



LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA DE LAS PERSONAS CON DEMENCIA

A CAPACIDADE TESTAMENTARIA DAS
PERSOAS CON DEMENCIA

TESTAMENTARY CAPACITY OF PEOPLE WITH
DEMENTIA

Trabajo Fin de Máster

Máster en Abogacía y Procura (2023-2025)

Autora: SILVIA SERRETTA

Tutor: FERNÁNDO PEÑA LÓPEZ

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	5

Capítulo 1

LA CAPACIDAD PARA TESTAR: UN ENFOQUE EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

I. Concepto tradicional de la capacidad para testar: desde el derecho romano hasta el código civil de 1889	8
II. La Ley 8/2021: principales reformas y novedades	10
III. La capacidad para testar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021	12
III.I. Los nuevos artículos 663 y 665 del Código Civil	14
IV. La tendencia anticipadora de la jurisprudencia "pre-Reforma"	16
V. La discapacidad al momento de testar: ausencia de definiciones normativas	19

Capítulo 2

LA INFLUENCIA DE LAS DISFUNCIONES COGNITIVAS EN LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA

I. Alzheimer, demencia senil y otras afecciones cerebrales: similitudes y diferencias	23
II. La variabilidad de los trastornos cognitivos degenerativos y su influencia en la capacidad decisoria	28
III. La actitud de la jurisprudencia frente al testador afectado por demencia	32

Capítulo 3

LA IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO OTORGADO POR PERSONAS CON DEMENCIA: ALGUNOS ASPECTOS PRÁCTICOS

I. Consecuencias y remedios frente al testamento otorgado por quién no tenía capacidad y remedios: la nulidad	34
II. La carga de la prueba en el procedimiento de nulidad del testamento	38
II. I. Los principales medios de prueba	40

II.II. La prueba de la incapacidad testamentaria como <i>probatio diabólica</i>	42
III. El papel del notario en la acreditación de la capacidad del testador: una breve reflexión crítica	45
CONCLUSIONES	49
BIBLIOGRAFÍA	53
ANEXO LEGISLATIVO	54
ANEXO DE JURISPRUDENCIA	56

ABREVIATURAS

AP Audiencia Provincial

ART Artículo

CC Código Civil

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TS Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El testamento es una de las manifestaciones más personales y trascendentales de la autonomía de la voluntad, pues permite a una persona decidir el destino de su patrimonio tras su fallecimiento. Sin embargo, esta capacidad para disponer de bienes *mortis causa* no puede entenderse de forma aislada de las condiciones personales del testador, entre las cuales su capacidad jurídica y cognitiva desempeñan un papel esencial.

En este contexto, la problemática de la capacidad testamentaria adquiere una especial relevancia cuando nos enfrentamos a situaciones de discapacidad debidas a enfermedades degenerativas, como el Alzheimer y los otros tipos de demencias. Estas afecciones comprometen las principales esferas cognitivas del individuo, tales como la memoria, el juicio crítico y, en última instancia, la capacidad de tomar decisiones de modo libre y consciente, por lo que plantean importantes interrogantes sobre la validez de los actos jurídicos realizados por las personas que las padecen.

La presente investigación tiene como eje central el análisis de la capacidad testamentaria de las personas con demencia, desde una doble perspectiva: jurídica y práctica. A lo largo del trabajo, se examinarán tanto los fundamentos normativos y jurisprudenciales que rigen esta materia, como las implicaciones médicas de las disfunciones cognitivas en la capacidad para testar y los retos asociados a la impugnación de estos testamentos.

El primer capítulo realiza un recorrido histórico y normativo sobre la capacidad para testar, con particular atención a las personas afectadas por trastornos cognitivos. Se pone especial énfasis en las transformaciones introducidas por la Ley 8/2021, de reforma en materia de discapacidad, y en su impacto en el régimen de capacidad testamentaria. Asimismo, se analizarán las lagunas y los retos que aún persisten en el marco normativo, especialmente en relación con las personas con discapacidad cognitiva.

El segundo capítulo aborda la influencia de las disfunciones cognitivas, como el Alzheimer o la demencia senil, en la capacidad de los testadores. A través del estudio de estas patologías, de los déficits cognitivos que generan sus distintos estadios y de su extrema variabilidad, se reflexionará sobre la actitud de los tribunales frente a estas situaciones y la necesidad de garantizar la protección tanto de los derechos del testador como de la seguridad jurídica de los actos otorgados.

Finalmente, el tercer capítulo se centra en los aspectos prácticos de la impugnación de testamentos otorgados por personas con demencia. Aquí se analizan algunas facetas del procedimiento de nulidad relativo, tal y como la complejidad probatoria inherente a estas reclamaciones y el papel crucial que desempeña el notario en la valoración y acreditación de la capacidad del testador.

De este modo, el presente trabajo busca ofrecer una visión exhaustiva de la problemática estudiada, combinando el análisis médico de las patologías neurodegenerativas interesadas y su influencia en la capacidad del individuo con el análisis normativo y jurídico de la misma, destacando los numerosos desafíos prácticos que surgen en este ámbito en el derecho sucesorio. En última instancia, el objetivo es contribuir a la reflexión sobre cómo las normas jurídicas y las interpretaciones jurisprudenciales pueden equilibrar la protección de los derechos de las personas con discapacidad con las exigencias de seguridad jurídica y equidad en el tráfico jurídico.

Capítulo 1:

LA CAPACIDAD PARA TESTAR: UN ENFOQUE EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

I. Concepto tradicional de la capacidad para testar: desde el derecho romano hasta el Código Civil de 1889.

En el derecho romano, afirmaba GAYO que para saber si un testamento era válido, primero debíamos de saber si el testador tenía la facultad necesaria para testar¹, esto es, si ostentaba la llamada “*testamenti factio*”². Más allá del estatus social, y por lo que aquí interesa, este concepto implicaba la capacidad del sujeto de otorgar “*un acto o declaración consciente de voluntad*”³, a través de una manifestación de voluntad que pudiera ser tomada en consideración por la ley. A tal fin, entre otros, no se consideraban capaces para testar válidamente los *impubes*⁴ *sui iuris* (infantes y jóvenes hasta una cierta edad que estaban todavía sujetos a la tutela y potestad familiar⁵), los locos salvo momentos de lucidez, y los sordos y los mudos bajo ciertas condiciones, debiendo de ser valorada su capacidad de testar caso por caso por parte del Emperador⁶.

La *testamenti factio* activa, además, no solo tenía que existir al momento del otorgamiento, sino que tenía que persistir hasta la muerte del testador, so pena de la ineficacia sobrevenida del testamento; por otro lado, la adquisición posterior de la capacidad para testar no convalidaba un testamento otorgado en su ausencia⁷.

Siguiendo las huellas de su ancestro, el derecho civil español ha siempre considerado la capacidad para testar como uno de los requisitos esenciales e inderogables para poder otorgar un testamento válido y apto para producir sus efectos *post mortem*.

En el Proyecto de Código Civil español de 1851⁸, conocido también como “Proyecto García Goyena”, se identificaban como “*incapaces de administrar sus bienes*” los locos y los

¹ Así lo recuerda RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones común - Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 212.

² Cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *ibid.*, p.213, *apud* IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, Ariel, 1992, p.599.

³ *Ibid.*, p.213.

⁴ Por contrario, el “*puer menor*” sí podía otorgar testamento, sin necesidad de consentimiento de su curador. Cfr. *ibid.*

⁵ Cfr. ARÉVALO CABALLERO, W., “Excepciones a la incapacidad de obrar del ‘*impuer*’ y del ‘*minor sui iuris*’ y su recepción en derecho español”, *Revista internacional de derecho romano*, Abril - 2011, pp.40 y ss.

⁶ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *ob.cit.*, p.214.

⁷ Cfr. *ibid.*

⁸ Vid. ATAZ LÓPEZ, J., *Código Civil: Proyecto de 1851*, Universidad de Murcia, s. f. Recuperado de: <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>.

dementes, los sordomudos incapaces de leer y escribir, los pródigos y los que estaban sujetos a interdicción civil (art.279). Con particular referencia a la capacidad testamentaria, preveía el artículo 600 que “[p]ueden disponer por testamento los varones mayores de catorce años las hembras mayores de doce, que, al hacerlo, gocen de su cabal juicio” y que “[l]os locos o dementes, que tengan lucidos intervalos, pueden disponer durante ellos”. Se establecía además que bajo ciertas condiciones los mudos que pudieran escribir podían otorgar testamento cerrado (arts. 570 y 603), mientras que los ciegos que no supiesen o pudiesen leer no podían otorgar testamento cerrado⁹ (art. 602). En todo caso, el momento a tener en cuenta para considerar dicha capacidad era solamente el del otorgamiento.

Por su parte, el anteproyecto del Código Civil español de 1882-1888¹⁰ introdujo una disposición más “abierta”, previendo en su artículo 736 que pueden disponer por testamento “los que no estén expresamente incapacitados por ley”, esto es, según dispone el siguiente artículo, los menores de 16 años y los que “habitual o accidentalmente” se encuentren “en estado de enajenación mental, mientras dure el impedimento”. El momento a considerar para evaluar la capacidad del testador sigue siendo el del otorgamiento (art.740), y al artículo 739 se prevé también la posibilidad para el demente de hacer testamento, siempre que se encuentre en un intervalo lúcido y que respeten ciertas condiciones formales¹¹.

Finalmente, en consonancia con lo dispuesto en el citado Anteproyecto, el Código Civil de 1889 estableció una regla general positiva a favor del reconocimiento de la capacidad de testar, recogiendo en su artículo 662 que “[p]ueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”. Como se desprende de su lectura, el mencionado artículo no introduce una definición de capacidad testamentaria, sino que establece una presunción general de capacidad¹². En virtud de esta, pueden otorgar testamento todas las personas a las que la ley no se lo prohíba de modo expreso, siendo estas últimas, según lo que disponía el artículo 663 original al igual que el artículo 737 del Anteproyecto, las personas menores de edad y quienes, de forma habitual o accidental, no se encontraran en su cabal juicio.

⁹ Sin embargo, nada se decía en el referido Proyecto de 1851 sobre la posibilidad para esos sujetos de otorgar testamento abierto.

¹⁰ Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Colegio Notariales de España, 2ª edición, 2006.

¹¹ Art.739 Anteproyecto del Código Civil español 1882-1888: “Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe en el testamento de su declaración, que subscribirán los Facultativos además de los testigos.”

¹² Cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *ibid.*, p.216.

Por su parte, el artículo 665 reprodujo lo que disponía el artículo 736 del Anteproyecto respecto de los dementes, estableciendo que estos podían testar bajo ciertas condiciones y siempre que se encontraran en un intervalo de lucidez¹³.

Por último, y al igual que todos sus predecesores, el artículo 666 estableció que para valorar la concurrencia de la capacidad testamentaria “*se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento*”¹⁴.

A día de hoy, la presunción de capacidad testamentaria sigue constituyendo un pilar medular del derecho de sucesión español. A pesar de las reformas que han interesado nuestro Código Civil, la disposición del artículo 662 ha perdurado invariada, fundando una presunción *iuris tantum* que solamente puede ser destruida mediante una prueba contundente e inequívoca en contrario, sobre cuyas peculiaridades, sin embargo, nos detendremos más adelante¹⁵.

II. La Ley 8/2021: principales reformas y novedades.

Si por un lado la presunción de capacidad ex artículo 662 CC ha permanecido inalterada, el resto de la normativa de la normativa civilista que regula la relación entre la capacidad del individuo y la libertad de otorgar testamento ha sido sujeta a algunas modificaciones relevantes. La última y la más importante es seguramente la operada por 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 jurídica¹⁶.

Antes de entrar en detalle sobre los cambios que esta reforma aportó a las normas del Código Civil aquí interesadas, es importante destacar brevemente cuál fue el espíritu y los motivos que empujaron su promulgación. Pues, tal y como se desprende de su Exposición de Motivos¹⁷, dicha reforma ha constituido un total cambio de rumbo en la forma de concebir y tratar las personas con discapacidad, introduciendo unas modificaciones que, lejos de ser de mera formalidad y nomenclatura, han cambiado por completo la actitud del ordenamiento jurídico

¹³ Disponía el artículo 665 CC en su formulación originaria que “*Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos.*”

¹⁴ Establece el artículo 664 CC que “[e]l testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”.

¹⁵ Vid. Capítulo 3, III.

¹⁶ A partir de ahora, “Ley 8/2021”.

¹⁷ Cfr. Preámbulo I de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

español frente a dichas personas, sus derechos y la libertad de actuación que ha de serle garantizada, inclusive en el ámbito testamentario.

En particular, la Ley 8/2021 ha sido promulgada en cumplimiento del artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, con el objetivo de alinear el marco normativo español con los estándares internacionales en materia de capacidad¹⁸. En este ámbito, opera una reforma integral de la legislación civil y procesal española, promoviendo un modelo totalmente nuevo, basado en el reconocimiento y respeto de la capacidad jurídica plena de todas las personas, independientemente de su posible discapacidad. Este modelo reemplaza las figuras tradicionales que tendían a sustituir la voluntad del sujeto con discapacidad en la toma de decisiones¹⁹, cuales la tutela o la incapacitación judicial. Por el contrario, se opta ahora por un enfoque de apoyo individualizado, mirado a establecer medidas de asistencia proporcionales, personalizadas y revisables, en el máximo respeto de la voluntad de la persona interesada y de su derecho a tomar decisiones sobre su vida y patrimonio autónomamente²⁰.

En realidad, el nuevo marco legal refleja y formaliza lo que ya venía destacando la jurisprudencia de nuestros tribunales, que gradualmente se había enderezado hacia un sistema siempre más respetuoso de la dignidad y de la voluntad de las personas afectadas por discapacidad²¹. En este sentido, apenas antes de la promulgación de la Ley 8/2021, el Alto Tribunal en su sentencia de 6 de mayo de 2021²² se había pronunciado sobre el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad a la luz del Convenio de Nueva York de 2006, preocupándose de remarcar los principios derivados de su suscripción y que tenían que inspirar el nuevo panorama normativo. Estos principios son: presunción de capacidad de las personas, que como hemos mencionado forma parte del sistema civil español desde sus albores; el principio de interés superior de la persona con discapacidad, la no alteración de la titularidad de sus derechos fundamentales; y, finalmente, el principio de flexibilidad, por el que “[e]l

¹⁸ Cfr. COSTAS RODAL, L., *Autonomía y apoyo de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio tras la Ley 8/2021*, Tirant Lo Blanch, 2024, pp.15-16.

¹⁹ Cfr. Exposición de Motivos I de la Ley 8/2021.

²⁰ Cfr. Exposición de Motivos III y IV de la Ley 8/2021.

²¹ Así, por ejemplo, con relación a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, una consolidada línea jurisprudencial venía señalando la exigencia de que estas sean “como un *traje a medida*” para cada sujeto que las necesite, debiéndose de adaptar a su situación concreta y a sus exigencias y preferencias (entre otras, vid. SSTs 282/2009, de 29 de abril; 341/2014, de 1 de julio; 552/2017, de 11 de octubre; 244/2015, de 13 de mayo, 557/2015, de 20 de octubre; 373/2016, de 3 de junio; 458/2018, de 18 de junio; 269/2021, de 6 de mayo). Cfr. COSTAS RODAL, L., *Autonomía y apoyo de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio tras la Ley 8/2021*, Tirant Lo Blanch, 2024, p.40, nota 47.

²² (ECLI:ES:TS:2021:1894).

sistema de protección no ha de ser rígido, ni estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y, además, constituir una situación revisable”.

De modo coherente, el principal objetivo de la Ley 8/2021 ha sido garantizar el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica del individuo con discapacidad, entendida como la plena titularidad de sus derechos y la legitimación para ejercerlos sin limitaciones basadas en conceptos de incapacidad. En este sentido, las medidas de apoyo varían dependiendo de las necesidades y circunstancias de cada sujeto, buscando siempre garantizar el pleno respeto de su voluntad y de sus preferencias²³.

Este nuevo enfoque se ha revertido en casi todas las áreas del derecho español, al introducir modificaciones tanto en la legislación sustantiva (Código Civil, Código Penal, Código de Comercio, etc.) como en la procesal. Entre estas²⁴, por ejemplo, en la Ley Hipotecaria se elimina el Libro de incapacitados, para adaptar su terminología y contenido a la nueva normativa; del mismo modo, se reforman los artículos 4, 5 y 234 del Código de Comercio, eliminando toda referencia a los incapaces.

Por lo que concierne la normativa procesal, en la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria se sustituyen todas las expresiones provenientes del anterior cuadro normativo con las propias del nuevo marco (ej. *“persona con capacidad modificada judicialmente”* por *“persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”*) y se introduce el nuevo expediente de medidas judiciales de apoyo para las personas con discapacidad.

La Ley de Enjuiciamiento Civil también ha sido de la normativa procesal más afectada por la reforma: entre otras cosas, se ha introducido el artículo 7 bis, enteramente dedicado a los “ajustes para personas con discapacidad” en los procesos, y se ha regulado en los artículos 756 y siguientes el proceso relativo a la adopción judicial de medidas de apoyos a las personas con discapacidad.

²³ Cfr. COSTAS RODAL, L., ob. cit., p.44.

²⁴ Cfr. Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB), *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*, (s. f.). Recuperado de <https://www.icab.es/es/actualidad/noticias/noticia/Ley-8-2021-de-2-de-junio-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica/>.

III. La capacidad para testar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021.

En el ámbito sucesorio, y en particular con relación a la capacidad testamentaria de las personas afectadas por discapacidad, la Ley 8/2021 también ha aportados cambios significativos, reflejándose los más relevantes²⁵ en el Código Civil y en la Ley del Notariado. En esta última, se insertan una serie de previsiones para tutelar las personas con discapacidad en el otorgamiento del testamento, estableciendo que, en el caso de que las mismas no se encuentren suportadas por apoyo suficiente en dicho momento, el Notario deberá de comunicarlo al Ministerio Fiscal, para que este solicite la designación de un defensor judicial²⁶.

Entre las modificaciones aportadas en el Código Civil, cabe destacar las relativas a la modalidad de otorgamiento del acta de última voluntad, tanto en el caso del testamento abierto como cerrado. Por lo que se refiere a la primera modalidad, se amplía la posibilidad para dichas las personas con discapacidad de recoger su disposición testamentaria de forma válida, detallándose los medios a través de los cuales pueden expresar voluntad, y asegurando que los mismos sean utilizados también para la lectura del acta por parte del Notario, toda vez que sea necesario para garantizar la plena comprensión de su contenido por parte del otorgante²⁷. También se amplía el área de autonomía de los sujetos con discapacidad, previéndose que la presencia de los testigos para otorgar testamento abierto ya no será necesaria en caso de ceguera²⁸. Con relación al testamento cerrado, se introduce la posibilidad de otorgarlo para las personas con dificultades visuales²⁹, siempre con la ayuda de los medios de soporte adecuados

²⁵ Cfr. Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM). *Cuadro comparativo de la Ley 8/2021 sobre discapacidad*, 2021. Recuperado de <https://web.icam.es/wp-content/uploads/2021/06/cuadro-COMPARATIVO-Ley-Discapacidad.pdf>.

²⁶ Así se prevé en los artículos 57 y 62 de la referida Ley, con relación respectivamente a los testamentos cerrados y a los testamentos ológrafos.

²⁷ Dispone en particular el artículo 695 CC que: “El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad.”.

²⁸ Así lo dispone el artículo 697 CC en su nueva redacción, habiéndose suprimido el antiguo apartado 2º y previendo ahora que: “Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: 1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento. 2.º Cuando el testador o el Notario lo soliciten.”

²⁹ Dispone el artículo 708 CC que: “No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código.”

y se intensifican significativamente las formalidades requeridas para que el otorgamiento del mismo sea válido³⁰.

Ahora bien, centrando más aún el tema que aquí interesa y volviendo a las disposiciones del Código Civil que regulan la capacidad para testar – consideradas al principio del presente capítulo, estas han sido adaptadas por la Reforma del 2018 a las exigencias del nuevo cuadro normativo. Como hemos mencionado, la presunción de capacidad ex artículo 662 ha permanecido inalterada, y así también lo dispuesto en los artículos 666 (relativo al momento a tener en cuenta para apreciar la capacidad del testador) y 664 del mismo texto legal (relativo al testamento otorgado antes de la enajenación mental). Sin embargo, a través de la modificación de los artículos 663 y 665, el legislador de 2021 ha llevado a cabo una importante reforma sustancial de la disciplina codificada en materia de capacidad testamentaria de las personas con discapacidad.

III.I. Los nuevos artículos 663 y 665 CC.

Con relación al artículo 663 CC, dispone ahora este en su apartado segundo que no podrá testar *“la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios de apoyos para ello”*.

La nueva redacción del precepto trae consigo dos novedades relevantes. En primer lugar, la nueva formulación especifica el momento que ha de tenerse en cuenta para valorar la capacidad del sujeto, esto es, únicamente el momento de testar.

En segundo lugar – y no por importancia –, el nuevo artículo elimina cualquier referencia al *“cabal juicio”*, concepto propio del antiguo marco normativo que casa mal con el nuevo panorama jurídico³¹. En su lugar, pone el foco de atención sobre la capacidad del sujeto para expresar su voluntad de modo idóneo. Esto es, no se hace alusión a una capacidad genérica de obrar del sujeto, ni a las limitaciones corporales o cognitivas que este pueda tener. Lo único que es ahora relevante, es la posibilidad de que el sujeto, en el momento del testar, consiga

³⁰ Arts. 706 y ss. CC.

³¹ Cfr. MONCADA FERNÁNDEZ, I., *Incidencia de la ley 8/2021, de 2 de junio, sobre el régimen jurídico del testamento y las incapacidades relativas*, Trabajo de fin de Máster, Universidade da Coruña, pp.9-10, 2024. Recuperado de: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/36296/MoncadaFernandez_%20Irene_2024_Incidencia_Ley_8_2021_Regimen_juridico_testamento.pdf?sequence=2&isAllowed=y / Cfr. QUINTANA RODRÍGUEZ, M., *Capacidad jurídica para testar*, trabajo de fin de Grado, Universidad de Valladolid, 2022, p.54. Recuperado de: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/59596/TFG-D_01517.pdf?sequence=1

manifestar sus últimos deseos, ya sea valiéndose del apoyo de otras personas o del ayuda de los medios técnicos y materiales a tal fin necesarios³².

Resulta evidente, por tanto, a la luz del nuevo artículo 663 CC, la ampliación de la esfera de autonomía de los sujetos con discapacidad, cuya prohibición de testar válidamente queda notablemente reducida, limitándose solamente a aquellos casos más extremos que impliquen, *de facto*, la imposibilidad para estas personas de exteriorizar su voluntad de modo consciente³³.

El nuevo artículo 665 CC también se mueve en la misma línea. El legislador de 2021 adecua la redacción a la nueva terminología normativa, refiriéndose a “*la persona con discapacidad*” y no ya al “*incapacitado*”. Además, siguiendo dicha línea extensiva, dispone el actual artículo 665 CC que “*podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones*”³⁴. Como se desprende de su lectura, el nuevo texto legal suprime toda mención de los testigos, cuya presencia era antes indispensable para que la persona discapacitada pudiese disponer testamento³⁵. Por contrario, se otorga ahora un papel central a la figura del Notario, disponiendo además que el mismo “*procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias*”. En este sentido, es evidente la coherencia con lo dispuesto en el referido artículo 663, al prever una dinámica testamentaria en la que el sujeto con discapacidad pueda expresar su voluntad de modo autónomo, teniendo derecho a tal fin a recibir toda la ayuda y el soporte necesario por parte del Notario, que podrá a tal fin operar los debidos ajustes y emplear los instrumentos que resulten convenientes³⁶.

³² Así lo evidencia entre otros ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Reformas en derecho de sucesiones”. En *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., Tirant lo Blanch, 2022, p.463-464.

³³ ALVENTOSA DEL RÍO, J., ob. cit., pp.462-463.

³⁴ Disponía el antiguo artículo 665 CC los siguiente: “*Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos.*”

³⁵ Apunta de todos modos la doctrina que la posibilidad de exigir la presencia de los testigos sigue siendo una facultad reconocida al Notario, toda vez que tenga dudas sobre la capacidad del testador. Así entre otros en V. Barba: “Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad”, cit., p. 8; A. Domínguez Luelmo: “La reforma del Derecho de Sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y derecho transitorio”, cit., p. 381; C. Guilarte Martín-Calero: “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 a la STS de 15 de marzo de 2018 (146/2018)”, en *Comentarios a las sentencias de unificación civil y mercantil* (coord. M. Izquierdo Tolsada), vol. 10 (2018), Dykinson, Madrid, 2019, p. 629, *apud* ALVENTOSA DEL RÍO, J., ob. cit., p.466.

³⁶ A tal propósito, como bien recuerda ALVENTOSA DEL RÍO, J., ob. cit., p.468, dispone más detalladamente el artículo 25 de la Ley del Notariado en su apartado 4º que “[p]ara garantizar la accesibilidad de las personas

De modo totalmente novedoso, puntualiza además el legislador que el fin último de dicho procedimiento no es solo que el individuo pueda externalizar sus deseos, para cuyo fin además se faculta el Notario para operar los ajustes necesarios; sino que el mismo pueda primeramente procesar y formar sus propias decisiones de modo plenamente consciente y racional. Lo anterior, además, según señala la doctrina, se aplica “a todos los testamentos, tanto los ordinarios como los especiales”³⁷.

IV. La tendencia anticipadora de la jurisprudencia "pre-Reforma".

Junto con las diferentes modificaciones legislativas, también la jurisprudencia ha tenido un papel importante en la evolución del concepto de capacidad testamentaria y del testamento otorgado por personas con discapacidad.

En realidad, ya antes de la Ley 8/2021, la jurisprudencia nacional³⁸ se había pronunciado de modo afín a los preceptos de la Convención de Nueva York. En este sentido, esperemos que se nos perdonará por romper un poco el orden cronológico, destacando ahora una tendencia jurisprudencial³⁹ que es anterior respecto de la Reforma de 2021 apenas examinada, pero que bien se alineó y anticipó lo que finalmente se recogió en esta última.

Como hemos evidenciado⁴⁰, la presunción de capacidad para testar ex artículo 662 CC rige en nuestro ordenamiento desde la versión original del Código Civil de 1889. Y precisamente en obsequio a esta última, y en combinación con los nuevos principios proclamados por la Convención de 2006, la mayoría de los tribunales nacionales (esto es, tanto el TS como las Audiencias Provinciales) han tomado una actitud coherente y garantista de lo establecido por dicha Convención⁴¹.

con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso.”.

³⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, J., ob. cit., p.465.

³⁸ La jurisprudencia post Ley 8/2021 se examinará más adelante (vid. Capítulo 2 y Capítulo 3), con relación a ciertos aspectos específicos de los testamentos otorgados por personas con demencia y/o alzhéimer.

³⁹ Para una visión más profundizada y crítica de la posición de la jurisprudencia antes de la Reforma de 2021, cfr. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil”. En *Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil Español*, ESTELLÉS PERALTA, P. M., Tirant Lo Blanch, 2022, pp.429 y ss.

⁴⁰ Vid. Capítulo 1, III.

⁴¹ Con particular relación a la jurisprudencia del TS, así lo destaca AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil”. En *Dolencias del Derecho*

Así lo ha destacado, entre otras, la famosa sentencia del Pleno de 15 de marzo de 2018⁴², la cual, relacionando la normativa sucesoria del Código Civil pre-Reforma con el espíritu de la Convención, afirma que *“el principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC) ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006”*. Esta última, recuerda el Pleno, *“proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad así como promover el respeto de su dignidad inherente”*. De esta forma, según destaca el Supremo, *“se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción”*.

En este contexto, y de modo coherente, la jurisprudencia proporcionaba una interpretación de “cabal juicio”⁴³ – concepto que, como ya evidenciado, predominó en la normativa civilista hasta la reforma de 2021⁴⁴ – por la cual con este había de entenderse aquella situación de *“normalidad de la consciencia”* en la que todo individuo se encuentra, y que le consiente *“comprender la importancia y consecuencias de las propias acciones y aquella integridad de la voluntad que permite decidirse libremente en las propias determinaciones”*⁴⁵.

Ni la edad senil, ni las enfermedades psíquicas o la demencia, por tanto, obstaban a la posibilidad de otorgar testamento de modo válido⁴⁶, toda vez que el sujeto se encontraba en un momento de lucidez mental que le permitiera comprender la relevancia de sus acciones y tomar una decisión libre y consciente⁴⁷. Más bien, rigiendo la presunción de capacidad, para poder destruir esta última y así invalidar el testamento, tenía que probarse la ausencia de dicha lucidez de modo contundente e inequívoco, debiendo de ser la afección mental tan grave como para

Civil de Sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil Español, ESTELLÉS PERALTA, P. M., Tirant Lo Blanch, 2022, pp.432-433. Vid. también COSTAS RODAL, L., *Autonomía y apoyo de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio tras la Ley 8/2021*, Tirant Lo Blanch, 2024, p.90 y ss.

⁴² STS n.º 146/2018 de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:936).

⁴³ Contenido en el art.665 CC en su versión anterior a la Reforma de la Ley 8/2021.

⁴⁴ Vid. Capítulo 1, I. y III.I.

⁴⁵ Así lo recuerda entre otras la SAP de Madrid n.º 100/2022 de 22 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:2168).

⁴⁶ Así se destaca, entre otras, en la STS 520/2005, de 27 de junio, tal y como apunta COSTAS RODAL, L., *Autonomía y apoyo de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio tras la Ley 8/2021*, Tirant Lo Blanch, 2024, p.90.

⁴⁷ Cfr. *ibid.*

“hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos”⁴⁸.

Los testamentos otorgados por los incapaces, por tanto, han que considerarse válidos, incluso cuando estos padecieran de una enfermedad psíquicas⁴⁹, hasta que no se probara su total e indudable inaptitud en este sentido⁵⁰, siendo un “*principio de derecho*” que “*la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte*”⁵¹.

V. La discapacidad al momento de testar: ausencia de definiciones normativas.

Examinadas las novedosas aportaciones de la Ley 8/2021 en materia sucesoria y las interpretaciones jurisprudenciales que han eficazmente acompañado su aplicación, cabe hacer una breve reflexión.

En el Código Civil no figura una definición expresa de capacidad testamentaria, ni menos de lo que puede considerarse como “*incapacidad*” a la hora de testar. Pues, por un lado, la capacidad testamentaria se presume legalmente a partir de lo dispuesto en los artículos 662 y 663.2º CC. Y por otro, en el artículo 665 se regula el testamento otorgado por la “*persona con discapacidad*”, pero sin facilitar una definición de esta última.

Esto se debe a que la Ley 8/2021, que ha sustituido el término “*incapacitado*” antes contenido en el artículo 665 CC con “*persona con discapacidad*”, no ha especificado los requisitos y las condiciones que el sujeto ha de cumplir para ser considerado como tal. O, más bien, a nuestro modo de ver, lo ha hecho, pero en términos un tanto imprecisos.

Tratemos de explicarnos mejor. La referida ley de 2021, en su artículo segundo (apartado sesenta y siete) modifica la disposición adicional cuarta del Código Civil, en cuyo nuevo primer apartado se prevé ahora que las referencias a “*discapacidad*” contenidas en los artículos 96,

⁴⁸ Así lo estableció el Tribunal Supremo, y ya en sus sentencias más datadas (entre otras, en la STS de 25 de abril de 1959), tal y como recuerda la SAP de Madrid N.º 100/2022 de 22 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:2168).

⁴⁹ Vid. SAP de Madrid N.º 100/2022 de 22 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:2168).

⁵⁰ Con relación a la prueba de la incapacidad del testador, *vid.* Capítulo 3, II.

⁵¹ STS n.º 131/1928 de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:1928:688).

756.7º, 782, 808, 822 y 1041 CC han de entenderse como hechas a los conceptos definidos en la Ley 41/2003⁵² y en la Ley 39/2006⁵³.

Por lo que respecta a la materia sucesoria, los artículos del Código Civil mencionados (arts. 756.7º, 782, 808, 822 y 1041) son aquellos que regulan el derecho a suceder de las personas con discapacidad. Y los conceptos normativos a los que remite la nueva disposición adicional son, con relación a la Ley 41/2003, los contenidos en su artículo 2.2.; y, por lo que respecta a la Ley 39/2006, lo dispuesto en el artículo 26⁵⁴.

La primera de dichas normas establece que por “*personas con discapacidad*” han de entenderse aquellas que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una física o sensorial igual o superior al 65%⁵⁵.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 39/2006 regula los diferentes grados en los que ha de clasificarse la situación de dependencia, distinguiendo entre un grado moderado, severo o de “gran dependencia” en base a la frecuencia y al tipo de ayuda que necesita la persona⁵⁶.

En cambio, en el segundo apartado de la nueva disposición adicional cuarta del Código Civil, la ley 8/2021 estableció que, para los demás preceptos del Código que hagan referencia a la discapacidad y que nada más especifiquen al respecto (entre ellos, por tanto, el artículo 665), habrá que remitirse a aquella discapacidad “*que haga precisa la provisión de medidas de apoyo*”

⁵² 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.

⁵³ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

⁵⁴ Así también lo apunta, entre otros, ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Reformas en derecho de sucesiones”. En *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., Tirant lo Blanch, 2022, p.499.

⁵⁵ Art.2.2 Ley 41/2003: “[...] 2. A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.”

⁵⁶ Establece el artículo art.26 (“Grados de dependencia.”) de la Ley 39/2006 lo siguiente: “1. La situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados:

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

2. Los intervalos para la determinación de los grados se establecerán en el baremo al que se refiere el artículo siguiente.”

para el ejercicio de la capacidad jurídica”. Más allá de esto, ninguna otra especificación se realiza.

Entonces, ¿qué ha de entenderse con “*aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica*”?

Una parte de la doctrina⁵⁷ ha sugerido que, quizás, el legislador de 2021 haya querido aludir al artículo 294 CC⁵⁸, que hace referencia a las medidas de apoyo a las personas mayores de edad y menores emancipados “*para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica*”.

Pero esta norma no especifica cuándo haya de considerarse que esas personas necesitan dichos apoyos, ni mucho menos ofrece una definición de “persona con discapacidad”. Solamente define los objetivos y las formas en las que habrán de desarrollarse dichas medidas, sin establecer cuáles son los criterios a tener en cuenta para que estas se consideren precisas.

Llegados a este punto, por tanto, como sugiere dicha misma doctrina, la solución más razonable parece ser atender a la definición ofrecida por la Convención de Nueva York de 2006⁵⁹. Esta última, como ya destacado, inspiró la Ley 8/2021, y en el segundo apartado de su artículo primero establece que “[l]as personas con discapacidad incluyen a 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”.

⁵⁷ Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Reformas en derecho de sucesiones”. En *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021*, de 2 de junio, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., Tirant lo Blanch, 2022, p.500.

⁵⁸ Art. 249 CC: “Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.”.

⁵⁹ Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, J., *ibid*.

Esta definición, en nuestra opinión, sigue siendo demasiado genérica y, por lo tanto, insatisfactoria. No obstante, la propia Convención de 2006 no ofrece una definición más detallada. Y por su parte, la Ley 8/2021 establece expresamente que las demás leyes citadas como referencia por la nueva disposición adicional cuarta del Código Civil (esto es, la Ley 41/2003 y la Ley 39/2006) solo deben utilizarse para interpretar y aclarar ciertos artículos de dicho Código⁶⁰, entre los cuales, como hemos señalado, no figura el artículo 665 CC.

A la luz de lo anterior, se puede concluir que existe cierta diferencia – cuando menos cualitativa – entre la reglamentación civilista de los derechos sucesorios de las personas con discapacidad, es decir, de su posición “pasiva” a la hora de *recibir* por herencia o legado, y la regulación de sus derechos y facultades al momento de *disponer*, es decir, de otorgar testamento.

Con relación a las disposiciones en materia sucesoria *post* Ley 8/2021, por tanto, cabe destacar que, a nuestro modo de ver, si bien es encomiable el adecuamiento de la normativa a un modelo fundado en el respeto de los derechos de las personas con discapacidad y de su autonomía, la falta de referencias más detalladas al estado cognitivo de estas personas y a su grado de discapacidad a la hora de testar puede, paradójicamente, comportar una peligrosa disminución de las garantías y de los controles previstos para su salvaguarda.

Además, tal y como destacaremos mejor más adelante⁶¹, se ha otorgado un papel decisivo a un sujeto (el Notario) cuyas percepciones sobre el estado mental del testador, aun gozando de fe pública, siguen siendo las propias de un operador *jurídico*.

⁶⁰ Esto es, según dispone expresamente en la disposición adicional cuarta como modificada por la Ley 8/2021, “los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041” del Código Civil.

⁶¹ *Vid.* Capítulo 3, III.

CAPÍTULO 2

LA INFLUENCIA DE LAS DISFUNCIONES COGNITIVAS EN LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA

Como ya se ha mencionado, entre los factores fisiológicos⁶² que han de tenerse en cuenta a la hora de valorar la capacidad testamentaria de un individuo, han de incluirse tanto las limitaciones físicas como las cognitivas. En el presente trabajo, nos interesa centrarnos en la segunda de estas categorías, esto es, en aquellas discapacidades que afectan al área intelectual del sujeto. Y esto porque, como se puede fácilmente deducir, son las más relevantes a la hora de considerar la capacidad de testar de una persona. Pues, tal y como apunta AMELIA SÁNCHEZ, desde el punto de vista del derecho privado lo que exige más atención es *“la discapacidad intelectual, por cuanto afecta a la capacidad de autogobierno de la persona, que debido a la alteración o alteraciones intelectuales que padece, impide la formación de una voluntad plenamente consciente y libre”*⁶³.

Ahora bien, las discapacidades psíquicas que pueden afectar a la salud mental de una persona son muchísimas, y de diferente naturaleza; sin embargo, aquí tomaremos en cuenta solamente el deterioro cognitivo causado por patologías⁶⁴ degenerativas, cuales la demencia senil o el alzhéimer⁶⁵. Se trata de enfermedades neurodegenerativas tanto comunes cuanto complejas, que se caracterizan por tener un grado de intensidad altamente variable y una velocidad de desarrollo difícilmente predecible. Por esta razón, su tratamiento y gestión comporta numerosas problemáticas, no solo desde el punto de vista médico, sino también desde el punto de vista jurídico, a la hora de determinar sus consecuencias y su grado de afección con relación a la voluntad del individuo. Reiteradamente, en el ámbito de las controversias sobre la capacidad testamentaria, la jurisprudencia ha tenido que lidiar con estas enfermedades y familiarizarse con conceptos que, aunque no tengan una naturaleza puramente jurídica, han ido adquiriendo siempre más protagonismo en la resolución de las dichas cuestiones.

Pero procedamos con orden.

⁶² Vid. *supra* Capítulo 1, III.I.

⁶³ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), Ensayos, p.392.

⁶⁴ Aunque somos conscientes de que en ámbito médico existe una distinción entre los términos “patología”, “enfermedad”, “afección”, “trastorno”, nos reservamos utilizarlos aquí de modo indistinto, salvo especificaciones puntuales y expresas.

⁶⁵ A lo largo presente trabajo, esta palabra se utilizará indistintamente con y sin tilde (“*alzheimer*” o “*alzhéimer*”).

I. Alzheimer, demencia senil y otras afecciones cerebrales: similitudes y diferencias.

En primer lugar, cabe destacar que a pesar de que frecuentemente se utilizan de modo indistinto la demencia senil y el Alzheimer son dos patologías diferentes, aunque relacionadas⁶⁶. Como hemos adelantado, la naturaleza de estas patologías es extremadamente compleja, y así también la relación entre ellas, siendo vivido y actual el debate en la doctrina médica a este respecto⁶⁷. De todos modos, teniendo en cuenta los objetivos de este trabajo, es suficiente proporcionar una definición clara y una descripción básica de las mismas, siguiendo las líneas mayoritarias rigentes en el ámbito médico al que pertenecen.

Según la opinión científica, la demencia “*no es una enfermedad como tal, sino que un conjunto de síntomas que afectan al cerebro*”⁶⁸. Puede ser definida como aquel “*trastorno crónico que afecta fundamentalmente a las funciones cognitivas*” del individuo, debido a “*lesiones orgánicas del cerebro*”⁶⁹, pudiendo tener su origen en diferentes causas.

Cuando la demencia aparece en sujetos mayores de 65 años, se define clínicamente como “*senil*”⁷⁰.

Entre las consecuencias más destacables de esta condición, y por lo que aquí releva, además de las dificultades comunicativas se encuentran⁷¹:

- pérdida de memoria a corto o a largo plazo
- dificultad para razonar, pensar y concentrarse
- dificultad en la toma de decisiones
- paranoia

⁶⁶ ALZHEIMER’S ASSOCIATION, *Comprendiendo el Alzheimer y la demencia*, TS-0069-S, 2022, p.1. Recuperado de <https://www.alz.org/media/Documents/alzheimers-dementia-understanding-alzheimers-dementia-ts-spanish.pdf>.

⁶⁷ Cfr. CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., *La demencia senil, el Alzheimer y el demente*, Universitat de Barcelona, 2014, p.4 y ss.

⁶⁸ INTEGRAMEDICA, *¿Cuál es la diferencia entre Alzheimer y demencia senil?*, 2024. Recuperado de: <https://www.integramedica.cl/blog/cuida-tu-salud/enfermedades-y-tratamientos/cual-es-la-diferencia-entre-alzheimer-y-demencia-senil>. Entre otros, en el mismo sentido INSTITUCIÓ IBARS, *Alzheimer vs. demencia: comprendiendo las diferencias*, Institució IBARS, (s.f.). Recuperado de: <https://www.institucioibars.com/alzheimer-vs-demencia-comprendiendo-las-diferencias/>

⁶⁹ MARTÍNEZ DEL PRADO, C.G., *Estudio sobre la influencia del aprendizaje cooperativo en el desarrollo competencial de los estudiantes*, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2014, p.1. https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/285003/MdPCG_TESIS.pdf?sequence=1.

⁷⁰ CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., *ibid.*, p.1.

⁷¹ Cfr. ARÉVALO RODRÍGUEZ, I., *Demencia asociada a enfermedad de alzheimer y otras demencias: evidencias diagnósticas*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015, pp.14 y ss.; CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., *La demencia senil, el Alzheimer y el demente*, Universitat de Barcelona, 2014, p.1; MEDLINEPLUS, *Demencia*, National Library of Medicine (Unites States Government), (s.f.), <https://medlineplus.gov/spanish/dementia.html>.

- limitaciones en la capacidad de resolver problemas

Apunta la doctrina científica⁷² que en este sentido la demencia provoca una pérdida de las funciones mentales y una “limitación” que se considera “suficiente como para interferir en la capacidad de llevar a cabo las actividades de la vida diaria”⁷³.

Como mencionábamos, la demencia puede tener diferentes causas. Entre estas, una de las más frecuentes es el Alzheimer, siendo la “demencia senil tipo Alzheimer” la forma de demencia más diagnosticada⁷⁴. En otras palabras, la demencia es como un término “paraguas” para indicar cambios en la memoria o razón de un individuo, siendo el Alzheimer al mismo tiempo un tipo y una causa de esta⁷⁵.

En específico, además de los efectos de la demencia (genérica) ya indicados, el Alzheimer “implica un deterioro progresivo que afecta a la memoria, a otras capacidades cognitivas y al comportamiento”⁷⁶, que “incrementa el riesgo de accidentalidad y vulnerabilidad de la persona enferma”⁷⁷ y que “acaba en una pérdida de las funciones mentales”⁷⁸.

Entre sus síntomas más típicos se destacan⁷⁹:

- desorientación temporal y espacial
- pérdida de atención
- alteración del lenguaje
- pérdida de memoria
- problemas de conducta y de personalidad

⁷² Vid. entre otros ARÉVALO RODRÍGUEZ, I., *Demencia asociada a enfermedad de alzheimer y otras demencias: evidencias diagnósticas*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015, p.5 y 16; MEDLINEPLUS, *Demencia*, National Library of Medicine (Unites States Government), (s.f.), <https://medlineplus.gov/spanish/dementia.html>.

⁷³ COMUNIDAD DE MADRID, *Demencia*. Comunidad de Madrid, (s.f.). <https://www.comunidad.madrid/servicios/salud/demencia>.

⁷⁴ Así entre otros cfr. ALZHEIMER’S ASSOCIATION, *Comprendiendo el Alzheimer y la demencia*, TS-0069-S, 2022, p.1.; CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., *La demencia senil, el Alzheimer y el demente*, Universitat de Barcelona, 2014, pp.1-2; MEDLINEPLUS, *Demencia*, National Library of Medicine (Unites States Government), (s.f.), <https://medlineplus.gov/spanish/dementia.html>; MINISTERIO DE SANIDAD, *Plan Integral de Alzheimer y otras demencias 2019-2023*, Gobierno de España, 2019, p.15.

⁷⁵ Cfr. ALZHEIMER’S ASSOCIATION, ob.cit., p.1.

⁷⁶ MINISTERIO DE SANIDAD, *Plan Integral de Alzheimer y otras demencias 2019-2023*, Gobierno de España, 2019, p.17.

⁷⁷ *Ibid.*, p.58.

⁷⁸ CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., ob.cit., 2014, p.80.

⁷⁹ Cfr. BARÓN RUBIO, M., *Alzhéimer y Otras Demencias : Una Guía para la Familia y Los Cuidadores*, Organización de consumidores y usuarios, 1ª ed., ECOE Ediciones, 2022, pp.24-25.

Además, uno de los aspectos que caracteriza al Alzheimer, es su andamio progresivo: mientras la demencia - entendida en modo genérico - puede avanzar de forma más o menos rápida, el Alzheimer tiene tendencialmente una evolución gradual y constante⁸⁰, que deriva por lo habitual en una pérdida de memoria progresiva.

En definitiva, como hemos destacado, aunque frecuentemente patologías y afecciones cerebrales como demencia senil o alzhéimer se intercambien, no son lo mismo, aunque sí pueden estar conexas.

Y esto ocurre también con otros conceptos, que a menudo se utilizan como sinónimos de dichas condiciones, pero que no lo son. Por ejemplo, así sucede con el “deterioro cognitivo”, en particular con el “deterioro cognitivo leve”, el cual sin embargo constituye una afectación del cerebro que puede ser causada por diversos factores (ej. depresión) y que, aunque *puede* derivar en una demencia, no implica necesariamente su concurrencia⁸¹. Dependiendo de cada caso, sin embargo, su sintomatología a nivel cognitivo puede ser más o menos similar a la de la demencia senil o del Alzheimer, lo que suele justificar su frecuente - aunque poco precisa - asimilación.

Pues, en la mayoría de las cuestiones jurídicas las enfermedades neurodegenerativas se tratan todas de forma unitaria e indiscriminada, considerándolas en su connotación más general de afecciones a las capacidades cognitivas del individuo.

Después de todo, como ya hemos mencionado, no existe en la regulación civilista codificada una definición de capacidad testamentaria, ni de qué ha de entenderse por persona con discapacidad con relación a la facultad de testar⁸².

Sin embargo, tal y como trataremos de evidenciar en seguida, las diferencias que existen entre esas enfermedades y sus diferentes estadios son todo menos que baladíes.

⁸⁰ Vid. VITALASTUR, “Diferencia entre demencia y Alzheimer”, Vitalastur, 2021, <https://www.vitalastur.com/diferencia-entre-demencia-y-alzheimer/>; LESCER, ¿Qué diferencia hay entre demencia y Alzheimer?, Lescer, 2024, <https://www.lescer.es/actualidad/diferencias-entre-alzheimer-y-demencia/->.

⁸¹ Cfr. COMUNIDAD DE MADRID, *Demencia*. Comunidad de Madrid, (s.f.), <https://www.comunidad.madrid/servicios/salud/demencia>, y ALZHEIMER CATALUNYA FUNDACIÓ, *Alzhéimer, demencias y deterioro cognitivo leve. Similitudes y diferencias*, Alzheimer Catalunya Fundació, 2021, <https://alzheimercatalunya.org/es/pindola-de-coneixement-alzheimer-demencies-i-deteriorament-cognitiu-lleu-similituds-i-diferencies/>.

⁸² Vid. Capítulo 1, IV.

II. La variabilidad de los trastornos cognitivos degenerativos y su influencia en la capacidad decisoria.

Hemos empezado este trabajo reflexionando sobre la capacidad que el ordenamiento jurídico español requiere a las personas para poder otorgar testamento. Y hemos concluido a dicho propósito que lo que se exige es fundamentalmente que el sujeto sea capaz de comprender y entender lo que está disponiendo y de expresar esta voluntad en el momento de testar, aun sea mediante instrumentos de apoyo.

Como mencionado, las afecciones mentales antes examinadas provocan un empeoramiento gradual de las capacidades cognitivas del sujeto, cuya velocidad e intensidad puede variar dependiendo de cada caso y de la patología específica interesada, pero comportando, de todas maneras, un trastorno cognitivo gradual e irreversible⁸³.

Con respecto a eso, comentábamos a principio del presente capítulo que bien se entiende la incidencia que las mismas pueden tener sobre la voluntad y la capacidad del sujeto a la hora de testar. Pues, esta última acción implica, de modo previo e indispensable, un proceso decisional, que para ser válido ha de ser libre y consciente⁸⁴.

A este propósito, la “toma de decisión” se puede definir como “*el proceso mediante el cual se realiza una elección luego de haber reflexionado sobre las consecuencias de las diferentes opciones, evaluando las recompensas y los castigos contingentes de cada una de ellas*”⁸⁵. Es decir, se requiere que el sujeto conozca ciertos hechos, sea capaz de interpretarlos, juntos con los valores que implican, y a partir de allí pueda, de modo paulatino y consciente, reflexionar sobre sus consecuencias⁸⁶.

⁸³ Cfr. BARÓN RUBIO, M., ob. cit., p.41.

⁸⁴ Para que el testamento sea válido se requiere que el testador tenga la capacidad necesaria para otorgarlo, en el sentido de que sea consciente de lo que está disponiendo, y que además no esté dolosamente influenciado ni coaccionado en esta decisión por terceras personas (art.1265 CC), so pena de la nulidad de estas disposiciones. Sobre la necesidad de otorgar testamento según una “voluntad libre y consciente”, véanse entre muchas otras la SAP Murcia n.º 475/2015 de 10 de septiembre (ECLI:ES:APMU:2015:1884), SAP Madrid n.º 184/2019 de 12 de abril (ECLI:ES:APM:2019:9381), SAP Madrid n.º 100/2022 de 22 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:2168).

⁸⁵ CLARK, L., *et al.*, “The contributions of lesions laterality and lesion volume to decision-making impairment following frontal lobe damage”, *Neuropsychologia*, 41, 2003, pp.1474–1483, *apud* MALM MORGAN, M. R. *et al.*, “El proceso cognitivo de la toma de decisiones en la enfermedad de Alzheimer”, *Psicodebate*, 14 (1), p.13.

⁸⁶ Cfr. BECHARA, A., “Neural Basis of Decision-Making and Implications for Older Adults. The Center for Decision Neuroscience Institute for the Neurological Study of Emotion, Decision-Making, and Creativity University of Southern California”, *The National Academic Press*, 2006, *apud* MALM MORGAN, M. R. *et al.*, “El proceso cognitivo de la toma de decisiones en la enfermedad de Alzheimer”, *Psicodebate*, 14 (1), p.13.

Lo anterior constituye un procedimiento cognitivo complejo, que involucra diferentes dominios cognitivos⁸⁷, tales como la memoria, la capacidad ejecutiva, la habilidad emocional y social, la comprensión y el lenguaje. Y todas estas esferas, según destaca la doctrina científica, se ven altamente afectadas y comprometidas por las enfermedades neurodegenerativas (como el Alzheimer y las otras formas demencias), las cuales limitan, en definitiva, la capacidad decisional del sujeto⁸⁸. A este propósito, explica DANICZA MARTÍNEZ que “en los pacientes con enfermedades neurodegenerativas se puede afectar la toma de decisiones, porque el deterioro de los procesos mentales básicos y superiores influye sobre ella”⁸⁹; pues, la demencia “conlleva la pérdida de memoria, dificultad para razonar y, por consiguiente, dificultades para tomar y ejecutar decisiones”⁹⁰.

Ahora bien, al tratarse de enfermedades degenerativas, cuyo grado de progresión e intensidad es exponencial, su afectación a las capacidades cognitivas depende del estadio en el que las mismas se encuentren. A pesar de que dentro de cada estadio el nivel de intensidad es altamente variable y depende de cada caso, la teoría científica ha elaborado diferentes escalas para medir y encasillar el desarrollo de estas patologías cognitivas. Entre ellas, una de las más acreditadas es la llamada “Escala de deterioro global de Reisberg (GDS)”, según la cual se pueden distinguir 7 fases del deterioro cognitivo, cada una con una sintomatología cognitiva y una afección a la capacidad decisoria diferente.

Somos conscientes de que analizar un poco más a fondo estas patologías y sus estadios podría resultar a primera vista algo demasiado técnico y quizás extraño a nuestro ámbito de estudio. Sin embargo, consideramos que sea indispensable para entender las dificultades jurídicas que

⁸⁷ Cfr. MARTÍNEZ, D. et al., “Revisión de la literatura científica sobre la toma de decisiones bajo riesgo o ambigüedad en pacientes con enfermedades neurodegenerativas”, *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, Fundación Universitaria Católica del Norte, núm. 69, 2023, pp. 244-275.

⁸⁸ Así, afirma entre otros M. R. MALM MORGAN que el Alzheimer “implica no sólo se manifiestan las dificultades de memoria sino que también aparecen fallas en las FE como pérdida de iniciativa, incapacidad de plantear metas, y/o dificultad para evaluar alternativas frente a una situación a resolver, situación que complica aún más el proceso de TD. La TD compleja implica recursos atencionales, procesos ejecutivos y memoria. Consecuentemente, los pacientes con EA manifiestan dificultades en dichas tareas (Delazer et al., 2007). Por lo tanto, resulta razonable suponer que en la evolución natural de la EA, y teniendo en cuenta el consecuente deterioro gradual de las FE, el proceso de TD estaría afectado de forma directa.” MALM MORGAN, M. R. et al., “El proceso cognitivo de la toma de decisiones en la enfermedad de Alzheimer”, *Psicodebate*, 14 (1), pp.14-15. En este mismo sentido, véase también ÁLVARO, L. C., “Competencia: conceptos generales y aplicación en la demencia”, *Neurología*, 27(5), El Sevier, 2012, pp.297-298; HERMANAS HOSPITALARIAS AITA MENNI, *¿Una persona con deterioro cerebral puede tomar decisiones sobre su salud y su patrimonio?*, 2018, recuperado de <https://www.aita-menni.org/es/una-persona-con-deterioro-cerebral-puede-tomar-decisiones-sobre-su-salud-y-su-patrimonio/>.

⁸⁹ MARTÍNEZ, D. et al., ob. cit., pp. 244-275.

⁹⁰ CUNHA, I. L. de O. M., “Tecnologías Asistivas Para Pacientes Ancianos Con Demencia: Perspectivas Desde La Bioética de Los Cuidados En Salud”, *Salud Colectiva*, vol. 19, 2023, p.2.

se plantean en el marco de la capacidad testamentaria, y así trataremos de destacarlo. Como ya hemos mencionado, aun siendo lo médico y lo jurídico dos campos distintos, su interacción e intersección en materia testamentaria es palmaria, además de necesaria.

Las fases del deterioro cognitivo, según la referida Escala de Reisberg, se pueden resumir brevemente de la siguiente forma⁹¹:

- 1) GDS1: normal. El sujeto no presenta alteraciones cognitivas.
- 2) GDS2 deterioro cognitivo muy leve. En esta fase, solo el propio individuo empieza a notar un déficit, generalmente asociado a pérdidas de memoria, pero ni siquiera es todavía apreciable por un profesional.
- 3) GDS3: defecto cognitivo leve. Se detectan ya de modo objetivo unas ligeras alteraciones cognitivas, sin que sin embargo exista aun una afectación significativa a las actividades normales.
- 4) GDS4: defecto cognitivo moderato. Corresponde a una demencia leve, en la que el sujeto empieza a ser dependiente. A pesar de tratarse de una etapa inicial de la demencia, quienes la padecen “[t]ienen problemas con el manejo de dinero”, “sobre todo pierden el sentido de lo que es mucho o poco y qué es un precio apropiado” y “[p]ierden la capacidad de planificar y de tomar decisiones”⁹². Además, sus condiciones emotivas son precarias, por lo que el sujeto se encuentra inestable y particularmente vulnerable⁹³.
- 5) GDS5: defecto cognitivo moderato-grave. Corresponde a una demencia moderada, en la que el paciente necesita siempre más asistencia.
- 6) GDS6: defecto cognitivo grave. Corresponde a una demencia moderada grave, en el que el individuo se vuelve dependiente incluso para muchas de sus actividades diarias.

En estas fases “moderadas” de la demencia (GDS 5-6) el sujeto podría conservar todavía algo de independencia en las actividades más básicas (vestirse, comer, ...), pero los problemas de

⁹¹ Para más detalle, *vid.* BARÓN RUBIO, M., *ob. cit.*, pp.42 y ss.

⁹² *Ibid.* p.43

⁹³ “Tienen también síntomas conductuales o emocionales. La depresión es muy frecuente. En muchos casos surge como reacción de defensa de un paciente que se siente raro, indefenso y temeroso de lo que le está sucediendo” [...] “También es frecuente que estén irritables, desconfiados, que se enfaden con los familiares más cercanos.” *ibid.* p.44.

memoria son ya “*muy graves*” y los sujetos afectados “*por lo general son ya dependientes para todas aquellas tareas que supongan salir de su rutina diaria*”⁹⁴.

7) GDS7: defecto cognitivo muy grave. Corresponde a una demencia grave, a una fase “severa” de la misma, en la que la persona afectada es ya completamente dependiente. Su capacidad de comprensión y de comunicación se encuentra del todo disminuida, limitándose tendencialmente a meros gestos. Asimismo, acaba por no reconocer a sus familiares cercanos, a cogerle manía y en definitiva a ser ya indiferente a las personas⁹⁵.

Ahora bien, aunque existen modelos, como el anterior, que se emplean para intentar categorizar las afecciones de las demencias y otras enfermedades neurodegenerativas en relación con las capacidades volitivas del sujeto, su variabilidad en cada caso, como hemos insistentemente destacado desde el principio de este capítulo, es suma.

Y esto porque las disfunciones cognitivas no se manifiestan de igual modo en los diferentes tipos de demencias, pudiendo ser en algunas más acentuadas que en otras⁹⁶, ni tampoco se presentan de modo uniforme en todos los sujetos.

Es más. La doctrina científica coincide en afirmar que la alteración cognitiva del sujeto, su autonomía y capacidad decisional (inclusive, por tanto, la de otorgar un testamento según nuestras consideraciones) se presenta ya en las fases iniciales de la demencia.

Pues, no es nada extraño que en algunos tipos de demencia las alteraciones del lenguaje sean precoces; ni infrecuente que ya desde muy pronto y de manera intensa se manifiesten alteraciones importantes de conducta, como delirios y alucinaciones⁹⁷.

Por la misma lógica, y en el sentido contrario, hay veces en las que las personas que se encuentran en fases avanzadas de la demencia aún mantienen bien su lenguaje⁹⁸. U otras en las que “*son incapaces de hablar y, sin embargo, mantienen todavía bien otras áreas cognitivas, como la memoria*”⁹⁹.

⁹⁴ *Ibid.* p.44-45.

⁹⁵ Cfr. *ibid.* p.46.

⁹⁶ A este propósito, por ejemplo, evidencia Luis Carlos ÁLVARO que “[l]a disfunción ejecutiva, que es común en la enfermedad de Alzheimer, es aún más típica de otras demencias”. ÁLVARO, L. C., Competencia: conceptos generales y aplicación en la demencia”, *Neurología*, 27(5), El Sevier, 2012, pp. 290-300, p.298.

⁹⁷ Cfr. *ibid.* pp. 25, 128, y 135.

⁹⁸ Vid. BARÓN RUBIO, M., *Alzhéimer y Otras Demencias: Una Guía para la Familia y Los Cuidadores*, Organización de consumidores y usuarios, 1ª ed., ECOE Ediciones, 2022, p.46.

⁹⁹ *Ibid.* p.25.

Por lo que se refiere en específico a la capacidad decisional del sujeto, además, los estudios de investigación han revelado que, en las personas que padecen de Alzheimer, la capacidad para tomar decisiones se ve alterada “*incluso en los estadios leve y moderado*”¹⁰⁰ de la enfermedad. Se ha evidenciado que, en los primeros estadios, las personas podrían tomar decisiones simples, por medio de una guía que les ayude en este proceso. Sin embargo, desde que presentan un grado de deterioro leve “*la capacidad para tomar decisiones trascendentes de su vida comienza a verse afectada*”¹⁰¹. Y lo mismo puede ocurrir también en el caso de otros tipos de demencias, como de la demencia senil¹⁰².

Según afirma la doctrina científica, por tanto, hay que tener en cuenta que la demencia “[e]s una enfermedad variable de unos enfermos a otros”, cuyos “*posibles factores causales actúan de distinta manera en cada persona*”¹⁰³. Del mismo modo, dependiendo del sujeto, algunas funciones pueden estar más deterioradas que otras, o incluso puede haberse casos en los que las áreas intelectuales que se preservan intactas “*compensen*” las que están más afectadas, por lo que el grado de capacidad decisional es totalmente variable y personal.

Lo anterior, en definitiva, implica que se puedan presentar situaciones muy diferentes, incluso ante el mismo tipo de demencia, lo que hace inviable la aplicación de reglas absolutas o de tratos generalizados, e indispensable una atención pormenorizada caso por caso.

¹⁰⁰ DE LA VEGA, R. y ZAMBRANO, A. “La capacidad para tomar decisiones, alterada desde los primeros estadios del alzhéimer”, *Circunvalación del Hipocampo*, 2005. Recuperado de: <https://www.hipocampo.org/articulos/articulo0230.asp>.

¹⁰¹ MALM MORGAN, M. R. et al., “El proceso cognitivo de la toma de decisiones en la enfermedad de Alzheimer”, *Psicodebate*, 14 (1), p.26. Evidencia en particular el referido autor que “*al menos en la población en estudio, tanto el proceso de TD [Toma de decisiones] como el resto de las FE [Funciones Ejecutivas] incluidas se encuentran afectadas ya desde los comienzos de la EA [Enfermedad de Alzheimer], y esto se observa no sólo en esta investigación sino que otros estudios neuropsicológicos presentan evidencias que lo sustentan (Sitzer, Twanley, & Jeste, 2006). Consecuentemente resulta razonable proponer que la TD y las FE en su conjunto son procesos cognitivos sensibles al deterioro cognitivo de la EA a pesar de que aún no sea posible establecer claramente el patrón de degradación paulatina de estos procesos. Al respecto, es necesario señalar que si bien las FE se encuentran afectadas desde el inicio de la EA, esta afectación estaría influyendo de alguna manera en la TD, ya sea sesgando el tipo de elección (segura/riesgo), la cantidad de respuestas o el tiempo en tomar esa decisión.*”, *ibid.* pp.24-25.

¹⁰² Cfr. CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., *La demencia senil, el Alzheimer y el demente*, Universitat de Barcelona, 2014, p.135.

¹⁰³ BARÓN RUBIO, M., *ob. cit.*, p.183. Evidencia asimismo dicho autor que “[e]l orden y la velocidad de esta degeneración varía de unos enfermos a otros. Esto hace, por ejemplo, que en algunos casos las alteraciones del lenguaje sean más tempranas o que, en otros, haya muchos cambios de conducta desde el inicio. En la variabilidad del alzhéimer también influye la situación previa del sujeto, su “*biografía*” (enfermedades, nivel de estudios, etc.). Por eso, lo normal es que, si preguntamos a otros afectados, comprobemos que nuestra experiencia es a menudo diferente, aunque se trate de la misma enfermedad”. *Ibid.* pp.41-42.

III.- La actitud de la jurisprudencia frente al testador afectado por demencia.

Aclarada la faceta médica de las discapacidades neurodegenerativas consideradas y la importancia de tener en cuenta su heterogeneidad y variabilidad, *¿cómo vienen tratadas las demencias y sus diferentes estadios en el ámbito jurídico-testamentario?*

Desde un punto de vista normativo, hemos ya evidenciado que no existe una definición expresa de capacidad testamentaria, ni menos una regulación exhaustiva de las afecciones mentales y de sus implicaciones en la capacidad de testar del individuo¹⁰⁴. Por lo que concierne la vertiente jurisprudencial, a partir de este vacío legislativo los tribunales han venido desarrollando una línea que, en nuestra opinión, procura distinguir de alguna manera entre los diferentes grados de las enfermedades cognitivas y, por ende, entre los distintos niveles de capacidad de la persona, reservando a cada estadio de la patología un trato diferente¹⁰⁵. En particular, tal y como reportaremos en seguida, se asocia la degeneración de la enfermedad con la consecuente disminución de la capacidad testamentaria¹⁰⁶. En otras palabras, cuando la enfermedad se encuentra en un estadio incipiente o leve, la tendencia es de considerar el individuo como apto para testar libre y válidamente, mientras que tiende a reconocerse la ausencia de dicha capacidad cuando la afección alcanza un estado grave y avanzado.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, en su reciente sentencia de 13 de mayo de 2024¹⁰⁷, consideró capaz para testar una señora diagnosticada de “*deterioro leve vs demencia*”, compartiendo la opinión médica expresada en aquel caso por la cual un tal diagnóstico “*implica que no puede determinarse si se trata de un deterioro por demencia o vascular o por una enfermedad transitoria*”, ni “*determinar el momento a partir del cual la enfermedad de alzhéimer pasó de leve a moderada o severa*”, y que por tanto una persona “*con alzhéimer leve*” y bajo la medicación prescrita en aquel caso “*no tenía por qué ser influenciable*” en su capacidad testamentaria.

¹⁰⁴ Vid. Capítulo 1, V.

¹⁰⁵ La jurisprudencia ha sido - y sigue siendo - bastante constante en esta línea, tanto antes como después de la Ley 8/2021, por lo que no haremos una diferenciación en este sentido.

¹⁰⁶ A este propósito, entre otras, afirma la AP de Valladolid en su sentencia n.º 639/2024 de 7 de octubre (ECLI:ES:APVA:2024:1711) que, con relación a la “*demencia tipo Alzheimer*”, es “*público y notorio que ante este tipo de enfermedad no se consigue una estabilización o mejoría, sino que progresivamente empeora con el paso del tiempo la afectación de las facultades mentales que le es propia*”.

¹⁰⁷ SAP de Madrid n.º 217/2024 de 13 de mayo (ECLI:ES:APM:2024:6735).

La AP de Segovia, en una sentencia del mismo año y con relación a un caso de demencia, apuntó que esta última constituye *“un trastorno progresivo e irreversible, lo que puede implicar que en los primeros estadios de la enfermedad no incapacite totalmente a la persona y que ello suceda con la evolución de la enfermedad”*¹⁰⁸.

En la misma línea, respecto de una testadora con demencia senil, la AP de A Coruña de 2019¹⁰⁹ afirma que dicho deterioro cognitivo no podía considerarse *“más que un deterioro leve, en estado inicial, que no necesariamente equivale a que la testadora no fuera consciente de lo que estaba decidiendo”*. Para llegar a esta conclusión, la referida Audiencia razona que *“si en marzo de 2017 su deterioro cognitivo era moderado o grave tenemos que presumir que dos años antes, en julio de 2015, no existía deterioro cognitivo o, en todo caso, éste no tenía porque exceder de un estado leve o inicial”*. El Tribunal, formulando conclusiones con un grado de seguridad que, con el máximo y debido respeto, consideramos exceda de su competencia y conocimiento técnico, considera que el hecho de no haberse recibido noticia alguna de deterioro cognitivo *“hasta el mes de mayo de 2015”, “hace imposible que transcurridos únicamente dos meses, en el mes de julio de 2015 en el que se otorgó testamento, se hubiera producido un deterioro cognitivo tan grande que impidiera a [la testadora] ser consciente de lo que hacía cuando otorgó el nuevo testamento”*.

Por el contrario, como anticipado, cuando la enfermedad cognitiva diagnosticada se encuentra en un estadio más grave y avanzado, la jurisprudencia es más propensa a reconocer la incapacidad del testador¹¹⁰. Así, entre otras¹¹¹, en una sentencia de junio de 2009, la AP de Navarra estima acertadas las consideraciones médicas formuladas respecto de una testadora que padecía de Alzheimer *“en estadio moderado”* cuatro años antes otorgar testamento, según las cuales *“[d]icho estadio se caracteriza por que el paciente conserva las capacidades básicas de autocuidado - por ejemplo, deambular alimentarse, vestirse, asearse, etc - pero ya ha perdido las capacidades intelectuales que permiten un funcionamiento independiente”*. Por tanto, consideraron allí los peritos que, *“[d]ada la fase avanzada de demencia en que se*

¹⁰⁸ SAP de Segovia n.º 133/2024 de 22 de abril (ECLI:ES:APSG:2024:178).

¹⁰⁹ SAP de A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244).

¹¹⁰ Así, entre otras, en la SAP de Barcelona n.º 188/2023 de 24 de abril (ECLI:ES:APB:2023:5330), se declaró la nulidad de un testamento otorgado en junio 2007 por una señora que había sido diagnosticada de una demencia tipo Alzheimer de *“grado GDS 4 avanzado”* en enero 2008, afirmando que, aunque no fuese posible para el tribunal *“conocer con más exactitud la situación en que podía hallarse en las fechas más próximas al otorgamiento del testamento”*, a la vista del resto de las practicadas era posible *“llegar al razonable convencimiento de la falta de capacidad de la otorgante”*.

¹¹¹ Por ejemplo, así también la SAP Barcelona n.º 97/2022, de 22 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:2343), en la que estima la falta de capacidad en una testadora con demencia de tipo *“moderado”*.

encontraba la paciente, la capacidad de juicio se encontraba en dicha fecha gravemente afectada [...], mermando de forma absoluta su capacidad de testar, aunque conservase la capacidad de expresar una elección". Además, por lo que se refiere "a la posible presentación de un intervalo lúcido" destacaron los médicos que "dichos intervalos son excepcionales en la fase moderada de la enfermedad y están totalmente ausentes en la fase avanzada de la misma, por lo que hay que descartar su presentación en la fecha [de otorgamiento del testamento]"¹¹².

Del mismo modo, después de afirmar que "el mero hecho de padecer la enfermedad de Alzheimer no comporta per se la pérdida de su capacidad cognitiva y volitiva si se halla en un estadio inicial o leve", la AP de Valladolid en su reciente sentencia de 7 de octubre de 2024¹¹³ consideró incapaz una testadora cuyo grado de deterioro cognitivo "en el momento de testar no era el propio de un estadio inicial o leve", sino que "[l]a enfermedad llevaba ya años avanzando, pasando a un estadio moderado cuando menos", que "le imposibilitaba comprender el contenido complejo y las consecuencias de las disposiciones testamentarias cuestionadas".

A nuestro modo de ver, el criterio seguido por la jurisprudencia responde a una reflexión como mínimo intuitiva, razonable y acorde con el sentido común, según la cual, en el caso de enfermedades progresivas e irreversibles como la demencia¹¹⁴, cuanto más grave es la enfermedad, más probable es que el individuo no tenga la capacidad necesaria para testar. Después de todo, esta perspectiva se ajusta en buena medida a las consideraciones médicas en materia, por lo menos en sus líneas más generales¹¹⁵.

Sin embargo, como destaca parte de aquella misma doctrina científica¹¹⁶, un criterio similar no siempre concuerda con la realidad de estas enfermedades, puesto que no siempre la gravedad de la afectación de las capacidades cognitivas corresponde al estado avanzado de la enfermedad. Es decir, aun en una fase acuda, dichas patologías pueden consentir a quien las padece de manifestar libremente sus últimas voluntades, o bien, a pesar de estar todavía en una fase inicial, pueden impedirle de hacerlo de modo plenamente consciente¹¹⁷.

¹¹² SAP de Navarra n.º 115/2009 de 18 de junio (ECLI:ES:APNA:2009:832).

¹¹³ SAP de Valladolid n.º 639/2024 de 7 de octubre (ECLI:ES:APVA:2024:1711).

¹¹⁴ Sobre la progresividad e irreversibilidad de la demencia, cfr. BARÓN RUBIO, M., ob.cit., p.41.

¹¹⁵ Cfr. capítulo 2, II.

¹¹⁶ Cfr. *ibid.*

¹¹⁷ Cfr. Capítulo 2, II.

Por lo tanto, una cosa es establecer que la afección mental del testador es “grave” al punto de excluir la conciencia y el entendimiento de sus actos¹¹⁸; y otra es considerar que dicha gravedad solo se alcanza cuando la enfermedad se encuentre en un estadio “grave” (avanzado) de la misma.

En realidad, estas consideraciones han sido avanzadas también por una parte de las Audiencias Provinciales, que se han preocupado de apuntar que es “*relativamente irrelevante el grado de la calificación médica de la enfermedad*”, Pues, lo que cuenta “*no es la inclusión en una determinada categoría, sino la real afectación del sujeto*”¹¹⁹. Por esta razón, tal y como recuerdan las Audiencias, también “*nuestro Tribunal Supremo se ha venido pronunciado al efecto, más que en la enfermedad mental, en la incidencia de la misma en [la] capacidad de entender y de querer - SSTS de 25 de abril de 1959 y 11 de diciembre de 1962*”.

¹¹⁸ SAP de Barcelona n.º 517/2009 de 29 de septiembre (ECLI:ES:APB:2009:11015).

¹¹⁹ Así se reporta en la SAP de Les Illes Balears n.º 488/2024 de 26 de septiembre (ECLI:ES:APIB:2024:2413), que cita la SAP de Almería n.º 1042/2022 de 13 de septiembre (ECLI:ES:APAL:2022:897).

CAPÍTULO 3

LA IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO OTORGADO POR PERSONAS CON DEMENCIA: ALGUNOS ASPECTOS PRÁCTICOS

I.- Consecuencias y remedios frente al testamento otorgado por quién no tenía capacidad: la nulidad.

A la luz del análisis y de las consideraciones hechas sobre el testamento otorgado por personas con demencia, cabe ahora preguntarse: *¿qué se puede hacer ante un testamento otorgado por quién no tenía la capacidad cognitiva necesaria para hacerlo? ¿Cuáles son las consecuencias de dicha incapacidad sobre el plano jurídico-legal y cómo ha de actuarse?*

Hemos afirmado que en nuestro ordenamiento la capacidad cognitiva para otorgar testamento es requerida de modo perentorio por los artículos 663.2 y 665 del Código Civil¹²⁰.

El artículo 743 CC, por su parte, establece de modo general y restrictivo¹²¹ que “[c]aducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código”.

Sin embargo, cabe destacar que en la disciplina civilista no existe una norma específica que establezca de modo expreso cómo ha de sancionarse la falta de capacidad cognitiva del testador, ni cuáles son los remedios procesales que se pueden interponer frente a ella¹²².

A pesar de este vacío normativo, es bastante pacífico en nuestro ordenamiento¹²³ que el testamento otorgado en violación de lo dispuesto por el artículo 663.2 CC ha de sancionarse con la nulidad ex artículo 6.3 CC¹²⁴, por ser contrario a normas imperativas (663.2 y 665 CC)¹²⁵.

¹²⁰ Cfr. Capítulo 1, III.I.

¹²¹ Vid. AGUILAR RUIZ, L., y SÁNCHEZ LERÍA, R., “Nulidad del testamento”. En López y López, A. M., *et al.*, *Derecho de sucesiones*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, 2023, p.80.

¹²² No es así, por contrario, respecto de algunos derechos forales. Por ejemplo, el Código Civil Catalán, en cuyo libro cuarto, al capítulo II, se disciplina la “Nulidad e ineficacia de los testamentos y de las disposiciones testamentarias”. En particular, se prevé al artículo 422-1 (“Nulidad del testamento”) que el testamento será nulo, entre otras cosas, cuando haya sido otorgado “sin cumplir los requisitos legales de capacidad”. Además, se disciplina expresamente la acción de nulidad que deriva de dicho vicio (422-3), así todas las consecuencias de la misma (422-4). Sobre este tema, cfr. DIÉZ GARCÍA, H., “La impugnación del testamento otorgado por persona que no puede testar ex art. 663.2º cc (entre la tutela a la libertad de testar y la expectativa a heredar)”, *Derecho Privado y Constitución*, 41, 2022, pp.373 y ss.

¹²³ Cfr. *Ibid.*

¹²⁴ Art. 6.3 CC “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

¹²⁵ Cfr. DIÉZ GARCÍA, H., *ob.cit.*, p.372. También a este propósito afirma COSTAS RODAL, L. que “[l]a sanción para el caso de un testamento otorgado por una persona que carece de capacidad para testar ex artículo

Así, la doctrina reconduce la falta de la capacidad del otorgante a las causas de nulidad del testamento¹²⁶, considerando que la misma genere “*la ineficacia originaria del mismo, por concurrir algún defecto o irregularidad en su otorgamiento*”¹²⁷.

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, estableciendo claramente que “[l]a ausencia de capacidad determina la nulidad absoluta del testamento”¹²⁸. Además, con particular referencia a las enfermedades cognitivas objeto del presente trabajo, recuerda la Audiencia Provincial de A Coruña en su sentencia de 23 de marzo de 2018¹²⁹ que existe “*reiterada doctrina jurisprudencial relativa a la valoración de la enfermedad mental como causa de nulidad del testamento*”, según la cual, tal y como ha establecido el TS¹³⁰, en el caso en que se pruebe “*la falta de capacidad mental*” del testador “*se invalida el acto jurídico que pueda haber realizado*”¹³¹.

El testamento otorgado por una persona que no poseía la necesaria capacidad, por tanto, podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad, cuya legitimación activa corresponde “*a cualquier sujeto con interés legítimo en la declaración de invalidez del testamento*”¹³². Se trata de una acción con efectos declarativos, que proclama la invalidez del acto testamentario y que habrá de promoverse contra todos aquellos que puedan verse afectados por dicha declaración¹³³.

663 CC (sea por falta de la edad mínima requerida legalmente para testar, sea porque la persona carece de capacidad para comprender el alcance de las disposiciones testamentarias, como por ejemplo, una persona enferma de Alzheimer en un estado avanzado) es la nulidad de pleno derecho del testamento y, en consecuencia, la sucesión del causante se regirá por las normas de la sucesión intestada (artículos 912 y ss.)” COSTAS RODAL, L., *Autonomía y apoyo de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio tras la Ley 8/2021*, Tirant Lo Blanch, 2024, p.78.

¹²⁶ Vid. entre otros BLASCO GASCÓ, F. del P., *Instituciones de Derecho Civil Derecho de Sucesiones*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, 2021, p.142; DIEZ GARCÍA, ob.cit., p.142.

¹²⁷ AGUILAR RUIZ, L., y SÁNCHEZ LERÍA, R., ob. cit., p.80.

¹²⁸ SAP A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244).

¹²⁹ SAP A Coruña n.º 144/2018 de 23 de marzo (ECLI:ES:APC:2018:820).

¹³⁰ La SAP Coruña se remite en su sentencia a lo establecido en la “*STS de 5 de mayo de 2011*”.

¹³¹ En el mismo sentido también, entre otras, la SAP de A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244).

¹³² AGUILAR RUIZ, L., y SÁNCHEZ LERÍA, R. ob.cit., p.81. A este propósito, DIEZ GARCÍA, H., también reporta que “*la legitimación activa para obtener la nulidad del testamento corresponde «a cuantas personas tengan interés en la apertura de la sucesión intestada»*”, DIEZ GARCÍA, H., ob.cit., p.380.

¹³³ Vid. AGUILAR RUIZ, L., y SÁNCHEZ LERÍA, R., ob. cit., p.81. Con relación a la acción de nulidad, véase también BLASCO GASCÓ, F. de P., ob. cit., pp. 144 y ss.

II.- La carga de la prueba en el procedimiento de nulidad del testamento.

Aunque en esta sede no es posible examinar todas las cuestiones procesales y de fondo que atañen a la acción de nulidad del testamento (ej. tribunal competente, prescripción de la acción, etc.), estimamos indispensable hacer algunas consideraciones relativas al ejercicio correcto y eficaz de la misma. Como se explicará mejor, el éxito de la impugnación del testamento por falta de capacidad del testador resulta, desde un punto de vista práctico, notablemente complejo¹³⁴. Y esto se debe, entre otras cosas, a las múltiples dificultades que se presentan a la hora de probar dicha incapacidad¹³⁵, cuya carga, además, recae entera y exclusivamente sobre el actor¹³⁶.

En primer lugar, ha de considerarse que, tal y como ha recordado la AP de A Coruña en su sentencia de 23 de octubre de 2019¹³⁷ (citando la jurisprudencia del TS en la materia), para que pueda estimarse la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador “*hay que probar, de modo concluyente [...] la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento*”. Y bien, para que dicha prueba pueda considerarse cumplida, ha de remarse en contra de tres principios fundamentales, interconectados entre ellos, y que rigen en materia sucesoria¹³⁸: el principio del *favor testamenti* (principio dirigido a flexibilizar las solemnidades testamentarias, por el cual, en la medida de lo posible, siempre ha de prevalecer la voluntad del testador¹³⁹), la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador (ex artículo

¹³⁴ A este propósito, *vid.* entre otros, MONJE BALMASEDA, O., “La capacidad para disponer por testamento y las personas con discapacidad, después de la Ley 8/2021, de 2 de junio”. En Serrano Argüeso, M. *et al.*, *Retos jurídico-sociales para la inclusión de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, 2024, p.136.

¹³⁵ Cfr. DÍEZ GARCÍA, H., *ob.cit.*, pp.368-369.

¹³⁶ Así lo ha establecido la STS de 26 de septiembre de 1988, tal y como recuerda, entre muchas otras, la SAP de Valencia n.º 174/2017 de 31 de mayo (ECLI:ES:APV:2017:3990): “*la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador corresponde a quién sostiene dicha incapacidad (STS26-9-88)*”.

¹³⁷ (ECLI:ES:APC:2019:2244).

¹³⁸ Como apunta la SAP de A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244): “*en atención al ámbito en donde opera la acción de nulidad entablada, nuestro Código Civil sitúa el contexto del debate en la necesaria prueba, por parte del impugnante, de la ausencia o falta de capacidad mental del testador en el momento de otorgar el testamento. Esta carga de la prueba deriva del principio de favor testamenti, que acoge el Código Civil, y de su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS de 26 de abril de 2008, 30 de octubre 2012, 15 de enero 2013, y 19 de mayo 2015). Con lo que el legitimado para ejercitar la acción de nulidad del testamento debe probar, de modo concluyente, la falta o carencia de capacidad mental del testador respecto del otorgamiento del testamento objeto de impugnación, y destruir, de esta forma, los efectos de la anterior presunción iuris tantum de validez testamentaria. [...] Para apreciar la capacidad del testador, -art. 666- habrá que atender inexcusablemente al estado en que se halle en el momento del otorgamiento, por lo que el testamento otorgado antes de la enajenación mental es válido. La ausencia de capacidad determina la nulidad absoluta del testamento. En caso de intervención notarial, el juicio sobre la capacidad de testamentificación del otorgante reviste el carácter de presunción iuris tantum*”.

¹³⁹ Cfr. JUÁREZ OLMOS, M. P., y JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M., *GPS Sucesiones Guía Profesional 5ª Edición*, Tirant lo Blanch, 2022, p.143. Con relación al principio del *favor testamenti*, afirma exhaustivamente BADENAS CAPRIO J. M., y CLEMENTE MEORO, M. E., que “[e]ste principio no significa otra cosa que reconocer que la voluntad del testador es la ley de la sucesión” BADENAS CAPRIO J. M., y CLEMENTE MEORO, M. E., “El

662 CC)¹⁴⁰ y, en caso de que haya habido intervención notarial, la presunción *iuris tantum* del juicio notarial de capacidad (ex art.685.1, 696 y 707.4ª CC)¹⁴¹.

En este sentido, como bien explican nuestros tribunales, la carga de probar la falta de capacidad de testar “*deriva del principio de favor testamenti que acoge nuestro Código Civil, y de su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado*”¹⁴². Además, para el caso en que el testamento se haya otorgado ante notario, su aseveración respecto de la capacidad del testador “*adquiere una especial relevancia de certidumbre*”, constituyendo “*una presunción “iuris tantum” que solo puede desvirtuarse mediante una evidente, completa, convincente e inequívoca prueba en contrario*”¹⁴³.

En nuestra opinión, ya a partir de los propios términos utilizados por la jurisprudencia para describir el grado de seguridad probatoria requerido, se desprende la dificultad que implica su alcance. Pues, para destruir dichas presunciones y principios y obtener la declaración de nulidad del testamento, la prueba de que el sujeto, al momento de testar, no disponía de la

derecho de sucesiones. Marco teórico y jurisprudencial”. En Alventosa del Río, J., y Cobas Cobiella, M. E., *Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 2023, p.87.

¹⁴⁰ Vid. Capítulo 1.

¹⁴¹ Como apunta RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M., “*Del propio Código Civil (arts. 685 párrafo 1º in fine, 696 y 707.4ª) deriva el deber material o sustantivo para el notario de emitir un juicio acerca de si el testador tiene la capacidad suficiente para testar en el momento del otorgamiento, es decir, que es mayor de catorce años y que puede conformar o expresar su voluntad, por sí solo o con ayuda de medios o apoyos para ello. Junto a este deber material existe un deber formal, de modo que el notario ha de hacer constar en el testamento que el testador posee, a su juicio, tal capacidad. [...] Los tribunales otorgan a esta apreciación subjetiva del notario de la capacidad del testador un valor muy grande. La Jurisprudencia considera que el juicio favorable emitido por el notario constituye un refuerzo considerable de la presunción iuris tantum de la capacidad del testador, justificándolo en el prestigio de la función notarial (por todas véanse las SSTs, Sala Primera, de 18 de marzo de 1988 [Tol 1735480]; de 29 de marzo de 2004 [Tol 365401]; y de 3 de febrero de 2023 [Tol 9448691]).*” RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M., “De la capacidad para disponer por testamento”. En Cañizares Laso, A., *Comentario al Código Civil 5 Tomos*, Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 3249-3250. A este propósito vid. también DIEZ GARCÍA, H., ob. cit., pp.363-364.

¹⁴² Tal y como recuerda la SAP de Almería n.º 1042/2022 de 13 de septiembre (ECLI:ES:APAL:2022:897): “*La STS de 7 de julio de 2016 (RJ 2016, 3157) indicaba que la proyección de la carga de la prueba sobre quien sostenga la incapacidad del testador no incapacitado judicialmente " deriva del principio de favor testamenti, que acoge nuestro Código Civil, y de su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTs de 26 de abril de 2008 , núm. 289/2008, de 30 de octubre de 2012 , núm. 624/2012, de 15 de enero de 2013 , núm. 827/2012 y de 19 de mayo de 2015, núm. 225/2015)*”. Así también, entre otras, la SAP de A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244). Y en el mismo sentido apunta la SAP de Valencia n.º 174/2017 de 31 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:3990) que “[e]s principio general el de que la capacidad de las personas se presume siempre (principio pro capacitate, derivado del de favor testamenti, en relación con los arts. 3.2 y 103 CS, STSJC 7.1.1992 EDJ 1992/14184),” y que [l]a declaración notarial respecto de la capacidad del otorgante adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de actitud, que solo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (SSTS. 21.6.1986, 10.4.1987 EDJ 1987/2895 , 26.9.1988, 13.10.1990, 22.6.1992 EDJ 1992/6692 26.4.1995 EDJ 1995/1605 , 18.5.1998 EDJ 1998/4697 ..., STSJCat. 4.2.2002 EDJ 2002/8095)”.

¹⁴³ SAP de Valencia n.º 174/2017 de 31 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:3990).

capacidad cognitiva necesaria para hacerlo, ha de ser “*inequívoca y concluyente*”¹⁴⁴, “*cumplida, evidente y completa*”¹⁴⁵.

En realidad, como señala MONJE BALMASEDA¹⁴⁶, una parte de la jurisprudencia se ha preocupado de aclarar que la prueba necesaria para destruir la presunción de validez testamentaria “*no supone certeza absoluta*”. Sino que, de modo “*más acorde con las dudas y la realidad que suelen presentar*” estos casos, el TS de julio 2016¹⁴⁷ ha establecido que lo que se requiere es una “*determinación suficiente*” de la falta de capacidad del testador, que resulte acreditada en base a “*criterios de probabilidad cualificada*”¹⁴⁸. En estos términos se han pronunciado también, en reiteradas ocasiones, las Audiencias Provinciales¹⁴⁹. Entre otras, la AP de Zaragoza de 2016, que en su sentencia de 3 de octubre explica que la pretensión de que se alcance una “*certeza absoluta*” de la ausencia de capacidad testamentaria “*sería contraria a la lógica de las cosas y haría casi imposible la declaración de una incapacidad que verosímilmente puede representarse como altamente probable*”¹⁵⁰.

Sin embargo, a pesar de la aclaración hecha por el Supremo en 2016, no faltan pronunciamientos en los que, remitiéndose a la jurisprudencia más antigua del Alto Tribunal, las Audiencias se siguen pronunciando en sentido contrario¹⁵¹. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Valencia recuerda en su sentencia de 31 de mayo de 2017¹⁵² que “*la prueba de*

¹⁴⁴ Así, entre otras, con relación a la prueba en contra de la presunción *iuris tatum* de la aseveración notarial, *vid. ibid.*; con relación a la prueba necesaria para desvirtuar la presunción de capacidad y al principio del *favor testamenti*, establece entre otras la STS n.º 289/2008 de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2008:2218) que el mismo “*cabe ser destruido por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario*” (*sentencia de 19 de septiembre de 1998*); y la SAP de A Coruña n.º 346/2019 del 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244) que “*la capacidad del testador debe presumirse en tanto no se demuestre inequívoca y concluyente que, al tiempo de realizar la declaración testamentaria, tenga alteradas sus facultades volitivas y cognitivas, hasta el punto de impedirle tomar decisiones que conlleva el otorgamiento de un testamento*”.

¹⁴⁵ SAP de A Coruña n.º 346/2019 del 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244).

¹⁴⁶ Cfr. MONJE BALMASEDA, O., *ob. cit.*, pp. 134-135.

¹⁴⁷ STS 461/2016 de 7 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3123).

¹⁴⁸ Por tanto, en aquella ocasión, el TS apoya la conclusión del tribunal de instancia, según la cual “*aún reconociendo las dudas razonables que presenta este caso*”; “*la parte impugnante no ha acreditado, de forma determinante y suficiente, que la testadora careciera de capacidad mental en el momento del otorgamiento de dicho testamento*”.

¹⁴⁹ Entre muchas otras, *vid.* SAP de A Coruña n.º 346/2019 del 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244), SAP de Madrid n.º 96/2021 de 29 de marzo (ECLI:ES:APM:2021:4129), SAP de Almería n.º 1042/2022 de 13 de septiembre (ECLI:ES:APAL:2022:897).

¹⁵⁰ SAP de Zaragoza n.º 345/2016 de 3 de octubre de 2016 (ECLI:ES:APZ:2016:1863).

¹⁵¹ Entre otras, así en las SSAP de Valencia n.º 162/2020 de 16 de abril (ECLI:ES:APV:2020:1424), SAP de Valencia n.º 72/2023 de 15 de febrero (ECLI:ES:APV:2023:271), SAP de Córdoba n.º 395/2023 de 28 de abril (ECLI:ES:APCO:2023:319).

¹⁵² SAP de Valencia n.º 174/2017 de 31 de mayo (ECLI:ES:APV:2017:3990).

que el testador no se hallaba en su cabal juicio al tiempo de otorgar el testamento no debe dejar margen a la duda”¹⁵³.

II.I.- Los principales medios de prueba.

Dejando por un momento de lado el grado de certeza probatoria requerido, cabe brevemente destacar cuáles son los medios de prueba útiles para destruir las mencionadas presunciones de capacidad y así estimarse la nulidad del testamento.

A tal fin, no serán suficientes simples presunciones, ni meras pruebas indiciarias o conjeturas¹⁵⁴. Por contrario, y en particular con relación a los testamentos otorgados por quien padecía de demencia, recubren un importante valor probatorio¹⁵⁵ el historial médico del testador, los testimonios de la gente más cercana a este y los informes médicos y periciales realizados a partir de los anteriores¹⁵⁶.

Como informa la doctrina científica¹⁵⁷, la demencia es una enfermedad que se diagnostica a partir de la exploración del paciente, así como de las informaciones proporcionadas por sus familiares. Obviamente, al encontrarnos en un momento en el que el testador interesado ya no está en vida, la prueba de su incapacidad mental al momento del otorgamiento comporta “una demostración *“a posteriori” de su estado mental, un diagnóstico retrospectivo*”, que pues podrá efectuarse “*partiendo de diversos elementos prueba como testimonios, historial médico*

¹⁵³ En el mismo sentido, también la SAP de A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244).

¹⁵⁴ Vid. RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M., ob.cit., p.3249.

¹⁵⁵ En este sentido, NAVARRO RODRÍGUEZ, S., apunta que probar la falta de capacidad testamentaria “entre otras cosas va a requerir acceder a la historia clínica completa de los centros donde fue tratada la persona para obtener los registros sanitarios de fechas muy concretas, recabar un dictamen pericial médico que interprete la documentación médica y pueda dictaminar sobre la falta de capacidad, y hacerlo con la contundencia necesaria para invalidar el juicio que hizo el notario. También resultará conveniente la intervención de testigos que se relacionaron con la persona durante aquellas fechas concretas que depongan en línea con el resultado de la prueba documental y pericial sanitarias”. NAVARRO RODRÍGUEZ, S., “Diez reflexiones sobre testamento, terminalidad y deterioro cognitivo tras el cambio de paradigma de la Ley de discapacidad”, *Diario La Ley*, N.º 10355, 2023.

¹⁵⁶ No se trata de un listado exhaustivo, sino solo de lo que se considera más relevante con relación al objeto del presente trabajo. Por ejemplo, entre otros elementos indiciarios, cabe incluir también “el contenido del propio testamento, [...] circunstancias como el que las disposiciones efectuadas contradigan comportamientos o pautas de la vida de los otorgantes o que las motivaciones sean ilógicas o irracionales” SAP de Madrid n.º 100/2022 de 22 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:2168). Sin embargo, tal y como señala RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M., “[a]unque desde luego cabe admitir cualquier medio de prueba (como los actos del testador coetáneos o, inmediatamente anteriores o posteriores al otorgamiento, que revelen la carencia de capacidad para testar en dicho momento), posee gran relevancia la pericial, esto es, los dictámenes de facultativos que acrediten una enfermedad física o psíquica que prive al paciente de la capacidad para disponer de sus bienes.” RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M., ob. cit., p. 3249.

¹⁵⁷ Vid. BARÓN RUBIO, M., ob. cit., p. 54.

[...]”¹⁵⁸. Relevantes, por tanto, serán las informaciones médicas más cercanas a la fecha del testamento, los informes de quien visitó directamente el paciente o, en su ausencia, las periciales elaboradas a partir de su historial clínico¹⁵⁹.

De igual trascendencia serán los testimonios de quienes estuvieron en contacto con el testador en dicha época¹⁶⁰. De hecho, los médicos evidencian que, a menudo, a la hora de diagnosticar la demencia, lo referido por dichas personas respecto del estado del enfermo puede tener incluso más relevancia que los exámenes médicos efectuados sobre el mismo¹⁶¹.

De acuerdo con lo anterior, los tribunales suelen fundamentar la nulidad de los testamentos otorgados por personas con demencia en los medios probatorios mencionados.

Así, por ejemplo, la AP de Lugo, en su sentencia de 9 de mayo de 2022¹⁶², consideró acreditada la falta de capacidad del testador con alzhéimer basándose en el informe pericial elaborado por el médico que lo trató durante su enfermedad¹⁶³. La sentencia, además, señaló que dicho informe debía prevalecer sobre aquellos elaborados por profesionales que no visitaron directamente al paciente¹⁶⁴. Asimismo, la AP de A Coruña, en noviembre 2022¹⁶⁵, estimó la nulidad de un testamento otorgado por una persona que sufría de demencia, considerando que “tanto las testificales de quienes trataron [al causante] [...] y observaron su cambio ya en 2016”, “como la historia clínica” del mismo, evidenciaban su ausencia de capacidad al momento de testar.

¹⁵⁸ SAP de Madrid n.º 100/2022 de 22 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:2168). También *vid.* SAP de Valladolid de 7 de octubre de 2024 n.º 639/2024 (ECLI:ES:APVA:2024:1711).

¹⁵⁹ *Vid.* NAVARRO RODRÍGUEZ, S., *ob.cit.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Apunta CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., que “tal y como señala Beard (2008), en virtud de la sospecha diagnóstica se infiere, ya desde un inicio, una disminución en la competencia en la persona que se va a diagnosticar. Su testimonio no es fiable. Por esta razón, el experto clínico atribuye más legitimidad a la información que proporcionan los familiares que a la proveída por la propia persona que está siendo evaluada. No hay, por tanto, otro modo de diagnosticar la existencia o no de la demencia más que por medio de una entrevista con el núcleo de convivencia.” CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., *ob. cit.*, pp.135-136.

¹⁶² SAP Lugo n.º 323/2022 9 de mayo (ECLI:ES:APLU:2022:503).

¹⁶³ Lo mismo ocurrió en un caso enjuiciado por la AP de Madrid en febrero de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:2168), en el que se estimó la nulidad de un testamento otorgado por quien padecía de demencia sobre la base de un informe médico legal emitido el mismo día del otorgamiento.

¹⁶⁴ Afirma en aquella ocasión la AP de Lugo que: “el informe elaborado por una doctora que no examinó al Sr. Paulino, es evidente que no pueden desvirtuar los anteriores informes médicos, ni tampoco puede hacerlo el informe aportado por la parte demandada, elaborado por el Doctor Eliseo, ya que éste doctor no examinó en persona al fallecido, refiriéndose su informe a su opinión sobre los antecedentes existentes en las actuaciones, en relación con el Documento Sitges, que se emplea para valorar la capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia” (ECLI:ES:APLU:2022:503).

¹⁶⁵ SAP A Coruña n.º 380/2022 de 30 de noviembre (ECLI: ES:APC:2022:3028).

A partir de dichos medios probatorios, la jurisprudencia también suele llegar a concluir en sentido contrario. Por ejemplo, la AP de Ourense, en su sentencia de 4 de noviembre de 2021¹⁶⁶, desestimó la acción de nulidad en un caso en que la testadora padecía de alzhéimer, afirmando no poder acogerse “*las conclusiones del perito designado por la actora y sí las obtenidas por el perito de la demandada*”, por ser “*más acorde[s]*” “*a la prueba testifical practicada, a través de la que se pudo conocer de las declaraciones de otro hermano de los litigantes, la peluquera de la testadora, un vecino y una amiga de la misma, que no apreciaron ningún déficit mental en ella*”.

II.II.- La prueba de la incapacidad testamentaria: una probatio diabolica.

Al margen de las diferentes interpretaciones jurisprudenciales, la dificultad para probar la falta de capacidad del testador al momento del otorgar testamento deriva, en nuestra opinión, de la propia naturaleza de la situación que concierne. Tal y como hemos destacado¹⁶⁷, se trata de probar una condición interior y personal del otorgante, respecto de un momento concreto y muy específico de su vida (el de otorgar testamento) y *a posteriori*, esto es, cuando ya el testador ha fallecido.

Como se ha evidenciado a lo largo del presente trabajo, además, la variabilidad de las condiciones de las personas con demencia es máxima¹⁶⁸. Incluso, las complejidades relativas a este tipo de patologías se presentan ya a partir de su diagnóstico, el cual es todo menos que ágil¹⁶⁹. De hecho, la doctrina científica apunta que hasta hoy “*no hay ninguna prueba para diagnosticar el alzhéimer [...] ni para descartarlo*”¹⁷⁰. Y en general, con relación las demencias, existen enormes dificultades en detectarlas correctamente, siendo frecuente confundir sus síntomas con situaciones normales¹⁷¹ y siendo los test que se emplean para su diagnóstico muy poco precisos¹⁷². Conforme destacan los expertos, no se dispone de

¹⁶⁶ SAP de Ourense n.º 496/2021 de 4 de noviembre (ECLI:ES:APOU:2021:723).

¹⁶⁷ Vid. Capítulo 3, II.

¹⁶⁸ Vid. Capítulo 2.

¹⁶⁹ Cfr. CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., ob. cit., p.135; BARÓN RUBIO, M., ob.cit., pp.26-27.

¹⁷⁰ BARÓN RUBIO, M., ob. cit., p.54. A este propósito, cfr. también CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., ob. cit., p.95.

¹⁷¹ *Ibid.*, p.26.

¹⁷² En este sentido, destaca CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., que “[e]n la práctica, existen dificultades importantes para establecer una correspondencia estricta entre los criterios canónicos para el diagnóstico y la efectiva exploración clínica. Y esto es así porque la estandarización obligada de este tipo de pruebas provoca resultados «extraños» en aquellas personas cuyas características personales no se ajustan a la norma. En principio, las pruebas han tenido que ser validadas para a la población a la que se administra. Sin embargo, la práctica demuestra que este no es realmente el caso. El propio diseño de las escalas cognitivas de valoración

herramientas específicas y exhaustivas para valorar la capacidad de los pacientes¹⁷³, sino que los médicos “[l]o hacen utilizando una mezcla de sentido común y experiencia profesional”¹⁷⁴.

Si las pruebas médicas son tan poco fiables y precisas, nos preguntamos como podrían no serlo también los medios de prueba de los que dispone el actor a la hora de acreditar la discapacidad del testador. En efecto, como destaca RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M., la prueba pericial “no tiene un carácter decisivo”, sino que “ha de ser apreciada por el juzgador de instancia conforme a las reglas de la sana crítica, sin quedar vinculado por aquella”¹⁷⁵. Y también, con relación a la información proporcionada por los familiares, la propia doctrina científica pone en guardia respecto de su fiabilidad¹⁷⁶.

Consideramos que la dificultad que comporta diagnosticar la demencia y concretar las afecciones cognitivas específicas de quien la padece, choca con el grado de prueba requerido para que se estime la nulidad de su testamento por incapacidad¹⁷⁷. Y esta contradicción acaba reflejándose, en nuestra respetuosa opinión, en los propios pronunciamientos jurisprudenciales. Así, por ejemplo, en la STS de 8 de abril de 2016¹⁷⁸, el Alto Tribunal estima acertada la sentencia de apelación allí recurrida, la cual, después de haber claramente reconocido que el

hace que se presenten dificultades para evaluar, por ejemplo, a personas que no han estado escolarizadas o, en el otro extremo, a aquéllas con una formación académica elevada. Igualmente, aparecen problemas no ya de interpretación de resultados, sino para pasar el cuestionario, cuando se trata de evaluar a personas con un déficit sensorial (discapacidad en la visión o en la audición, principalmente)." CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., ob. cit., p.135.

¹⁷³ Apunta SIMON-LORDA, P., que [e]n España, salvo error u omisión, no existen protocolos validados de evaluación de la capacidad" SIMÓN-LORDA, P. "La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 28(2), 2008, p.345.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p.332.

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M., ob. cit., p.3251.

¹⁷⁶ A este propósito, BARÓN RUBIO, M. destaca que “[c]on relativa frecuencia, existe una discordancia entre la información que dan los familiares y el resultado de los test cognitivos. A veces vamos muy alarmados al médico, pero nuestro familiar responde perfectamente a sus preguntas. Esto puede deberse a que no se trate de una verdadera demencia (por ejemplo, en una depresión), a que sea un tipo de demencia diferente al alzhéimer (por ejemplo, una demencia frontal, donde puede conservarse la memoria, pero la conducta estar muy alterada) o también que tenga un nivel cultural alto y los fallos se noten menos en pruebas relativamente sencillas. Por el contrario, cuando el paciente falla muchísimo y los familiares apenas se han dado cuenta, puede deberse a que está muy “arropado” y lleva una vida muy rutinaria; o porque es una persona normal, pero con bajo nivel cultural; o, muy frecuentemente, por la influencia de fármacos o de otras enfermedades. A este respecto, los médicos no deben emitir un diagnóstico de demencia basándose en una exploración hecha durante un ingreso hospitalario, donde muchas personas mayores se desorientan, tienen enfermedades graves y toman fármacos que mermar sus capacidades intelectuales. Deberán, por tanto, diferenciar la demencia de otras causas que pueden hacer fallar la memoria, como los cambios asociados a la edad o las alteraciones debidas a estados de ansiedad o depresión. Si esta última es lo suficientemente grave, puede hacer pensar al médico en la presencia de una demencia: es lo que se conoce como “pseudodemencia depresiva” o “demencia asociada a depresión”. Muchas veces no es fácil distinguirla de una demencia verdadera y, con frecuencia, solo la evolución en el tiempo ayudará al diagnóstico. Además, no es raro que ambos procesos (depresión y demencia) se produzcan de forma simultánea, especialmente en personas mayores.” BARÓN RUBIO, M., ob. cit., p.59.

¹⁷⁷ Cfr. Capítulo 3, II.

¹⁷⁸ STS n.º 243/2016 de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1627).

caso presentaba “dudas razonables”, afirma que había llegado “a la conclusión, pese a las dudas razonables que presenta el caso, de que no se ha acreditado de manera inequívoca o indudable la carencia de capacidad mental del testador”.

Nos surge espontáneo preguntarnos: ¿cómo podría el actor, a fin de que se estime su demanda de nulidad, acreditar “de manera inequívoca o indudable” la falta de capacidad testamentaria en un caso que, según destaca el mismo tribunal juzgador, presenta “dudas razonables”?

En base a todo lo anterior, y siempre a nuestro deferente modo de ver, el tipo de prueba que se requiere para que se estime la incapacidad del testador al momento de otorgar sus últimas voluntades bordea los límites de una *probatio diabolica*¹⁷⁹, siendo la única manera para probar dicha incapacidad de modo “inequívoco y concluyente” hacer un examen directo y específico del testador en el concreto momento del otorgamiento¹⁸⁰.

III. El papel del notario en la acreditación de la capacidad del testador: una breve reflexión crítica.

En realidad, como bien apunta MIGUEL ALHAMBRA, L., alguien que valora la capacidad del testador en el momento de testar, existe, y es el notario¹⁸¹. Sobre este punto, cabe hacer una última reflexión.

¹⁷⁹ Como recuerda SUÁREZ XAVIER, P. R., la “actividad probatoria, consiste en el propio derecho a la prueba, que la doctrina conceptúa como sienta aquel que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso. Asociada a la actividad probatoria, en el ámbito civil, en el que rige el principio dispositivo, nos encontramos con la llamada carga de la prueba, que consiste en la obligación de las partes de probar la certeza de los hechos que se desprenden de sus alegaciones, siempre que se trate de hecho controvertido, tal y como dispone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).” (SUÁREZ XAVIER, P. R., “Justicia predictiva y segunda instancia: sobre la posibilidad de la apreciación de la prueba por una IA”. En SÁNCHEZ RUBIO, A., *Más allá de la justicia: nuevos horizontes del derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, 2024, p.218). Pues bien, en algunos casos puede haberse una “práctica imposibilidad de probar determinados hechos. En tales casos, en los que la práctica de una determinada prueba comporta una dificultad extrema o, incluso, deviene imposible — denominados, gráficamente, *probatio diabólica*: prueba diabólica por imposible” CALAZA LÓPEZ, S., “La prueba: concepto, caracteres, regulación, carga y valoración”. En Calaza López, S. et al., *Derecho procesal civil — parte general*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 2024, p.362.

¹⁸⁰ Vid. MIGUEL ALHAMBRA, L., “Demencia y capacidad para testar. A propósito de una sentencia”, El Notario del Siglo XXI, n.º 59, (Enero-Febrero) 2015.

¹⁸¹ *Ibid.*

Como se ha mencionado¹⁸², cuando el testamento se otorga con la intervención del notario (esto es, tanto en los testamentos abiertos¹⁸³ como en los cerrados¹⁸⁴), la ley exige que este acredite si, a su juicio, el testador dispone de la capacidad necesaria para testar¹⁸⁵. En el caso de las personas con discapacidad (incluidas, por tanto, las que padecen de demencia), la evaluación del notario consiente al incapaz de testar libremente¹⁸⁶ y, al mismo tiempo, su valoración positiva “*preconstituye la prueba de la capacidad del otorgante*”¹⁸⁷. En este sentido, aunque se afirma que dicha aseveración “*solo genera una presunción iuris tantum, que cabe destruir mediante prueba en contrario*”¹⁸⁸, ya se han evidenciado los numerosos desafíos que esta destrucción implica¹⁸⁹.

Además, consideramos oportuno resaltar que el juicio expresado por el notario sobre la capacidad del otorgante no deja de ser el fruto de una apreciación meramente subjetiva. Como señala ALVENTOSA DEL RÍO, J., según la nueva redacción del artículo 665 CC, el notario “*no está obligado a comprobar la capacidad de la persona*”, sino que solamente “*debe, según su propio criterio, constatar que la persona está en condiciones de conformar o expresar su voluntad*”¹⁹⁰. De este modo, el notario se limita a dar su opinión, según un juicio propio y personal¹⁹¹, y no se le exige “*que tenga una certeza absoluta de tal capacidad*”, sino que puede “*darse por satisfecho con la probabilidad de que la persona que otorga el testamento es capaz*”¹⁹².

A tal propósito, además, parte de la doctrina apunta que “*el notario no realiza un juicio médico*” y que lo que importa “*no es si la persona sufre o no una patología y en qué grado*”, sino que, más allá del aspecto médico, cuentan otros factores a la hora de valorar la capacidad del

¹⁸² Vid. Capítulo 3, II.

¹⁸³ Con relación a estos, establece el art.696 CC que “[e]l Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.”.

¹⁸⁴ Dispone el art.707 CC lo siguiente: “En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes: [...] 4.a Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.”.

¹⁸⁵ Así también lo ha recordado, entre muchas otras, la SAP de Valencia n.º 174/2017 de 31 de mayo (ECLI:ES:APV:2017:3990).

¹⁸⁶ Así lo prevé el artículo 665 CC (cfr. Capítulo 1, III.I.).

¹⁸⁷ DIEZ GARCÍA, H., ob. cit., pp.362-363.

¹⁸⁸ Ibid. pp. 363-364.

¹⁸⁹ Cfr. Capítulo 3, II. y III.

¹⁹⁰ ALVENTOSA DEL RÍO, J., ob. cit., pp.465-466.

¹⁹¹ Vid. RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M., ob. cit., p. 3250.

¹⁹² Ibid.

otorgante, como el educativo o el social¹⁹³. Y esto porque “[l]o que debe enjuiciarse es si la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que otorga, en este caso el testamento”¹⁹⁴.

Ahora bien, aunque no discrepamos del todo de dichas consideraciones, lo cierto es que, cuando se trata de personas que padecen patologías como el alzhéimer u otras demencias, fatigamos a admitir que, en dicho “enjuiciamiento”, el aspecto médico deba tener el mismo peso – o incluso un peso menor – que los demás factores que el notario pueda valorar¹⁹⁵. Asimismo, nos cuesta afirmar que la “especial relevancia de certidumbre”¹⁹⁶ que adquiere la apreciación notarial acerca de la capacidad testamentaria pueda considerarse justificada por una suficiente fiabilidad, escurpulosidad y competencia en la formación de dicho juicio.

A este propósito, nos parece revelador el informe pericial citado por la SAP de Lugo de 9 de mayo 2022¹⁹⁷, elaborado en aquel caso por el médico que había seguido el testador con Alzheimer cuyo testamento se impugnaba. En el mismo se refiere que el causante padecía de “un trastorno mental que sólo puede apreciar un médico, e incluso un especialista”. Y esto porque, según explicaba el médico, “[c]uando los procesos demenciantes se encuentran en un estado muy avanzado”, las alteraciones cognitivas manifestadas por el paciente “son fácilmente identificables para un notario” y es “más difícil que le pasen desapercibidas”; sin embargo, cuando la patología se encuentra “en estados no tan avanzados” y las funciones cognitivas “no tan afectadas”, “la detección no es fácilmente identificable, encontrándose el notario en la obligación de recurrir a la precia médica para discernir si las funciones afectadas impiden tener la cognición y volición necesarias [para] la realización del acto notarial deseado”.

A la luz de la alta variabilidad que caracteriza estas enfermedades y de la dificultad que conlleva su diagnóstico¹⁹⁸, nos preguntamos si puede considerarse oportuno someter la

¹⁹³ ECHEVARRÍA DE RADA, “La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio”. En Heras Hernández, M. del M., et al., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2022, p.536.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ En igual sentido crítico, sobre el papel de notario en el contexto más general del apoyo al incapaz tras la Ley 8/2021, cfr. VALLS I XUFRE, J. M., “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”. En Heras Hernández, M. del M., et al., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2022, pp.85 y ss.

¹⁹⁶ Así, entre muchas otras, en las SSTS n.º 20/2015 de 22 de enero (ECLI:ECLI:ES:TS:2015:195) y n.º 386/2015 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2015:3164) y en las SSAP de Valencia n.º 174/2017 de 31 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:3990), SAP de A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244) y de 12 de diciembre de 2017 (ECLI: ES:APC:2017:2839), SAP de Lugo n.º 131/2024 de 18 de marzo (ECLI: ES:APLU:2024:222).

¹⁹⁷ SAP Lugo n.º 323/2022 9 de mayo (ECLI:ES:APLU:2022:503).

¹⁹⁸ *Vid.* Capítulo 2, II y Capítulo 3, II.II.

posibilidad de testar del incapaz al sólo *placet* del notario¹⁹⁹ y no también a la valoración de un sanitario especialista²⁰⁰, cuyo examen, tal y como sugiere el referido médico en el informe mencionado, “*sería siempre necesario en el caso de conocerse en la persona un diagnóstico previo de cualquier tipo de enfermedad que conlleve deterioro cognitivo, especialmente si éste es demenciante*”²⁰¹.

¹⁹⁹ Para profundizar más sobre el papel del notario en el contexto testamentario, cfr. ECHEVARRÍA DE RADA, “La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio”. En Heras Hernández, M. del M., *et al.*, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2022, pp. 535 y ss.

²⁰⁰ Sobre la importancia de que a valorar la incapacidad de las personas afectas por deterioros cognitivos sean médicos especialistas, cfr. SIMÓN-LORDA, P., *ob. cit.*, p.331.

²⁰¹ A este propósito, evidencia ÁLVARO, L.C., que “[l]os médicos, y los sanitarios en general, carecemos de potestad para dictar si existe capacidad legal. El ministerio fiscal y el juez suelen solicitar peritaciones e informes médicos, en los que pueden fundamentar su decisión, que va ser global, nunca específica de tarea como en el caso de la capacidad natural o de obrar. A la pregunta de quién evalúa la capacidad que nos compete, la natural, debemos responder que el médico responsable del paciente. El personal a cargo del paciente es quién debe establecer su capacidad, con las evaluaciones de apoyo de otros colegas que considere pertinentes¹. Resulta llamativo que no se considere al neurólogo en esta lista de consultores, ni siquiera cuando se trata de dar soporte a la evaluación de capacidad en pacientes con demencia¹⁴⁻¹⁶. Este es un aspecto en el que en nuestra opinión la comunidad neurológica debe incidir.” ÁLVARO, L. C., *ob. cit.*, p.292.

CONCLUSIONES

A través del presente trabajo se ha querido poner de manifiesto la necesidad de un enfoque más integral y equilibrado respecto de la capacidad para testar de las personas con enfermedades neurodegenerativas (como el Alzheimer y otras demencias), cuya variabilidad e impredecibilidad hacen indispensable una valoración pormenorizada de cada caso. En este contexto, resulta fundamental extraer las principales conclusiones derivadas del análisis realizado, con el fin de sintetizar los aspectos más relevantes del estudio y resaltar aquellos puntos que, en relación con la capacidad para testar en estos supuestos, consideramos que requieren una especial atención y reflexión.

I. A lo largo de la historia de nuestro ordenamiento jurídico, la capacidad para testar ha sido objeto de regulación con criterios que han evolucionado desde el Derecho romano hasta el Código Civil de 1889. El concepto tradicional de capacidad testamentaria ha estado ligado a una concepción algo rígida de la voluntad, lo que ha supuesto limitaciones para ciertos colectivos, en particular, para las personas con discapacidades cognitivas. Sin embargo, dicho concepto se ha ido flexibilizando con el tiempo, sobre todo gracias a la labor interpretativa de la jurisprudencia, la cual, siguiendo el camino trazado por los tribunales europeos en la materia, ha anticipado los conceptos y principios fundamentales finalmente recogidos en la Ley 8/2021. En particular, la jurisprudencia ya había mostrado una tendencia anticipadora al reconocer la validez de testamentos otorgados por personas con discapacidad siempre que existieran elementos que evidenciaran su voluntad libre y consciente. Este desarrollo previo ha facilitado la recepción de la reforma en el ámbito judicial.

Por su parte, La Ley 8/2021 ha supuesto una reforma sustancial en materia de capacidad jurídica, introduciendo un cambio de paradigma basado en el modelo de apoyo y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad. Este nuevo enfoque busca garantizar la toma de decisiones en igualdad de condiciones, dejando atrás modelos restrictivos. En relación con la capacidad para testar, la Ley 8/2021 establece una nueva interpretación más flexible y garantista, reafirmando la presunción de capacidad que debe regir con relación a la capacidad testamentaria de las personas con discapacidad e introduciendo una serie de normas destinadas a proporcionarles un apoyo práctico y efectivo para expresar y plasmar su verdadera voluntad en un testamento.

Sin embargo, la ausencia de referencias más detalladas al estado cognitivo de estas personas y a su grado de discapacidad al momento de testar genera incertidumbre interpretativa y deja en

manos de la doctrina y la jurisprudencia la tarea de delimitar los supuestos en los que podría considerarse que la capacidad ha sido afectada de manera determinante.

II. Enfermedades como el Alzheimer, la demencia senil y otros trastornos neurodegenerativos presentan similitudes, pero también diferencias sustanciales en su evolución y en la forma en que afectan la capacidad cognitiva y volitiva de los afectados. Las evidencias científicas muestran una elevada complejidad y variabilidad de estas patologías, que implica que la capacidad de una persona para testar puede fluctuar a lo largo del tiempo, independientemente del estado más o menos avanzado de las mismas. Por esta razón, la determinación de la capacidad testamentaria en estos casos no puede hacerse de forma uniforme, sino que requiere un análisis individualizado.

A este respecto, la jurisprudencia ha adoptado mayoritariamente una postura prudente, en línea con la presunción de capacidad que rige en nuestro ordenamiento. En relación con los testadores afectados por demencia o alzhéimer, el análisis de las resoluciones judiciales muestra que los tribunales suelen interpretar la existencia de capacidad en sentido amplio, priorizando la voluntad del testador cuando existen elementos que permitan inferir su discernimiento. Por el contrario, la falta de capacidad suele estimarse únicamente en estadios más avanzados de dichas enfermedades, mientras que raras veces se aprecia en fases leves e incipientes. Esta tendencia, aun siendo juiciosa y precavida, puede chocar con los datos científicos existentes en la materia antes descritos.

III. Con relación a las consecuencias jurídicas que derivan de un testamento otorgado por una persona con discapacidad cognitiva, la principal implicación es su nulidad. La legislación contempla esta vía como un mecanismo de protección de la voluntad real del testador y de los principios de seguridad jurídica.

En los procedimientos de impugnación de testamentos, la carga de la prueba recae en quien alega la falta de capacidad del testador, lo que supone una exigencia probatoria elevada para quienes cuestionan la validez del acto testamentario. Los principales medios de prueba en estos procedimientos incluyen informes médicos, testimonios de personas cercanas al testador y documentos periciales. Sin embargo, la alta variabilidad de los trastornos neurodegenerativos interesados, la complejidad de su exacto diagnóstico y la naturaleza casi siempre extemporánea de dichas pruebas respecto del momento del otorgamiento hacen que las mismas no sean fiables ni concluyentes al cien por cien. En este sentido, consideramos la prueba de la incapacidad testamentaria como una *probatio diabolica*, dada la dificultad de acreditar con certeza que el

testador carecía de discernimiento en el momento exacto del otorgamiento del testamento, especialmente cuando no existe un informe pericial contemporáneo al acto. Asimismo, la ausencia de una jurisprudencia unívoca sobre la prueba necesaria en este ámbito, que tenga en cuenta de la realidad médica y de la variabilidad de estas patologías, merma, desde nuestro punto de vista, los derechos y garantías *post mortem* de las personas con discapacidad.

IV. En este contexto, el notario juega un papel fundamental en la acreditación de la capacidad del testador, ya que su intervención dota de una presunción de validez al testamento. No obstante, en los casos de testadores afectados por enfermedades neurodegenerativas, nos preguntamos si la mera apreciación subjetiva del notario sobre la capacidad del otorgante pueda considerarse suficiente para excluir situaciones de manipulación o de distorsión de la voluntad, provocadas por el deterioro cognitivo del que padece. A este respecto, una comprobación más profundizada del historial médico del testador en caso de que existan dichas afecciones cognitivas (aunque en fases incipientes) y una mayor participación de expertos médicos en el proceso de validación de la capacidad testamentaria de estos individuos, podría ser decisiva para garantizar su libertad de actuación en el ámbito sucesorio.

Aún en un sistema que se basa sobre presunciones de capacidad y principios como el *favor partitionis*, la correcta acreditación de la capacidad testamentaria de las personas que padecen de deterioros cognitivos debería de ser un derecho de estos sujetos, el cual, lejos de constituir un obstáculo, representaría una garantía adicional de su autonomía y dignidad. Después de todo, como se acaba de destacar, ya existe un profesional que efectúa dicha acreditación en el preciso momento del otorgamiento, y es el notario. Lo que cuestionamos es que sea el profesional adecuado para realizar dicha tarea y que esté efectivamente operando en su ámbito de competencia. Pues, a nuestro modo de ver, al momento de valorar la capacidad del otorgante, dicho operador jurídico no está expresando un juicio basado sobre sus conocimientos técnicos-legales, sino que se está sirviendo de su natural y común percepción humana.

V. Somos consciente de que, *prima facie*, la introducción de un mayor control para los testamentos realizados por personas con discapacidad podría entenderse a expensas de su libertad. Sin embargo, consideramos que la falta de previsiones adecuadas, que aseguren que dicho otorgamiento se realice en el marco de una capacidad plena y consciente, merma aún más los derechos y libertades del discapacitado, dejándolo desamparado frente a posibles manipulaciones y distorsiones de su real voluntad, deriven estas de la mala actuación de terceros o de las consecuencias de su propia enfermedad.

A este propósito, también podría ser útil promover la planificación anticipada de la voluntad, tanto en el ámbito médico como jurídico²⁰². Fomentar el otorgamiento del testamento cuando se detecten los primeros síntomas de una enfermedad neurodegenerativa contribuiría a la protección de los derechos y deseos de los individuos afectados.

Comprendemos que nuestras consideraciones se prestan a numerosas críticas y que su aplicación práctica conllevaría una cierta complejidad administrativa (por ejemplo, en la coordinación entre el personal médico y el personal legal) así como numerosos desafíos jurídicos (piénsese a las implicaciones a nivel de responsabilidad que comportaría la intervención de un médico en el juicio de capacidad testamentaria). Sin embargo, la interacción entre el ámbito médico y el ámbito jurídico ya tiene amplio reconocimiento en nuestro ordenamiento²⁰³, y dichas dificultades no deberían de ser excusa para no implementar un sistema que garantice de manera más efectiva los derechos y libertades de las personas con discapacidad en ámbito testamentario. Cada una de las realidades de estos individuos debe recibir una tutela justa y efectiva, adaptada a sus particularidades y que sea a 360 grados, esto es, también con relación al momento de otorgar testamento.

El legislador de la Ley 8/2021 ha hecho un admirable esfuerzo en diseñar un régimen jurídico digno y respetuoso de las personas con discapacidad, y con el mismo cuidado, en nuestra opinión, debería de acabar de disciplinar aspectos tan importantes de la vida de estas personas como su capacidad cognitiva a la hora de testar. Misión, esta, que consideramos tanto delicada cuanto necesaria.

²⁰² En este sentido, cfr. MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, ob. cit., p.66 y ss.

²⁰³ Mismamente, en el ámbito de las personas con discapacidad, un ejemplo de dicha interacción es dado, a nuestro modo de ver, por la Ley 41/2003 y la Ley 39/2006.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ, L., y SÁNCHEZ LERÍA, R., “Nulidad del testamento”. En López y López, A. M., *et al.*, *Derecho de sucesiones*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, 2023, pp.51-84.

ÁLVARO, L. C., “Competencia: conceptos generales y aplicación en la demencia”, *Neurología*, 27(5), El Sevier, 2012, pp. 290-300.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Reformas en derecho de sucesiones”. En De Verda y Beamonte, J. R., *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, pp.451-502.

ALZHEIMER CATALUNYA FUNDACIÓ, *Alzhéimer, demencias y deterioro cognitivo leve. Similitudes y diferencias*, Alzheimer Catalunya Fundació, 2021. Recuperado de <https://alzheimercatalunya.org/es/pindola-de-coneixement-alzheimer-demencies-i-deteriorament-cognitiu-lleu-similituds-i-diferencies/>.

ALZHEIMER’S ASSOCIATION, *Comprendiendo el Alzheimer y la demencia*, TS-0069-S, 2022.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil”. En *Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil Español*. En Estellés Peralta, P. M., Tirant Lo Blanch, 2022, pp.412-469.

ARÉVALO CABALLERO, W., “Excepciones a la incapacidad de obrar del ‘impuber’ y del ‘minor sui iuris’ y su recepción en derecho español”, *Revista internacional de derecho romano*, Abril - 2011.

ARÉVALO RODRÍGUEZ, I., *Demencia asociada a enfermedad de Alzheimer y otras demencias: evidencias diagnósticas*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015.

ATAZ LÓPEZ, J., *Código Civil: Proyecto de 1851*, Universidad de Murcia, s. f. Recuperado de: <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>.

BADENAS CAPRIO J. M., y CLEMENTE MEORO, M. E., “El derecho de sucesiones. Marco teórico y jurisprudencial”. En Alventosa del Río, J., y Cobas Cobiella, M. E., *Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 2023, pp.28 -138.

BARÓN RUBIO, M., *Alzhéimer y otras demencias: una guía para la familia y los cuidadores*, Organización de consumidores y usuarios, 1ª ed., ECOE Ediciones, 2022.

BECHARA, A., “Neural Basis of Decision-Making and Implications for Older Adults. The Center for Decision Neuroscience Institute for the Neurological Study of Emotion, Decision-Making, and Creativity University of Southern California”, *The National Academic Press*, 2006.

BLASCO GASCÓ, F. del P., *Instituciones de Derecho Civil Derecho de Sucesiones*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, 2021.

CALAZA LÓPEZ, S., “La prueba: concepto, caracteres, regulación, carga y valoración”. En Calaza López, S. *et al.*, *Derecho procesal civil – parte general*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 2024, pp.357-374.

CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., *La demencia senil, el Alzheimer y el demente*, Universitat de Barcelona, 2014.

CLARK, L., *et al.*, “The contributions of lesions laterality and lesion volume to decision-making impairment following frontal lobe damage”, *Neuropsychologia*, 41, 2003, pp.1474-1483.

COMUNIDAD DE MADRID, *Demencia*, Comunidad de Madrid, (s.f.). Recuperado de <https://www.comunidad.madrid/servicios/salud/demencia>

COSTAS RODAL, L., *Autonomía y apoyo de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio tras la Ley 8/2021*, Tirant Lo Blanch, 2024.

CUNHA, I. L. de O. M., “Tecnologías Asistivas Para Pacientes Ancianos Con Demencia: Perspectivas Desde La Bioética de Los Cuidados En Salud”, *Salud Colectiva*, vol. 19, 2023.

DE LA VEGA, R. y ZAMBRANO, A. “La capacidad para tomar decisiones, alterada desde los primeros estadios del alzhéimer”, *Circunvalación del Hipocampo*, 2005. Recuperado de <https://www.hipocampo.org/articulos/articulo0230.asp>.

DIÉZ GARCÍA, H., “La impugnación del testamento otorgado por persona que no puede testar ex art. 663.2º cc (entre la tutela a la libertad de testar y la expectativa a heredar)”, *Derecho Privado y Constitución*, 41, 2022, pp.345-387.

ECHEVARRÍA DE RADA, “La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio”. En Heras Hernández, M. del M., *et al.*, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2022, pp. 521-555.

HERMANAS HOSPITALARIAS AITA MENNI, *¿Una persona con deterioro cerebral puede tomar decisiones sobre su salud y su patrimonio?*, 2018. Recuperado de <https://www.aita-menni.org/es/una-persona-con-deterioro-cerebral-puede-tomar-decisiones-sobre-su-salud-y-su-patrimonio/>.

ICAB (Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona), *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*, (s. f.). Recuperado de <https://www.icab.es/es/actualidad/noticias/noticia/Ley-8-2021-de-2-de-junio-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica/>

ICAM (Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid), *Cuadro comparativo de la Ley 8/2021 sobre discapacidad*, 2021. Recuperado de <https://web.icam.es/wp-content/uploads/2021/06/cuadro-COMPARATIVO-Ley-Discapacidad.pdf>

IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, Ariel, 1992, p.599.

INSTITUCIÓ IBARS, *Alzheimer vs. demencia: comprendiendo las diferencias*, Institució IBARS, (s.f.). Recuperado de <https://www.institucioibars.com/alzheimer-vs-demencia-comprendiendo-las-diferencias/>

INTEGRAMEDICA, *¿Cuál es la diferencia entre Alzheimer y demencia senil?*, 2024. Recuperado de: <https://www.integramedica.cl/blog/cuida-tu-salud/enfermedades-y-tratamientos/cual-es-la-diferencia-entre-alzheimer-y-demencia-senil>.

LESCER, *¿Qué diferencia hay entre demencia y Alzheimer?*, Lescer, 2024. Recuperado de <https://www.lescer.es/actualidad/diferencias-entre-alzheimer-y-demencia/>

MALM MORGAN, M. R. *et al.*, “El proceso cognitivo de la toma de decisiones en la enfermedad de Alzheimer”, *Psicodebate*, 14 (1), pp.9-32.

MARTÍNEZ DEL PRADO, C.G., *Estudio sobre la influencia del aprendizaje cooperativo en el desarrollo competencial de los estudiantes*, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2014.

MARTÍNEZ, D. *et al.*, “Revisión de la literatura científica sobre la toma de decisiones bajo riesgo o ambigüedad en pacientes con enfermedades neurodegenerativas”, *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, Fundación Universitaria Católica del Norte, núm. 69, pp. 244-275, 2023.

MEDLINEPLUS, *Demencia*, National Library of Medicine (Unites States Government), (s.f.). Recuperado de <https://medlineplus.gov/spanish/dementia.html>.

MIGUEL ALHAMBRA, L., “Demencia y capacidad para testar. A propósito de una sentencia”, *El Notario del Siglo XXI*, n.º 59, (Enero – Febrero), 2015.

MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, *Plan Integral de Alzheimer y otras demencias 2019-2023*, Gobierno de España, 2019. Recuperado de https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/docs/Plan_Integral_Alzheimer_Octubre_2019.pdf.

MONJE BALMASEDA, O., “La capacidad para disponer por testamento y las personas con discapacidad, después de la Ley 8/2021, de 2 de junio”. En Serrano Argüeso, M. *et al.*, *Retos jurídico-sociales para la inclusión de las personas con discapacidad*, Tirant Lo Blanch, 2024, pp.107-148.

NAVARRO RODRÍGUEZ, S., “Diez reflexiones sobre testamento, terminalidad y deterioro cognitivo tras el cambio de paradigma de la Ley de discapacidad”, *Diario La Ley*, N.º 10355, 2023.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Colegio Notariales de España, 2ª edición, 2006.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones común - Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, 2020.

RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M., “De la capacidad para disponer por testamento”. En Cañizares Laso, A., *Comentario al Código Civil 5 Tomos*, Tirant Lo Blanch, 2023, pp.3247-3275.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), Ensayos, pp. 385-428.

SIMÓN-LORDA, P. “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 28(2), 2008, pp. 327-350.

SUÁREZ XAVIER, P. R., “Justicia predictiva y segunda instancia: sobre la posibilidad de la apreciación de la prueba por una IA”. En SÁNCHEZ RUBIO, A., *Más allá de la justicia: nuevos horizontes del derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, 2024, pp.215-228.

VALLS I XUFRÉ, J. M., “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”. En Heras Hernández, M. del M., *et al.*, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2022, pp.85-155.

VITALASTUR, “Diferencia entre demencia y Alzheimer”, *Vitalastur*, 2021. Recuperado de <https://www.vitalastur.com/diferencia-entre-demencia-y-alzheimer/>

ANEXO LEGISLATIVO

- Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. Gaceta de Madrid, núm. 149, de 29 de mayo de 1862, p.1. ELI: [https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/(1))
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889, pp.249-259, ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1))
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, páginas 575 a 728 (154 págs.), ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1>
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, pp.40852-40863, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/18/41>
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, pp. 44142-44156, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/12/14/39>
- 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. BOE núm. 132 de 3 de junio de 2021, pp. 67789-67856, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8>

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 131/1928 de 25 de octubre de 1928 (ECLI:ES:TS:1928:688).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 289/2008 de 26 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2218)
- España. Audiencia Provincial de Navarra. Sentencia núm. 115/2009 de 18 de junio 2009 (ECLI:ES:APNA:2009:832).
- España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 517/2009 de 29 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:11015).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 20/2015 de 22 de enero de 2015 (ECLI:ECLI:ES:TS:2015:195).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 386/2015 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2015:3164).
- España. Audiencia Provincial de Murcia. Sentencia núm. 475/2015 de 10 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:APMU:2015:1884).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 243/2016 de 8 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1627).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 461/2016, de 7 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3123).
- España. Audiencia Provincial de Zaragoza. Sentencia núm. 345/2016 de 3 de octubre de 2016 (ECLI:ES:APZ:2016:1863)
- España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia núm. 174/2017 de 31 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:3990).
- España. Audiencia Provincial de A Coruña. Sentencia núm. 338/2017 de 12 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:APC:2017:2839).
- España. Tribunal Supremo (Pleno). Sentencia núm. 146/2018 de 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:936).
- España. Audiencia Provincial de A Coruña. Sentencia núm. 144/2018 de 23 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APC:2018:820).
- España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 184/2019 de 12 de abril de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:9381).
- España. Audiencia Provincial de A Coruña. Sentencia núm. 346/2019 de 23 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APC:2019:2244).
- España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia núm. 162/2020 de 16 de abril de 2020 (ECLI: ES:APV:2020:1424).

- España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 96/2021 de 29 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APM:2021:4129).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 269/2021 de 6 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1894).
- España. Audiencia Provincial de Ourense. Sentencia núm. 496/2021 de 4 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APOU:2021:723)
- España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 97/2022 de 22 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:2343).
- España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 100/2022 de 22 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:2168).
- España. Audiencia Provincial de Lugo. Sentencia núm. 323/2022 9 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APLU:2022:503).
- España. Audiencia Provincial de Almería. Sentencia núm. 1042/2022 de 13 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:APAL:2022:897).
- España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia núm. 72/2023 de 15 de febrero de 2023 (ECLI:ES:APV:2023:271).
- España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 188/2023 de 24 de abril de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:5330).
- España. Audiencia Provincial de Córdoba. Sentencia núm. 395/2023 de 28 de abril de 2023 (ECLI:ES:APCO:2023:319)
- España. Audiencia Provincial de Lugo. Sentencia núm. 131/2024 de 18 de marzo de 2024 (ECLI: ES:APLU:2024:222).
- España. Audiencia Provincial de Segovia. Sentencia núm. 133/2024 de 22 de abril de 2024 (ECLI:ES:APSG:2024:178).
- España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 217/2024 de 13 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:6735).
- España. Audiencia Provincial de Les Illes Balears. Sentencia núm. 488/2024 de 26 de septiembre (ECLI:ES:APIB:2024:2413).
- España. Audiencia Provincial de Valladolid. Sentencia núm. 639/2024 de 7 de octubre de 2024 (ECLI:ES:APVA:2024:1711).