

REVISTA DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD (REDS)

Número 20 y 21 , Época II, 2022

Número monográfico dedicado a la “Ley 8/2021 de 2 de Junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

ISSN: 2340-4647



CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR. DOS CLÁSICOS DEL DERECHO DE LA PERSONA. NOTAS A LA LUZ DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.

María Elena Cobas Cobiella
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valencia

RESUMEN: El trabajo “Capacidad jurídica y capacidad de obrar. Dos clásicos del derecho de la persona. Notas a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio” tiene la finalidad de presentar algunas ideas en torno a la capacidad y a la discapacidad, teniendo en cuenta que la citada ley ha tenido dentro de sus objetivos la adaptación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

El Código Civil a raíz de la reforma se aparta de la “judicialización” en relación a las personas con discapacidad, porque si bien bajo el régimen anterior la garantía de la protección de la persona se producía en sede judicial, ahora de lo que se trata es de promover la autonomía de las personas, estableciendo un sistema de apoyos y asistencia a favor de las personas con discapacidad.

La capacidad sucesoria por otra parte también ha sido objeto de modificaciones en sede de testamento y en cuanto a la capacidad de testar, al enfrentarse con la supresión de la histórica “capacidad de obrar”. Cuestión que se ha abordado someramente en el artículo.

ABSTRACT: Work "Legal capacity and capacity to act, two classics of personal law. Notes in light of Law 8/2021, of June 2" is intended to present some ideas regarding capacity and disability, taking into account that the law above has had adaptation to the Convention among its objectives. Convention on the Rights of Persons with Disabilities, made in New York on December 13, 2006. The Civil Code, as a result of the reform, moves away from "judicialization" about people with disabilities because although under the previous regime, the guarantee of protection of the person occurred in the court, now what it is about is It is to promote the autonomy of people, establishing a system of support and assistance in favour of people with disabilities. On the other hand, the succession capacity has also been subject to modifications in the seat of will and the capacity to make a will when faced with suppressing the historical "capacity to act." An issue that has been briefly addressed in the article.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica. Capacidad de obrar. Persona. Discapacidad.

KEYWORDS: Legal capacity. Capacity to act. Person. Disability

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Capacidad jurídica y capacidad de obrar. Dos clásicos del derecho de la persona. 3. La capacidad en sede de la Ley 8/2021, de 2 de junio. 4. La capacidad en el ámbito sucesorio. 4.1. Principales modificaciones en torno a la capacidad para testar. 4.1.1. Análisis del artículo 663 del Código Civil. 4.1.2. Análisis del artículo 665 del Código Civil. 4.1.3 Análisis del artículo 695 del Código Civil. 4.1.4. Notarios y Ley 8/2021, de 2 de junio.5. A manera de conclusión. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Resulta bien conocida en el ámbito del derecho civil y no sólo conocida sino también estudiada y analizada la relevancia de la capacidad para el ejercicio de los derechos. Las categorías de personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar de la persona constituyen clásicos en sede de derecho.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha configurado un vuelco en materia de medidas tuitivas de la persona, al producir un cambio estructural en el sistema jurídico, sustituyendo la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro modelo basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones¹. Trata en definitiva esta ley de la ética del cuidado.

La normativa no sólo excluye la posibilidad de limitar la capacidad de las personas, sino que aclara que las medidas de protección tienen como finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad, sobre el respeto, la dignidad de la persona y teniendo en cuenta el cumplimiento de determinados principios: el de necesidad y el de proporcionalidad².

La reforma ha suprimido o sustituido categorías jurídicas y procedimientos consolidados, como la tutela y la incapacidad, que son asumidas por las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Las disposiciones generales resultan de lo previsto en el artículo 249 y 250³ del Código Civil, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Esos dos artículos marcan el desarrollo de la normativa e indican la trayectoria de las reformas en la materia.

Es pronto para aventurar la trayectoria jurisprudencial y la problemática en torno a la aplicación de la citada norma, porque a corto plazo será inevitable la intervención de los tribunales para dar respuesta a los problemas de las personas.

La consideración de que estamos en presencia de un nuevo modelo requiere por tanto un cambio en el pensamiento, la aceptación de nuevos paradigmas y sobre todo la concientización por parte tanto de los operadores jurídicos, como de la doctrina en la materia de ello. El derecho debe estar en función de la época y de las demandas de una sociedad más moderna. Con independencia de que nos parezca mejor o peor la ley.

El Código Civil se aleja de la “judicialización” de la vida de las personas con discapacidad, porque si bien bajo el régimen anterior la garantía de la protección de la persona se producía en sede judicial, ahora de lo que se trata es de promover la autonomía de las personas, estableciendo un sistema de apoyos y asistencia a favor de las personas con discapacidad, sin obviar por otro lado que la ley sigue manteniendo mecanismos dirigidos a garantizar los derechos de la persona, con la intervención del Ministerio Fiscal y del sistema judicial, para casos en que las otras vías no sean posibles. Partiendo de que en

¹ BOE, núm. 132, de 3 de junio de 2021.

² Vid. V. BARBA, “Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad”, en La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico, GARCÍA RUBIO, M.P (coord.), N.º 31, de 1 de julio de 2021, La Ley, Derecho de Familia, Editorial Wolters Kluwer, p. 3.

³ Cfr citados artículos.

determinados grados de discapacidad y circunstancias será imposible o por lo menos difícil la libre manifestación de voluntad, consciente y deliberada.

Con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio la capacidad tal como se conocía, y se estudiaba en las escuelas de derecho ha cambiado no sólo en cuanto a terminología, sino en lo concerniente al ejercicio de ésta. En este sentido el Preámbulo de la ley aclara que: “ No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio”. Premisa reiterada por parte de la doctrina, de que la norma no es una adaptación ni un remiendo al viejo modelo, ya que se trata de un nuevo modelo⁴.

De ahí que reforma está unida a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores– que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas, como se manifiesta en la ley.

El tema requiere de profundización y de desarrollo por parte de la doctrina y la jurisprudencia a largo y mediano plazo como se ha comentado someramente con anterioridad, ya que representa en primer lugar una ruptura con la tradición jurídica y en segundo lugar porque la aplicación de la norma no resulta tan sencilla como parece a efectos prácticos. Sobre todo, si partimos de la idea de la sustitución de un marco de categorías históricamente reguladas en el derecho civil, no sólo español sino en los Códigos latinoamericanos, que si bien no era perfecta permitía aglutinar y esquematizar un conjunto de situaciones, téngase en cuenta la característica de generalidad de la norma jurídica, dejando su aplicación a cada supuesto de hecho concreto.

2. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR. DOS CLÁSICOS DEL DERECHO DE LA PERSONA.

Personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar son categorías esenciales en orden al derecho civil. Capacidad jurídica y capacidad de obrar son dos clásicos del derecho de la persona, vinculadas con el ejercicio de los derechos de la persona.

Así lo ha entendido la doctrina, la práctica jurídica y la jurisprudencia. Distinguiendo entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, traducida a la normativa y al articulado del Código civil.

En lo que respecta a la personalidad jurídica, está contemplada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art 6 establece que todo ser humano tiene derecho, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

⁴ A. DE CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ advierte que no es posible estudiar la norma bajo la óptica de los viejos principios ni con el viejo sistema que optaba por la incapacitación y la sustitución en la toma de decisiones. Vid. La reforma civil de la Ley 8/2021: el paradigma de los apoyos y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad Hayderecho. s/n. <https://www.hayderecho.com/2021/06/29/la-reforma-civil-de-la-ley-8-2021-el-paradigma-de-los-apoyos-y-el-ejercicio-de-derechos-en-condiciones-de-igualdad/> 29 de junio de 2021.

Constituye una cualidad abstracta porque se predica de la persona con independencia de los actos concretos, y sin fijarse en hechos concretos. Siendo la condición previa para la adquisición de los demás derechos y atribución de obligaciones.

La personalidad jurídica no es graduable, por esta razón no podemos hablar de personalidad civil restringida, quedando sustraída del ámbito de la autonomía de la voluntad, no se puede ceder, vender, transferir, etc.

La igualdad de trato viene determinada por la cualidad de persona que la determina. Es para mayor abundamiento permanente y se extingue con la muerte, aunque goza de una protección post mortem con la existencia de la personalidad pretérita⁵.

La capacidad jurídica como equivalente de la llamada personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, y ostenta un carácter absoluto por ser inherente a todas las personas, el hecho de ser persona ya concede esta categoría como reconocimiento de la dignidad que se tiene por el hecho de ser humano, mientras que la capacidad de obra equivalía a la posibilidad de actuar por sí mismo en el mundo del Derecho, siempre que se hubiera alcanzado la mayoría de edad con 18 años y se pudiera expresar la voluntad, con capacidad de discernimiento. Es la aptitud que ha de tener para circular en el mundo del derecho, y ostenta un carácter relativo, porque antes de la actual reforma, no todas las personas ostentaban la aptitud para su autogobierno y para realizar negocios jurídicos válidamente reconocidos por el derecho⁶. Téngase además en cuenta que con la Ley de Jurisdicción Voluntaria se sustituyó la capacidad de obrar por el término de capacidad modificada judicialmente; igualmente suprimido con la Ley 8/2021, de 2 de junio.

3. LA CAPACIDAD EN SEDE DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.

Con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio se ha producido una ruptura de envergadura, en el Derecho civil contemporáneo, con vistas a la adaptación del tratamiento del derecho de las personas con discapacidad a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

La Convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad y por consiguiente la capacidad para el ejercicio de los derechos. Se mantiene la capacidad jurídica como derecho de todas las personas desde el nacimiento y se suprime la capacidad de obrar⁷.

⁵ Cfr Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. «BOE» núm. 115, de 14/05/1982.

⁶ La capacidad de derecho supone una posición estática del sujeto, mientras que la de ejercicio denota una idea de dinámica, de movimiento. Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo I, Decimocuarta Edición, Editorial Reus, Madrid, 1984, p. 162. Siguiendo con la cuestión advierte FERRARA, que la primera, es decir la capacidad de derecho, es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico; la segunda, la capacidad de dar vida a los actos jurídicos; de realizar acciones con efecto jurídico, ya produciendo la adquisición de un derecho u obligación; ya su transformación o extinción, ya su persecución en juicio. Vid. FERRARA, F, *Trattato di Diritto civile italiano*. Roma: Treccani, número 98,1921, p. 458.

⁷ Sobre la supresión de la capacidad de obrar, algún sector de la doctrina entiende, que la Ley 8/2021 no ha sido categórica en este sentido opina DE VERDA, que señala: “ Cabe preguntarse 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. A mí, no me

El cambio es trascendente y de entidad, porque se deja a un lado la protección de la persona con discapacidad y se sustituye por la autonomía de la voluntad. Desde mi apreciación debe producirse un equilibrio entre la autonomía de la persona y la protección de ésta. Dado que en determinados supuestos se requiere de una visión combinada de las dos, sin obviar que el papel de la familia y de las personas del entorno de la persona con discapacidad sin factores a tener en cuenta.⁸ Cuestión que incide en la capacidad de las personas por el nuevo enfoque que aflora.

La capacidad jurídica se convierte en una categoría global y absoluta, ya que abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos⁹. Téngase en cuenta que, en la anterior regulación, todas las personas desde su nacimiento ostentaban capacidad jurídica, eran titulares de ésta, pero la legitimación de este derecho, la posibilidad de actuar en el mundo del derecho dependía de determinadas circunstancias o requisitos fijados por la ley, como la mayoría de edad por ejemplo, el derecho en movimiento (la llamada capacidad de obrar).

CUENCA hace referencia a la capacidad jurídica como construcción social y como modelo social, para distinguirlo de la regulación anterior¹⁰. Resulta interesante este planteamiento, ahora bien, sin obviar que es igualmente una construcción jurídica, de la cual depende la persona.

El Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo y pasa a rubricarse «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», de suerte que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse.

La idea central de la norma es la de apoyo a la persona que la necesite. Engloba una amplitud de actuaciones que pueden ir como se expone en la normativa, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones. Es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo. Es también relevante que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación incide en los aspectos de índole personal, que afectan a los seres humanos, en el ámbito de la vida cotidiana, como la salud, las comunicaciones, entre otros. Produciéndose un retomar del ámbito íntimo de la persona, sin que por ello en cualquier caso se aparque la nota patrimonialista que caracteriza al Derecho civil, sobre todo en la materia que centra parte de la atención de este trabajo que son las sucesiones.

Se potencia el valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela. Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes

lo parece”, ¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, septiembre 30, 2021, be.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/

⁸ Vid. P. CUENCA GÓMEZ, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja* (REDUR), núm 10, 2012, p. 90.

⁹ Vid. CUENCA, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *cit.*, p. 79.

¹⁰ Vid. CUENCA, p. 70.

públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta. Bajo este mismo criterio, se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad promocionadas por la ley.

4. LA CAPACIDAD EN EL ÁMBITO SUCESORIO

4.1. Principales modificaciones en torno a la capacidad para testar.

La voluntad del testador expresada en testamento es la ley de la sucesión mortis causa y la fuente directa de la sucesión tal como prevé el artículo 658 del Código Civil. De ahí que no es posible cuestionar la relevancia que tiene en el ámbito del Derecho de sucesiones que la persona que teste pueda expresar no sólo su voluntad, sino también que tenga la capacidad requerida para manifestarla, ya que con la muerte es que se produce la apertura de la sucesión y quien testó ya no se encuentra en el mundo de los vivos para ratificar lo que en su momento dijera. La nota de unilateralidad del testamento tampoco es sometida a dudas, por tanto no es cuestión baladí, la manifestación de voluntad.

Cabe señalar previamente que el Derecho de sucesiones se ha mantenido bastante incólume a raíz de la Ley 8/2021, ya que las reformas que se han producido con la ley no estaban dirigidas a la sucesión mortis causa, sino a la persona como centro del derecho civil y en concreto a la cuestión de la capacidad y la discapacidad.

Las reformas no han profundizado en la disciplina, ya que se centran en la persona dentro del derecho civil, como se ha comentado y perjudican en cierta forma la necesaria sistematicidad que debe imperar en los códigos¹¹.

Razón por la cual dentro del texto del Código se mantienen artículos que siguen empleando el concepto de incapacidad, que no se ajustan a los principios y a la terminología de la ley. Igualmente otras leyes tampoco se han atemperado al nuevo paradigma, como sucede por ejemplo con la Ley de Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida¹².

El objetivo central de la norma es el acomodo a la Convención que ha marcado las pautas de la Ley 8/2021. Sin embargo, las instituciones sucesorias no han sufrido especiales modificaciones de contenido ni tampoco formales en el contexto de la Ley y tampoco han tenido en cuenta en algunos casos la realidad actual de las sucesiones en España¹³. Mientras que en otros casos como ha sucedido en el artículo referido a las legítimas, luego de tantos debates históricos y doctrinales en torno a la conveniencia o no de suprimir o mantener la figura, se reforma el artículo 808 del Código Civil, permitiendo al testador privar de la legítima a los legitimarios con vistas a favorecer a los legitimarios en situación de discapacidad.

¹¹ “Del mismo modo en el que la regulación de las medidas de apoyo se ha redactado en su integridad, esta labor no se ha cumplido en el resto de las materias retocadas del Código”. Vid. C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, “Artículo segundo”. *Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C (dir.), Serie derecho de la discapacidad, Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 880.

¹² «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.

¹³ Vid. M.E. COBAS COBIELLA, ¿Es necesaria la reformulación del derecho de sucesiones? *Sistemas jurídicos de Europa e Iberoamérica. Tendencias actuales*, en VV.AA FEBLES POZO, N y PEREIRA PUIGVERT, S (dir.) (ORDOÑEZ, PONZ (coord.) Editorial Diké, Colombia, 2022, p. 179.

La ley facilita y regula la autonomía de la persona con discapacidad dentro de la relación jurídica sucesoria, a lo que se acompaña la participación del Notario en sede de sucesiones que adquiere mayor relevancia si cabe, y la función notarial como eje del acompañamiento de estas personas dentro del sistema de apoyos. Obviando desde mi punto de vista que las sucesiones *mortis causa* son para todas las personas, con independencia de las circunstancias personales de cada uno.

Al tratarse de una reforma integral en orden a la capacidad, si tenemos en cuenta la especial relevancia que reviste ésta en materia de sucesión *mortis causa*, dado que la apertura de la sucesión y los efectos de la herencia se producen con posterioridad a la muerte del causante, el requisito en cuestión (el de capacidad) resulta indispensable para evitar la nulidad testamentaria. Estas son algunas cuestiones generales a destacar.

Con la aprobación de la ley la capacidad sucesoria ha sufrido algunas modificaciones en el ámbito de la capacidad para testar que amerita consignar, así se han reformado los artículos 663, 665 y 695 del Código Civil, que son los destacables a efectos de este trabajo.

4.1.1. Análisis del artículo 663 del Código Civil.

La aptitud para testar es imprescindible para que la conformación de la validez del testamento y exigible en el Código Civil español, en virtud de lo previsto en el artículo 663, que en su actual redacción incluye la reforma producida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, al regular que: “No pueden testar: 1. ° La persona menor de catorce años. 2. ° La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello¹⁴”.

De la nueva redacción del artículo 663 del Código Civil cabe resaltar algunas cuestiones.

En primer lugar se suprime la expresión “están incapacitados para testar”, ya que la categoría de incapacitación no se adapta a los principios y modelo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ni tampoco al espíritu de la Ley 8/2021. Por tanto la prohibición para testar es referida a los menores de catorce años (con la excepción del testamento ológrafo) y a la persona que al momento de otorgar testamento carezca de la aptitud requerida para tomar sus decisiones y por consiguiente manifestar la voluntad.

En segundo lugar se sustituye la antigua redacción de menores por la de persona menor de edad, eliminando además la distinción por razón de sexo¹⁵.

En tercer lugar se suprime la regla que impedía testar a quien habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio y se refiere el precepto “a la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyo para ello”.

En cuanto a la cuestión de la capacidad para testar, la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio ha suprimido la capacidad de obrar, estableciendo una capacidad jurídica general, que afecta esencialmente a la capacidad para testar, que como negocio jurídico *mortis causa* demanda como requisito esencial la manifestación de voluntad.

¹⁴ El art. 663 antes regulaba que: “Están incapacitados para testar:

1. ° Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2. ° El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”.

¹⁵ Sobre ello BARBA comenta que se insiste más en el valor de la persona que en la edad, eliminando además cualquier referencia a los dos sexos, que en estos momentos resulta irrelevante, *Vid. V. BARBA*, “Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad”, en, *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, GARCÍA RUBIO, M.P. (coord.), No 31, de 1 de julio de 2021, *La Ley, Derecho de Familia*, Editorial Wolters Kluwer, *cit.*, p. 5.

GARCÍA RUBIO enfatiza sobre el tema: “conviene advertir, ya desde el inicio, que esta mención a la capacidad jurídica incluye la titularidad de los derechos y legitimación para ejercitarlos, lo que es tanto como decir que la referida norma convencional obliga a los Estados a reconocer que las personas con discapacidad, sea esta del tipo que sea, no solo son titulares pasivos de sus derechos, sino que además tienen plena capacidad para ejercitarlos. Se borra pues la secular diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, tallada a fuego en los sistemas jurídicos como el español, y se proscribe totalmente cualquier decisión de autoridad que elimine o limite la capacidad jurídica de las personas adultas”¹⁶.

La explicación e interpretación que en torno a la materia se ha dado históricamente y siguiendo la tradición del derecho civil, de que la capacidad se presume siendo general para todos, mientras que la incapacidad tiene que ser declarada, ha de ser matizada y analizada siguiendo los parámetros y principios de la reforma, ya que la incapacidad de las personas, seguida del nombramiento de tutor han sido objeto de la citada reforma primero conceptual y luego legislativa¹⁷.

Téngase en cuenta que la incapacidad para testar no se derivaba antiguamente de la declaración judicial de incapacidad sino de hallarse en el momento de otorgar testamento en su cabal juicio (expresión suprimida por la actual redacción del art. 663 del Código Civil) pero que significaba que el testador estaba en pleno uso de sus facultades mentales, por tanto para apreciar la capacidad del testador se atendía y se sigue atendiendo únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento a tenor del art. 666 del Código Civil.

Las principales objeciones a la supresión de la capacidad de obrar en materia testamentaria son las mismas que pueden considerarse en torno a la ley y por tanto en principio de aplicación a cualquier acto o negocio jurídico.

No podemos apartarnos del hecho de que la determinación de la capacidad de discernimiento de las personas es compleja y difícil. De ello además depende que la manifestación de voluntad de las personas sea real y coincida la voluntad interna con la expresada, cumplimentando de esta forma el espíritu de la Ley 8/2021, de 2 de junio, expresado en el artículo 249 del Código Civil, que incide en que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Una cuestión son los deseos que pueda tener la persona y otra muy distinta es expresarlos de forma que el derecho pueda protegerlos y que el Notario o a al funcionario a quien corresponda dar validez al acto pueda construirlos de forma legible y auténtica. Cabe recordar la función del derecho y la eficacia que han de tener los instrumentos públicos.

Sin obviar por supuesto el hecho de que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Pero esto no es suficiente, ya que la expresión de la voluntad debe plasmarse en el instrumento público de que se trate y constituirse en prueba reconstituida y garantizar la seguridad jurídica del documento notarial y la eficacia del negocio jurídico. Si no se puede discernir ni comprender el alcance de las actuaciones no

¹⁶ Vid. M.P. GARCÍA RUBIO, en la presentación del Monográfico: *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, GARCÍA RUBIO, M.P. (coord.), No 31, de 1 de julio de 2021, *La Ley, Derecho de Familia*, Editorial Wolters Kluwer, p. 1.

¹⁷ DE VERDA: “se observa un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la tradicionalmente llamada capacidad de obrar se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos que son titulares en virtud de su capacidad jurídica”, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 872021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario la Ley*, N.º 10021, de 3 de marzo de 2022, Editorial Wolters Kluwer, 2022, p. 2.

será posible un acto o negocio válido y el cual podrá estar sujeto a impugnaciones y a la consiguiente nulidad.

El documento notarial perfecto equivale a una sentencia sin fuerza ejecutoria, ya que, si uno de los firmantes se desdice, hay que ir a buscar el imperio judicial para hacerla cumplir¹⁸. Pero entiendo que el punto de partida para el logro de la finalidad que se persigue, es la manifestación consciente de la voluntad de los otorgantes¹⁹ y este es uno de los ejes que sostienen la intervención notarial.

Por otra parte la falta de capacidad sigue constituyendo una de las causas de nulidad de pleno derecho del testamento, ya que “la capacidad condiciona la validez de la disposición *mortis causa*” dice la doctrina con la cual concuerdo absolutamente. Por tanto, la labor que ha recaído en el Notario en el contexto de la Ley 8/2021 es excesiva me atrevería a afirmar, como luego se dirá con más rigor²⁰.

En cuanto a las medidas de apoyo están diluidas en la norma y no conceptualizadas, dejando su aplicación a cada caso en concreto. Téngase en cuenta que la persona por serlo tiene capacidad jurídica, pero ello no es suficiente en determinados supuestos. De ahí la importancia de un buen sistema de apoyos, que pueda acompañar a la persona. Habrá que estar a las decisiones de los tribunales en cualquier caso, porque es complejo englobar todos y cada uno de los supuestos, pero como mínimo una norma de esta envergadura debió trazar algunas pautas. Ha faltado diseño legislativo y por supuesto convencimiento político y social de que una normativa de esta naturaleza requiere implicación de muchos actores.

A ello se une las dificultades probatorias que giran luego del fallecimiento del causante, y la capacidad para testar, teniendo en cuenta que el momento del otorgamiento, en cumplimiento de la fórmula de ante mí, como principio de inmediación en sede de Derecho notarial y siguiendo la rectitud de la técnica notarial, sólo están presentes el notario y el otorgante, y de haber otra persona que preste apoyo, su función es limitada a lo que prevé la ley en el articulado correspondiente. Prueba agravada por el hecho de que con la muerte al extinguirse la personalidad jurídica, sólo se cuenta a efectos de interpretación del instrumento público si de un testamento notarial se trata, con lo que se ha plasmado en el documento y con los escasos medios que el Código Civil tiene en materia de interpretación de los negocios jurídicos, que queda en manos del leal, saber y entender de los jueces.

El artículo 663 del Código Civil pone de manifiesto también la problemática que se produce entre el sistema de apoyos y la nota o carácter de personalísimo del testamento.

Téngase en cuenta que en sede testamentaria no caben actos de representación, ni presencia de curadores para ello, ya que se trata de facilitar el otorgamiento de la voluntad, no asumirlo. Esta es una premisa; cuestión distinta es que quien preste apoyo, en cumplimiento de su función ayude al testador al entendimiento de lo que puede significar otorgar testamento, en atención a lo previsto en el artículo 249 y 282 del Código Civil²¹.

La excepcionalidad que prevé la ley para la inclusión de funciones representativas, no es posible en materia testamentaria, Aunque si es posible tomar en consideración lo que

¹⁸ Vid. E.GIMÉNEZ ARNAU., *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1944, pp. 52-53.

¹⁹ “Cuando un Notario de fe, lo hace siempre de un hecho lícito (o así, al menos, debe hacerlo), realizado –si se trata de la prestación del consentimiento– por personas capaces, que se relacionan jurídicamente alrededor de un objeto o cosa sobre el que tienen poderes de actuación. Este juicio de calificación es substancial al Notariado español”. Vid. GIMÉNEZ, ARNAU, *Introducción, cit.*, p. 219.

²⁰ J.J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones Común. Estudio sistemático y Jurisprudencia*. Tomo I, Tirant lo Blanch, 2020, p. 218. Sobre cuestión de nulidad por falta de capacidad del testador. Vid., B. BIONDI., *Sucesión testamentaria y donación*, Segunda edición traducido del italiano por Manuel Fairén, Editorial Bosch, Barcelona, 1960, p. 98.

²¹ Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, pp. 889 y ss.

denomina la ley en el artículo 249 del Código Civil como la trayectoria vital de la persona con discapacidad como elemento a considerar. Ahora bien, la vida de las personas no siempre sigue un patrón único y las circunstancias sobrevenidas pueden conllevar decisiones distintas. Razón por la cual existe el principio de revocabilidad de los testamentos y la posibilidad de otorgar diferentes testamentos a lo largo de la vida.

En cualquier caso, habrá que estar a lo dispuesto en la jurisprudencia en el futuro, porque los límites entre los conceptos de ayuda, apoyo y emisión de una voluntad libre y sin vicios, así como la característica de personalísimo del testamento deben ser lo más precisos posible. El sentido común debe imperar con vistas a facilitar el equilibrio requerido entre ofrecer autonomía a la persona en el otorgamiento de sus últimas disposiciones, a la vez que se garantice una manifestación de voluntad libre y consciente, que no esté viciada o manipulada²².

La presencia de persona ajena al testador no puede suponer una intervención en la formación de la voluntad ni en el otorgamiento del testamento, porque la voluntad es indelegable. “No se trata de decidir por la persona, sustituyendo su voluntad, sino que se trata de ayudar a decidir a la persona por sí misma²³”.

La nueva redacción del art. 663 Código Civil, si bien se corresponde con la Convención y con los principios que la informan: “nos sitúa frente a una línea fina, entre la capacidad jurídica general que tienen todas las personas, por serlo, la expresión de voluntad en el otorgamiento del testamento y el sistema de apoyos que prevé la nueva reforma. No basta tener capacidad jurídica para actuar, para testar, tampoco es suficiente el sistema de apoyos en todos los casos. En determinados supuestos la persona no podrá testar por carecer del discernimiento necesario para decidir sobre su herencia, y no será suficiente ni siquiera el papel que se le ha concedido al Notario, el cual excede con mucho de la función de fedatario público, al ostentar más funciones muchas de las cuales escapan a su quehacer y formación, dada la complejidad de la mente humana sobre todo en lo que a manifestación de voluntad concierne”²⁴.

4.1.2. Análisis del artículo 665 del Código Civil.

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. A tenor de lo regulado en el artículo 665 del Código Civil.

El artículo regula el testamento de las personas con discapacidad, al igual que en la redacción anterior, con la salvedad expresada anteriormente de algunos cambios significativos en adaptación a la Convención. Se ha sustituido incapacitación por discapacidad.

El artículo 665 del Código Civil no se corresponde desde mi punto de vista con el sentir de la ley, ya que si la pretensión de la norma reformadora ha sido igualar a todos los que son iguales, ha establecido una discriminación con la denominación del testamento del discapacitado. Evidentemente el objetivo del legislador ha sido especificar y destacar la posibilidad de otorgar testamento por parte de la persona con discapacidad, ello no es

²² M. E. COBAS COBIELLA, *Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 253.

²³ Vid. CUENCA, *cit.*, p. 73.

²⁴ Vid. COBAS, *Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma, cit.*, p. 253.

discutible, pero en su espíritu sigue marcando la diferencia con el resto de personas que no tienen discapacidad.

Por otra parte, el artículo es lineal²⁵. El precepto contempla la discapacidad en genérico, obviando la existencia de pluralidad de conceptos de discapacidad. El legislador ha eludido formular un concepto de discapacidad, si no es como posible destinatario de una medida de apoyo. Los matices en este tema han quedado sujetos a la generalidad del artículo.

También se elimina del texto del art. 665 del Código Civil la presencia de los dos facultativos como se ha señalado, designados por el Notario con vistas a determinar la aptitud o la testamentifacio activa.

La redacción final responde a la nueva concepción de la discapacidad que supone, como es sabido, el abandono del referido modelo médico según el cual la discapacidad es un problema vinculado con la salud con un enfoque totalmente distinto basado en los derechos humanos, que considera la discapacidad un concepto que evoluciona²⁶.

En el precepto también regula “una función destacada “del Notario en cuanto a la toma de decisiones, debiendo asegurarse de que a su juicio, el otorgante tiene la aptitud necesaria para testar y manifestar el alcance de sus disposiciones de última voluntad, respetando el carácter personalísimo del testamento y la prohibición de testar por otro, y menos influir en la conformación de la voluntad. Sin que por ello se prohíba que la que la persona que preste el apoyo ayude a la persona apoyada al entendimiento de lo que pueda significar testar y las ventajas que puede conllevar en atención a lo previsto en el artículo 249 y 282 del Código Civil Cuestión distinta es si es o no aconsejable y si se opta por ello, el Notario frente a cada persona deberá marcar los límites. Sin olvidar que el notario, a la luz del artículo 665 es un apoyo institucional.

4.1.3. Análisis del artículo 695 del Código Civil.

El artículo 695 del Código Civil también ha sido objeto de reforma²⁷.

La cuestión más destacable en la actual redacción del art. 695 del Código Civil se encuentra en que se produce una ampliación de los medios de los cuales puede servirse el testador para comunicar su voluntad. La reforma de 2 de junio 2021 amplía y facilita la intervención y comunicación de las personas tanto en la primera fase de manifestación de la voluntad como en la fase del otorgamiento, que se siguen manteniendo en el precepto, ya que en primer orden admite que la expresión de voluntad pueda darse por cualquier medio técnico, material o humano, en segundo lugar, cuando el testador tenga dificultades o imposibilidad de lectura del testamento o para oír la lectura, el Notario se asegurará utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad.

²⁵ COBAS, *Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma*, cit., p. 257.

²⁶ Vid. C.MESA MARRERO, “Artículo 663”, *Comentario articulado a la Reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, en VV.AA GARCÍA RUBIO, M.P, MORO ALMARAZ, M.J (dir.), VALERA CASTRO, I., (coord.), Thomson Reuters, Civitas, 2022, p.501.

²⁷ “El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad”.

La ayuda al testador en razón a la comprensión del acto, a la par que el cumplimiento de sus deseos es complicado. En materia hereditaria se ha olvidado el legislador la complejidad de la disciplina, incluso la utilización de las categorías para los neófitos y en ocasión hasta para los operadores jurídicos, es excesivamente técnica²⁸ Esto condiciona las explicaciones y la ayuda que pueda recibir persona determinada (testador) en un momento tan crucial como es decidir el destino de los bienes, sin inducir a manifestaciones erróneas o diferentes de la voluntad interna y tampoco sin manipulaciones.

Téngase además en consideración que con quien tiene que producirse la comunicación es con el otorgante no con la persona que actúa como intermediario, en cuyo caso no podría producirse el otorgamiento del documento. “Lo contrario sería sustituir la voluntad del otorgante por la del intermediario; lo mismo que ocurre en sede de capacidad, el titular de una medida de apoyo asistencial no puede sustituir la voluntad de la persona con discapacidad”, como señala la doctrina²⁹.

El Notario es en cualquier caso el que debe tener la convicción ética y jurídica de que la comunicación es lo más perfecta posible y que el acto por una parte cumple con los requisitos de la ley, manteniendo la pureza del negocio y por otra parte que se han agotado todas las vías posibles, dentro de lo razonable para que la persona con discapacidad pueda expresar sus deseos y ver cumplidas sus expectativas.

Por otra parte la utilización de los ajustes necesarios no debe confundirse con las medidas de apoyo, dado que éstas requieren la intervención de un tercero, que quedan descartadas por el carácter personalísimo del testamento, como opina MARINO PARDO³⁰.

El otorgamiento del testamento abierto notarial plantea cuestiones nuevas en cuanto a la formación de la voluntad y la expresión de la voluntad. Si no quisiéramos llamarlas novedosas, por lo menos podría decirse que indican una participación de mayor intensidad por parte del Notario, en cuanto a la formación de la voluntad y la expresión de la misma, ya que el fedatario siempre ha tenido una intervención primordial en la construcción de la voluntad de los otorgantes, sin por ello crearla.

En lo que respecta a la formación de la voluntad el notario ha de asegurarse de que el otorgante ha formado libre e informadamente su voluntad, y que por eso consiente. No se trata solo de recoger su manifestación al respecto dando fe de ello el notario (art. 193 RN), también se trata de asegurarse, por las circunstancias del caso y la condición de la persona, de que el otorgante ha podido entender lo que está haciendo³¹.

La misma problemática vuelve a aparecer en lo que a la intervención del Notario se refiera , al no estar el apoyo conceptualizado en la norma, ni siquiera medianamente matizado, se complejiza la delimitación del alcance de cuándo termina un apoyo y cuándo estamos

²⁸ Como señala ROYO: “es también el Derecho sucesorio mortis causa la rama que, por la supervivencia de sus complejos ingredientes históricos, encierra las más alambicadas construcciones técnicas” Vid. M. ROYO MARTÍNEZ. *Derecho Sucesorio mortis causa*, Editorial Edelce, Sevilla, 1951, p. 9.

²⁹ I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ., “La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021”. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N.º. 101, 2022, p. 29.

³⁰ Vid. F. MARINO PARDO, “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Testamento del incapacitado, *Iuris Prudente*, martes 5 de octubre 2021, http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_79.html. Esta opinión la he suscrito en mi obra. Vid. COBAS, *Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma*, *cit.*, p. 259.

³¹ Téngase en cuenta la actual redacción de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, se añade un nuevo párrafo al final del artículo 25 con la siguiente redacción: “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”.

interviniendo en la conformación de la voluntad. Estos son algunos riesgos que habrá que asumir y que asumirá el Notariado, y que resolverá la jurisprudencia.

No obstante cabe insistir en la idea que el apoyo que puede prestar el Notario en el ejercicio de su función, se debe distinguir de las medidas de apoyo que provengan de personas distintas como el curador, el guardador de hecho o cualquier profesional externo, las cuales vetan el otorgamiento de las últimas voluntades. De ahí que no podrá otorgarse testamento a través de apoyos previos de carácter representativo, el testamento debe otorgarse por la persona con discapacidad, con los apoyos singulares que el notario estime en el momento del otorgamiento, con independencia de que exista un curador judicial o incluso un asistente voluntario, sin perjuicio de que se plasme en un Acta previa con la finalidad de acentuar el acto como dice la doctrina³².

4.1.4. Notarios y Ley 8/2021, de 2 de junio.

La Ley 8/2021, de 2 de junio revaloriza el papel del Notario, basta con seguir la letra de la ley. El Derecho de sucesiones y en especial la función del Notario en materia de testamentaria es prueba de ello.

Las excesivas competencias del Notario son objetables igualmente, en cuanto al análisis crítico de la normativa.

La función calificadora y de asesoramiento del Notariado español dejan de ser las habituales, ya que el Notario según doctrina actual no tiene que valorar la capacidad de la persona, sino que tiene que constatar que puede conformar o expresar su voluntad entendiendo el significado de sus disposiciones. Entiendo que la referencia es en cuanto al testamento de discapacitado ya que a tenor del artículo 696 del Código Civil, las daciones de fe del Notario tanto la de identidad como la de capacidad siguen reguladas. Igualmente el artículo 685 del Código Civil mantiene tanto el juicio de identidad como el juicio de capacidad.

La citada revalorización —encomiable por supuesto— extiende el ámbito de las funciones notariales a un terreno especialmente peligroso y que se extralimita en cierto sentido de las funciones tradicionales del Notario, así como la labor interpretativa que ejercía antes de la aprobación de la Ley 8/2021, de la voluntad de los otorgantes con vistas a su plasmación en el documento público³³.

Ello conlleva una especial afectación en cuanto a la relación con el otorgante, la comunicación con él, las formas de comprender la voluntad de los dicentes en el acto, y la responsabilidad en la eficacia del documento. Debe indagar sobre la vida de las personas.

El Notario se convierte en un protagonista esencial como fedatario al asumir la función de acompañamiento en los diversos negocios dentro de los que se encuentra el testamento. Pasa a convertirse en un interlocutor activo. Cabe decir que estamos en presencia por tanto de nuevas funciones notariales o como mínimo de un aumento potencial respecto de su actividad y un posicionamiento distinto de la fe pública en el marco institucional y en el ejercicio del derecho privado.

Amerita no obstante, hacer justicia a la función notarial, ya que no debemos olvidar que el notariado antes de la reforma, no era un simple escribano o transcriptor de documentos,

³² Vid. J. M. VALLS i XUFRE., “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio*, en VV.AA PEREÑA VICENTE, M y HERAS HERNÁNDEZ, M d M (dir.) y NUÑEZ NUÑEZ, M (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 113.

³³ Vid. COBAS, *Derecho de sucesiones. Bases para una reforma*, p. 261.

pensar así es reducir el histórico papel de la fe pública notarial. Como tampoco es inusual en la práctica inusual el acompañamiento al momento de otorgar testamento.

En razón de la nueva función del Notario que se la ha concedido, ha sido necesario señalar algunas pautas para marcar el camino a seguir, es este sentido, tenemos la Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de la capacidad jurídica para personas con discapacidad que perfila en cierto sentido lo que se espera del Notario español frente a la ley.

La Circular Informativa 3 de 2021 desarrolla el ejercicio de la función notarial de apoyo, señalando las diversas situaciones en que puede encontrarse la persona que comparezca ante notario, trazando directrices a respecto.

La primera situación es contar con apoyo formal, notarial o judicial en cuyo caso habrá que estar en línea de principio a lo que señale la Escritura Pública o la Resolución judicial, la segunda situación se produce cuando la persona no cuenta con ningún apoyo y la tercera situación es que cuente con un apoyo informal como puede ser la guarda de hecho. Desarrolla en este sentido el papel que ha de desempeñar el Notario, que debe velar en todo momento por saber cuáles son las preferencias de las personas.

Con vistas a saber los deseos y las preferencias, el Notario podrá recabar información particular sobre la persona con discapacidad, su entorno, condiciones de vida, familiares, pedir la calificación administrativa y el programa de atención individual, entrevistarse con el cónyuge, convivientes, familiares o entidades con las que guarde relación, solicitar informes sociales o de profesionales, procurar la intervención de profesional experto a modo de facilitador (art. 7 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Apuesta además por la conveniencia de autorizar un Acta con carácter previo que pueda documentar e incorporar los informes etc respectivos en orden a la persona. En los testamentos la Circular señala que el notario podrá reflejar su apoyo en el propio documento, o en el acta si se incorporan otros documentos e informes.

Téngase además en cuenta que la citada Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, señala que el notario no podrá autorizar el testamento, artículo 663, si no hay manera de que la persona pueda expresar o conformar su voluntad.

No obstante todo lo expuesto, matizando la cuestión, se podría decir que la eficacia del instrumento público zozobra en materia testamentaria, porque la declaración de voluntad que es la base del negocio jurídico debe exteriorizarse y salir de la esfera interna del individuo. El querer interno no hace nacer las relaciones jurídicas, pero sí la manifestación de voluntad, que con la redacción ofrecida por la ley es puesta en vilo, a tenor de lo previsto en el artículo 695 del Código Civil.

En este punto, cabría preguntarse de si con la nueva redacción dada por la Ley 8/2021, pierde pureza la voluntad expresada, ya que el Notario debe apartarse de su práctica habitual para asumir en determinados supuestos una labor de ajuste a la expresión de voluntad de personas con dificultades para discernir sobre determinados asuntos, en concreto sobre la herencia, que peca de un contenido patrimonial, que produce cierta contradicción o como mínimo desasosiego porque se le atribuye el cumplimiento de normas y se convierte en el garante del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a través de las medidas de apoyo³⁴.

³⁴ Vid. E. ALCAÍN MARTÍNEZ., Artículo segundo”. *Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su*

Es cierto que, en la práctica notarial, el Notario siempre ha tenido una participación activa en la plasmación de la voluntad y en la comunicación que se produce tanto en la fase previa como en el otorgamiento del instrumento, Con razón es el autor del instrumento público³⁵. Pero la situación actual dada por la Ley 8/2021 es diferente a esto, con independencia de que se sigan manteniendo en otros aspectos las habituales funciones notariales.

La probidad de la fe pública en este sentido queda a salvo, ahora bien, esto no obsta para que esta especificidad de la función notarial sea compleja y ponga en riesgo la actuación tradicional del Notario. Téngase en cuenta la presunción de validez que le viene conferido al instrumento público, que alcanza la eficacia de los pactos y de las estipulaciones, que le permite atribuir al Notario, no sólo un carácter de fedatario, como en el sistema anglosajón, sino ese carácter de magistrado del derecho en la normalidad, que es una de las características del Notario latino³⁶.

Con CABANAS, que advierte que el testamento no es un documento destinado a la circulación, y conviene que todo lo relativo a su validez resulte del mismo. En el mundo “real”, la primera tentación de quien se sienta perjudicado por un testamento será decir que el testador no se enteró de lo que hacía, y entonces el notario tendrá un problema. Además, si para asegurar la conexión entre el acta y el testamento (pensemos en una eventual impugnación de éste por falta de capacidad), en este último se tuviera que dar cuenta del acta, la pretendida discriminación se estaría colando igual por la puerta de atrás.

En el anterior sistema el art. 665 del Código Civil refería al dictamen de dos facultativos, ahora la CICGN habla de “informes sociales”. El tipo de informe me da igual, en cada caso el notario podrá tomar las precauciones que estime oportunas, y dejar constancia de ello en el testamento. La alternativa, no firmar³⁷.

La responsabilidad del Notario en estos actos también queda expuesta frente al nuevo alcance de la función notarial en los términos que ha dado la Ley 8/2021 y que no han quedado establecidas en la normativa o mínimamente definidas, como tampoco el alcance de las funciones que ha de desempeñar a tenor del art. 665 del Código Civil, así como los requisitos o las prohibiciones de la persona que permita la comunicación entre el otorgante y el notario³⁸.

La sombra de las demandas judiciales vuela sobre la figura del Notario, porque la responsabilidad seguirá siendo suya.

capacidad jurídica, en VV.AA GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), Serie derecho de la discapacidad Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, p. 85.

³⁵ El Notario controla la legalidad del proceso sucesorio. Vid. M.R. SÁNCHEZ MORENO, y S.GARCÍA GUARDIOLA, “Aspectos notariales de la Sucesión”, en VV.AA *Tratado de Derecho de Sucesiones*, ALVENTOSA DEL RÍO, J y COBAS COBIELLA, M.E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 728.

³⁶ Vid. GIMÉNEZ ARNAU, *Introducción*. cit., p 245. Sobre el ejercicio del derecho en la normalidad y la fe pública. Vid. MONASTERIOS, cit. en GIMÉNEZ ARNAU, *Introducción*, p. 213. Vid. en igual sentido M.E, COBAS COBIELLA, “El Notario de autor del instrumento público notarial a sujeto de la modernización de la justicia”, en VV.AA *Derecho Notarial. Nuevas tendencias*, CANTORAL DOMÍNGUEZ, K, PÉREZ FUENTES, G.M. y PONS Y GARCÍA, J.V. (dir.). Tirant lo Blanch Privado, Ciudad México, 2020, p. 213.

³⁷ Vid. R. CABANAS TREJO., “Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial. Admin, 08/09/2021, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/> Notarios y Registradores, s/n p.

³⁸ Vid. LORA -TAMAYO, op. cit, p.35. Donde analiza la participación de los familiares del Notario y de los empleados de la Notaría en relación a la comunicación con la persona con discapacidad, entendiéndose acertadamente que las citadas personas no deben ser las que hagan la comunicación, a pesar de que no existe ninguna norma que lo prohíba.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

La capacidad, la manifestación de la voluntad, así como la autonomía de la voluntad constituyen claves dentro del derecho civil. La persona a su vez como centro de las relaciones jurídicas funciona conjuntamente con las anteriores categorías.

La capacidad jurídica no es una cuestión baladí, como tampoco lo fue en su momento la capacidad de obrar.

La reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio ha puesto en jaque lo aprendido, enseñado, y aplicado durante siglos para dar paso a una nueva época en el ejercicio del derecho por parte de los operadores jurídicos. La desaparición de la capacidad de obrar a efectos legislativos no resuelve por sí sola la situación del ejercicio de la capacidad y los problemas prácticos a los cuales han de enfrentarse los tribunales, la persona con discapacidad y la familia, que es parte integrante y principal de la problemática.

Interesa esperar a los futuros pronunciamientos judiciales que irán reformando y remodelando las cuestiones concernientes a la capacidad, a la discapacidad y lo que resulta más importante a dignificar a la persona y mantener la titularidad de sus propias decisiones.

Téngase en cuenta que la pretensión del trabajo es exponer algunas opiniones críticas, pero que no agotan la problemática. No es posible obviar la complejidad que tiene no sólo la discapacidad, sino también perder la autonomía quien antes la tuviera. “Antes era alguien que sabía muchas cosas. Ahora nadie me pide opinión o consejo. Lo echo de menos. Antes era curiosa, independiente y confiada. Echo de menos estar segura de las cosas. No hay paz en no estar segura de todo, todo el tiempo. Echo de menos hacerlo todo con facilidad. Echo de menos no formar parte de lo importante. Echo de menos sentirme necesitada. Echo de menos mi vida y mi familia. Amaba mi vida y a mi familia”. (Siempre Alice. Still Alice, 2014).

6. BIBLIOGRAFÍA.

- E. ALCAÍN MARTÍNEZ, Artículo segundo”. *Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), Serie derecho de la discapacidad Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, pp. 82-97.
- P. ÁVILA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Notarial*, Quinta Edición, Montecorvo, Madrid, 1982, pp. 7-455.
- V. BARBA, “Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad”, *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, GARCÍA RUBIO, M.P. (coord.), N.º 31, de 1 de julio de 2021, Editorial Wolters Kluwer.
- B. BIONDI., *Sucesión testamentaria y donación*, Segunda edición traducido del italiano por Manuel Fairén, Editorial Bosch, Barcelona, 1960.
- R. CABANAS TREJO, “Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial. Admin, 08/09/2021, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/> Notarios y Registradores
- J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. VI, Derecho de Sucesiones, Vol. 1.º, La sucesión en general. La sucesión testamentaria (primera parte), 10ª ed. (revisada y puesta al día por José Manuel González Porrás), Reus, S.A., Madrid, 2010, pp. 15-889.

Derecho civil español, común y foral, Tomo VI, Volumen 2, Séptima Edición, Madrid, 1973.

A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, “La reforma civil de la Ley 8/2021: el paradigma de los apoyos y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad”, *Hayderecho*. s/n. <https://www.hayderecho.com/2021/06/29/la-reforma-civil-de-la-ley-8-2021-el-paradigma-de-los-apoyos-y-el-ejercicio-de-derechos-en-condiciones-de-igualdad/> 29 de junio de 2021.

M. E. COBAS COBIELLA, M. “El notario: de autor del instrumento público notarial a sujeto de la modernización de la justicia”, *Derecho Notarial. Nuevas tendencias*, CANTORAL DOMÍNGUEZ, K, PÉREZ FUENTES, G.M. y PONS Y GARCÍA, J.V. (dir.). Tirant lo Blanch Privado, Ciudad México, 2020, pp. 199-225.

“Sucesión testada en Aspectos sustantivos del derecho hereditario”, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, ALVENTOSA DEL RÍO, J y COBAS COBIELLA, M.E (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 450-45.

¿Es necesaria la reformulación del derecho de sucesiones? *Sistemas jurídicos de Europa e Iberoamérica. Tendencias actuales*, FEBLES POZO, N, y PEREIRA PUIGVERT, S. (dir.), ORDÓÑEZ, PONZ, F. (coord.), Editorial Diké, Colombia, 2022, pp. 151-185.

Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp.17-299.

P. CUENCA GÓMEZ, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, núm 10, 2012, págs. 61-94.

C.DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Artículo segundo”. *Modificación del Código Civil*, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, GUILARTE MARTIN-CALERO, C. (dir.), Serie derecho de la discapacidad, Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 934-953.

J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario la Ley*, N.º 10021, de 3 de marzo de 2022, Editorial Wolters Kluwer, 2022.

¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? *septiembre 30, 2021*, be.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/

D.ESPÍN CANÓVAS, *Manual de Derecho Civil, Volumen V, Sucesiones*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1951.

F. FERRARA, *Trattato di Diritto civile italiano*. Roma: Treccani, número 98,1921.

J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Los testamentos, Comares, Segunda Edición, Granada, 2006*, pp. 1-861.

M.P. GARCÍA RUBIO, en la presentación del Monográfico: *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, GARCÍA RUBIO, M.P. (coord.), No 31, de 1 de julio de 2021, *La Ley, Derecho de Familia*, Editorial Wolters Kluwer.

- C.GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Artículo segundo”. Modificación del Código Civil”, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, GUILARTE MARTIN-CALERO, C. (dir.), Serie derecho de la discapacidad Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 511-527.
- E.GIMÉNEZ- ARNAU, Derecho Notarial Español, Tomo I y II, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964, pp. 9-273.
- I.LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, “La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021”. El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid, N°. 101, 2022, pp. 28-36.
- F.MARIÑO PARDO, “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Testamento del incapacitado, Iuris Prudente, martes 5 de octubre 2021, http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_79.html
- C.MESA MARRERO, “Artículo 663”, Comentario articulado a la Reforma civil y procesal en materia de discapacidad, GARCÍA RUBIO, M.P, MORO ALMARAZ, M.J (dir.), VALERA CASTRO, I., (coord.), Thomson Reuters, Civitas, 2022, pp.501-504.
- J.J. RIVAS MARTÍNEZ, Derecho de Sucesiones Común y Foral, Tomo I, Cuarta Edición, Dykinson, 2009, Tomo I, pp. 7-1113.
- Derecho de Sucesiones Común y Foral, Tomo II, Cuarta Edición, Dykinson, 2009, pp. 1115-2198.
- _ Derecho de Sucesiones Común. Estudio sistemático y Jurisprudencia. Tomo I, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 79-1020.
- M. ROYO MARTÍNEZ, Derecho sucesorio mortis causa, Editorial Edelce, Sevilla, 1951, pp. 1-371.
- M.R.SÁNCHEZ MORENO, y S.GARCÍA GUARDIOLA, “Aspectos notariales de la Sucesión”, Tratado de Derecho de Sucesiones, ALVENTOSA DEL RÍO, J y COBAS COBIELLA, M.E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 727-777.
- J.M. VALLS i XUFRE, “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”, El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio, PEREÑA VICENTE, M y HERAS HERNÁNDEZ, M d M (dir.) y NUÑEZ NUÑEZ, M (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 85-153.
- C.VAQUERO LÓPEZ, Artículo segundo”. Modificación del Código Civil, Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), Serie derecho de la discapacidad Volumen III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, pp. 108-113.