

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR E IMPUGNACIÓN DE TESTAMENTO DE LA PERSONA CON ENFERMEDAD MENTAL

Ignacio Solís
Notario

Resumen

En la presente ponencia, se exponen las implicaciones y funciones expresas del notario en la valoración de la capacidad para hacer testamento. Se presentan las distintas formas de incapacitación según marca la ley y se expresan plantean los distintos procedimientos a seguir desde el trabajo notarial. Se incluyen referencias y enlaces con la valoración forense.

PALABRAS CLAVE: *Impugnación, testamento, enfermedad mental.*

Abstract

In this paper, the implications and express functions of the notary in the valuation of a person's capacity to make a testament are presented. Various forms of incapacitation, according to the law, are presented and several proceedings to be followed from the notary labor are discussed. References and links with forensic valuation are included.

KEY WORDS: *impugnation, testament, mental illness.*

Introducción

Me voy a referir exclusivamente a la capacidad para hacer testamento y la incidencia que puede tener la falta de capacidad en orden a la impugnación de este testamento.

Voy a hacer un enfoque fundamentalmente centrado en la actuación del notario porque aunque podría haber de otros tipos de testamentos en los que no hacer falta notario, como el hológrafo, es un tema marginal y no voy a entrar el aspecto forense porque hay una ponencia específica aunque habrá que tocar alguna zona en que nos rocemos.

El sistema español es bastante claro, la Ley, y yo me voy a olvidar de cualquier tipo de tecnicismo, la ley que pueden hacer testamento todas aquellas personas a las que no se les prohíbe expresamente, entonces esto es importante porque las causas que impiden hacer testamento no pueden ni ampliarse ni aplicarse por analogía de otras, ni hacer interpretaciones extensivas de otras sino que son causas legalmente tasadas y solamente se establecen dos: el código civil solo impide hacer testamento al menor de 14 años, y no vamos a entrar en esto, y a la persona que accidentalmente o habitualmente no se hallare en su cabal juicio.

Esta fórmula “quien habitualmente o accidentalmente no se hallare en su sano juicio” es la nos va a plantear problemas y a la que vamos a dedicarnos. Es importante tener en cuenta que la posibilidad hacer testamento, de actuar jurídicamente, esto es, de regular el destino, no solo de la herencia sino de tomar otras previsiones de orden personal para después de la muerte, es una de las manifestaciones más importantes de la autonomía una persona, y en este sentido yo creo que hay que recordar el artículo 10 de la Constitución que establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad que es uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico superior, porque aunque no está incluido en el Artículo Primero sin embargo nos dice el texto que es el fundamento del orden político y la paz social.

Y por tanto hemos de ser muy cautos antes de negar a una persona la posibilidad de testar en supuestos que no estén claramente establecidos claramente en la Ley e incluso a la hora de interpretar la Ley.

Yo creo que esta perspectiva es de que ante la duda y desde luego toda persona se presupone capaz y para que no pueda hacer testamento hay que demostrar la incapacidad.

Cuando hablamos de: “quien habitualmente o circunstancialmente no esté en su cabal juicio” aplicamos una fórmula muy amplia, son expresiones antitéticas, habitualmente o circunstancialmente, estas expresiones comprenden todas las posibilidades de la persona en el momento de testar no esté en su cabal juicio. Puede ser una causa persistente, una enfermedad mental, puede ser momentánea, una intoxicación alguna patología momentánea, una urea, todos estos motivos, no importa cual sea la causa, lo decisivo es el momento de testar, porque la ley establece que esta capacidad ha de referirse exclusivamente al momento de hacer testamento, si en el momento de hacerlo, no importa lo que pasara antes o pase después, si no está en su cabal juicio, la persona no puede hacerlo.

Hay que distinguir entre la persona que accidentalmente no está en su cabal juicio, que es un tema que a simple vista podría parecer que queda fuera del tema de nuestra ponencia, porque se habla de la persona con enfermedad mental, pero hemos de tener en cuenta los dos supuestos, la persona que habitualmente o accidentalmente no está en su sano juicio porque como todos sabemos hay personas que aun no estando habitualmente en su cabal juicio, unas están incapacitadas y otras no.

Así, en el caso de las personas que por no estar habitualmente en su cabal juicio, han sido judicialmente incapacitadas por sentencia, son aquellas que para ser incapacitadas han de tener una incapacidad o un problema de carácter persistente y esta persona no estará en su cabal juicio de forma habitual.

Estas personas para hacer testamento la Ley establece un procedimiento “cuando un capacitado por virtud de sentencia, como son estos casos, que no contenga pronunciamiento sobre su capacidad y quiera hacer testamento, el notario designa dos facultativos que le tienen que reconocer y no autorizará el testamento si los dos facultativos no responden de su capacidad.” Esto es lo que dice la ley en concreto el Art. 665 CC que ha sido reformado en el año 91 por una ley de 20 de diciembre.

Es importante que tengamos en cuenta que este procedimiento que vamos a describir “como hace testamento una persona que esta judicialmente incapacitada “y que va a ser la base de la exposición, hay que tener en cuenta a quienes se les aplica.

La ley dice, antes de la reforma, la ley se refería solo al *demente*, cuando el demente pretende hacer testamento en un intervalo lucido.

Esto planteaba un tema de si el procedimiento que se regulaba, antes de la reforma que era similar, dos facultativos, reconocerlo, etc., se aplicaba, antes de la reforma a todas las personas que estuviesen privadas habitualmente de su juicio aunque no estuviese judicialmente incapacitado, o si solo se aplicaba a los incapacitados.

Hoy este problema ya ha desaparecido, porque estrictamente hablando, el procedimiento especial de 665 solo de aplica cuando hay incapacitación judicial.

Aquí se nos dice: “y cuando la sentencia no contenga pronunciamiento acerca de la capacidad para testar”. Esta frase es ambigua y ha dado lugar a numerosas polémicas. Hay quien dice que la sentencia nunca puede contener un pronunciamiento en cuanto a la privar de la capacidad de testar en un intervalo lucido y con arreglo a este procedimiento especial del 665 y que por lo tanto este procedimiento especial será siempre aplicable.

Otros dicen que no, que puede contener pronunciamientos como: “le permito hacer testamento” y entonces no se aplica este procedimiento.

Otros dicen que se puede deducir el pronunciamiento de la sentencia por analogía y que hay que ver que tipo de actos le han permitido hacer, ver si son de los actos que puede hacer un mayor de 14 años, yo creo que son discusiones excesivamente técnicas y no vamos a entrar en ellas.

En mi opinión, este procedimiento es aplicable siempre, y que por lo tanto la sentencia, a priori, no puede privar de la facultad de hacer testamento en un intervalo lúcido, lo que si puede decir es que la facultad de hacer testamento no entra dentro de las facultades que se restringen y que por lo tanto le permite hacer testamento, pero como

luego vamos a ver, eso a mi me importa poco, porque en la práctica, si yo me encuentro un incapaz, aunque la sentencia le permite hacer testamento, yo no le hago testamento por la vía normal sino que acudo a este procedimiento especial del 665 por razones evidentes de seguridad.

Este procedimiento consiste, en primer lugar, en la designación de dos facultativos, por parte del notario, que lo tienen que reconocer. Estos testamentos son complicados de hacer. La primera duda es si el facultativo tiene que ser un especialista. Yo desde luego siempre he designado un especialista para que reconozca a la persona que va a hacer testamento con carácter previo. Si no hubiera especialista pues un médico. El tema aquí se complica porque yo creo que el dictamen de los especialistas no puede sustituir la del notario.

Lo que primero que yo hago es ver a la persona, y si yo deduzco que esta en condiciones entonces se pone en marcha el procedimiento, se designan especialistas y estos tienen que reconocerlo. Este reconocimiento no se hace en el mismo momento del testamento por que no es serio, sino 10, 12, 15 días antes tarden lo que tarden y cuando los especialistas le reconocen y emiten su informe y luego me lo entregan y a la vista de esto se otorga testamento.

En el testamento deben concurrir también los especialistas, por que ha podido pasar tiempo y han de hacer un reconocimiento somero para ver que las condiciones del dictamen no han variado y, si en ese momento es capaz, se firma el testamento.

Como ven es complicado pero esta claro que el juicio de los facultativos no anula el del notario pero si los facultativos no le ven capaz no puede hacer testamento, pero eso no quiere decir que el notario no deba emitir juicio, si los facultativos llegan a la conclusión de que es capaz, y el notario dice que no, en mi opinión no debe hacer testamento, debe ser un juicio conjunto de los dos.

Este testamento es para la persona judicialmente incapacitada, incluso si la sentencia le permite ejecutar actos, yo desde luego seguiría este procedimiento por seguridad.

Sentencia de incapacitación no firme, porque está recurrida. Yo utilizo el mismo procedimiento.

Personas que no están incapacitada judicialmente pero que conforme a la nueva ley de protección del patrimonio de las personas discapacitadas tienen una incapacitación no superior al 33 % reconocido podrían hacer testamento normal pero por prudencia se debería seguir el mismo procedimiento.

Personas que no están incapacitadas ni tienen declaración administrativa de minusvalías que el notario al examinarlos ve que tiene una enfermedad, que hay muchos, persistente pero que no están judicialmente incapacitado, el procedimiento éste de los especialistas no es preceptivo pero se puede seguir y yo desde luego lo sigo, por que no es suficiente llamar como testigos a dos médicos sino que hay que seguir el procedimiento completo.

El modo de actuar del notario en estos casos. El notario en el examen tiene que asegurarse de que la persona ha requerido la actuación notarial, esto sirve para personas enfermas o no y sobre todo en estado terminal. No basta que la familia me llame, si a mi

me llama la familia yo voy y hablo con la persona y si me reconoce y sabe a que voy, bien si no me marcho.

El examen debe ser a solas, a la familia hay que echarla. El examen debe ser del notario con la persona y es entonces cuando hay que hacer una exploración para ver si la persona está orientada espacial y temporalmente, y en sus circunstancias familiares, si sabe quien es, qué tiene que no tiene y si tiene la voluntad.

Si la tiene, y si esta voluntad tiene el grado que tiene que tener en una persona que tiene la capacidad de regirse por si misma y que puede querer con el grado de precisión que todos queremos, y no tiene porque tener conocimientos, ni tecnicismos, etc.

La Impugnación

El juicio del notario en principio según jurisprudencia, crea una presunción de que esta persona es capaz; pero esta presunción puede destruirse por pruebas en contrario; algunas sentencias dicen que las pruebas en contrario no pueden ser si la persona no es reconocida en el momento del testamento.

Esto es una tontería, porque con las técnicas psiquiátricas se puede determinar a posteriori si en el momento de la firma una persona era capaz o no. Lo que hay que tener en cuenta en todas estas sentencias en cambio, es que por falta de juicio del notario se puede destruir.

Cuando hay una persona judicialmente incapacitada y no se ha seguido el procedimiento 665 entonces ya el testamento es nulo.