



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

La capacidad para testar de acuerdo con la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Autor: Elena Sánchez Montiel

5º E3-C

Derecho de la Persona

Tutora: Blanca Gómez Bengoechea

Madrid

Abril 2023

Resumen

Con el propósito de continuar con la adecuación del ordenamiento español a las importantes novedades introducidas por la Convención de los Derechos de la Persona con Discapacidad de 2006, el 3 de septiembre de 2021 entró en vigor la Ley 8/2021, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Dicha ley supone un paso fundamental en la configuración de un régimen acorde con los principios de la Convención y el Código Civil ha sido el cuerpo legislativo que ha experimentado una reforma de mayor extensión.

A lo largo de este trabajo se analizará esta reforma y las principales novedades que introduce para las personas con discapacidad, en concreto, con respecto a su capacidad de testar. En un primer lugar, se exponen las modificaciones incorporadas desde un plano teórico, desarrollando su impacto y el papel de los principales actores intervinientes, esto es, el Notario y las medidas de apoyo. A continuación, se formula una visión más crítica, enunciando las principales ventajas e inconvenientes de la reforma y valorando hasta qué punto la nueva ley garantiza una mayor protección para las personas con discapacidad, el respeto a su voluntad, deseos y preferencias y el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con respecto a los demás.

Palabras clave: capacidad, testamento, discapacidad, notario, medidas de apoyo, igualdad y protección.

Abstract

With the purpose of continuing with the adaptation of the Spanish legal system to the important novelties introduced by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006, on September 3, 2021, Law 8/2021 came into force, which reforms the civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity. Said law represents a fundamental step in the configuration of a regime in accordance with the principles of the Convention, and the Civil Code has been the body of legislation that has undergone the most extensive reform.

This paper will analyze this reform and the main new features it introduces for people with disabilities, specifically with regard to their capacity to testament. First of all, the modifications are presented from a theoretical point of view, developing their impact and the role of the main actors involved, which are the Notary and the support measures. Then, a more critical view is formulated, stating the main advantages and disadvantages of the reform and assessing to what extent the new law guarantees greater protection for people with disabilities, respect for their will, wishes and preferences and the exercise of their legal capacity on an equal footing with others.

Key words: capacity, will, disability, notary, support measures, equality and protection.

ÍNDICE

0.	LISTADO DE ABREVIATURAS	4
1.	INTRODUCCIÓN	5
1.1.	Justificación	5
1.2.	Objetivos.....	6
1.3.	Metodología y estructura	6
2.	CONTEXTO Y ORIGEN DE LA REFORMA: LA CDPD.....	9
3.	LAS CLAVES DEL NUEVO RÉGIMEN DE ACUERDO CON LA LEY 8/2021. 13	
3.1.	La esperada reforma legislativa: la Ley 8/2021	13
3.2.	Principales novedades introducidas por la Ley 8/2021.....	14
4.	CAPACIDAD DE TESTAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY 8/2021.....	18
4.1.	Análisis teórico del sistema anterior	18
4.2.	Realidad práctica del sistema anterior	22
5.	CAPACIDAD DE TESTAR DE ACUERDO CON LA LEY 8/2021	25
5.1.	Descripción del nuevo régimen.....	25
5.2.	El notario como actor clave	26
5.3.	Medidas de apoyo y formación y manifestación de la voluntad testamentaria.	29
5.4.	La problemática de la eliminación de la sustitución ejemplar.....	33
6.	ANÁLISIS CRÍTICO DEL NUEVO RÉGIMEN	37
6.1.	La función notarial: análisis crítico y posibles mejoras	37
6.2.	Las medidas de apoyo: análisis crítico y posibles mejoras	39
7.	CONCLUSIONES	45
8.	BIBLIOGRAFÍA	49
8.1.	Legislación.....	49
8.2.	Circulares informativas y Observaciones	50
8.3.	Jurisprudencia.	51
8.4.	Obras doctrinales.....	52
8.5.	Recursos de Internet	55

0. LISTADO DE ABREVIATURAS

art.	artículo
arts.	artículos
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemán)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución española
CC	Código Civil
CDPD	Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad
Coord.	Coordinador
FD	Fundamento de Derecho
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LN	Ley del Notariado
núm.	número
p.	página
pp.	páginas
Ref.	referencia
SJPII	Sentencia del Juzgado de Prima Instancia e Instrucción
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
ss.	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación.

En 2007 España ratificaba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), un Tratado Internacional que reconoce a las personas con discapacidad como plenos sujetos titulares de derechos y deja de lado una visión previa en la que quedaban reducidas a personas necesitadas de tratamiento y protección social. De esa manera, España se comprometía a adaptar su respuesta social a un concepto de discapacidad que está en constante evolución y con el que ahora se pretende garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

De acuerdo con la CDPD, en la definición de personas con discapacidad se incluyen: *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”* (art.1), un total de, aproximadamente, 650 millones de personas en todo el mundo, cuya dignidad e igualdad deben quedar garantizadas en plenitud por su entorno.

Con el propósito de continuar con la adecuación del ordenamiento español a las importantes novedades introducidas por la CDPD, en 2021, entró en vigor la Ley 8/2021, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021).

Como indica su preámbulo, esta ley supone *“un hito fundamental”* en la adaptación a la CDPD y la reforma de mayor extensión es la que experimenta el Código Civil. En este cuerpo legislativo se asientan los cimientos de un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y se pone fin a la incapacitación o modificación de la capacidad que caracterizaba a nuestro régimen hasta el momento. Se trata de un cambio de terminología y, sobre todo, de mentalidad que, mediante los apoyos necesarios, pretende que las personas con discapacidad puedan participar activamente en la sociedad sin ningún tipo de discriminación.

Es por ello, por lo que a lo largo de este trabajo se analizará esta reforma y se comprobará hasta qué punto son más beneficiosos los cambios introducidos para las personas con discapacidad. En concreto, el análisis se centrará en un ámbito tan particular como es la capacidad de testar, desarrollando el impacto de las modificaciones y el papel de los principales actores intervinientes, esto es, el notario y las medidas de apoyo.

1.2. Objetivos

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las principales novedades que la Ley 8/2021, introduce en relación con la capacidad de testar.

Con este propósito, se expondrán los motivos del cambio legislativo, su oportunidad, el modo en que está siendo aplicada la ley en esta cuestión concreta, y las posibles mejoras del ordenamiento jurídico y de su aplicación en este ámbito.

En definitiva, se pretende analizar esta cuestión, en una primera instancia, desde un plano teórico que constituirá la base de un plano más crítico, cuyo objetivo será realizar una valoración de la reforma centrada en las principales ventajas y deficiencias del nuevo régimen.

1.3. Metodología y estructura

En lo que respecta a la metodología empleada en este trabajo de investigación, se trata fundamentalmente de una revisión de literatura y jurisprudencia, en concreto, de la legislación anterior y presente, de la doctrina existente principalmente en materia de derecho sucesorio en relación con las personas con discapacidad, y de la jurisprudencia aplicable; elementos que nos permitirán configurar y comprender los principales cambios legislativos introducidos y sus consecuencias prácticas.

En cuanto a las fuentes de información utilizadas, se ha partido de manuales de Derecho, artículos doctrinales y jurisprudencia, consultados desde la biblioteca de la Universidad o a través de plataformas digitales, como es el caso de Dialnet, Google Scholar o Thomson Reuters.

Por otro lado, en lo que se refiere a la estructura que seguirá el presente trabajo, antes de introducirnos en la capacidad de testar de las personas con discapacidad y cómo se ve afectada por la reforma introducida por la Ley 8/2021, resulta fundamental entender el contexto en el que se desarrolla dicha norma y los cambios que conlleva para el sistema español en términos generales.

De esta manera, partiremos del origen de la reforma: la CDPD, que fue aprobada en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006. En este primer apartado, cuya finalidad será contextualizar y exponer los motivos fundamentales de la Ley 8/2021, analizaremos el contenido de la CDPD y las obligaciones que se derivan para los Estados firmantes de la misma. Además, también comentaremos cómo, ante la tardanza de esta gran reforma legislativa, fueron los tribunales los que tomaron la iniciativa en la aplicación de la Convención hasta que en septiembre de 2021 entró en vigor esta norma.

En segundo lugar, pasaremos a describir las principales modificaciones introducidas por la reforma de la Ley 8/2021, primero en cuanto al ordenamiento jurídico español en términos generales. Debemos tener en cuenta que dicha reforma supone un paso decisivo en la incorporación de la CDPD en nuestro sistema y que lleva consigo un cambio de paradigma en relación con las personas con discapacidad y el régimen jurídico que les es aplicable.

Una vez que hayamos terminado de explicar los cambios fundamentales de la reforma, procederemos a la exposición del régimen de capacidad de testar existente con carácter previo a esta, explicando la base teórica de la capacidad de testar de las personas con discapacidad en el sistema anterior y su realidad práctica. Para ello, se debe tener en consideración que, pese a que todavía no había tenido lugar este extenso cambio legislativo, dicho régimen ya debía ajustarse a las exigencias de protección de la CDPD y lo hacía fundamentalmente por la vía jurisprudencial.

A continuación, tras comprender las claves del sistema anterior y de la Ley 8/2021, podremos adentrarnos en el análisis de la capacidad de testar de acuerdo con la misma, procediendo a su descripción teórica, un estudio de su puesta en práctica y una referencia a las instituciones claves para que funcione, en concreto al papel que desempeñan los notarios y las medidas de apoyo.

Por último, como hemos comentado, el presente trabajo pretende exponer el plano teórico para después poder realizar una valoración de la reforma y la protección que ofrece para las personas con discapacidad. De manera que, cuando se hayan expuesto los apartados anteriores, pasaremos a un último punto que pretende ser un análisis más crítico del régimen, explorando las principales ventajas e inconvenientes de este. Y, por último, se expondrán las conclusiones a las que se han llegado a lo largo de la investigación.

2. CONTEXTO Y ORIGEN DE LA REFORMA: LA CDPD.

Como se ha expuesto, para dar comienzo al análisis que se desarrollará a lo largo de este trabajo, el punto del que debemos partir es el origen mismo de la reforma. En concreto, el Preámbulo de la Ley 8/2021 nos remite ya desde un primer momento a la CDPD. Dicha Convención, como destaca A. Fernández (2021), es el primer Tratado Internacional que trata específicamente los derechos de las personas con discapacidad y, como plantea en el artículo 1, tiene como propósito *“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”*, destacando un elemento fundamental: *“el respeto de su dignidad inherente”*.

Así mismo, otro artículo especialmente destacado, el artículo 12 CDPD, pone de manifiesto un aspecto crucial, el hecho de que las personas con discapacidad *“tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.”* Y, en su apartado cuarto, expone el elemento sobre el que debe girar el nuevo sistema que ha inspirado, la obligación de los Estados de garantizar que: *“(…) las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (…)*”. Es decir, el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, lo que significa que la salvaguarda de su libertad en la toma de decisiones se convierte en la base del nuevo régimen.

Así, se introduce un nuevo modelo para cuya consecución, en el artículo 4 CDPD, entre las obligaciones generales de los Estados Partes, encontramos que se comprometen a: *“Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención”* (art. 4. 1.a.)). Una disposición que parece hacer una llamada de atención a la necesidad de adaptación legislativa.

En el caso de España, la CDPD fue ratificada en 2007 y publicada en el BOE en 2008. A esta ratificación le seguirían diversas reformas legislativas, ahora bien, ninguna

del calado de la Ley 8/2021, que sí puede considerarse como un verdadero paso definitivo y determinante en la adaptación de nuestro sistema jurídico a la CDPD.

Entre las adecuaciones legislativas que se habían llevado a cabo previamente, se encuentra la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se trata de una ley que, en su Preámbulo, se presenta como un “*decidido impulso reformador*” hacia la protección de los derechos de las personas con discapacidad y con la finalidad de “*favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva*”, sería el primero de los pasos de una larga carrera de fondo.

Así mismo, se pueden mencionar 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 social; la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, sustituyendo en la protección penal reforzada los términos “*minusvalía*” e “*incapaces*” por “*discapacidad*” y “*personas con discapacidad*”, y dando un mejor tratamiento a la esterilización acordada por órgano judicial; la legislación de jurisdicción voluntaria, esto es, la Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, favoreciendo el matrimonio de las personas con discapacidad; la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones; 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 discapacidad.

A pesar de las reformas citadas, durante esos casi 15 años hasta la aprobación de la Ley 8/2021, han sido los tribunales quienes han llevado a cabo la labor de interpretación de la legislación vigente relativa a la incapacitación a la luz de la CDPD, para aplicarla y darle cumplimiento. En particular, en cuanto a jurisprudencia destacable, debemos mencionar la STS núm. 282/2009 de 29 de abril de 2009 (RJ 2009/2901). En ella, se

sostiene la vigencia del antiguo régimen legislativo y su compatibilidad con la CDPD mediante la integración de sus elementos clave y principios básicos:

“(…)

c) *Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona.*

d) *El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone:*

1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección.

2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.

De esta manera, como comenta Corvo (2021), la modificación de la capacidad de obrar no podía tratarse de *“algo rígido, sino que ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad”* (p.3).

Así, en dicha sentencia quedó establecida la tesis jurisprudencial del *“traje a medida”*, clave teórica del sistema de modificación de la capacidad anterior y donde la idea principal es *“huir de los modelos genéricos –iguales para todas las personas con discapacidad–, y optar por soluciones flexibles y revisables, ajustando los apoyos a las necesidades reales de la persona de que se trate”* (Corvo, 2021, p. 4). En concreto, como se pone de manifiesto en la sentencia del Supremo mencionada, citando el escrito del Ministerio Fiscal: *“Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta.”* (FD 3). De esta forma, se pretendía que la persona con discapacidad tuviera los medios que requiriera para ejercer su capacidad jurídica con todas las garantías necesarias y realizándose una revisión periódica de las medidas aplicadas para que, verdaderamente, ese *“traje a medida”* salvaguardase su autonomía y seguridad (Corvo, 2021).

Arnau (2022) al analizar las cuestiones controvertidas de la Ley 8/2021, también explica la tesis del traje a medida aludiendo a diversas sentencias y haciendo referencia a la STS núm. 341/2014 de 1 de julio de 2014 (RJ 2014/4518) expone que, el Tribunal Supremo entiende que: *“La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación*

de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas” (p.541). Así quedaba definido ese “traje a medida” que requería:

“conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones”(FD 6).

De esta manera, se trataba de un régimen de incapacitación judicial basado en siete principios acuñados jurisprudencialmente que se exponen en el apartado tercero del fundamento jurídico segundo de la STS núm. 269/2021 de 6 mayo 2021 (RJ 2021/2381):

- Principio de presunción de capacidad de las personas.
- Principio de flexibilidad: basado en esa idea de que el sistema de protección debía ser un *“traje a medida”*.
- Principio de aplicación restrictiva.
- Principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales.
- Principio del interés superior de la persona con discapacidad.
- Principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad.
- Principio de fijación de apoyos.

3. LAS CLAVES DEL NUEVO RÉGIMEN DE ACUERDO CON LA LEY 8/2021.

3.1. La esperada reforma legislativa: la Ley 8/2021.

A pesar de tratar de interpretar y aplicar, a través de la jurisprudencia, las normas vigentes en el momento tomando como base las garantías de la CDPD, eso no era suficiente. Se estaba a la espera de una adecuación legislativa que terminase de plasmar el cambio a un nuevo modelo social que, como se pone de manifiesto en la Exposición de motivos de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, supone: *“otorgar el protagonismo a las personas con discapacidad en el libre desarrollo de su personalidad y en la toma de decisiones de todos los aspectos de su vida”*.

Como se ha expuesto, la gran adaptación legislativa a la CDPD no llegó hasta 2021, un período de demora más que suficiente, especialmente porque en la mencionada Ley 26/2011 de adaptación normativa a la CDPD, el Gobierno ya se comprometía a remitir a las Cortes un proyecto de ley que contemplase la adaptación del régimen legislativo vigente a los preceptos de la CDPD. Incluso, se aventuraba a establecer un período de nada más y nada menos que un año para llevar a cabo dicha remisión (Disposición adicional séptima de la Ley 26/2011).

Al incumplir España este compromiso, fue el mismo Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad el que manifestó su preocupación. En particular, expuso en las Observaciones finales sobre los informes periódicos de España, con fecha 9 de abril de 2019, los aspectos del Código Civil español que no se adaptaban a la CDPD e instaba a que España reconociera la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad y adoptase los mecanismos de apoyo necesarios para garantizar la dignidad, la autonomía, y la prevalencia de las preferencias de las personas con discapacidad en la toma de decisiones (Corvo, 2021).

Finalmente, el proyecto de Ley se remitiría a las Cortes Generales en 2021, dando lugar 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, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021.

3.2. Principales novedades introducidas por la Ley 8/2021.

Como hemos anticipado previamente, la Ley 8/2021 supone un cambio de paradigma y un paso decisivo en la incorporación de la CDPD a nuestro ordenamiento jurídico. Una reforma que ha sido incorporada con lentitud, pero que supone la introducción de importantes novedades a nuestro sistema. Cambios que deben comprenderse antes de exponer lo que ha supuesto para las personas con discapacidad en relación con su capacidad de testar.

La reforma es de gran relevancia en la medida en la que afecta a más de 140 artículos a lo largo de más de ocho cuerpos legislativos distintos: el Código Civil, la Ley del Notariado, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley del Registro Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, el Código de Comercio y el Código Penal. A los efectos de este trabajo, lo que resulta especialmente interesante es que supone un cambio de paradigma y adaptación al nuevo modelo social de trato a las personas con discapacidad, siendo esta parte de la reforma en la que se centrará el presente apartado y, en concreto, en el Código Civil.

Según se expone en el Preámbulo de la Ley 8/2021, con esta reforma pasamos de un sistema donde predominaba la sustitución y, por tanto, la guarda y la representación en la toma de decisiones de las personas con discapacidad; a otro basado en el apoyo y la asistencia, garantizando el respeto de la voluntad de la persona (Sospedra, 2021).

Como afirma Arnau (2022), el nuevo régimen se basa en tres principios básicos: en primer lugar, el priorizar la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad en la toma de decisiones; por otro lado, el establecimiento del concepto de “apoyo” como el elemento sobre el que pivota todo el sistema, eliminando la declaración judicial de incapacidad y su modificación. Y, por último, el convertir la curatela en la principal medida de apoyo para las personas con discapacidad.

De esta manera, se puede afirmar que los cambios de mayor extensión que se incorporan son los que afectan al Código Civil. Y, para comenzar, podemos hacer

referencia a las principales modificaciones introducidas por la reforma en términos generales. Por un lado, debemos mencionar que la reforma pone fin a la distinción que se hacía hasta el momento entre capacidad de obrar y capacidad jurídica, limitándose a distinguir entre capacidad jurídica y el ejercicio de esta (Hermida, 2022).

Así mismo, tras la reforma, el título XI del libro primero del Código Civil pasa a denominarse “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*” y comprende de los artículos 249 a 299 bis. De acuerdo con la Observación General nº 1 de 2014, el concepto de apoyo engloba una gran variedad de actuaciones que, como expone el Preámbulo de la Ley 8/2021, incluyen: “*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.*”

Además, para conocer las medidas de apoyo que encontramos en el nuevo régimen debemos partir del artículo 249 CC. Se trata de un precepto que expone la razón de ser de las mismas, su propósito y los principios que las informan. Siguiendo la CDPD, en el primer párrafo establece que su finalidad es “*permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad*” y, como se adelanta en el Preámbulo de la Ley 8/2021, deben respetar la dignidad de la persona y salvaguardar sus derechos fundamentales. Además, todas las medidas deberán basarse en dos principios, de necesidad y proporcionalidad. Y, en lo que respecta a las personas que las ejercen, “*deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera*” y promoverán “*su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias*”.

Por su parte, Forgueral et al. (2021) recogen los puntos clave de la reforma. En un primer lugar, la eliminación de la figura de la tutela para las personas con discapacidad. Dicha institución es sustituida por la curatela como principal medida de apoyo, que será asistencial con carácter general y excepcionalmente representativa, e identificada por su carácter subsidiario. En un segundo lugar, también cabe mencionar la autocuratela, como medida preventiva adoptada por quien prevea que, en un futuro, pueda encontrarse en una situación que dificulte el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones

con las demás personas. Así mismo, se destaca la configuración de la figura del defensor judicial y se refuerza el uso de la guarda de hecho, al ser reconocida como una figura a la que frecuentemente se recurre en la práctica y que, por tanto, cabe reconocer como una propia institución jurídica de apoyo a las personas con discapacidad. Por otro lado, entre las principales novedades del nuevo régimen se encuentra la eliminación de la incapacitación judicial, la patria potestad prorrogada y rehabilitada, y la prodigalidad.

Volviendo al art. 249 CC ya mencionado, este establece la distinción entre las diferentes medidas de apoyo: las voluntarias y las judiciales, y en estas últimas, las asistenciales y las representativas. Entre las medidas de apoyo voluntarias encontramos los poderes y los mandatos preventivos, al igual que la curatela; y, entre las medidas de apoyo judiciales, la curatela (la institución principal en el nuevo régimen) y el defensor judicial (Arnau, 2022). Hay que mencionar que, estas últimas, de acuerdo con el art. 249 CC: *“solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.”*

Para terminar, resulta interesante ahondar un poco más en la guarda de hecho. Con esta reforma, se reconoce la importancia y frecuencia práctica de dicha figura, quedando regulada en los artículos 263 y ss. del CC. La guarda de hecho carece de las exigencias formales de las instituciones legales o judiciales, pero, de acuerdo con la Ley 8/2021, incluso podría desempeñar funciones representativas debiendo obtener *“una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias”* (Preámbulo de la Ley 8/2021). Queda regulada como una institución jurídica de apoyo, que, como expone de Verda (2022), sigue consistiendo en una medida de *“carácter espontáneo e informal”* (p.1), que suele prestarse habitualmente por personas que conviven con la persona discapacitada y que la asisten desinteresadamente.

En cuanto a la concreta función que desempeña el guardador de hecho, se trata de una forma de apoyo instrumental, de manera que interviene *“para ayudar a la persona con discapacidad a entender y ser entendida, sin que su intervención represente una confirmación o aprobación de la decisión adoptada por el interesado en el ejercicio de su capacidad jurídica”* (Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del

Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en adelante, la Circular 3/2021). De esta manera, su labor debería limitarse a la asistencia o auxilio de la persona con discapacidad en la toma de decisiones o expresión de estas, al igual que en la comprensión del contenido del instrumento público notarial.

4. CAPACIDAD DE TESTAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY 8/2021.

4.1. Análisis teórico del sistema anterior.

Antes de introducirnos en el contenido material de la reforma y sus efectos en materia de sucesiones, debemos entender el sistema anterior y la capacidad de la que las personas con discapacidad disponían en materia de otorgamiento de testamentos.

En primer lugar, resulta conveniente empezar estableciendo que, al hacer referencia al concepto de capacidad para llevar a cabo un acto o negocio jurídico, históricamente este englobaba: *“las aptitudes intelectivas y volitivas suficientes para que la persona pueda gobernarse por sí misma, autorregular sus propios intereses”* (Ruiz de Huidobro, 2018, p. 487). Y, en el caso del testamento, una falta de capacidad suficiente en el momento de celebrarlo tendría como consecuencia su nulidad absoluta. En otras palabras, el testamento sería nulo, ya que *“la invalidez del negocio se debe a defectos tan graves, que no se puede admitir en modo alguno que surta efectos”* (Ruiz de Huidobro, 2018, pp. 502-503) y, por tanto, no produciría efecto alguno. De ahí la importancia de conocer la capacidad exigida para otorgar testamento y, más concretamente, la posición en la que se encuentran las personas con discapacidad.

Para comenzar, se debe hacer referencia a un artículo que no se ha modificado tras la reforma, esto es, el art. 666 CC, en el que se establece el momento preciso en el que ha de evaluarse la capacidad de quien otorga testamento. En particular, determina que para apreciar la capacidad del otorgante se atenderá exclusivamente al momento del otorgamiento del testamento.

Además, para poder analizar esta cuestión, debemos partir de la redacción anterior a la reforma de la Ley 8/2021 de la Sección 1ª. *“De la capacidad para disponer por testamento”* del Capítulo I del Título III del Código Civil.

De acuerdo con el principio *favor testamenti*, el artículo 662 CC, mantenido en su integridad tras la reforma, establece que *“pueden testar todos aquellos a los que la ley no*

lo prohíbe expresamente". En el artículo siguiente, el 663 CC, se concretaba quiénes estaban incapacitados para testar, esto es, por un lado, los menores de catorce años y, por otro, la persona que *"habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio"*.

Así, una de las grandes dificultades que aparecían para interpretar este precepto era la definición de lo que se entendía por *"en su cabal juicio"*. Por un lado, Roca-Sastre (1997, como se citó en Romero, 2012, p.5), determina que dicha expresión hacía referencia a la *"capacidad natural, o, en otras palabras, suficiente discernimiento del testador acerca de la finalidad, contenido y trascendencia del negocio testamentario"*. Así, según especifica, en dicho régimen, no tenían capacidad para testar ni el menor de catorce años, ni el que había sido declarado incapaz, ni el que quedaba bajo la protección de curador atendiendo a su grado de discernimiento, ni tampoco aquellos que, sin haber sido declarados incapaces judicialmente, *"sufren trastornos mentales, de manera circunstancial o accidentalmente, en el acto de otorgar testamento, que les priven de ese discernimiento que se reputa necesario para su validez"* (Romero, 2012, p.5). Tal y como recalca Corvo (2019, p.138): *"no se exige que se haya declarado judicialmente la incapacidad de la persona en cuestión sino que basta con que carezca de capacidad natural suficiente en el momento del otorgamiento por no encontrarse en su cabal juicio"*.

En relación con la capacidad de testar, en el régimen previo a la reforma, como ya se ha comentado, desde 2011 la jurisprudencia era quien se encargaba de la aplicación de la CDPD y, por ello, además de referirnos al contenido del Código también debemos analizar lo que se preveía jurisprudencialmente en relación con esta cuestión.

En el sistema anterior, se procedía judicialmente a la incapacitación o modificación de la capacidad de las personas con discapacidad que se encontrasen dentro de determinados umbrales. Como se observa de la clasificación que se expone en Corvo (2019), en dicho régimen, podíamos diferenciar entre la persona con discapacidad cuya capacidad no había sido modificada judicialmente, la persona con discapacidad cuya capacidad había sido modificada judicialmente, y, en este último caso, también cabía hacer una distinción en función de si la sentencia se refería o no a la capacidad de testar (excluyéndola o manteniéndola), si no se había pronunciado al respecto o si había nombrado un curador para que le asistiese en determinados actos.

En primer lugar, con respecto a la persona con discapacidad cuya capacidad no había sido modificada judicialmente, según el artículo 685 CC en su redacción anterior, el Notario debía llevar a cabo un juicio de la capacidad del otorgante y asegurarse de que tenía la capacidad legal requerida para testar (Corvo, 2019).

Siguiendo la categorización de Corvo (2019), en segundo lugar, en cuanto a las personas cuya capacidad había sido modificada judicialmente, lo primero a lo que debía atenderse para responder a la cuestión sobre la capacidad de testar era a la sentencia de incapacitación. Ya que, de acuerdo con la anterior redacción del artículo 760 LEC, la sentencia que modificaba la capacidad de obrar debía delimitar tanto la extensión como los límites de la incapacitación. Así, dependiendo del contenido de la sentencia el otorgante podía tener o no capacidad de testar. Por un lado, en el caso de que la sentencia no se hubiese pronunciado sobre la capacidad de testar del incapacitado, se acudiría al artículo 665 CC en su redacción anterior. Según este, si una persona incapacitada judicialmente por medio de una sentencia en la que no había tenido lugar ningún pronunciamiento sobre su capacidad para testar tenía la intención de otorgar testamento, el Notario debía designar dos facultativos que lo reconociesen previamente y autorizar dicho acto en el caso de que estos respondiesen de su capacidad para testar.

De esta manera, como comenta Corvo (2019), se permitía que, en ese caso, el declarado incapaz otorgase testamento, pero, mediando la medida de control señalada en el precepto citado. Consecuentemente, el notario, o bien quedaba vinculado por el dictamen desfavorable de los facultativos, o bien, en caso de dictamen favorable, podía rechazar la autorización del testamento en virtud de la facultad que le correspondía de apreciar la capacidad legal del otorgante en el momento de prestar testamento, de acuerdo con el artículo 685 CC ya comentado. No obstante, estos mecanismos de control no eran necesarios en caso de que la sentencia determinase la conservación de la capacidad de testar sin ninguna exigencia adicional.

Por otro lado, podríamos comentar el caso de las sentencias que excluían con carácter general la capacidad de testar expresamente. Dichas sentencias deben considerarse contrarias a la CDPD, ya que *“no debe privarse de tal posibilidad ex ante en el preciso momento en que se dicta la sentencia de modificación de la capacidad sin*

contemplar la posibilidad de que el sujeto en cuestión pueda recobrar la lucidez” (Corvo, 2019, p. 150).

Además, otro aspecto que se puede plantear es: qué es lo que sucedía con las sentencias que incorporaban una declaración genérica de incapacidad para realizar actos de disposición, pero sin la exclusión expresa de la capacidad de testar. En este caso, Espiñeira (2015) comenta que *“resulta difícil pensar que una sentencia pueda privar de forma genérica de la posibilidad de testar, pues existe el derecho a testar, si bien el testador debe tener en el momento del otorgamiento, en el acto de hacer la declaración testamentaria, capacidad de entender y querer la disposición testamentaria concreta que hace”* (p. 287). Luego, se aplicaba la garantía contenida en el artículo 665 CC.

Por último, encontraríamos los casos en los que la sentencia imponía la asistencia de un curador para la disposición por actos mortis causa. No obstante, como comenta J. Fernández (1998) al referirse a su concepto y naturaleza, al ser el otorgamiento de testamento un acto personalísimo, y haciendo referencia al artículo 670 CC, *“no puede dejarse su formación en todo ni en parte al arbitrio de terceros”* (p.156).

Ya en aplicación de la CDPD y con su introducción de las medidas de apoyo, el Tribunal Supremo corrigió ciertas sentencias que incluían esta posibilidad, pues su adopción genérica era contraria a la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Corvo (2019) al referirse a esta cuestión, cita la STS núm. 597/2017 de 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4760), donde se concluye que al ser un acto personalísimo se debían seguir las exigencias del artículo 665 CC; y la STS núm. 124/2018 de 7 de marzo de 2018 (RJ 2018/934), que siguiendo esta línea, establece que: *“No se extenderá la curatela a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo y no especificase por la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor, ahora curador, ni tampoco a la autorización para que el incapaz contraiga matrimonio”* (p. 155). De acuerdo con (Guilarte, 2018), esta interpretación jurisprudencial se adaptaba correctamente a la CDPD.

Se trataba de un régimen donde era la jurisprudencia la que, en gran medida, delimitaba la cuestión sobre la capacidad de testar y, en aplicación de las bases y principios de la CDPD, entendemos que no podía limitarse a priori el derecho a otorgar testamento.

En resumen, en el régimen anterior, lo que primaba era la máxima protección y seguridad para la persona con discapacidad, siendo clave para ello el control de capacidad ejercido por el notario o los facultativos en su caso. Como expone Petit (2020), se trataba de un sistema basado en la protección y en el supuesto interés de la persona protegida, “*sin apenas tener en cuenta la voluntad de la persona afectada*” (p. 267). Por el contrario, el sistema propuesto por la CDPD busca garantizar su autonomía y que cualquier persona otorgue testamento con pleno entendimiento y voluntad, concurriendo el elemento intelectual y volitivo del consentimiento.

4.2. Realidad práctica del sistema anterior.

Una vez se ha analizado el aspecto teórico del régimen, se debe señalar que resulta insuficiente para comprender la realidad del sistema anterior y que, por tanto, es necesario hacer una serie de precisiones con respecto a lo que ocurría en la práctica.

Como se pone de manifiesto en Asís et al. (2012), aunque partimos de un régimen teórico de modificación de la capacidad en el que era la sentencia la que debía determinar la extensión de la restricción de la capacidad e imponer un régimen de guarda y protección específico (art. 760 LEC), lo cierto es que en la práctica la tendencia de los tribunales ha sido recurrir a dos soluciones concretas: por un lado, la incapacitación total y el consiguiente sometimiento a tutela del incapacitado y, por otro, la incapacitación parcial y la imposición de la asistencia de un curador.

De esta manera, ante una incapacitación total y el nombramiento del correspondiente tutor, este pasaba a representar a la persona incapacitada en actos tanto patrimoniales como personales, con la excepción de aquellos que, por disposición legal expresa o de la sentencia, el incapacitado pudiera realizar por sí mismo (Asís et al., 2012).

Ahora bien, atendiendo a la casuística, lo que cabe resaltar en este sentido es que:

“(...) la sentencia de incapacitación no suele contener disposiciones que señalen qué actos puede realizar por sí misma la persona incapacitada. Por lo tanto, si se declara la incapacitación total, la representación con carácter general alcanzará a toda la esfera jurídica del tutelado tanto personal como patrimonial” (Asís et al., 2012, p.30).

Luego, por mucho que en la teoría nos refiramos al “traje a medida”, la realidad demuestra que más que un trato personalizado, la incapacitación total suponía el sometimiento generalizado a la representación en la toma de decisiones de actos patrimoniales y personales.

En resumen, comparando lo que era la clave teórica del sistema anterior y su concreción en la tesis del traje a medida con su realidad práctica, lo cierto es que la jurisprudencia no terminaba de cumplir con la labor señalada en el art. 760 LEC de determinación de la extensión y los límites de la incapacitación. Por tanto, lejos de crear soluciones flexibles, precisas y personalizadas para cada caso concreto, es decir, un verdadero “traje a medida”, terminaba por consolidar una respuesta binaria basada en las dos alternativas ya expuestas: la incapacitación total o parcial, cada una con el correspondiente régimen de tutela o curatela. Este planteamiento, hace que surja una reflexión sobre si, de haber llevado a cabo una aplicación más fiel a la esencia del “traje a medida”, la cual ya introducía las claves de la CDPD, se podría haber evitado una reforma tan significativa y extensa como lo es la introducida por la Ley 8/2021.

Por su parte, como hemos mencionado previamente, refiriéndonos al artículo 670 CC, se debe matizar que el otorgamiento de testamento, como acto personalísimo, solamente podría realizarse por el propio sujeto y nunca por medio de un representante.

Así mismo, en relación con el otorgamiento de testamento y su carácter personalísimo, una de las sentencias que podríamos destacar es la STS núm. 298/2017 de 16 de mayo de 2017 (RJ 2017/2207). En dicha sentencia, resulta probado que el recurrente, que había sido previamente sometido tanto en primera como en segunda instancia a tutela, presenta una limitación en su autogobierno derivada de una discapacidad intelectual. Sin embargo, el Supremo considera que la institución de la curatela es más adecuada en este caso, y opta por imponer la asistencia de un curador tanto en la esfera personal como en la patrimonial. Concretamente, en el fundamento de derecho quinto se enumeran los actos patrimoniales en los que se requerirá dicha asistencia y al referirse a los actos disposición a título gratuito de bienes o derecho, se realiza una distinción y especial mención al otorgamiento de testamento:

“Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art. 665 CC, conforme al cual el notario

designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.” (FD 5).

Luego, frente al resto de actos de disposición, una vez más, se destaca la particularidad del testamento en tanto en cuanto se trata de un acto personalísimo y se remite al Código Civil. Como indican Rubio y Paz (2018):

“frente a la privación ex ante de la capacidad para testar que habían hecho las sentencias precedentes, opta por la que considero la solución acorde con la CDPD, que es la de estar a lo que se dispone en los artículos 666 y 665 CC, de suerte que dicha capacidad de testar sea valorada precisamente en el momento de testar y conforme al procedimiento descrito en el segundo de los preceptos citados” (p. 163).

Así mismo, la STS núm. 146/2018 de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018/1090) sigue la misma línea jurisprudencial y se vuelve a remitir a las disposiciones del Código:

“la limitación de la capacidad de obrar para realizar actos de disposición sin intervención del curador no comprende los actos de disposición mortis causa, sino que debe estarse a la opinión del notario y de los médicos que aprecien in situ la capacidad del otorgante” (FD 4).

Y, como venimos señalando:

“Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento.” (FD 4).

5. CAPACIDAD DE TESTAR DE ACUERDO CON LA LEY 8/2021

5.1. Descripción del nuevo régimen.

Como venimos mencionando, el cambio legislativo ha traído consigo una serie de modificaciones importantes en el régimen de sucesiones. A continuación, y después de comentar las normas previas a la reforma en relación con la capacidad de testar de los discapacitados a nivel teórico y práctico, se procede a exponer cómo la Ley 8/2021 ha incidido en este ámbito.

En primer lugar, en lo referente al artículo 663 CC, manteniendo que no pueden testar los menores de catorce años, suprime la referencia anterior a las personas que no se hallaren en su cabal juicio; que queda sustituida por la prohibición de testar de quien *“en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”*. De esto se concluye que podrá testar quien pueda conformar o expresar su voluntad, incluso cuando requiera de ayuda de medios o apoyos para ello.

Por otro lado, el artículo 665 CC, elimina la obligación del informe previo de los dos facultativos designados por el Notario, de manera que la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando *“a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones”*. Luego, en el nuevo régimen, el responsable de la protección de la persona con discapacidad es el Notario, pues es quien debe apreciar si el otorgante con discapacidad tiene capacidad legal suficiente o no. Además, el Notario también tiene la obligación de procurar que esta *“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”*. Lo que es más, en relación con el testamento notarial abierto, el art. 695 CC también incorpora expresamente esa intervención crucial del notario al establecer que: *“Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad”*.

De esta primera lectura del Código, podemos deducir dos cuestiones que pueden resultar problemáticas y claves para valorar si la reforma garantiza una mayor protección para los discapacitados. En primer lugar, la responsabilidad del Notario y su

consideración como actor clave en este nuevo régimen y, en segundo lugar, la problemática de las medidas de apoyo y la posible manipulación o influencia indebida en la voluntad del otorgante por parte de quienes las ejercen.

5.2. El notario como actor clave.

Según lo establecido en el Código Civil, como destaca Hermida (2022), solo se contempla una forma de protección para las personas con discapacidad al otorgar testamento, y esta es la apreciación de su capacidad por parte del Notario. Esto supone que el Notario es el único responsable de dicho juicio de capacidad *“sin más sustento que su intuición en el momento de autorizar el negocio jurídico en cuestión”* (Hermida, 2022, p. 1919). Por lo que el papel del notario, que consiste en un juicio de una situación de hecho que tiene lugar en el momento del otorgamiento de testamento, resulta crucial.

Precisamente, en la Guía Notarial de Buenas Prácticas para Personas con Discapacidad se destaca su función de *“apoyo institucional”* (p.28) y autoridad que salvaguarda los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y que puede impedir posibles abusos e influencias.

Además, en lo relativo a la función notarial, hay una serie de aspectos que debemos aclarar y es que, como expone Lora-Tamayo (2018), el papel del notario se basa en el juicio de la aptitud de la persona con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica en el momento del otorgamiento de testamento, ya sea por sí misma o con los apoyos correspondientes y, por tanto, su finalidad no será tratar de que el negocio jurídico que se lleve a cabo sea el objetivamente más beneficioso, sino garantizar que se haga *“conforme a su voluntad, deseos y preferencias, evitando las influencias indebidas, desarrollando su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”* (p.6).

Lo anterior conlleva una dificultad adicional frente al régimen previo, ya que, como señala Tena Arregui (2021), mientras que la prioridad antes de la reforma de la Ley 8/2021 era garantizar la protección y la seguridad de la persona con discapacidad, el sistema actual prima su dignidad y atender a su voluntad, deseos y preferencias lo que, con respecto al juicio notarial *“no solo ha multiplicado exponencialmente su importancia y transcendencia, sino que se ha complicado notablemente”* (p. 2). Al fin y al cabo, lo que antes tenía lugar con la concurrencia de dos facultativos, ahora, recae exclusivamente sobre el notario. Si bien es cierto que, con carácter excepcional, y para una mayor garantía

del testador, hay autores que consideran que podría solicitarse dictamen médico para el consentimiento testamentario, como sucede en el caso del consentimiento matrimonial (Hermida, 2022). Por su parte Amunátegui (2021b) entiende que, con motivo de la importancia de que la labor del notario sea llevada a cabo con un escrupuloso cumplimiento, el notario podría seguir solicitando su colaboración como parte de los ajustes a los que se refiere el art. 665 CC.

En este nuevo régimen, el notario puede encontrarse con una variedad de escenarios en los que llevar a cabo el juicio notarial se complica (Tena Arregui, 2021): por un lado, podría estar ante una persona que puede formar y expresar su consentimiento con el apoyo prestado por el propio notario; o bien, ante una persona que solamente puede hacerlo con las medidas de apoyo asistencial adecuadas, que, en ningún caso, pueden sustituir su voluntad; o una persona que, aún contando con apoyo asistencial, no puede formar ni expresar su consentimiento; y, por último, incluso podría estar ante una persona que presenta una medida de apoyo pero que, en el momento de otorgar testamento, no la necesita.

Ante la complejidad del sistema, una pregunta que surge es si los notarios tienen pautas suficientes para desarrollar su labor de forma uniforme pues, como destaca Tena Arregui (2021), *“lo que ha garantizado el éxito ininterrumpido del Notariado desde el siglo XII hasta la actualidad, con su consiguiente expansión universal, ha sido la homogeneización de su producto estrella: la escritura pública”* (p. 4). Y, precisamente, en este sentido hace referencia a la legislación anglosajona, pues la *Mental Capacity Act* de 2005 presenta criterios que, aunque no son absolutamente suficientes, están mucho más desarrollados y permiten una mayor armonización de la labor de calificación de los notarios en esta cuestión (Tena Arregui, 2021).

En el caso del notariado español, nos podemos remitir a la ya mencionada Circular 3/2021. Por un lado, para el caso de que la persona con discapacidad comparezca sin ningún apoyo, se refiere al art. 25 de la LN, donde se introducen los *“apoyos instrumentales y ajustes razonables que resulten precisos”* para garantizar que puedan acceder a los instrumentos públicos adecuadamente. Entre estos apoyos se incluyen *“sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, interpretes, sistemas de apoyo a la comunicación oral, lengua*

de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso” (art. 25 LN).

Además, de acuerdo con el art. 193.2 del Reglamento del Notariado, también mencionado en la Circular 3/2021, la lectura de la escritura se tiene por íntegra *“cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes”*, luego, el Notario debe adaptar su labor en función de las circunstancias del compareciente y atendiendo a su nivel de entendimiento.

Así mismo, como el objetivo es el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, el Notario, respetando este fin en todo caso, y para llevar a cabo su labor de salvaguarda de la manera más completa y adecuada posible, puede solicitar (Circular 3/2021):

“a) Información particular sobre sus condiciones de vida, o sobre su entorno familiar o de convivencia, a fin de adecuar su actuación en la medida de lo posible.

b) Pedir la calificación administrativa y con ella su programa de atención individual (PIA).

c) Entrevistarse con su cónyuge o pareja o quienes convivan con ella, familiares cercanos, así como con las entidades del tercer sector con las que guarde relación.

d) Solicitar informes sociales o de aquellos profesionales que puedan aconsejar las medidas de apoyo necesarias en cada caso.

e) Procurar la intervención de un profesional experto a modo de facilitador (artículo 7 bis de las leyes de jurisdicción voluntaria y enjuiciamiento civil) que realice las tareas de adaptación y ajustes necesarios para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

f) Y, por supuesto, propondrá aquellas salvaguardias que considere necesarias para asegurar el respeto a su voluntad, deseos y preferencias.”

En cuanto a los testamentos, informa de que: *“el notario podrá reflejar su apoyo en el propio documento o, debido a las circunstancias concurrentes, en dicha acta previa, especialmente indicada si, además se incorporan otros documentos o informes”*. Es decir, al levantar el acta o bien en el propio documento del testamento, resulta conveniente que el Notario refleje su colaboración.

En resumen, el Notario se ha convertido en un actor clave del nuevo régimen, teniendo que juzgar la capacidad del otorgante, poniendo los medios de apoyo precisos y

realizando los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad pueda desarrollar libremente el proceso de toma de decisiones y manifestar su voluntad de acuerdo con sus deseos y preferencias.

5.3. Medidas de apoyo y formación y manifestación de la voluntad testamentaria.

Tal y como ha quedado reflejado en el presente trabajo, la CDPD prima la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y la convierte en protagonista de la toma de decisiones. Consecuentemente, como expone Hermida (2022), lejos de negar el derecho a otorgar testamento, habrá que prestar el apoyo necesario para su ejercicio.

En primer lugar, se debe comentar que, a nivel jurisprudencial, mientras que en la aplicación del régimen anterior se criticaba que la tesis del “traje a medida” quedaba desfigurada en la práctica y reducida a una respuesta binaria: la incapacitación total o parcial y el sometimiento a tutela o curatela, respectivamente; lo cierto es que este nuevo régimen podría ir en el mismo camino.

De acuerdo con el estudio de jurisprudencia menor llevado a cabo por Pallarés (2022), un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, tras analizar 35 sentencias, de 19 audiencias provinciales distintas, concluye precisamente esto. De manera que, a pesar de que, con la reforma, se ha tratado de hacer frente a una de las grandes críticas del sistema anterior, esto es, su carácter excesivamente rígido y poco flexible; “*contra toda lógica parece que el nuevo sistema tiende a lo mismo*” (Pallarés, 2022, p.10). En este caso, en la mayor parte de resoluciones analizadas, los tribunales han acudido a la imposición de una curatela representativa o asistencial, una respuesta que no termina de ser del todo satisfactoria. Algo similar comenta Álvarez (2022), recordando que en la letra i) del preámbulo de la CDPD se reconoce como principio el reconocimiento de la diversidad de las personas con discapacidad, y que: “*La legislación anterior era justamente criticada porque trataba a todas estas personas por igual, privándolas del ejercicio de su capacidad sin tener en cuenta las grandes diferencias que hay entre ellas, y las grandes posibilidades de actuación de muchas de ellas*”, concluyendo que “*una mala interpretación de la nueva regulación puede llevar también a una uniformidad incorrecta*”.

Ahora bien, en cuanto a la capacidad de testar, se debe dar un trato particular a las instituciones de apoyo, ya que, como se ha señalado reiteradamente, el testamento es un acto personalísimo. Y, precisamente, esa naturaleza personalísima supone una dificultad adicional a la hora de determinar la función que desempeñan las medidas de apoyo y delimitar cómo y hasta qué punto pueden intervenir en él. Esto mismo, se comentaba previamente al hacer referencia a la STS núm. 298/2017 de 16 de mayo de 2017 y la STS núm. 146/2018 de 18 de marzo de 2018.

Partiendo del artículo 670 CC, resulta claro que la persona con discapacidad no puede quedar sometida a una medida de apoyo que conlleve la sustitución de la voluntad testamentaria por un tercero (Hermida, 2022).

En relación con esto, podríamos cuestionar la SJPII de Tafalla núm. 133/2021 de 23 de noviembre 2021 (RJ 2022/91803), en la que al enumerar los actos para los que será necesario la intervención del curador, se incluye la realización de disposiciones testamentarias y se procede a precisar que: “*en todos estos actos, la curadora ejercerá la representación*” (FD3). Pudiendo parecer esto contrario a lo que acabamos de señalar, se debe matizar que dicha disposición no podría operar en el momento de prestar consentimiento, sino que actuaría en un momento anterior, esto es, en la formación de la voluntad testamentaria (Hermida, 2022).

Por tanto, se debe realizar una distinción entre la formación de la voluntad testamentaria y su manifestación, la cual conlleva la prestación de consentimiento. Según Hermida (2022), las medidas de apoyo intervendrían antes del otorgamiento de testamento, sin sustituir, en ningún caso, la voluntad del otorgante y dicho apoyo consistiría en lo siguiente:

“dar explicaciones a la persona con discapacidad intelectual acerca de la trascendencia del acto, las opciones que tiene el testador, las consecuencias de nombrar uno u otro heredero o legatario. En definitiva, conversaciones con el testador, persona con discapacidad intelectual que informen a la persona acerca del acto, pero nunca acciones que manipulen al testador en orden a testar en un sentido determinado” (p. 1921).

Por consiguiente, el testamento es un acto personalísimo y la función de las medidas de apoyo es facilitar su otorgamiento, pero, dicha labor se debe limitar, en todo

caso, al apoyo en la formación de voluntad y nunca en la expresión o manifestación de esta.

Por otro lado, en este apartado, parece también acertado mencionar la modificación del art. 753 CC, como medida de protección frente a las influencias o manipulaciones indebidas que la persona con discapacidad pueda sufrir, precisamente, en manos de quienes ejercen las medidas de apoyo. Se trata de una referencia lógica, ya que el testador se considera más vulnerable a influencias externas al tratarse de una persona con discapacidad e, incluso, más concretamente, cuando la discapacidad de la que hablemos sea psíquica o mental (Hermida, 2022).

Dicha disposición se refiere a la prohibición de disponer del testador a favor de sus tutores o curadores representativos que, tras la reforma, ha ampliado su alcance. Esto ha sido criticado por diversos autores al considerarlo, en palabras de Amunátegui (2021b), un precepto “*absolutamente limitativo de los derechos de las personas con discapacidad*” (p. 893).

El primer inciso del artículo se refiere a la nulidad de las disposiciones testamentarias a favor de tutores y curadores representativos, que solamente tendrán validez “*cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o la curatela*”. En este caso, hay que mencionar que Hermida (2022) argumenta que no debería limitarse a incluir la curatela representativa y que debería extenderse a cualquier tipo de curatela debido a que “*ya sea representativa o no, puede ser susceptible en prácticamente igual medida de captar la voluntad del testador*” (p. 1925).

En su tercer inciso, incluye la prohibición de disponer testamentariamente a favor de las personas que “*presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante*”, quienes “*solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto*”. En este apartado, se debe entender que se encuentran incluidos los guardadores de hecho y, en ese caso, al permitirse disposición testamentaria a su favor en el caso de los testamentos notariales abiertos, vuelve a recaer sobre el notario la responsabilidad de, en el juicio de capacidad, valorar si la voluntad del testador podría haber sido objeto de manipulación o influencia indebida.

Con respecto a esto, comentar la opinión de Hermida (2022), según la cual, el régimen sería menos paternalista y más en línea con el respeto de la voluntad y la dignidad

del testador si, en vez de limitar la posibilidad de disponer ante notario a favor de las personas incluidas en el tercer inciso, del artículo 753 CC, la hubiera extendido “*a cualquier persona que ejerza medida de apoyo a favor del testador*” (p. 1926). Dicha solución, considera que es más igualitaria en términos de la libertad para testar y que, sería incluso más garantista, si, en todo caso, la persona sometida a medidas de apoyo estuviera obligada a otorgar testamento abierto ante notario. Por el contrario, en mi opinión, teniendo en cuenta que uno de los aspectos que más critico de la reforma es que el notario aparezca como, prácticamente, la única forma de protección y la excesiva responsabilidad que supone para este, al llevar a cabo un juicio para el que, quizás, no siempre sea el más cualificado; quizás, ha sido acertado que el legislador optase por esa visión más paternalista en este caso. Perspectiva que considero que se abandona, a modo de ejemplo y entre otras cuestiones, con la supresión de la sustitución ejemplar que posteriormente se comentará.

Más allá de este precepto, algunos autores han querido destacar la falta de tratamiento que recibe en la Ley 8/2021 el riesgo de que las personas con discapacidad puedan sufrir manipulaciones o influencias indebidas por parte de quienes les prestan apoyo. Por su parte, Amunátegui (2021a), en su aproximación a la reforma en materia sucesoria, comenta que:

“se echa en falta igualmente una mayor atención sobre una de las categorías esenciales de la CDPD como es la de la “influencia indebida”, de la que tan solo se incluyen referencias en la última versión de determinados preceptos (pero relacionadas con controles para las medidas de apoyo), pero ninguna en sede testamentaria. Tampoco se ha hecho eco de un concepto sobre el que viene reclamando atención desde hace tiempo como es el de la vulnerabilidad, especialmente decisivo en el ámbito de la validez de la declaración de voluntad del testador” (p. 881).

Esta misma conclusión se puede extraer también de la regulación de la función notarial, parece que tampoco se da la importancia que se debería al hecho de que el notario debe también garantizar que la persona con discapacidad no ha experimentado influencias indebidas por parte de quienes prestan asistencia o apoyo en la formación de su voluntad.

En resumen, a pesar de que se ha adaptado la figura de las medidas de apoyo a la CDPD, y que, en relación con la capacidad de testar, es perfectamente delimitable su

labor a exclusivamente la formación de voluntad y habiéndose incluso ampliado ciertos mecanismos de control; la reforma podría haber prestado más atención a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad frente en las influencias indebidas, especialmente, teniendo en cuenta que *“cuando más protagonista sea la persona con discapacidad en la adopción de sus propias decisiones —lo que se ha manifestado como una de las claves de la reforma— presentará un mayor riesgo de poder sufrir esta nueva manifestación de los vicios, al tratarse de una persona vulnerable”* (Amunátegui, 2021b, p. 892).

Como destaca Hermida (2022), a pesar de que el objetivo de la reforma es adaptar nuestro sistema a la esencia de la CDPD, quizás en algunos casos debería haber garantizado una mayor protección, y no solo la igualdad y dignidad. Después de todo:

“Consideramos -que no presumimos- que cualquier persona que preste medidas de apoyo a personas con discapacidad intelectual puede suponer una amenaza para la voluntad del testador entendiendo que si se trata de persona vulnerable es posible captar su voluntad; por ende, la normativa, no solo debe de tratar que se respeten los principios de igualdad y dignidad de la persona, también tiene que protegerla frente a determinados abusos” (p.1930).

5.4. La problemática de la eliminación de la sustitución ejemplar.

El artículo 776 CC, eliminado tras la reforma, incluía la denominada sustitución ejemplar que, de acuerdo con Díez-Picazo y Gullón (2017), trataba de evitar la sucesión intestada y, se podría entender como una institución *“que permite que una persona (el ascendiente) pueda disponer de la herencia de otro (el descendiente incapaz) supliendo su falta de testamentifacción activa”* (Amunátegui, 2018, p. 12), esto es, una figura excepcional en la que el ascendiente atiende a la sucesión de su descendiente, persona con discapacidad. Por ello, el problema que plantea su supresión es que conlleva la sucesión intestada de aquellas personas cuyo juicio notarial de capacidad haya resultado negativo.

En este sentido, Pérez (2021) comenta las posibles consecuencias prácticas de la supresión de la sustitución ejemplar.

Por un lado, para el caso de que el sustituido haya fallecido antes de la entrada en vigor de la reforma, se debe atender al régimen anterior a la Ley 8/2021 y, por tanto, sería de aplicación la sustitución ejemplar de acuerdo con el contenido anterior del art. 776 CC.

En segundo lugar, expone el caso en que el sustituido haya fallecido después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, esto es, a partir del 3 de septiembre de 2021, inclusive. Para estos casos, habrá de atenderse a la disposición transitoria cuarta (DT 4ª) de la Ley 8/2021:

“Cuando se hubiera nombrado sustituto en virtud del artículo 776 del Código Civil, en el caso de que la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se aplicará lo previsto en esta y, en consecuencia, la sustitución dejará de ser ejemplar, sin que pueda suplir el testamento de la persona sustituida. No obstante, la sustitución se entenderá como una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida” (DT 4ª).

De acuerdo con Pérez (2021), esto plantea dos cuestiones adicionales. Por un lado, la delimitación de *“los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida”*, ya que habría que preguntarse si en los bienes transmitidos a título gratuito deben incluirse los procedentes de donaciones en vida, en cuyo caso, además de estar introduciendo una sustitución fideicomisaria de residuo también estaría aludiendo a una donación reversional (art. 641 CC). A su juicio, esto último, no sería posible porque se requiere de la aceptación del donatario (art. 618 CC) y, consecuentemente, entiende que el legislador se refiere exclusivamente a los bienes recibidos mortis causa por medio de legado o institución de heredero. Ahora bien, para el caso de los legitimarios y cuando concurren varios, quizás habría sido más acertado hacer referencia a las donaciones colacionables hereditarias (art. 1035 y ss.).

Por otro lado, según el mismo autor, la supresión de la sustitución ejemplar no queda solucionada con su transformación en una sustitución fideicomisaria de residuo, ya que, con esta modificación, la persona con discapacidad se queda en una situación menos favorable que la anterior. En este sentido, comenta que, lo que verdaderamente quería el legislador, se responde mediante la figura de la sustitución preventiva de residuo. Y esto es porque:

“de un lado, para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia (STS 22 de julio de 1994) el fiduciario de residuo no puede disponer a título gratuito salvo que se le hubiera concedido por el testador esta facultad; y por otro lado, tampoco puede, sin concesión expresa, disponer mortis causa, ya que esta posibilidad es la propia no del fideicomiso de residuo sino de la sustitución preventiva de residuo; con ello, paradójicamente la posición de la persona con discapacidad será peor conforme a la nueva redacción que con arreglo a la antigua porque la sustitución ejemplar no impedía al sustituido disponer a título gratuito ni mortis causa a diferencia de lo que ahora se desprende del tenor literal de la DT 4^ª” (Pérez, 2021).

Para terminar, el último caso que se prevé es el de los testamentos que hayan sido otorgados a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, en los cuales, ya no podrá incluirse la sustitución ejemplar. Sin embargo, Pérez (2021) plantea la posibilidad de aplicar con carácter análogo la solución prevista en la DT 4^a para estos casos y transformar la figura en una sustitución fideicomisaria de residuo. Menciona, además, como solución todavía vigente lo dispuesto en el artículo 831 CC, la fiducia sucesoria a favor del cónyuge o la pareja de hecho con hijos comunes.

De esta manera, se considera criticable la supresión de la sustitución ejemplar en la medida en que *“era una figura útil para proteger a los hijos con discapacidad”* (Pérez, 2021) y, más aún, teniendo en cuenta que no se ofrece una posibilidad que permita el mismo resultado en la práctica. Este mismo reproche también se expone en Hermida (2022), donde se cuestiona este sistema, que parece ignorar aquellos casos en los que para alguien sea completamente imposible otorgar testamento, dejando como única alternativa la sucesión intestada:

“Negar el hecho de que existan supuestos en los que el otorgamiento de testamento resulta imposible constituye un error que podría haberse salvado sin la supresión de la sustitución ejemplar. Con esta supresión, las personas que se encuentran absolutamente imposibilitadas para prestar el consentimiento se ven abocadas a morir necesariamente intestadas” (p. 1929).

Se observa una visión aún más crítica en Amunátegui (2018), donde la autora expresa su firme creencia del error que supone suprimir una figura como la sustitución ejemplar e incluso comenta que tratándose de una institución que: *“salv guarda unos intereses invariables, perdurables, y dignos de tutela, sería no solo un error, sino un absurdo,*

prescindir de ella. Quienes abogan por su supresión desconocen completamente las posibilidades de aprovechamiento que brinda y la finalidad a la que se dirige, que, a través de una adecuada interpretación de la realidad social, merecería por el contrario un desarrollo y regulación de los aspectos conflictivos para dotarla de la funcionalidad que merece” (p.9). Luego, quizás, lejos de la supresión de esta figura, habría sido más acertado su correcto desarrollo y regulación para maximizar su finalidad de cuidado patrimonial y personal de la persona discapacitada.

6. ANÁLISIS CRÍTICO DEL NUEVO RÉGIMEN

A lo largo de este estudio, se han podido observar las principales ventajas e inconvenientes que plantea la reforma legislativa, en particular, analizando la figura del notario y las medidas de apoyo como claves del nuevo sistema. A continuación, se aborda el análisis crítico de estos dos elementos fundamentales.

6.1. La función notarial: análisis crítico y posibles mejoras.

En primer lugar, en cuanto a la función notarial, se ha observado que el notario presta un apoyo institucional a la persona con discapacidad y su labor fundamental consiste en realizar el juicio de la capacidad para testar, para el cual habrá de atenderse al momento del otorgamiento de testamento (666 CC). De la misma manera, se ha clarificado que ese juicio *“no recae sobre la capacidad de la persona sino sobre su aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica en el momento del otorgamiento, por sí sola, o, con los apoyos pertinentes”* (Lora-Tamayo, 2022). Esto, en lo que se resume es en la posibilidad de que, aún en el caso de que una persona padezca un déficit intelectual, el notario deba procurar, bajo su responsabilidad, y con los debidos apoyos, que ejerza correctamente su capacidad para testar.

En este sentido, Lora-Tamayo (2022) añade que, efectivamente, de acuerdo con las Observaciones Generales del Comité de seguimiento de la CDPD, a la luz del art. 12 de la CDPD: *“los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica de la que todos gozamos en igualdad de condiciones con los demás. Ello hace que el juicio del notario puede a veces ser difícil y grande su responsabilidad”*.

Así mismo, según Amunátegui (2021b), la redacción que se propuso en el Anteproyecto y Proyecto de la Ley fue incluso más acertada de la que posteriormente se ha introducido en la norma. De acuerdo con estos, el art. 665 CC se leería: *“Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos expertos que previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud”* (p. 887). A su juicio, con la salvedad de que no da pie a introducir una descripción más detallada del apoyo que el Notario debe prestar, esta redacción sería

más apropiada y el funcionario seguiría contando con el respaldo del dictamen de expertos. En cuanto a la que finalmente se aprobó, comenta que:

“el texto aprobado es una muestra de la falta de comprensión en sede parlamentaria de lo que implica la Convención, pues se había logrado evitar la inadecuada relación entre incapacitación versus capacidad de testar, para, en definitiva, volver a establecerla ahora en cuanto a la discapacidad versus capacidad de testar” (Amunátegui, 2021b, p.888).

Consecuentemente, teniendo en cuenta la nueva redacción del art. 665 CC, la complejidad, importancia y responsabilidad del papel del notario ha incrementado notablemente. Esto se debe principalmente a que, como se ha analizado, se prescinde del dictamen de dos facultativos, limitándose el juicio de capacidad a la intervención notarial. De manera que se hace responsable al notario de procurar que la persona otorgante pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, facilitándole la expresión de su voluntad, deseos y preferencias. Todo esto, sin que haya tenido lugar una mayor concreción de los criterios que deben utilizar o detalles del apoyo que prestan.

Si analizamos esta cuestión desde una perspectiva de Derecho Comparado, haciendo referencia a cómo se regula en los países cercanos del entorno, como ya se ha mencionado, Tena Arregui (2021) se refiere a la *Mental Capacity Act* británica de 2005, como ejemplo de un sistema que *“detalla los criterios a manejar por la persona que en cada momento tenga que hacer la correspondiente determinación de la idoneidad necesarias”*. En concreto, expone que dicha norma parte de unos criterios que podrían considerarse similares a los de la normativa española en materia de apoyos pero que, lejos de quedarse en su mera enumeración, pasa a describirlos y desarrollarlos. Por un lado, establece que *“la persona discapacitada es la que no puede tomar una decisión por sí misma (art. 2), y no puede hacerlo quien incurra en una de estas cuatro circunstancias (art. 3): 1º Si no es capaz de entender la información relevante a los efectos de la decisión. 2º Si no es capaz de retener esa información. 3º Si no es capaz de integrar esa información en el proceso de decisión. 4º Si no es capaz de comunicar esa decisión”*. Y, en su posterior desarrollo, concreta:

“El tipo de información relevante a los efectos de adoptar la decisión, aclara que el hecho de que solo pueda retener esa información durante un periodo breve de tiempo no le inhabilita para tomarla, indica los factores que no deben tenerse en

cuenta en la valoración (edad, apariencia, comportamiento inusual...), la necesidad de considerar los deseos pasados y presentes de la persona en cuestión, para lo que también resulta muy relevante la opinión de la persona que preste el apoyo, etc.” (Mental Capacity Act, 2005, como se citó en Tena Arregui, 2021).

Luego, aunque ni siquiera esto sería suficiente, podría ser un buen punto de partida, a modo orientativo, para dotar a los notarios de las pautas e instrucciones pertinentes para el adecuado desarrollo de su función. Al fin y al cabo, con esta reforma, cae una gran responsabilidad sobre los Notarios, con un factor de apreciación personal muy elevado, que puede dar lugar a arbitrariedades. Podría suceder que, sobre un mismo caso, dos Notarios piensen de forma distinta y, mientras que el primero rechace la posibilidad de hacer testamento, el segundo la acepte. De tal forma que este último podría recibir reclamaciones por mala praxis y de carácter patrimonial por parte de los descendientes legítimos no favorecidos en dicho testamento. Parece imprescindible que esta cuestión se protocolice y no se obligue al Notario a tomar decisiones sobre cuestiones en las que no tiene un conocimiento experto, como es la determinación o no de la capacidad personal para testar.

6.2. Las medidas de apoyo: análisis crítico y posibles mejoras.

En segundo lugar, en cuanto a las medidas de apoyo, también se han ido poniendo de manifiesto algunos de los puntos más críticos del nuevo régimen.

Por un lado, aunque es cierto que, ante todo, la reforma lo que pretende es garantizar la autonomía de las personas con discapacidad, primando su voluntad, deseos y preferencias; como se ha expuesto en diversas ocasiones, hay varios autores que se refieren a una cierta ausencia del principio de protección a lo largo de la reforma y critican lo que parece ser una confrontación entre el bienestar de la persona que, en ocasiones, se alcanza precisamente limitando la independencia de la persona con discapacidad; y su voluntad.

En este sentido, se puede analizar el primer caso en el que el Tribunal Supremo procedió a la aplicación de la nueva normativa, la STS núm. 589/2021 de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4002) en la que, como comentaba Álvarez (2021): “*se han puesto en evidencia las tensiones que genera la nueva legislación*”. En dicha Sentencia, se

constituye una curatela asistencial para una persona con discapacidad, que padece síndrome de Diógenes, a pesar de su negativa a dicha institución de apoyo.

Por un lado, podríamos exponer el razonamiento de Moreno (2021):

“Para el supuesto en que la persona con discapacidad no haya adoptado medidas voluntarias de apoyo, como es el caso que nos ocupa, si la autoridad judicial, en función de la situación de la persona y las pruebas practicadas, considera conveniente la adopción de alguna medida de apoyo –la que, en función del caso, estime pertinente– entiendo que, aunque la persona con discapacidad manifieste su voluntad de rechazar los apoyos, el juzgador puede acordar una figura de prestación de apoyos” (p. 154).

Así mismo, tal y como expone Amunátegui, en su publicación del 27 de septiembre de 2021 (2021c): *“Presupone el Tribunal que la ausencia de colaboración (negativa al apoyo concreto) es una manifestación de su dolencia, y que su actitud sería cooperar si su enfermedad fuese adecuadamente tratada”*.

Luego, a pesar de las numerosas críticas a la ley por prescindir del principio de protección, nos encontramos con una primera sentencia en la que la oposición de la persona con discapacidad cede ante su propio bienestar, argumentándolo la Sala de la siguiente manera (STS núm. 589/2021 de 8 de septiembre de 2021):

“No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal” (FD 4).

Esta aplicación es cuestionada por Amunátegui (2021c) pues, a pesar de sus críticas a la reforma y el abandono al principio de protección, considera que: *“una vez aprobada debemos hacer un esfuerzo en cuanto al cambio de mentalidad necesario para proceder a su aplicación, o, recurriendo a la repetida expresión lampedusiana, evitar “que todo cambie para que todo siga igual”*”. Lo que es más, llega a calificar como un fracaso.

Ahora bien, frente a esta opinión, se puede mencionar la de Álvarez (2021), quien considera que la sentencia aplica correctamente la Ley 8/2021 en virtud de una interpretación teleológica basada en la *“igual dignidad de todas las personas”*, que engloba tanto el respeto a la autonomía y a la voluntad como hacer prevalecer, cuando sea necesario, un interés objetivo. A su juicio, *“no es posible hablar de igualdad de derechos sin tener en cuenta la necesidad de especial protección de las personas vulnerables”* y, como defensa de su argumento, se remite a un informe del Comité de Bioética sobre las adaptaciones a la legislación impuestas por la CDPD. En este, se precisa que: *“Si bien reconoce que ésta persigue una protección fundamentada en la promoción de la autonomía, no cree que se pueda prescindir del principio de protección porque no se puede olvidar la situación de vulnerabilidad”* y al art. 12 de la propia CDPD, en el que se hace referencia a *“establecer “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos”, lo que implica no solo promover la autonomía sino también evitar que se irroguen “perjuicios objetivos” a la persona con discapacidad”*.

En resumen, el objetivo de la reforma es claro: transformar nuestro sistema en uno en el que, siguiendo las exigencias de la CDPD, prevalezca la dignidad e igualdad de la persona con discapacidad al igual que su voluntad, deseos y preferencias en la toma de decisiones. Ahora bien, cabría preguntarse, si frente al vacío que deja con respecto a ciertos ámbitos de protección de la persona con discapacidad, se puede argumentar una finalidad última protectora que justifique una línea jurisprudencial que parece ir un paso por detrás del cambio legislativo, con una mayor reticencia a dejar de lado el bienestar de la persona con discapacidad frente a su propia voluntad o, incluso, llegando a entender dicho bienestar como parte inherente a su propia dignidad.

De la misma manera que hemos comentado la regulación británica en cuanto a los criterios para el juicio de capacidad, también podemos remitirnos al derecho extranjero para conocer cuál es la posición que se toma en relación con lo que, en España, hemos desarrollado como las medidas de apoyo de las personas con discapacidad. En concreto, se ha optado por analizar ciertos aspectos del derecho alemán porque, como comenta Colmenar (2019), Alemania es *“uno de los países pioneros en el intento de adecuación de las instituciones asistenciales y de guarda en general”* (p. 578). Por este motivo, se considera interesante llevar a cabo la comparativa de la Ley 8/2021 con un país precursor en esta materia, especialmente, cuando el pasado 1 de enero de 2023 entró en vigor la

Ley para la reforma del Derecho tutelar y asistencial de 4 de mayo de 2021 (*Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts*) (Buchhalter-Montero, 2022).

Antes de introducirnos en esa última reforma, es conveniente realizar un breve recorrido histórico del régimen alemán. Como expone Colmenar (2019), ya en 1990 se introdujo una norma en la que se optaba por un sistema que rompía con los modelos clásicos y donde quedaban derogadas la tutela y la curatela para los mayores de edad, esto es, la Ley para la reforma del Derecho de la tutela y la curatela para mayores de edad. Según la misma autora, con su entrada en vigor se configuraba un sistema de guarda legal único: “*la asistencia*” (p.578), quedando sustituida la incapacitación por una única figura de protección para la persona de avanzada edad y quien lo pudiera necesitar por sufrir algún grado de discapacidad. La finalidad de esta modificación era “*el máximo respeto del ámbito de libre determinación del asistido*” (Colmenar, 2019, p.578). Luego, mucho antes de la CDPD, Alemania ya había introducido algunos de los principios que en ella se consagran, como la autonomía y derecho a la autodeterminación de las personas con discapacidad (Buchhalter-Montero, 2022).

Posteriormente, en 1998, la asistencia adquirió un carácter subsidiario, imponiéndose en defecto de apoderado, pero lo realmente destacable del derecho alemán es que, el nombramiento de un asistente, como ya se ha comentado, no conlleva la incapacitación de la persona, es decir, “*no afecta en absoluto a la capacidad de libre actuación del asistido*” (Colmenar, 2019, p. 580). Poniendo de manifiesto, una vez más, cómo lo que está primando desde hace décadas en derecho alemán es el respeto a la autonomía de la voluntad de dichas personas. El respeto a su voluntad es tal que en 2005, se introdujo una disposición por la cual no se puede someter a una persona a ningún apoyo en contra de su libre voluntad (Buchhalter-Montero, 2022), algo que, como se ha visto en la STS núm. 589/2021 de 8 de septiembre de 2021, ni siquiera hoy está claro en derecho español.

Tras la firma por parte de Alemania de la CDPD, el 30 de marzo de 2007, y su posterior ratificación, el 24 de febrero de 2009, todavía podían llevarse a cabo ciertos cambios para adecuar mejor el sistema vigente que incluía, entre otras instituciones, la tutela (a menores de edad), la curatela de los mayores de edad y la curatela legal o asistencia jurídica a mayores, que ya se ha mencionado (Weidenslaufer y Truffello, 2019). Según exponen los mismos autores, el objetivo de la curatela legal o asistencia

jurídica es el respeto de la autodeterminación de la persona con discapacidad ya que, de acuerdo con la sección 1902 n° 2 y 3 del BGB: *“la capacidad legal y la capacidad para contratar de la persona bajo curatela legal no se verían afectadas, pues en las tareas que le sean asignadas, éste debe tomar las medidas para la persona afectada, que sean necesarias en su mejor interés y sus deseos deben ser tomados en consideración”* (como se citó en Weidenslaufer y Truffello, 2019, p.11).

Por último, con respecto a la última reforma llevada a cabo en el régimen alemán en 2021, se puede destacar el sistema de apoyos establecido. Un régimen que, como indica Buchhalter-Montero (2022), exige que:

“1) que la persona con discapacidad (mayor de edad) no pueda ocuparse jurídicamente de sus asuntos; 2) que ello suceda a consecuencia de una enfermedad o discapacidad; 3) que la provisión sea necesaria; y 4) que la persona con discapacidad no se oponga a ello.” (p. 156).

En relación con las instituciones españolas, nos encontramos con una figura que, para empezar, presenta un límite temporal, lo que obliga a la evaluación periódica de la misma y a llevar un control mucho más arduo sobre si se mantiene o no. Esta revisión también se ha incluido mediante la reforma de la Ley 8/2021, de acuerdo con los artículos 761 LEC y 268 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Por otra parte, como ya se ha comentado, a diferencia de los problemas que suscita la legislación española al establecer la relación entre la autonomía y el interés o bienestar de la persona con discapacidad, la normativa alemana resuelve esta cuestión de forma clara, estableciendo que: *“la voluntad de esta ultima no debe considerarse si se perjudica a sí misma por su forma de actuar, por ejemplo, si el actuar de la persona afectada representa un peligro para su patrimonio o para su salud”* (Weidenslaufer y Truffello, 2019, p. 19).

Algo en lo que coinciden ambas legislaciones es en el objetivo de sus reformas, esto es, el establecimiento de medidas de apoyo específicas y destinadas a dar una solución personalizada que garantice el respeto de la autonomía y la voluntad de las personas con discapacidad de acuerdo con la CDPD. Como indica Buchhalter-Montero (2022), lejos de ser un mero cambio de terminología, se trata de poner a disposición de las personas con discapacidad los instrumentos adecuados y precisos para que estén más informadas

y mejor protegidas y, consecuentemente, puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto.

Precisamente esto último, es decir, la singularización de las respuestas posibles es, sin lugar a duda, lo que, a pesar de plasmarlo en la teoría, parece ser lo que más se complica en la práctica. En el caso español, ya se ha comentado cómo la nueva regulación era necesaria en la medida en que la teoría del “traje a medida” no había logrado su propósito en la práctica, perdiendo su esencia individualizadora en una tendencia jurisprudencial caracterizada por, como señala Velilla (2021), haber “*abusado del procedimiento de incapacitación judicial total*”, siendo un régimen, en el que “*No había instituciones intermedias para salvar actos jurídicos aislados, obligando a los familiares a iniciar procesos judiciales de incapacitación donde realmente no era necesario*”.

Ahora bien, aún habiéndose incluido en la CDPD el anteriormente mencionado principio de reconocimiento de la diversidad de las personas con discapacidad, ya se ha expuesto cómo en algunas de las primeras resoluciones judiciales parece cometerse el mismo error, dando respuestas poco flexibles en la mayoría de las cuales se establece, o bien una curatela asistencial, o una curatela representativa en el mismo ámbito que la tutela que se revoca, siendo la combinación de ambas más bien escasa y resultando en “*quizá una manifestación de una excesiva rigidez en el diseño de las medidas de apoyo*” (Pallarés, 2022, p.3). De tal forma que parece claramente necesaria una buena labor interpretativa para no volver a caer en “*la premisa errónea de considerar al colectivo de personas con discapacidad como un grupo homogéneo*” (Velilla, 2021).

7. CONCLUSIONES

La reforma legislativa introducida por la Ley 8/2021 tiene su origen en el compromiso que España adquirió al firmar y ratificar la CDPD, cuyo objetivo era promover “*el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*” (art. 1) de las personas con discapacidad y, en particular, que los Estados firmantes garantizaran su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, respetando en su ejercicio sus derechos, voluntades y preferencias (art. 12).

A lo largo del presente trabajo se han analizado los principales cambios introducidos por la Ley 8/2021. En particular, con respecto a la reforma llevada a cabo del Código Civil podemos destacar lo siguiente:

- En primer lugar, supone un cambio de paradigma, situando a la persona con discapacidad como protagonista de sus propias decisiones y velando por el respeto de su voluntad, deseos y preferencias en el ejercicio de su capacidad jurídica. Lo que debe desarrollarse en igualdad de condiciones con el resto.
- Se ha producido el cambio de un sistema basado en la sustitución de la persona con discapacidad a otro en el que predomina su apoyo, eliminando la incapacitación y modificación judicial de la capacidad y teniendo las instituciones representativas carácter excepcional.
- Además, en cuanto a este nuevo sistema también se debe mencionar la configuración de la curatela como la principal medida de apoyo y la regulación de la guarda de hecho como una institución jurídica, reconociendo su importancia y frecuencia práctica.

Por otro lado, con respecto al objeto principal de análisis del trabajo, esto es, la capacidad de testar de las personas con discapacidad, del desarrollo del presente estudio se han deducido las siguientes conclusiones:

- Se mantiene el reconocimiento general de la capacidad para testar en el art. 662 CC al igual que el art. 666 CC, por el cual la capacidad de testar debe apreciarse en el momento del otorgamiento de testamento.

- Lo que sí que varía es el art. 663 CC, que contiene la enumeración de quienes no pueden otorgar testamento. En lo relevante para las personas con discapacidad, en su nueva redacción establece que no puede testar: “*La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello*”. De esta manera, podríamos decir que se ha ampliado la capacidad para testar de las personas con discapacidad, ya que se ha puesto fin a la tendencia anterior de establecer una relación entre incapacidad y prohibición para testar.
- Por otro lado, tras la reforma del art. 665 CC, es el notario el que debe apreciar si el otorgante tiene capacidad legal suficiente o no, prescindiendo del informe de los facultativos. Así mismo, es el responsable de apoyar a la persona con discapacidad y facilitarle los ajustes necesarios para que desarrolle sus propias decisiones y puedan manifestarlas de acuerdo con su voluntad, deseos y preferencias.

Es decir, el notario se convierte en un actor clave del nuevo régimen, desempeñando un papel de apoyo institucional y protección para la persona con discapacidad. No obstante, a pesar de la complejidad de su función y la gran variedad de escenarios a los que podría enfrentarse, se echa en falta una especificación de criterios, directrices u orientaciones que permitan armonizar y unificar su labor.

- En lo que respecta a las medidas de apoyo, han sido reconocidas como el otro actor clave del nuevo régimen. En cuanto a su intervención en el otorgamiento del testamento, al ser un acto personalísimo, se ha recalcado cómo únicamente podrían intervenir en el momento de la formación de la voluntad testamentaria (dando explicaciones sobre la importancia del acto en cuestión, las diversas opciones y consecuencias), pero, en ningún caso, en la manifestación de esta.
- De forma adicional, se debe mencionar que, a pesar de la importancia que da la CDPD al respeto a la voluntad de la persona con discapacidad y a su protección frente a posibles abusos, la reforma no hace ninguna referencia expresa a posibles influencias o manipulaciones indebidas ni formas específicas de poder evitarlas.

Luego, resulta cuestionable que el legislador haya pasado por alto el hecho indudable de que la otra cara de la moneda de una mayor independencia de las personas con discapacidad es una mayor vulnerabilidad de estas.

- Por otra parte, resultan comparables las críticas que se hacían con respecto a la rigidez y la falta de flexibilidad del régimen anterior y la aplicación fallida del “traje a medida” con la posible nueva tendencia a utilizar la curatela representativa o asistencial de la misma forma, sin terminar de dar una respuesta individualizada que satisfaga completamente el principio de diversidad de las personas con discapacidad.
- Así mismo, se critica que el legislador haya optado por la supresión de la sustitución ejemplar. Pues se trataba de una figura que evitaba la sucesión ab intestato en aquellos casos en los que la persona con discapacidad no tiene capacidad para otorgar testamento. Parece un error ignorar estos casos en los que es imposible otorgar testamento, ya que desembocan en la sucesión intestada de las personas cuyo juicio notarial de capacidad haya sido negativo.

En resumen, se ha podido comprobar que los cambios introducidos por la Ley 8/2021 son esenciales para orientar el orden político y social de acuerdo con los principios de la CDPD y van en línea con la dirección tomada por los países de nuestro entorno. Como se ha expuesto, la reforma va mucho más allá de simples modificaciones en la terminología empleada en nuestro sistema, abogando por una mayor autonomía e independencia de las personas con discapacidad y el respeto a su dignidad personal (art. 10 CE). Sin embargo, no se puede ignorar que, desde un punto de vista práctico, la protección de las personas con discapacidad, que era el eje del antiguo sistema, también puede suponer, en determinados casos y situaciones, la preservación de su dignidad.

Por su parte, la capacidad de testar de las personas con discapacidad se ha visto ampliada y mientras continúe la falta de protocolización del juicio de los notarios, se les deja en manos de su propia pericia e intuición, y completamente indefensos ante posibles impugnaciones y reclamaciones.

Ahora bien, debido a que la entrada en vigor de la ley es reciente, todavía es pronto para determinar con precisión cuáles son los efectos que podría conllevar en la práctica. Habrá que continuar prestando atención a la labor doctrinal, que podría encargarse de determinar las situaciones críticas en las que puedan encontrarse las personas discapacitadas: aquellas en que dichas personas pudieran ser sometidas a abusos o inducidas a manifestar una voluntad que vaya en contra de sus propios intereses, y establecer con claridad la medida o medidas adecuadas al caso, procurando que sean de apoyo, pero sin desdeñar, si se hace necesario, la protección de la persona con discapacidad. De la misma manera, habrá que atender a la tendencia jurisprudencial para terminar de concluir hasta qué punto esta reforma es realmente beneficiosa para las personas con discapacidad y, comprobar si supone, por fin, una respuesta personalizada en línea con lo que ya se pretendía conseguir con el “traje a medida” o si, tratando de suplir los vacíos que deja la ley en cuanto a la protección o vulnerabilidad de la persona con discapacidad, se volverán a cometer los mismos errores.

8. BIBLIOGRAFÍA

8.1. Legislación

Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (“Gaceta de Madrid” de 29 de mayo de 1862).

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (“Gaceta de Madrid” de 16 de octubre de 1885).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (“Gaceta de Madrid” 25 de julio de 1889).

Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. (BOE de 7 de julio de 1944).

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE de 27 de febrero de 1946).

Constitución Española (BOE de 29 de diciembre de 1978).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 08 de enero de 2000).

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE de 19 de noviembre de 2003).

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, 13 de diciembre de 2006. Ratificada por España en 2007 y publicada en el BOE en 2008.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE de 22 de julio de 2011).

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE de 2 de agosto de 2011).

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 social (BOE de 3 de diciembre de 2013).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE de 31 de marzo de 2015).

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. (BOE de 3 de julio de 2015).

Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. (BOE de 29 de junio de 2017).

Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. (BOE 17 de octubre de 2017).

Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones. (BOE de 14 de diciembre de 2017).

Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. (BOE de 6 de diciembre de 2018).

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE de 3 de junio de 2021).

8.2. Circulares informativas y Observaciones.

Observación General nº 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas.

Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 9 de abril de 2019.

Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

8.3. Jurisprudencia.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 282/2009 de 29 de abril de 2009 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2009/2901]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 341/2014 de 1 de julio de 2014 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2014/4518]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 298/2017 de 16 de mayo de 2017 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2017/2207]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2017 de 8 de noviembre de 2017 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2017/4760]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 124/2018 de 7 de marzo de 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2018/934]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 146/2018 de 15 de marzo de 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2018/1090]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 269/2021 de 6 mayo 2021 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2021/2381]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 589/2021 de 8 de septiembre de 2021 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2021/4002]

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla núm. 133/2021 23 de noviembre 2021 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2022/91803]

8.4. Obras doctrinales

Amunátegui Rodríguez, C. (2021a). Comentario. En C. Guilarte Martín-Calero (coord.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (pp.879-887).

Amunátegui Rodríguez, C. (2021b). Comentario. En C. Guilarte Martín-Calero (coord.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (pp.887-894).

Amunátegui Rodríguez, C. (2018). *La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona*. Editorial Reus, pp.1-27.

Arnau Moya, F. (2022). Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. *Revista Boliviana de Derecho*, (33), 534-573.

Asís Roig, R. D., Barranco Avilés, M. D. C., Campoy Cervera, I., Cuenca Gómez, P., Ramiro Avilés, M. Á., Ospina Ramírez, M., Benavides López, Á. y Valverde Martínez, R.M. (2012). *Capacidad jurídica y discapacidad: Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. (23). Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14183/informe_TD_23.pdf

Buchhalter-Montero, B. (2022). La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual: aspectos sustantivos, procesales y administrativos. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (17), 150-171.

Colmenar Mallén, M.C. (2019). Ciertos aspectos de la incapacidad en Derecho romano, Derecho actual en España y regulación en algunos países de nuestro entorno. En

AIDROM (ed.), *Fundamentos romanísticos del Derecho Contemporáneo. Tomo III* (pp.1459-1496). Editorial BOE.

Corvo López, F. (2021). La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 1-29.

Corvo López, F. (2019). La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual. *Revista de Derecho Civil*, 6(4), 135-170.

Díez-Picazo, L. y Gullón Ballester, A. (2017). *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. (Tomo 2). Derecho de Sucesiones*. Tecnos, pp. 49-113.

Espiñeira Soto, I. (2015). ¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena? *Revista de Derecho Civil*, 2(2), 285-287.

Fernández de Buján, A. (2021). La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma para la discapacidad. *Diario La Ley*, (9961), 1-20.

Fernández Hierro, J. M. F. (1998). Concepto y naturaleza del testamento. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 46(1), 143-162.

Forgueral Gutiérrez, T., Pérez Castro, C.T. y Tenreiro Busto, E. (2021). *Reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad. Paso a paso. Todas las claves de la reforma efectuada en el Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Colex, pp. 1-30.

Guilarte Martín-Calero, C. (2018). Capacidad para testar de persona sometida a curatela: contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código Civil. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018). En *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (pp. 453-466). Dykinson,

- Hermida Bellot, B. (2022). Personas con discapacidad intelectual y medidas de apoyo en el ejercicio de su derecho a otorgar testamento. Análisis de la reforma operada por Ley 8/2021. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (17 bis), 1914-1933.
- Moreno Flórez, R.M (2021). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial de una persona con discapacidad psíquica. En Yzquierdo Tolsada, M. (coord.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, (pp. 145-158). Dykinson.
- Pallarés Neila, J. (2022). El traje nuevo del emperador. Análisis de la jurisprudencia menor un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021. *Actualidad Civil: LA LEY*, (9), 1-17.
- Petit Sánchez, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés. *Revista de Derecho Civil*, 7(5), 265-313.
- Romero Coloma, A. (2012). La capacidad de testar y su problemática jurídica. *Revista de Derecho de Familia*, (56), 289-308.
- Rubio, G. y Paz, M. (2018). 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 de la Academia Matritense del Notariado*, (58), 143-192.
- Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M. (2018). *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho civil*. Dykinson, pp. 477-507.
- Sospedra Navas, F.J. (2021). Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad. *Aranzadi Digital*, (1), 1-19.

de Verda y Beamonte, J.R. (2022). La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia. *Diario La Ley*, (10168), 1-44.

Weidenslaufer, C.V. y Truffello, P.G. (2019). *Derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de la capacidad jurídica. Derecho internacional y comparado* (120061). Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, de la Cámara de Diputados de Chile. Disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27363/1/Informe%20BCN%20Capacidad%20jur%C3%ADdica%20PcDI_Derecho%20comparado\(1\).pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27363/1/Informe%20BCN%20Capacidad%20jur%C3%ADdica%20PcDI_Derecho%20comparado(1).pdf).

8.5. Recursos de Internet

Amunátegui Rodríguez, C. (27 de septiembre de 2021c). Sentencia de Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medias de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar mucho las cosas? *Hay Derecho*. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2021/09/27/sentencia-de-pleno-de-8-de-septiembre-de-2021-sobre-adopcion-de-medidas-de-apoyo-en-aplicacion-de-la-ley-8-2021-van-a-cambiar-mucho-las-cosas/>. Fecha de última consulta 24/03/2023.

Álvarez Royo-Villanueva, S. (2022). Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021 (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021). *Notario del siglo XXI*, (102). Disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-102/11312-proteccion-o-derecho-a-equivocarse-en-la-ley-8-2021-mas-sobre-las-sts-de-8-de-septiembre-de-2021>. Fecha de última consulta 24/03/2023.

Comisión de Derechos Humanos, Unión Internacional del Notariado (2019). *Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: el notario como apoyo institucional y autoridad pública*, Unión Internacional del Notariado (UINL). Disponible en: <https://www.notariado.org/portal/documents/176535/264697/Gu%C3%ADa+de+buenas+pr%C3%A1cticas+para+personas+con+discapacidad+del+notariado+>

[mundial.pdf/c7a36d45-b01c-f8f5-936e-6dc598ca2bfa?t=1580212779010](https://www.mundial.pdf/c7a36d45-b01c-f8f5-936e-6dc598ca2bfa?t=1580212779010). Fecha de última consulta 24/03/2023.

Lora-Tamayo Rodríguez, I. (2018). El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del código civil relativos al ejercicio de su capacidad”. *Notario del siglo XXI*, (97). Disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10762-el-apoyo-notarial-a-la-persona-discapacitada-en-la-ley-que-reforma-los-preceptos-del-codigo-civil-relativos-al-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>. Fecha de última consulta 24/03/2023.

Tena Arregui, R. (2021). El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad. *El Notario del Siglo XXI*. Disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10931-el-juicio-notarial-de-valoracion-del-consentimiento-tras-la-ley-8-2021-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>. Fecha de última consulta 24/03/2023.

Pérez Ramos, C. (2021). Incidencia de la Ley 8/2021 sobre las sustituciones hereditarias. *El Notario del siglo XXI*. Disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-99/10933-incidencia-de-la-ley-8-2021-sobre-las-sustituciones-hereditarias>. Fecha de última consulta 24/03/2023.

Velilla Antolín, N. (2021) Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad. *El notario del Siglo XXI*. (29). Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-99/10938-una-vision-critica-a-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>. Fecha de última consulta 24/03/2023.