicación largamente solicitada por las personas con discapacidad, ya que era excesivamente restrictivo el precepto y no era ya comprensible con los nuevos avances tecnológicos.

- Respecto al testamento cerrado, se modifica el art. 706 CC para incorporar el soporte y firma electrónicos en su redacción. Se moderniza también este tipo testamentario para que puedan otorgarlo personas con discapacidad visual, con la utilización de medios adaptados a su deficiencia, con lo que queda afectada la redacción del art. 708 CC, que se propone el siguiente texto:

“No pueden hacer testamento cerrado los que no sepan o no puedan leer.

Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que le permitan escribirlo y leerlo, y se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código”.

De esta forma, se elimina la prohibición del otorgamiento del testamento cerrado a las personas ciegas.

De esta forma, se propone esta redacción para el art. 706.3 CC: “Si estuviese escrito por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, éste

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”.

- Se añade un párrafo al art. 709 CC para la presentación del testamento cerrado por personas ciegas o con discapacidad visual.

En este sentido, la redacción que se propone establece:

“Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1º. El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el art. 706.

2º. Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él.

3º. A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el art. 707 en lo que sea aplicable al caso.

Las personas ciegas o con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que le permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por él”.

Supone un pleno reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad sensorial que puedan realizar el testamento cerrado, con las adaptaciones oportunas a sus circunstancias, dado que las TICs en la actualidad permiten suplir de forma eficaz las limitaciones que anteriormente suponían un hándicap insalvable.

- Se modifica el art. 742 CC y se actualiza respecto a las personas con alteraciones graves en su salud mental. Se propone la siguiente redacción del precepto: “El testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador o hallándose este afectado por alteraciones graves en su salud mental; pero si apareciere rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez”.

Por su parte, la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, en el Libro VI, De las Sucesiones, regula en los arts. 462-I y ss. tanto la presunción de capacidad, la incapacidad para testar, el testamento otorgado antes de la pérdida de la capacidad, la intervención de facultativos, el momento para apreciar la capacidad, y los distintos tipos testamentarios, por lo que nos interesa al tema objeto de estudio, nos centraremos en el testamento ológrafo, abierto, y cerrado, en referencia a los requisitos de validez del primero, y la discapacidad para comunicarse verbalmente en el tercero, y dista de lo que hemos comentado sobre el Anteproyecto.

De esta propuesta de regulación vemos las siguientes indicaciones:

1. Pueden testar todos los que la Ley no se lo prohíba de forma expresa.
2. Están incapacitados para testar los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento.
3. Aunque se haya modificado la capacidad, pueden otorgar testamento abierto siempre que se responda de aquélla dos facultativos designados por el Notario, que previamente la hayan reconocido.
4. El testamento ológrafo debe ser manuscrito por el testador, firmado por él, y expresada la fecha en que se otorga.
5. No pueden ser testigos en los testamentos los que no presente el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical.
6. El Notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.
7. En el testamento abierto, el testador expresará oralmente o por escrito su voluntad al Notario. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.

El Notario hará constar que, a su juicio, el testador se encuentra con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

En el acto de otorgamiento deben concurrir dos testigos idóneos en el caso de que el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento, y cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. En el caso de que el testador que no sepa o no pueda leer sea enteramente sordo, los testigos deben leer el testamento en presencia del Notario y declarar que coincide con la voluntad del testador.

8. Respecto al testamento cerrado, se indica que ha de ser escrito por el testador, de forma autógrafa o mediante medios técnicos, o por tercero por encargo suyo. Deberá expresarse el lugar y fecha. En el último caso que lo redacte un tercero a ruego del testador, se hará constar esa circunstancia e identificarse la persona, que firmará con el otorgante al final del testamento.

En el caso de que se redacte en soporte electrónico, deberá firmarse con firma electrónica reconocida.

Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando su identidad y la causa de la imposibilidad.

9. Se prohíbe que puedan otorgar testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.

Se contempla la discapacidad para la comunicación verbal. Estas personas si saben escribir podrán otorgar testamento cerrado con las siguientes indicaciones:

a) El testamento ha de ser firmado por el testador. Se aplicarán los demás requisitos indicados del testamento cerrado.

b) Al hacer la presentación el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento expresando cómo está escrito y que está firmado por él.

c) A continuación de lo escrito por el testador, se extenderá el acta de otorgamiento, y el Notario dará fe de haberse cumplido lo anterior y lo dispuesto respecto de las solemnidades del testamento cerrado, en lo que sea aplicable al supuesto.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN ACTUAL

Como documento público notarial, el Notario dará fe de la identidad, capacidad y legitimación y que el consentimiento ha sido libremente prestado, ajustándose el otorgamiento a la legalidad y a la voluntad del otorgante.

En la actual regulación del testamento en la legislación de derecho civil común, arts. 662 y ss., se distingue el testamento común, que incluye el ológrafo, abierto o cerrado, y el especial que comprende el militar, marítimo y hecho en país extranjero. Las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) no han tenido su operatividad en el ámbito testamentario, ya que no se puede realizar

testamento online, ni a través de internet⁴⁹, ni con un formulario predeterminado. Es preciso realizarlo ajustándose a las formas preceptuadas por la legislación aplicable, teniendo en cuenta el principio de libertad de testar⁵⁰.

De ahí, que debemos considerar si el testamento, en cualquiera de sus modalidades, puede ser realizado y en qué condiciones por una persona con discapacidad. Es por ello que debemos atender a la capacidad para otorgar testamento y a las formalidades del mismo. Nos planteamos, por tanto, en el caso de obligatoriedad de la forma escrita, y de su puño y letra, con expresión del año, mes y día de otorgamiento, como es el caso del testamento ológrafo (art. 688 CC), por lo que en este caso no entran en aplicación las TICs⁵¹. En cuanto a la capacidad, se atiende para prestar el consentimiento a la edad, mayor de catorce años (art. 663 del CC), por lo que los menores de esa edad están incapacitados, y en el caso del ológrafo mayoría de edad, por lo que los menores de dicha edad también estarían incapacitados, pero si son mayores de catorce años podrían otorgar testamento excepto el ológrafo.

Es precisamente respecto del testamento ológrafo donde se plantea si una persona que tiene una discapacidad sensorial puede otorgarlo, pensemos en el caso de una persona que no oye ni habla y una persona que no puede ver. La doctrina se pronunció sobre esta situación⁵². Dado que el testamento ológrafo tiene que estar escrito todo él por el testador, por tanto, los que no puedan escribir, esa imposibilidad se convierte en incapacidad⁵³.

49 RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación post mortem", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, p. 466.

50 Sobre ello, se puede consultar: TORRES GARCÍA, T. y GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del testador*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014. En los casos de discapacidad sensorial, MORETÓN SANZ, M^a. F.: "Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías, su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de «favor testamenti»", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 2010, pp. 1848-1864; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C DE: "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *Revista de Derecho Privado*, núm. 102, 2018, pp. 3-37.

51 Vid. sobre ello: RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el Derecho español", *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, núm. 13, 2019, en prensa. Sobre la literatura jurídica acerca del testamento ológrafo y sus requisitos formales, se puede consultar, sin ánimo exhaustivo: MORETÓN SANZ, M^a. F.: "Memorias y cédulas testamentarias: revisión jurisprudencial sobre el testamento ológrafo y sus requisitos y características según el Derecho común, foral catalán y navarro", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, 2011, pp. 1043 y ss.; HORNERO MÉNDEZ, C.: "El testamento ológrafo o de cómo lo barato puede ser caro: Comentario a la Sentencia del TS de 25 de noviembre 2014 (RJ 2014, 6006)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 37, 2015, pp. 417-434; ROMERO COLOMA, A. M^a.: "El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 94, 2015, pp. 61-73.

52 TORRES GARCÍA, T. F.: "Comentario al artículo 688 Código civil", *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo IX, vol. 1^o-A, Artículos 637 a 693 del Código civil (dir. M. ALBALADEJO), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, p. 400 y ss.

53 TORRES GARCÍA, T. F.: "Comentario al artículo 688 Código civil", cit., p. 401.

No es pacífica la opinión jurídica especializada sobre si el ciego puede o no realizar el testamento ológrafo⁵⁴, así como los que por incapacidad psíquica no pueda escribir o ver lo que escribe o entenderlo, incluso con la utilización del sistema Braille, por no poderse recoger, siguiendo la redacción actual del texto civil, los rasgos propios de la escritura del testador, no pudiéndose reconocer como propio del testador (a pesar de las periciales) que es la voluntad propia del testador, ya que podría haber sido escrito con el sistema Braille por otra persona, y no es posible el cotejo pericial, ya que no es autógrafo⁵⁵.

En el ámbito foral, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del CC de Cataluña, relativo a las sucesiones⁵⁶ establece que están incapacitados para testar los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento (art. 421-4).

Hace referencia a discapacidad sensorial en el art. 421-8 comprendido a quien sea ciego, sordo, mudo o sordomudo, o por cualquier otro motivo es sensorialmente discapacitado, se remite a lo indicado en la legislación notarial para dichos supuestos.

De esta forma, el art. 193.4 del Decreto de 2 de junio de 1944, indica que si alguno de los otorgantes fuera completamente sordo o mudo, deberá leerla (escritura) por sí mismo; en el caso de que ello no fuera posible por no poder o saber hacerlo será preciso que intervenga un intérprete designado al efecto por el otorgante que conozca el lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá también el documento. En el caso de que sea ciego, es bastante que preste la conformidad a la lectura que realice el notario⁵⁷.

El art. 421-9 regula la intervención de facultativos. En el caso de que el testador no está incapacitado judicialmente, debe apreciar su capacidad para testar el notario (art. 421-7), y si lo considera pertinente solicitar la intervención de dos facultativos, los cuales, si procede, certificarán que el testador en dicho momento de otorgar testamento tiene capacidad y lucidez para realizarlo.

En el caso de que esté incapacitado judicialmente el testador, puede otorgar testamento notarial en la forma de abierto en un intervalo lúcido siempre que dos facultativos aceptados por el notario certifiquen que el testador en el momento del otorgamiento tiene capacidad y lucidez para ello.

54 Cfr. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: "Testamentos especiales de analfabetos, ciegos, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español", *Revista jurídica del notariado*, núm. 79, 2011, pp. 71 y ss.; RUIZ MOROLLÓN, F.: "Testamento del judicialmente incapacitado", *El notario del siglo XXI*, 19 de julio de 2018.

55 ESPINO BERMELL, C.: "La identificación del testador en los testamentos comunes regulados en el Código civil español. Especial estudio en el testamento ológrafo", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2016, pp. 44 y 45.

56 BOE núm. 190, de 7 de agosto de 2008.

57 Cfr. ÁVILA ÁLVAREZ, P.: *Derecho Notarial*, Bosch, Barcelona, p. 47 y ss.

En los dos supuestos (no incapacitado y sí incapacitado judicialmente) los dos facultativos deben hacer constar su dictamen en el testamento y firmarlo con el notario, y los testigos, en los casos en que proceda.

En el testamento notarial no se precisa que intervengan testigos, excepto el supuesto de circunstancias especiales, considerándose como tal que el testador sea ciego o sordo y si por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí solo el testamento (art. 421-10).

El art. 421-11 prohíbe que sean testigos en los testamentos a los sordos, ciegos y mudos que no puedan escribir.

El art. 421-14 prohíbe el otorgamiento de testamento cerrado a los ciegos y a los que no saben o no pueden leer.

Se contemplan, en la disposición adicional segunda, los medios para suplir la discapacidad sensorial. De esta forma, en los casos en que la legislación notarial haga posible la utilización del Braille, lengua de signos, lectura labial u otros medios técnicos o electrónicos para suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, lectura o escritura, en el otorgamiento de documentos notariales se aplicarán con los efectos previstos en los artículos anteriormente mencionados.

Indicar que se ha elaborado un Proyecto de Ley de modificación del CC catalán para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial⁵⁸ en relación al acto testamentario. De igual modo, se pretende unificar y sensibilizar el lenguaje para evitar discriminaciones, estigmatizaciones y hacerlo más inclusivo para las personas con discapacidad sensorial. Así, los términos de sordo, ciego o mudo, no se utilizarán por considerar que puede resultar estigmatizador; y se redactarán los preceptos con los términos de personas con discapacidad sensorial, visual o auditiva.

La modificación, en la línea de la Convención de Naciones Unidas, de 2006, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, afectará a cuatro preceptos del libro cuarto del CC de Catalunya, referente a las sucesiones.

De esta forma se permitiría que puedan ser testigos a las personas que sufran discapacidad auditiva o visual, ya que actualmente sólo podían serlo si eran capaces de escribir. También se abría la posibilidad de que pudieran otorgar testamento abierto sin necesidad de testigos, como hasta ahora precisan.

58 BOPC núm. 118, de 5 de julio de 2018.

El propósito inicial de protección a personas vulnerables, comprendiendo a las discapacitadas sensorialmente, de fraudes y abusos, queda en la actualidad superado con las TICs, ya que disponen de instrumentos y herramientas para poder garantizar su intimidad y seguridad de una forma adecuada⁵⁹ (por ejemplo, los lectores de pantalla, a través de programas de voz, o dispositivos para escribir en lenguaje Braille en el procesador; entre otras adaptaciones tecnológicas).

Las modificaciones son las siguientes⁶⁰:

a) El art. 421-8 referente al testador con discapacidad sensorial en el momento de otorgar testamento. Se indica la aplicación de la normativa foral, y supletoriamente la legislación notarial.

b) El art. 421-10, apartado 2, que indica que no es preciso la intervención de testigos cuando el testador sea una persona con discapacidad sensorial. Así, excepto que concurren circunstancias especiales en el testador o que éste o el notario lo soliciten. Se consideran que concurren circunstancias especiales en el testador si por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento.

d) Se elimina la letra b) del apartado 2 del art. 421-11, por lo que las personas con discapacidad sensorial podrán intervenir como testigos en el otorgamiento de testamento de un tercero.

e) Se modifica el art. 421-14, apartado 5, referente al testamento cerrado, y se elimina el término de ciego, permitiendo que las personas con discapacidad visual puedan otorgar un testamento cerrado igual que puede hacer otra persona. Sólo no podrán otorgar testamento cerrado los que no saben o no pueden leer.

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia⁶¹, establece como excepción, en su art. 184, que deben concurrir testigos para el otorgamiento del testamento abierto ordinario en los casos en que el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código de Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas⁶², en el art. 413 precisa que no es necesario que intervengan testigos en el testamento notarial, salvo concurrencia

59 EL NACIONAL: "Las personas con discapacidad sensorial podrán hacer testamento sin testigos", miércoles, 14 de noviembre de 2018.

60 El texto del Proyecto de Ley de modificación se encuentra en lengua catalana. La redacción que se presenta en el trabajo se debe a la traducción al castellano realizada por la autora.

61 BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

62 BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

de circunstancias especiales, siendo las mismas cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar y cuando, aunque pueda firmar, sea ciego o declare que no sabe o no puede leerlo por sí.

En el caso de que el testador que no sabe o no puede leer sea totalmente sordo, los testigos leerán el testamento con el Notario presente y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada por el testador.

No podrán ser testigos en el testamento, según el art. 415, los totalmente sordos o ciegos y los mudos que no puedan escribir.

El Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares⁶³, en cuyo art. 52 expresa que en los testamentos otorgados ante Notario no será necesario la presencia de testigos, excepto cuando el testador sea ciego o enteramente sordo.

Por último, no podemos dejar de mencionar el Anteproyecto de Ley de la Generalitat Valenciana, de Sucesiones, de 2009⁶⁴. En el mismo se contemplaba en el supuesto del testamento abierto notarial (art. 33), que si la persona que quiere hacer este testamento no se puede expresar de forma oral o escrita, a causa de la discapacidad que sufra, se admitirá la concurrencia de una persona que interprete su voluntad mediante la utilización del lenguaje de signos.

Por lo que se refiere a la capacidad para testar, se recogía en los arts. 23 y 24. Se indicaba que eran incapaces para testar los menores de catorce años y los que no tenían capacidad natural para emitir una declaración de voluntad válida en el momento de otorgar el testamento. El art. 24 contemplaba el testamento del incapacitado, y señalaba que se atenderá a lo que indique la sentencia de incapacitación, siendo válido el que se realice en un intervalo lúcido. En caso de duda de la capacidad natural por parte del notario, podría solicitar el dictamen de dos facultativos que confirmen la capacidad, debiendo firmar estos el testamento. En caso de discusión sobre la capacidad de testar, corresponderá la prueba de la incapacidad a quien la alegara.

V. CONCLUSIONES

El Derecho de sucesiones es especialmente sensible respecto de la capacidad para el otorgamiento del acto de última voluntad, ya que las disposiciones que se

63 BOIB núm. 120, de 2 de octubre de 1990.

64 Sobre las formas testamentarias que se contemplaban, puede consultarse: GIMÉNEZ CHORNET, V. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "El testamento nuncupativo: del Derecho foral a la futura regulación sucesoria valenciana", *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 6, 2009, p. 1 y ss.

realizan tienen afectación en el ámbito patrimonial, y las personas con discapacidad se han visto limitadas de forma evidente en las prohibiciones contempladas en la normativa común y foral para el otorgamiento de testamento⁶⁵. No hay que olvidar que las personas con discapacidad tienen, como indica la doctrina, naturalmente, plena capacidad jurídica, pero pueden adolecer de alguna dificultad para su ejercicio, para su capacidad de obrar⁶⁶.

La capacidad, discapacidad (física o intelectual)⁶⁷ e incapacitación⁶⁸ ha sido objeto de tratamiento y reforma en el texto legal aplicable⁶⁹, pero tras la Convención de Nueva York de 2006 el escenario es totalmente diferente al actual. La adaptación del Derecho privado en materia de discapacidad es una realidad que no se puede obviar, no sólo en el Derecho común, sino también en los territorios de Derecho foral. En dicho sentido, son muy loables las propuestas de reforma presentadas (habiéndose escuchado a distintos colectivos implicados)⁷⁰, para evitar discriminaciones y realizar la necesaria y precisa adaptación a la normativa internacional. Las TICs propician, además, esa adaptación, ya que las nuevas herramientas tecnológicas e informática suponen un instrumento idóneo para superar las dificultades de manifestación de la voluntad de las personas que sufran una discapacidad⁷¹, evitando su discriminación de no poder otorgar determinado tipo de testamento cuando los avances tecnológicos ya propician que puedan utilizar los medios necesarios para ello. En este trabajo nos hemos ocupado del testamento, pero otras materias como la familia⁷², y las relaciones contractuales deben también realizar la necesaria adaptación.

65 CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A.: "Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva York", en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y P. DELGADO MARTÍN; coord. por M.M. HERÁS HERNÁNDEZ), Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 165 y ss.

66 PAU PEDRÓN, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 6.

67 Vid.: FERNÁNDEZ CANALES, C.: "Otorgamiento de testamento por personas con discapacidad intelectual", *Revista Síndrome de Dow: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down*, núm. 137, 2018, pp. 38 y ss.

68 VERDERA IZQUIERDO, B.: "La incapacitación y la discapacidad al otorgar testamento", *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 117-131.

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

70 TORRES GARCÍA, T.: "Presentación", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 1-3.

71 Como advirtió en su momento MORETÓN SANZ, M^a. F.: "La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de «mano propia» como requisito de validez", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2011, p. 2880, «si los pronósticos electrónicos y legislativos aventurados se materializasen, habrá de serlo con las debidas garantías ya que solo con ellas se podrán superar riesgos y suspicacias por lo que se refiere a la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito sucesorio».

72 Cfr. RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "Menores, discapacidad, embarazo y esterilización. La reforma del Derecho de familia orientada a su protección", *Revista Internacional Consinter de Direito, Publicação Oficial do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação. Efetividade do Direito*, núm. 5, 2017, pp. 463-476. Respecto al Anteproyecto presentado al que nos hemos referido, se puede ver el Comentario respecto al ámbito de familia de MAGARIÑOS BLANCO, V.: "Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 199-225.

BIBLIOGRAFÍA

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE: "Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente", *Revista de Derecho Privado*, núm. 102, 2018, pp. 3-37.

ALEMANY, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. Una crítica a la Observación General n° 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, pp. 201-222.

ÁVILA ÁLVAREZ, P.: *Derecho Notarial*, Bosch, Barcelona.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Revista Ius et Veritas*, núm. 53, 2016, pp. 262-266.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: "Testamentos especiales de analfabetos, ciegos, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español", *Revista jurídica del notariado*, núm. 79, 2011, pp. 71-130.

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A.: "Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva York", en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y P. DELGADO MARTÍN; coord. por M.M. HERÁS HERNÁNDEZ), Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 165-182.

ESCARTÍN IPIÉNS, J. A.: "Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 227-245.

ESPINO BERMELL, C.: "La identificación del testador en los testamentos comunes regulados en el Código civil español. Especial estudio en el testamento ológrafo", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2016, pp. 7-53.

FERNÁNDEZ CANALES, C.: "Otorgamiento de testamento por personas con discapacidad intelectual", *Revista Síndrome de Dow: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down*, núm. 137, 2018, pp. 38-51.

GARCÍA HERRERA, V.: "Testamento otorgado por sujeto parcialmente incapacitado: presupuestos de su validez: Comentario de la STS de 15 de marzo de 2018 (sts 936/2018, rec. 2093/2015). Referencia al tratamiento de la cuestión en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad civil*, núm. 12, 2018.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 29-60.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 173-197.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales Academia Matritense Notariado*, t. LVIII, 2017/2018, p. 143-191.

GIMÉNEZ CHORNET, V. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "El testamento nuncupativo: del Derecho foral a la futura regulación sucesoria valenciana", *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 6, 2009, pp. 1-9.

HORNERO MÉNDEZ, C.: "El testamento ológrafo o de cómo lo barato puede ser caro: Comentario a la Sentencia del TS de 25 de noviembre 2014 (RJ 2014, 6006)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 37, 2015, pp. 417-434.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: "Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 199-225.

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

MORETÓN SANZ, M^a. F.: "Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías, su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de "favor testamenti"", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 2010, pp. 1848-1864.

MORETÓN SANZ, M^a. F.: "Memorias y cédulas testamentarias: revisión jurisprudencial sobre el testamento ológrafo y sus requisitos y características según el Derecho común, foral catalán y navarro", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, 2011, pp. 1043 -1214.

MORETÓN SANZ, M^a. F.: "La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de "mano propia" como requisito de validez", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2011, pp. 2857-2882.

PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C.: "Capacidad para otorgar testamento notarial abierto (comentario a la STS de 15 de marzo de 2018)", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 208, 2018 pp. 49-54.

PAU PEDRÓN, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 5-28.

PEREÑA VICENTE, M.: "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Privado*, 2016, pp. 3-40.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "Menores, discapacidad, embarazo y esterilización. La reforma del Derecho de familia orientada a su protección", *Revista Internacional Consinter de Direito, Publicação Oficial do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação. Efetividade do Direito*, núm. 5, 2017, pp. 463-476.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación post mortem", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, pp. 454-471.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el Derecho español", *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, núm. 13, 2019, en prensa.

ROMERO COLOMA, A. M^a: "El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 94, 2015, pp. 61-73.

RUIZ MOROLLÓN, F.: "Testamento del judicialmente incapacitado", *El notario del siglo XXI*, 19 de julio de 2018.

TORRES GARCÍA, T.: "Comentario al artículo 688 Código civil", *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo IX, vol. 1^o-A, Artículos 637 a 693 del Código civil (dir. M. ALBALADEJO), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, pp. 383-441.

TORRES GARCÍA, T.: "Presentación", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 1-3.

TORRES GARCÍA, T. y GARCÍA RUBIO, M^a. P.: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del testador*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

VERDA Y BEAMONTE, J. R., DE: "El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 1, 2014, pp. 35-42.

VERDERA IZQUIERDO, B.: "La incapacitación y la discapacidad al otorgar testamento", *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 117-131.

Otros recursos

Anteproyecto de Ley de la Generalitat Valenciana, de Sucesiones, de 2009.

Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Revista de Derecho civil, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 247-310.

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2000/C 364/01). DOCE C 364/I, de 18 de diciembre de 2000.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Naciones Unidas, 2014.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL (PLENO). *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 24 de octubre de 2018.

EL NACIONAL: "Las personas con discapacidad sensorial podrán hacer testamento sin testigos", miércoles, 14 de noviembre de 2018.

Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Tecnos, Madrid, 2018.

Proyecto de Ley de modificación del Código Civil catalán para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial. BOPC núm. 118, de 5 de julio de 2018.