

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2022/2023

Convocatoria: marzo

EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD Y EL DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL POR IMPRUDENCIA.

(The Notarial Assessment of Capacity and the Crime of Document Forgery by Negligence).

Realizado por el alumno D. Nicolás Quintana Martín. DNI: 79070725-Z.

Tutorizado por el Profesor D. Esteban Sola Reche.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Penal.





ABSTRACT

This Final Degree Project researches the crime of document forgery, specifically in cases where a notary's negligence leads to the commission of the crime. In addition, the study focuses on the potential criminal responsibility of notaries as public officials, given Spanish society's trust in their interventions.

In particular, the research examines the criminal liability arising from the capacity assessment, which is one of several notarial actions that may fall under the previously mentioned crime of forgery. The research also considers the legal interests protected by law, as they play a crucial role in determining the limits of the application of Article 391 in relation to Article 390 of the Spanish Penal Code.

Key Words: crime of document forgery by negligence; notaries; capacity assessment.

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado desarrolla una investigación sobre el delito de la falsedad documental, en su modalidad de comisión por imprudencia, a partir de las no muy numerosas resoluciones en las que se ventile la eventual responsabilidad criminal de los notarios, en su condición de fedatario público, habida cuenta de la confianza que la sociedad española deposita en sus intervenciones.

En concreto, de entre las distintas actuaciones notariales que pudieran tener acomodo en el delito previamente aludido, nos dedicamos al estudio de la responsabilidad criminal dimanante del juicio de capacidad, si bien partiendo de una necesaria referencia al bien jurídico tutelado, dada su especial trascendencia a la hora de concretar los límites en la aplicación del art. 391, en relación con el art. 390 del CP español.

Palabras clave: delito de falsedad documental por imprudencia; notario público; juicio de capacidad.



Tabla de contenidos:

I. Intervención notarial y falsedad documental por imprudencia.....	
II. El bien jurídico protegido en la falsedad documental.....	
III. El Juicio notarial de capacidad.....	
3.1. El deber de indagar sobre las aptitudes del otorgante.....	
3.2. La comunicación no verbal.....	
3.3. La exteriorización de la situación de discapacidad.....	
3.4. Conclusiones relativas al juicio notarial de capacidad.....	
IV. Tabla de resoluciones.....	
V. Bibliografía.....	



I. Intervención notarial y falsedad documental por imprudencia:

1. Partiendo del castigo excepcional de las conductas imprudentes que como principio recoge el CP en su art. 12, podría pensarse que la excepcionalidad estaría todavía más justificada respecto a algunos de los concretos delitos del título II del CP. Este pudiera ser el caso de la falsedad documental, concebida inicialmente como conducta de índole dolosa, en cuyo contexto parece cobrar todo su sentido y entidad delictiva. Sin embargo, el legislador de 1995 también consideró merecedor de reproche jurídico penal la falsedad documental imprudente, cuando concurren ciertos requisitos, objeto de estudio en este trabajo.

2. De este modo, como primera aproximación a la materia, se prevé en el art. 391 CP los siguientes elementos de la tipicidad: en primer lugar, el autor debe revestir la condición de autoridad o funcionario público; en segundo lugar, dicha autoridad o funcionario público debe actuar en el ejercicio de sus funciones; en tercer lugar, la imprudencia debe tener una entidad suficiente como para merecer el calificativo de grave; en cuarto lugar, encontramos una remisión al art. 390.1 del mismo cuerpo normativo, en lo relativo a las acciones típicas, centrándonos, en lo que a nuestro estudio se refiere, en la falsedad ideológica prevista en el número cuarto del citado artículo, que consiste en faltar a la verdad en la narración de los hechos; en quinto lugar, las conductas deben encontrar reflejo en un documento público, oficial o mercantil, lo que se deduce de la rúbrica de la Sección 1ª del Capítulo II del Título XVIII del Libro II del CP, exigiéndose en este punto una necesaria mención al concepto legal de documento, en sede del Derecho penal. Para ello, hemos de estar a lo dispuesto en el art. 26 del CP. Así, conforme al precepto indicado, *“a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”*.

3. Estas cumulativas reducciones, en congruencia con el principio de intervención mínima que inspira el Derecho penal, son probablemente la razón por la que escasean las resoluciones judiciales de interés en la materia. A lo anterior añadimos que, buena parte de las mismas, en lo relativo a la fundamentación jurídica, se sirven de la técnica consistente en la copia literal de las argumentaciones aportadas en decisiones precedentes. No obstante lo anterior, pretendemos realizar un análisis sobre aquellos



supuestos que consideramos más destacados, en aras de dilucidar cuáles son los elementos que determinan la aplicación de la falsedad documental imprudente, en relación con el juicio de capacidad emitido por notario público, comenzando para ello por el estudio del bien jurídico tutelado.

II. El bien jurídico protegido en la falsedad documental:

1. El estudio del bien jurídico deviene necesario en aras de identificar la función o ratio de la figura delictiva. A saber, se persigue velar por la integridad y la salvaguardia de aquellos bienes o intereses jurídicos que se consideran esenciales y vitales para el individuo y la comunidad, a fin de permitir y asegurar la convivencia pacífica en sociedad.

En esta línea, la identificación del bien jurídico nos permite primero interpretar y luego aplicar el ordenamiento jurídico penal. Primeramente, nos permite deslindar los distintos tipos penales para determinar en cuál de ellos se encuadra la acción relevante a efectos penales, siendo de esta forma respetuosos con el principio de tipicidad. Seguidamente, nos permite subsumir en el supuesto fáctico de la norma únicamente aquellas conductas que se encuentran efectiva y realmente desaprobadas por la colectividad, siendo de este modo consecuentes con los principios de política criminal que deben inspirar esta rama del Derecho, que son los principios de fragmentariedad, intervención mínima y última ratio.

2. Apercebidos de la importancia de identificar adecuadamente el bien jurídico protegido, distinguimos dos aproximaciones al mismo: una genérica y común a todos los delitos regulados en el Título XVIII del libro II del CP, y otra más específica del delito de falsedad documental.

Con relación a la primera, el bien jurídico en su función genérica, Muñoz Conde expone que en el título XVIII del libro II del CP se protege la verdad, entendida no en un sentido filosófico, sino como *“apariencia de conformidad a la realidad que engendran determinados signos”* y, por ello, *“engendra una confianza, una fe, en la sociedad, en el público en general, la fe pública que se protege por el Estado en cuanto*



es necesaria para el tráfico jurídico y puede servir como medio de prueba o autenticación¹”.

En términos similares, Navarro Frías se refiere a *“la fe pública entendida como confianza del público en determinados objetos, signos o declaraciones En sentido similar se ha apelado también a la protección de la seguridad en el tráfico jurídico (...). Signos cuya apariencia de verdad debe protegerse precisamente porque constituyen el presupuesto ineludible de un tráfico jurídico y económico ágil y, a la vez, seguro, en el contexto de una sociedad compleja como la nuestra²”.*

Ahondando en esta cuestión, puede señalarse, de acuerdo con Silva Sánchez, que la protección no recae sobre la verdad material, sino sobre la verdad formal, habida cuenta de lo que se pretende salvaguardar es la apariencia de verdad, aunque luego esta pudiera no ajustarse a la realidad de las cosas. En palabras del autor, *“(...) ha sido tradicional la calificación de los delitos de falsedad como <<delitos contra la fe pública>>, esto es, contra la confianza de los ciudadanos. Lo determinante en ellos no es tanto una lesión de la verdad objetiva, cuanto la lesión del derecho a confiar en determinados datos procedentes de terceros (...)”³.*

Aún más, expresa Silva Sánchez que la seguridad y la confianza en el tráfico jurídico fiduciario constituyen una *conditio sine qua non* para el desenvolvimiento ágil de una sociedad compleja: en las etapas primitivas, la toma de decisiones puede basarse en la percepción inmediata y directa de ciertos estímulos externos. Ahora bien, en el seno de una sociedad compleja, la toma de decisiones precisa del intercambio de datos e información con terceros. A modo de ejemplo, para que el tráfico jurídico y económico puedan alcanzar su pleno potencial, coadyuvando al mejor desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad, de acuerdo nuevamente con Navarro Frías, debe poder confiarse en que el administrador de una determinada sociedad es A y no B, con base en la certificación o nota informativa que al efecto haya expedido el registrador, o se

¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, 24ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 713.

² NAVARRO FRÍAS, I.: “Delitos de Falsedades”, en AA.VV. (ROMEO CASABONA, C.M./SOLA RECHE, E./BOLDOVA PASAMAR, M.A., Coords.): *Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2022, p. 676 y siguientes.

³ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Las Falsedades Documentales”, en AA.VV. (SILVA SÁNCHEZ, J.M., Dir.): *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, 8ª ed., Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2023, p. 371 y siguientes.



deberá poder confiar en que una persona es titular de un bien inmueble, al disponer de un título adquisitivo, debidamente elevado a escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad.

Con todo, ha de matizarse que la confianza no suele extenderse a la información o a los datos que se suministran de manera verbal, pues este medio de comunicación, el no escrito, es de por sí portador de un cierto elemento de imprecisión, ya sea por errores del propio emisor, ya sea por fallos en la comunicación que incidan sobre el receptor, o incluso por la interpretación que el último realice del mensaje oral. De ahí que, según Silva Sánchez, la confianza es relativa cuando se trata de la comunicación verbal, en cuanto que lo dicho oralmente cuenta con un elemento que invita a la inexactitud y a la falta de permanencia, lo que invita más a la duda que a la confianza. Así las cosas, señala el citado autor que, dado que a las palabras se las lleva el viento, la mentira verbal no es punible, a salvo excepciones expresamente contempladas, como pudiera ser el caso del delito por falso testimonio.

3. Con relación a la segunda de las aproximaciones, el bien jurídico en su función específica, la afectación a la seguridad en el tráfico jurídico entraña una quiebra de las funciones que el documento está destinado a cumplir.

Así las cosas, Silva Sánchez describe que *“existe en la doctrina y en la jurisprudencia una discusión acerca de si lo protegido mediante los delitos de falsedad documental es una genérica seguridad en el tráfico jurídico (o fe pública) o, más bien, las específicas funciones de los documentos en dicho tráfico jurídico. Estas funciones son tres: la función de perpetuación, la función de garantía y la función probatoria. La primera alude a la capacidad del documento de hacer constar su contenido de forma estable (permanencia). La segunda, a su capacidad de identificar a su autor (autenticidad). La tercera, a su capacidad de ser instrumento de prueba de su contenido (veracidad)⁴”*.

En términos análogos, la ECLI:ES:APIB:2014:26 en su FJ 5º expresa que *“las funciones que según la doctrina y jurisprudencia constituyen la razón de ser de un documento son: a) perpetuadora, en cuanto fija materialmente una manifestación del*

⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *op. cit.*, p. 373.



pensamiento; b) probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo y, c) garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en él”.

Aunando las ideas anteriormente reseñadas, podemos apreciar entre la fe pública y las funciones a cumplir por los documentos una relación cumulativa, y no alternativa o excluyente. Estamos ante una transgresión de la seguridad jurídica porque, precisamente, se atenta contra las funciones que el documento está destinado a cumplir en el tráfico. Así, la ECLI:ES:APS:2021:881, en su FJ 1º, expone que, *“por otro lado, no puede olvidarse que, como recuerda la STS de 28-6-2018, el perjuicio personal o patrimonial no es elemento típico del delito de falsedad en documento público. A lo sumo, será una finalidad mediata o indirecta del castigo de tales conductas. Se protege la buena fe y la seguridad del tráfico jurídico, evitando que accedan a la vida jurídica, civil, mercantil o administrativa, elementos probatorios falsos que puedan menoscabar la confianza colectiva en el carácter genuino de documentos que por su génesis y personas que los avalan deberían corresponderse con la realidad que acreditan (STS 645/2017, de 2 de octubre). Lo que se daña con este delito es la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, como reflejo verdadero de lo que contienen, expresan o prueban”.*

4. En resumen, cuando nos referimos al delito de falsedad documental, son conductas merecedoras de reproche penal las que atentan contra las funciones inherentes al documento, pues al violentar su función probatoria y de garantía, se está, en última instancia, defraudando la confianza y la buena fe de las personas, quienes, a la hora de la toma de sus decisiones, deben poder servirse de los datos aportados o recabados por terceros. De no sancionarse las conductas falsarias, podría propiciarse una situación indeseada, consistente en la merma o detrimento de la agilidad de las operaciones en el tráfico jurídico y económico, pues desaparecería la credibilidad generalizada en la rectitud y veracidad de lo contenido en los documentos, que dejarían de concebirse como fieles depositarios de los hechos acaecidos en la realidad.

5. Nótese cómo en el párrafo anterior no se hace alusión a la función de perpetuidad. Ello es debido a que, si bien para estar ante un documento a los efectos de



la aplicación del derecho penal, este debe contar con una cierta permanencia en el tiempo que permita acreditar los datos en él contenidos, las acciones que atentan contra tal función parecen tener mejor encaje en otros tipos penales. Así, conforme a Navarro Frías, las conductas que transgredan la función de perpetuación, es decir, aquellas que supongan una destrucción total o parcial del documento, serían reconducibles a los delitos de daños patrimoniales, o de infidelidad en la custodia de documentos, si se tratara de funcionarios públicos.

6. Por su parte, cuando lo que se ventila es la responsabilidad criminal del notario, por imprudencia cometida en el desarrollo de sus funciones, cuando se trata de delimitar el bien jurídico protegido en el art. 391 CP, nos atenemos al FJ 5º de la ECLI:ES:TS:2002:2395: *“la fe pública notarial es el más acreditado contraste de veracidad que existe en las relaciones jurídicas entre las personas físicas y jurídicas singularmente en el campo de los contratos y los negocios, por ello, la intervención del Notario en cualquier negocio jurídico es sinónimo de veracidad de lo ante él expresado y por ello cuando quiebra tal presunción de veracidad, sufre y se quiebra la seguridad jurídica y la autenticidad del tráfico jurídico por este sólo hecho. A tal efecto puede traerse a colación el art. 1 de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de Mayo de 1862, según la cual “...El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales...”*

Resulta obvio que un quebrantamiento de este contraste que es la fe pública notarial, integra un ilícito penal, que de acuerdo con los artículos 320 y siguientes puede serlo a título de dolo o de imprudencia. En el presente caso el recurrente ha sido condenado, no sin cierta benevolencia, dada la concreta alteración de la verdad ocurrida, como autor de un delito de falsedad en documento público por imprudencia grave previsto y penado en el art. 391 del Código Penal, modalidad delictiva que era inexistente en el anterior Código Penal, y que viene a consagrar la antigua jurisprudencia de esta Sala que admitía tal modalidad culposa por la vía de la figura del crimen culpae del art. 565, en supuestos en los que era observable una abierta negligencia incompatible con el rigor de veracidad que suponía la intervención del fedatario público que sin embargo no actuaba con abuso o desprecio de sus obligaciones. En tal sentido SSTS de 27 de Diciembre de 1982, 14 de Diciembre de 1990, 4 de Marzo de 1992 y 8 de Marzo de 1993”

III. El juicio notarial de capacidad:

3.1. El deber de indagar sobre las aptitudes del otorgante:

1. Respecto al deber de indagar sobre las aptitudes del otorgante, comenzamos nuestro análisis con la ECLI:ES:TS:2020:3780, de cuyo relato fáctico identificamos hechos subsumibles por un lado en el delito de estafa, y por el otro, en el delito de falsedad documental imprudente. Con relación al primero de los delitos, nos limitamos a señalar que diversos sujetos se aprovecharon de la confianza y de la edad avanzada de los sujetos pasivos, lucrándose a costa de los últimos por medio de varias acciones, como son la directa disposición de cantidades dinerarias de las que los ancianos eran titulares, o consiguiendo que estos realizaran varios actos de disposición a título gratuito, para cuya formalización acudieron a diversas notarías.

Bajo estas premisas, centrándonos ahora en el delito de falsedad documental, la resolución judicial que estudiamos se centra en las escrituras notariales otorgadas en diciembre de 2015, que sirvieron como instrumento para la actuación maliciosa de los autores de la estafa -sin que por ello pueda sostenerse una actuación medial de la notaria, pues esta figura se reserva necesariamente para las conductas dolosas-. Así, se realizó una escritura de revocación de poderes; varias escrituras de compraventa, en las que el precio de la venta resultó notoriamente inferior al valor tasado de los inmuebles; dos escrituras por las que los esposos otorgaron testamento abierto, nombrando heredero universal a su respectivo cónyuge e instituyendo como sustituto a uno de los condenados por delito de estafa.

Dichas escrituras son relevantes, a los efectos de la represión por el delito de falsedad documental, al expresar la notaria autorizante que los esposos tenían, a su juicio, la capacidad legal necesaria para otorgar tales actos y documentos, extremo que es controvertido a la luz de los hechos probados. En concreto, podemos citar el hecho probado 1º, pár. III, en el que se recoge que *“Tamara sufría un deterioro cognitivo con vulnerabilidad a las influencias de terceras personas y era susceptible de seguir instrucciones de otros, informándose el 10 de marzo de 2016 por el médico forense que procedía declarar su incapacidad e internamiento. Augusto, presentaba una demencia avanzada permanente e isquemia cerebral desde el 2010, no teniendo capacidad en los últimos años para administrar sus bienes, siendo inconsciente de los actos jurídicos que*



ha realizado, no contando con capacidad libre de obrar y sin poder controlar su voluntad, presentando una disminución importante de sus facultades intelectuales y de su capacidad de obrar y entender así como de su capacidad e independencia personal y social no pudiendo gobernarse por sí mismo”.

De lo expuesto se concluye que al menos uno de los esposos, al tiempo del otorgamiento de las escrituras, presentaba graves limitaciones en sus aptitudes cognoscitiva y volitiva, no habiéndose realizado, por parte del sujeto activo en el delito de falsedad, las comprobaciones que para la dación de fe pública le son exigibles ex art. 685 CC y 145 del RN.

2. Señalados los hechos más relevantes, exponemos seguidamente las cuestiones jurídicas contenidos en la sentencia que guardan relación con el delito de falsedad documental imprudente. De este modo, en primer lugar, las consideraciones recogidas en la resolución contribuyen a una mejor delimitación del bien jurídico protegido por el art. 391 CP. Así las cosas, la notaria alega que su actuación no representó un grave riesgo, por dirigirse a salvaguardar los intereses de los otorgantes. A lo anterior añade que en ningún momento pudo conocer el propósito pernicioso que motivaba la actuación de los sujetos condenados por estafa. En adición a su defensa, expone que la autorización de los testamentos tenía por finalidad evitar un mayor perjuicio a los cónyuges, dado que sus anteriores disposiciones testamentarias contemplaban como beneficiario a persona non grata, situación que convenía a todas luces corregir. En palabras de la recurrente, de acuerdo con el FJ 2º, pár. V de la resolución, *“la modificación del testamento y la revocación del poder son la consecuencia lógica del mal trato que ambos cónyuges manifestaron haber recibido del Sr. Carlos Alberto”.*

En contestación a las anteriores alegaciones, señala el Tribunal *ad quem* la irrelevancia de haber o no conocido la intención de los otros sujetos intervinientes, pues se le imputa la comisión de un delito de falsedad documental imprudente, excluyéndose la tesis de su participación en el delito de estafa.

Con respecto a la creación de un riesgo para el bien jurídico tutelado, nos remitimos al FJ 2º, apartado cuarto, pár. XI de la resolución: *“no es el patrimonio ajeno el bien jurídico protegido por el tipo penal de falsedad, sino el tráfico jurídico general, en cuanto el documento es capaz de crear en terceros la confianza en su autenticidad y*



su eficacia probatoria, lo que adquiere aquí especial importancia, si, como recordábamos en el apartado anterior, la fe pública notarial es el más acreditado contraste de veracidad que existe en las relaciones jurídicas entre las personas físicas y jurídicas”.

3. En otro orden de cosas, de la sentencia que analizamos podemos extraer los criterios que son aplicables para la concreción de la imprudencia. A estos efectos, expresa el Tribunal en el FJ 2º, apartado tercero, pár. VIII, que *“cuanto mayor sean los intereses que el agente debía tener en cuenta, mayor será la imprudencia y tendrá el carácter de grave cuando los bienes afectados sean importantes y la falta de cuidado del autor poco explicable en las circunstancias concretas de la acción. Como parámetros para determinar la gravedad de la imprudencia puede acudir a ponderar los intereses en juego y al grado de posibilidad de impedir la lesión jurídica por parte del autor”.*

Con estas premisas, entrando en el examen del caso concreto, se indica que, veinte días antes, los acusados pretendieron formalizar en otra notaría los mismos negocios jurídicos. Sin embargo, el notario ante el que acudieron los interesados se abstuvo en la autorización, al haber alcanzado la conclusión de que uno de los esposos no comprendía el alcance y trascendencia de los actos jurídicos que se pretendían otorgar.

De esta forma, se constata que la situación de discapacidad en que se hallaba el otorgante presentaba una exteriorización suficiente, y que la misma podía (y debía) ser percibida por la notaria, quien, sin embargo, opta de forma consciente por desatender sus deberes de comprobación, en cuanto que reconoce que no llegó ni siquiera a hablar con el otorgante, limitándose a preguntarle al otro cónyuge si ambos estaban conformes, actuaciones que conducen al órgano jurisdiccional a apreciar una ausencia de la más elementales precauciones, en la medida que se omite la realización una mínima indagación adecuada, lo que hubiera resultado suficiente para denegar la autorización.

Por tanto, la imprudencia en que incurre la notaria debe calificarse como grave, pues, conforme a los razonamientos expuestos en el FJ 2º apartado 4º, pár. VII, *“no se trató de un simple error de apreciación, sino que respondió a la más absoluta omisión de la comprobación de la capacidad del otorgante. La recurrente omitió las más*



elementales precauciones, obrando con inexcusable ligereza pues siendo el Sr. Augusto persona desconocida para la Notaria, y teniendo en cuenta la trascendencia de los negocios jurídicos que iba a celebrar en su presencia, alguno de los cuales implicaba incluso una considerable disposición de bienes como el testamento que iba a otorgar, que incluía como heredero en sustitución de su esposa a la persona que le acompañaba como cuidador, debió observar un deber especial de diligencia como su profesión le exigía, cumpliendo la obligación que le impone el artículo 685 del Código Civil de asegurarse de que, a su juicio, tenía el testador la capacidad legal necesaria para testar. Al efecto, era básico tratar de mantener una conversación con el Sr. Augusto sin conformarse con los meros asentimientos gesticulares del mismo ante lo que su cuidador le decía y del parecer de su esposa sobre la conformidad de su marido con lo que iba a firmar, máxime cuando, como se ha expresado, ni siquiera estaba en condiciones de firmar”.

4. En términos análogos, en cuanto a la actuación de control a desplegar por el notario, el ECLI:ES:APMU:2011:488A, en su FJ 2º, pár. IX y X expone que, “Igualmente, el art. 145 del Regl. Notarial, en lo que está en vigor, establece, con independencia del soporte utilizado, que “ el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”.

En este sentido, por lo que hace a este último precepto, hay que dejar sentado que aparecen en él dos expresiones que no sirven para entender que en el caso examinado haya responsabilidad por parte de la Notaria querellada. En concreto nos referimos, en primer lugar, a la expresión “ dar fe ... de que a su juicio tienen capacidad y legitimación “ los otorgantes o intervinientes lo que significa simplemente la necesidad de que el notario realice un juicio de valor elemental, no exhaustivo, sobre que dichos intervinientes tienen la mínima capacidad de obrar necesaria para formalizar el negocio jurídico de que se trate, y que disponen de la mínima y suficiente legitimación para ello; la expresión “ a su juicio “ (claramente valorativa y personalísima del notario actuante) no deja lugar a duda alguna. Y, en segundo lugar, la frase “de que el otorgamiento se adecua a la legalidad “ no quiere decir otra cosa que hacer que se cumplan los requisitos meramente formales necesarios para poder



otorgar esa escritura pública en particular. Es decir, el notario no se pronuncia en estos momentos sobre la legalidad última del negocio jurídico que se formaliza ante su persona, en su doble condición de fedatario público y profesional cualificado del Derecho, sino sólo sobre los aspectos que él puede controlar de manera razonable conforme a lo que le impone la propia ley, pero no más allá de la ley”.

5. En adición a las ideas abordadas relativas al deber del notario de indagar sobre las aptitudes del otorgante, estudiamos la ECLI:ES:TS:2009:5272. Nuevamente, estamos ante un caso en el que varios sujetos, pretenden valerse de las circunstancias personales de una persona puesta a su cargo (quien, en palabras de la sentencia, padecía de una parálisis cerebral que le causaba un retraso mental profundo, habiéndose declarado judicialmente su incapacidad absoluta), para enriquecerse a su costa. De este modo, acuden al notario público posteriormente condenado por falsedad documental, en aras de materializar los negocios jurídicos traslativos pertinentes para la consecución de sus fines delictivos.

Así las cosas, atendiendo al FJ 24º, pár. I, la parte recurrente aduce que *“el juicio erróneo sobre la capacidad de una persona emitido por un Notario no puede tipificarse como falsedad ideológica imprudente, por cuanto no son hechos las opiniones y los juicios de valor, las valoraciones no forman parte de los hechos y no es susceptible de falsedad la valoración de un hecho, lo que es susceptible de falsedad es un hecho, no su valoración, que no es otra cosa que una apreciación subjetiva del hecho y desde una interpretación teleológica, el bien jurídico protegido en estas falsedades documentales ideológicas es aquello que afecte a la capacidad probatoria del documento de tal manera que todo aquello que no tenga relevancia probatoria en ese documento carece también de relevancia a los efectos del delito de falsedad documental”.*

Sin embargo, frente a las anteriores consideraciones, dispone el tribunal en el FJ 24º, pár. VIII, que *“Es cierto que tratándose de una escritura pública lo que el Notario da fe es de la fecha, del conocimiento de los otorgantes y de la conformidad entre la redacción y los términos del negocio contractual y de las declaraciones verificadas por los otorgantes en relación con el mismo, sin que la función federaría alcance a la correspondencia de estas manifestaciones de los particulares con la realidad a que el*



contrato se refiere; la tipificación falsaria dolosa existirá cuando el Notario, al redactar la escritura atribuye a las parte intervinientes, manifestaciones distintas de las efectuadas-, en este sentido la falsedad ideológica consistiría en aquella manifestación destinada a constar en el documento en la que quien la hace es consciente de que no se corresponde no ya con la verdad absoluta sino con su propia conciencia y convicción sobre la realidad del hecho; y también lo es que un error del Notario sobre la capacidad de los otorgantes en cuanto apreciación subjetiva de un hecho podría excluir la comisión dolosa -salvo los supuestos en que esa incapacidad sea palmaria y evidente -pero en el supuesto enjuiciado, descartada en su actuación cualquier connivencia con la estafa y la intencionalidad dolosa en la falsedad documental , no puede menos que advertirse un descuido negligente por parte del ahora recurrente, que no es que errara en el juicio de capacidad, sino que ni siquiera indagó sobre esa capacidad mental de una persona, que estaba incapacitada de forma palmaria y manifiesta y advertible por todos.

3.2. La relevancia de la comunicación no verbal:

1. Tal y como se desprende del análisis realizado en el epígrafe anterior, entre las medidas encaminadas a velar por el correcto desempeño de la función notarial, se encuentra la de mantener una conversación con el otorgante cuya capacidad se enjuicia, resultando insuficientes los meros asentimientos gesticulares ante lo que el cuidador le decía. Con todo, cabe plantearse si la insuficiencia de los gestos realizados por el otorgante lo es en todo caso, o solo en la medida en que, en el supuesto enjuiciado, respondían a las instrucciones del cuidador, sujeto posteriormente condenado, en condición de autor, por un delito de estafa.

Así las cosas, entendemos que la comunicación verbal es una práctica idónea, cuya realización debe procurarse en todo caso. Ahora bien, cuando dicha conversación resulte imposible, en especial, por las circunstancias especiales del otorgante, entendemos que debiera bastar con la comunicación no verbal, a través de gestos que exterioricen o que sean reveladores de la aptitud para entender la trascendencia del acto o negocio jurídico que se pretenda autorizar ante notario.

En esta línea, tratamos el ECLI:ES:APO:2017:1284A, en el que se desestima un recurso de apelación ante el sobreseimiento de un proceso penal, puesto que los hechos



denunciados no revisten *prima facie* los caracteres del delito de falsedad documental imprudente. Sin embargo, es parecer de la parte recurrente que el notario incurre en falsedad al emitir un erróneo juicio de capacidad, que se hubiera plasmado en una escritura de poder para pleitos, autorizada el 24 de julio de 2015, con vistas a que un abogado y tres procuradores actúen en el procedimiento de declaración de discapacidad del propio otorgante. Así las cosas, conforme al FJ 2º, pár. II y III del auto, la parte recurrente afirma que el notario “*falseó los datos de la escritura pública al hacer constar que el compareciente, a su juicio, tenía la capacidad necesaria para otorgar la escritura de poder para pleitos con facultades especiales, alegando que D. Manuel, tras un ictus sufrido en fecha de 6-1-15 era incapaz de comprender la realidad y el alcance de la escritura otorgada, basándose para ello esencialmente en el informe médico forense de fecha 15-6-15, emitido tras el reconocimiento del presunto incapaz en el curso de las diligencias informativas de la Fiscalía, informe en el que se indicaba que D. Manuel sufría una afasia mixta severa secundaria al ictus, que dificultaba enormemente la comunicación, y que suponía un importante déficit en la expresión y en la comprensión del lenguaje verbal y escrito.*”

No obstante, en dicho informe no consta que D. Manuel, en aquella fecha, tuviera anulada su capacidad de comprensión, indicando la médico forense que la severa afasia que presentaba impedía realizar una valoración exacta del grado de deterioro cognitivo que el mismo podía tener”.

Bajo estas premisas, en el pár. IV del FJ 2º se justifica el correcto proceder del fedatario, en el hecho de que “*la declaración prestada en el curso de las presentes diligencias por el notario autorizante ha sido clara y precisa, ofreciendo multitud de detalles sobre el juicio de capacidad y las comprobaciones que el fedatario público llevó a cabo antes de autorizar el otorgamiento de dicha escritura, indicando que a pesar de la afasia sufrida y que le impedía la comunicación verbal con el mismo, pudo entablar la comunicación con él a través de gestos que eran perfectamente entendibles y no dejaban lugar a dudas de que el mismo quería y sabía que estaba otorgando un poder para pleitos, asintiendo o negando con la cabeza y con las manos a las preguntas que el notario le formulaba para comprobar su capacidad y estado mental, relatando el notario una serie de detalles que concuerdan con el juicio de capacidad que el mismo llevo a cabo y plasmó en la escritura p(ú)blica”.*



En suma, como señalamos *ut supra*, el TS aboga por que el notario y el otorgante entablen una conversación mínima, que permita al primero indagar sobre la capacidad de comprensión del segundo. Con todo, la AP de Oviedo sostiene la suficiencia de la comunicación no verbal, cuando la misma permita manifestar el extremo anteriormente indicado, posición que no consideramos contradictoria a la sostenida por el TS, sirviendo por el contrario como matización a la que debiera ser la regla general. Por consiguiente, debiera primero intentarse la comunicación verbal y, solo cuando esta no pudiera entablarse, habrá de procurarse el debido cumplimiento de la labor notarial de comprobación, acudiendo a cualesquiera otros métodos conducentes a este extremo, en los que por supuesto figura la comunicación no verbal. Lo contrario, reducido al absurdo, implicaría negarle de facto a las personas impedidas para hablar la posibilidad de comparecer ante notario para otorgar escrituras públicas u otros instrumentos.

2. Continuando con el análisis de la resolución, apreciábamos cómo la AP de Oviedo se basa, a la hora de excluir la responsabilidad penal, en que la comunicación verbal es claramente reveladora de las aptitudes naturales del otorgante, lo que se pone de manifiesto mediante la afirmación de que los “*gestos que eran perfectamente entendibles y no dejaban lugar a dudas de que el mismo quería y sabía que estaba otorgando un poder para pleitos (...)*”. Expuestas tales argumentaciones por el órgano jurisdiccional, cabría plantearse seguidamente cuál debiera ser la consecuencia resultante de una conversación no verbal, cuyo resultado no fuera del todo esclarecedor, albergando el fedatario dudas respecto a si el otorgante es realmente conocedor o no de la trascendencia de sus actuaciones, concluyendo, pese a la existencia de dicha incertidumbre, en la emisión de un juicio de capacidad positivo.

Así las cosas, una primera aproximación nos permite entender que lo procedente será la apreciación, en su caso, de responsabilidades civiles o disciplinarias de parte del notario, si bien esta postura tampoco resulta del todo clara a la luz de la normativa jurídica actualmente aplicable a las personas inmersas en una situación de discapacidad, ya sea esta de carácter transitorio o permanente, caracterizada, entre otros extremos, como se desprende del art. 249 del CC español, por un reconocimiento pleno del derecho a la toma de sus propias decisiones (incluyéndose el derecho a equivocarse en dicha toma de decisiones, alejándonos de la anterior actitud paternalista o tuitiva que



debía adoptar el funcionario público), lo que se configura como manifestación de su derecho al libre desarrollo de su personalidad ex art. 10.1 CE, y a su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, adoptándose, de forma excepcional, medidas de apoyo que desplieguen funciones representativas o sustitutivas, únicamente cuando, a pesar de haberse desarrollado un esfuerzo considerable, devenga imposible el conocimiento de la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Por lo expuesto anteriormente, es por lo que consideramos que, si existen dudas respecto a la apreciación de responsabilidad en otros sectores del Ordenamiento jurídico, mayor recelo debiera apreciarse a la hora de valorar la existencia de responsabilidad penal, máxime cuando el art. 391 CP exige que la falsedad traiga causa en una imprudencia grave. Así, nuevamente de forma apriorística, difícilmente puede afirmarse que la autorización de la escritura por el notario, cuando este duda sobre la posibilidad de comprensión del otorgante, es una actuación constitutiva de una imprudencia grave, constituyendo, a lo sumo, un supuesto de imprudencia menos grave, lo que, en todo caso, deberá valorarse en conjunción con las restantes circunstancias existentes en el caso concreto en que se diera la hipótesis que tratamos.

3. Por lo demás, en las consideraciones jurídicas de la AP, a la hora de sostener la absolución del notario, se aduce el hecho de que este conociera de antemano al otorgante, con quien, dada su condición de letrado, mantuvo durante años una relación profesional. En consecuencia, se aprecia que dicha condición, el ser persona conocida del notario (a lo que se añade que el mismo contaba con la condición de jurista), pudiera, según la práctica judicial, contribuir a una atenuación en la calificación de la imprudencia, en atención a que, como señalábamos *ut supra*, el art. 391 CP excluye de su ámbito punitivo la imprudencia leve, así como la imprudencia menos grave, reduciéndose la sanción de los supuestos atípicos al ámbito civil o disciplinario, si procede. A sensu contrario, cuando se trate de persona desconocida para el notario, deberá procurarse la adopción de mayores cautelas, en lo atinente a la verificación de la existencia de una voluntad informada.

3.3. La exteriorización de la situación de discapacidad:

1. Continuando en el estudio de los elementos determinantes de la existencia de la responsabilidad criminal del notario, por la emisión de un juicio de capacidad



deficiente, se analiza a continuación un requisito que reduce de forma considerable el marco punitivo. A saber, se trata de que la actuación conforme a las normas objetivas de cuidado fuera posible y previsible, lo que se traduce en la exigibilidad de la realización de la conducta debida. En este sentido, difícilmente puede afirmarse la existencia de imprudencia por parte del fedatario, cuando la situación de discapacidad, que impide a la persona formar una voluntad propia, carece de una mínima exteriorización, que sea apreciable por quien carece de conocimientos expertos en la materia. Lo contrario, además de contravenir la presunción de que toda persona física puede intervenir válidamente en el tráfico jurídico, mientras no se haya adoptado respecto a la misma alguna medida de apoyo, daría lugar a que el notario debiera asistirse, en el curso de sus actuaciones, de un perito que se pronuncie sobre las aptitudes de cada uno de los otorgantes para emitir una válida declaración de voluntad. O si la anterior solución no resulta convincente, resultaría en la exigencia de que el notario no debe contar solamente con una formación en derecho, debiendo a su vez ostentar una capacitación especial en el ámbito médico o sanitario, similar a la que tendría el perito al que anteriormente nos hemos referido.

2. En consonancia con lo expuesto se analizan las consideraciones jurídicas del ECLI:ES:APT:2019:297A. De este modo, en lo que se refiere a los hechos, estamos ante una resolución en la que se confirma el sobreseimiento libre de una causa penal dirigida contra notario, al no apreciarse indicios de criminalidad por un delito de falsedad documental, ya sea en su modalidad dolosa o imprudente. En el auto se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular, al considerar que el fedatario público incurrió en falsedad al emitir un erróneo juicio de capacidad, para lo que se sirve, esencialmente, del informe y las declaraciones realizadas por un médico facultativo (FJ 2º, pár. IV).

Dicho esto, como motivos del sobreseimiento, se expone primeramente que la constatación de la enfermedad o la demencia no implica *per se* que el otorgante carezca de las aptitudes necesarias para formar su propia voluntad, puesto que se presume –salvo prueba en contrario– que toda persona física puede actuar válidamente en el tráfico, siempre que no se haya llevado a efecto el correspondiente proceso de incapacitación, lo que, tras la reforma operada por la Ley de junio de 2021, para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York, de diciembre de 2006, sobre los



Derechos de las Personas con Discapacidad, debe entenderse como posibilidad de actuación, siempre que no se hayan adoptado medidas de apoyo para el válido ejercicio de la capacidad jurídica.

De esta forma, se indica en el FJ 2º, pár. V que, *“teniendo muy presente que la Sra. Hortensia no se encontraba judicialmente incapacitada en la fecha del otorgamiento de las escrituras en cuestión y que en el año 2012 ya otorgó otra escritura de poderes -cuando según el informe del Dr. Fabio parece ser que padecía la misma enfermedad-. Como regla general ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de otorgar el poder, teniendo muy presente que la falta de capacidad por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración y que la aseveración notarial acerca de la capacidad del otorgante adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción iuris tantum que revela el acto del otorgamiento. Resta por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz (sic)”*.

Aún más, con relación a la exigencia de certeza respecto al estado del otorgante, se llega a decir en el FJ 2º, pár. XII del Auto que *“el Tribunal Supremo, en sede civil, ha llegado a decir que de nada vale el informe pericial de un determinado doctor si no se puede acreditar que en el momento del otorgamiento se encontraba realmente sufriendo un episodio que le inhabilitase para su celebración”*.

3. Por otro lado, aunque se verifique en el caso concreto la imposibilidad del otorgante de conformar su voluntad, ello no basta a los efectos de apreciar criminalidad por el juicio de capacidad que emite el notario, dado que se exige un requisito de previsibilidad o perceptibilidad, de forma que la situación de discapacidad debe ser palpable y apreciable. En esta línea, conforme al FJ 2º del auto, pár. VII a XI, *“(…) no se aporta elemento indiciario alguno sobre que el investigado se hubiera representado la posibilidad de la presunta falta de capacidad de la Sra. Hortensia en el momento de otorgar las escrituras, poniendo de relieve que aun considerando que el facultativo que ha declarado sostiene que, en las visitas correspondientes a las fechas más próximas al otorgamiento, persistía la evolución negativa de la patología que afirma que aquejaba*



a la paciente y que se observaba un empeoramiento notorio, ello no es suficiente para acreditar a nivel indiciario la perceptibilidad, con base en síntomas externos, de la supuesta falta de capacidad cognitiva y volitiva de la otorgante en aquellos actos celebrados ante el notario investigado (...).

Si bien en el informe del Dr. Fabio se hace constar que en fecha 10 de diciembre de 2013 fue necesario incrementar la dosis del neuroléptico por empeoramiento conductual y que se añadió un segundo fármaco para la enfermedad del alzheimer, indicado para grados severos y que en su declaración señaló que la Sra. Hortensia , en el momento del otorgamiento de las escrituras (enero de 2014), se hallaba en un proceso degenerativo progresivo, que creía que no era posible tener intervalos de lucidez, lo cierto es que también puso de manifiesto que creía que tal situación podía ser apreciada por cualquier persona siempre que se hiciesen las preguntas adecuadas porque el aspecto del paciente aparentemente puede parecer bueno.

En relación con ello, hemos de destacar que el haber sido diagnosticada de demencia tipo alzheimer no justifica per se la pretendida afectación de sus facultades en el momento del otorgamiento de las escrituras públicas ante Notario, desde un punto de vista de una apreciación palmaria, externa de síntomas relacionados con dicha demencia. No puede desconocerse por otro lado que el Notario no es un técnico en medicina sino en derecho y aprecia la capacidad de los otorgantes por su observación directa y su experiencia, formándose un juicio sobre la misma, sin que la fe pública se extienda a la capacidad objetiva de las personas sino al juicio que se formó sobre la misma. En este sentido, el artículo 145 del reglamento Notarial establece que "La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes". Asimismo, el artículo 167 del Reglamento Notarial dispone que "El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate".



La declaración prestada por el Notario ofreció detalles sobre el juicio de capacidad de la Sra. Hortensia, poniendo de relieve que el estado aparente de la Sra. Hortensia en ese momento estaba bien, que cuando pasó a la sala de firmas le saludó, le preguntó cómo se encontraba, informándole de lo que iba a firmar, que se encontraba orientada y que miraba al declarante. Que procedió a efectuar una lectura explicativa de las escrituras, que la Sra. Hortensia permaneció en silencio mientras iba leyendo, igual que en otros casos en los que interviene en términos de normalidad. Que repasaron la documentación y que firmaron, sin que durante la firma hubiese algún tipo de acontecimiento o indicio que hiciera poner en duda la capacidad de la Sra. Hortensia. Se añadió asimismo que no consta ningún tipo de protocolo concreto con el fin de determinar la capacidad de los otorgantes y que no se recibe una formación específica al respecto. Declaró que a su juicio la actitud de la Sra. Hortensia era de comprensión de los que se leía y que captaba lo que se estaba haciendo en ese momento, destacando que en ningún momento nadie, ningún familiar le trasladó información sobre el estado o capacidad de la Sra. Hortensia. Debe tenerse en cuenta asimismo, como bien destacó el Juez a quo que no se habían iniciado siquiera los trámites para incapacitar a la Sra. Hortensia, (...). Téngase en cuenta además que la otorgante era licenciada en Derecho y había trabajado en la Notaría de su esposo.

Teniendo en cuenta el escenario descrito, hemos de concluir que no se aprecia indicio inculpativo con la suficiente consistencia contra el notario contra el que se dirige el procedimiento, no constando que haya alterado la verdad del documento cuando plasmó el juicio de capacidad de la Sra. Hortensia. Por ende, no se aprecian indicios del delito de falsedad documental en su modalidad dolosa ni tampoco imprudente, al no constar acreditado indiciariamente el incumplimiento de deberes de cuidado por parte del mismo”.

4. En íntima relación con las ideas recogidas en el AAP de Tarragona, nos referimos a la ECLI:ES:APVI:2018:316, centrándonos en los pronunciamientos recogidos en el FJ 3º, pár. VI y VII, que, aunque relativos a un posible delito de falsedad, cometido por un tercero ajeno a la función notarial, resultan plenamente trasladables a lo dicho con respecto a la exigencia de perceptibilidad de la situación de discapacidad. Empleando la terminología acuñada en la resolución, a la necesidad de que aflore en la persona una evidente, clamorosa y manifiesta incapacidad perceptible



sin especiales cautelas por terceros, de modo que el erróneo juicio de capacidad emitido por el fedatario público no pueda sino deberse a la más elemental inobservancia de las normas de cuidado.

Por consiguiente, en palabras del órgano judicial, “[c]onsidera la Sala que de sumo interés hubiera sido en la fase plenaria o, al menos, de manera preconstituida en fase sumarial, haber “explorado” a Doña Irene pues hubiera suministrado con su presencia datos como su forma de entender, de expresarse, en definitiva, saber si efectivamente era una persona en la que afloraba una evidente, clamorosa y manifiesta incapacidad perceptible sin especiales cautelas por terceros.

Así es, incluso admitiendo que Doña Irene fuera incapaz (y así, finalmente, se probó y declaró judicialmente), lo que es más importante para el debate penal que nos ocupa es saber más bien su percepción por terceros y, especialmente, por quien profesionalmente debía -como primer presupuesto de su intervención autorizante-, emitir un juicio sobre la capacidad de la persona que otorgaba tal negocio jurídico (el Notario). Y es que Doña Irene se convertía en depositaria de tal información, “prueba andante” dicho en vulgares términos, que con su presencia y forma de expresarse, suministraba lo que se quería conocer”.

5. En lo atinente al supuesto fáctico de la SAP de Álava, nos remitimos a los hechos probados 1º y 2º, en los que se hace constar las siguientes circunstancias: en diciembre de 2014, I ingresa en una residencia de ancianos tras sufrir una caída en su domicilio; el ocho de enero de 201, I otorga testamento abierto en una notaría de su localidad, nombrando como heredera universal a B, con quien mantiene una estrecha relación de amistad; el inmediato día siguiente se emite un informe médico, en el que se le diagnostica la enfermedad de demencia en estado grave; en febrero del mismo año, se procede mediante resolución administrativa a reconocer la situación de dependencia de I, con carácter definitivo, en grado 3, de gran dependencia; por último, el dieciséis de diciembre de 2015, se declara judicialmente su incapacidad (o su situación de discapacidad, necesitada de medidas de apoyo para la válida realización de su capacidad jurídica, si quisiéramos ser respetuosos con la reforma legislativa previamente apuntada).



Bajo estas premisas, corresponde igualmente reproducir el hecho probado 3º, por su especial relevancia de cara a la concreción de las responsabilidades penales de los distintos sujetos que intervienen en los hechos. Entre ellos, y en lo que ahora interesa, el notario. Así, se expresa que *“No ha resultado suficientemente acreditado que Dña. Irene a la hora de otorgar el testamento referido estuviera aquejada de un deterioro cognitivo de tal entidad que le supusiera una disminución en alto grado de su discernimiento y le impidiera conocer el alcance y la trascendencia de tales operaciones, y menos aún que, existiendo tal grado de demencia senil, de ello fueran conscientes los encausados y se aprovecharan de tal situación en su favor”*.

Lo expuesto en el fundamento jurídico anterior leva a la AP a excluir sin mayores esfuerzos la posibilidad de haberse cometido el delito de falsedad documental a título doloso, en concurso medial con el delito de estafa. Además, y a la vista de los resultados de la prueba practicada en el plenario, permite igualmente al tribunal excluir la posibilidad de que el notario haya obrado en su intervención de forma imprudente, o en otras palabras, con inexcusable ligereza a los efectos del art. 391 CP, pudiendo, por consiguiente, remitirnos a lo dicho en el FJ 6º: *“Recuérdese que Doña Purificación (empleada de la notaría) no advirtió anomalía alguna en Irene y que nadie ha puesto en entredicho que el Sr. Gaspar no llegara a explorar a Irene a quien, por cierto, no conocía de antes, esto es, no la había tratado en otras ocasiones.*

El Sr. Gaspar ha afirmado que Irene primero estuvo con la oficial (Doña Purificación) y después pasó a su despacho donde le leyó el testamento, que era una modificación del anterior, comprobó su capacidad conversando con ella, y firmó. También aclaró que se usan distintos modelos de testamento y que es cierto que en el testamento controvertido inicialmente se dice que Irene "asegura tener capacidad para testar" omitiéndose referencia a que "él la juzga con la capacidad legal necesaria para testar" lo cual pudo deberse a un error de redacción pero que, en cualquier caso, no apreció en Irene falta de capacidad para testar y que, de todos modos, tal omisión se entiende subsanada en la diligencia final del testamento bajo la rúbrica "autorización" en la que se deja constancia expresa de " (-) que se han observado todas la formalidades establecidas legalmente, de que es conforme a la voluntad debidamente informada de la testadora y, en general, en lo pertinente, de todo lo contenido en este instrumento público (-)".



Cierto es que es difícil y subjetivo "juzgar" notarialmente la capacidad de un otorgante y que, dependiendo del celo del notario o de sus dudas, el fedatario público podría negar la autorización o tal vez invitar a que se le aporte una certificación de nacimiento en cuya marginal aparecería anotada una eventual incapacidad o que se aportase el historial médico del cliente (ya que él, motu proprio, no podría hacerlo sin autorización), pero no lo es menos, que de no actuar así lógicamente le podría acarrear un error en el juicio de capacidad que en función de las circunstancias cabría desde disculparlo a integrarlo en el campo civil o resarcitorio o, a lo más, disciplinario pero no en el ámbito penal reservado para los casos más groseros en los que a la vista del grado de limitación de la testadora es de los que no puede albergar duda por lo "clamoroso" de su incapacidad lo que, como venimos reiterando con insistencia en la presente resolución, no ha quedado acreditado en el caso de autos".

6. A mayor abundamiento, por exigencias de la presunción de inocencia, basada en la máxima de que es mejor absolver a una persona culpable, que condenar a una persona inocente, tratándose tal presunción de una garantía procesal elevada al rango de derecho fundamental, conforme al art. 24.2 pár. I de nuestra CE (garantía que, además, deberá interpretarse a la luz de los textos internacionales ratificados en la materia por España, por ministerio del art. 10.2 de nuestra norma suprema), así como de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, cuyos efectos se despliegan en lo concerniente a la valoración subjetiva por el juez de la prueba realizada en el juicio oral, se requiere certeza absoluta en la fijación de los hechos que fundamentan la condena al notario. Al objeto de ilustrar esta idea, encontramos la ECLI:ES:APC:2021:124, en la que, al igual que en las comentadas anteriormente, se somete a un notario público al enjuiciamiento por parte de la AP, al considerarse por la acusación que el notario incurre en falsedad en una escritura pública, autorizada en fecha veintidós de junio de 2011. Así, se afirma que el otorgante persona física podía carecer de la capacidad natural para comprender la trascendencia de las disposiciones testamentarias realizadas, atendido el hecho de que realmente no había sido incapacitado en virtud de sentencia judicial.

De esta forma, podemos traer a colación el FJ 3º, pár. I, II y III, en los que el órgano jurisdiccional resume la imputación que se realiza, así como las normas de cuidado a las que tiene que atenerse el fedatario en el ejercicio de sus funciones notariales: *"lo que se reprocha al acusado es que no adoptase las medidas necesarias*



para indagar el verdadero estado mental de doña Elsa o que siendo consciente de ese grave estado mental hubiese autorizado la escritura pública. Es decir, consideran que el acusado faltó a la verdad al realizar el juicio de capacidad de la otorgante aunque ninguna de las acusaciones ha concretado qué medidas debió adoptar don Alexander y no adoptó.

Como señala la doctrina y la jurisprudencia, la importancia de la función notarial exige del notario el empleo de un plus de diligencia, que va más allá de la normal diligencia que debe emplear una persona media, no sólo en la elaboración y redacción de los documentos, sino también en el aseguramiento de la capacidad legal del otorgante. En relación con el juicio de capacidad, la Ley del Notariado se limita a establecer que el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes y "de que a su juicio tienen capacidad" (artículo 17.bis.2.a), deber que se reitera en el artículo 145 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado que también establece el deber del notario de negar la autorización notarial cuando a su juicio los otorgantes carezcan de la capacidad necesaria para el otorgamiento que pretendan. Aquel deber se reitera en los artículos 156 y 167 del Reglamento. Ahora bien, lo que no se regula en dicha normativa es el procedimiento o los requisitos que dicho juicio de capacidad ha de reunir.

Ese juicio se realiza por el fedatario público sin la colaboración de especialistas y por quien carece de conocimientos médicos específicos y se basa en su propia apreciación personal. Es por esos motivos por los que la jurisprudencia ha señalado que el juicio de capacidad es exclusivamente propio y personal del notario autorizante y destaca que el grado de certeza exigible en la comprobación deriva de la expresión "a su juicio" (sentencia de la Sala Primera de 10 de septiembre de 2015); asimismo, ha señalado que el juicio de capacidad constituye una apreciación subjetiva del notario autorizante, un juicio de valor y no una constatación objetiva de hechos motivo por el cual dicho juicio carece de valor probatorio pleno sino que encierra una presunción iuris tantum de exactitud (sentencia de 17 de septiembre de 2019)".

Con este contexto, conforme al FJ 2º, puede apreciarse que, pese a la pluralidad de medios probatorios practicados en el juicio oral, la AP considera que no se ha obtenido, respecto a la comisión del ilícito penal, el nivel de certeza necesario para la



actuación del *ius puniendi*. En ese sentido, también el FJ 4º, pár. XI y XII: *“En el caso de autos, consideramos que la prueba practicada en el juicio no permite aseverar sin margen para la duda que, en el momento del otorgamiento de la escritura, el déficit cognitivo que padecía doña Elsa le impedía transmitir el bien a su hijo. Hacemos nuestras las dudas puestas de manifiesto por el neurólogo don Patricio cuando afirmó que no sabía si en el momento en que vio a la paciente (recordemos que el mes anterior al otorgamiento de la escritura) esta podía tomar la decisión de transmitir un bien a un hijo. Es decir, el especialista no lo descartó, pero expresó sus dudas y las conclusiones del informe forense, como hemos visto, en determinados aspectos no se ajustan a la realidad. Las predicciones sobre acontecimientos pasados basados en datos elaborados meses después del hecho son, en principio, fáciles de realizar pero también es elevado el margen de error y en este caso, el error tiene consecuencias graves.*

En cualquier caso, lo que han puesto de manifiesto todos los especialistas son sus dudas acerca de que la falta de capacidad de doña Elsa fuese apreciable por una persona sin conocimientos médicos específicos como es el acusado. En este sentido, no es irrelevante el hecho de que doña Elsa no había sido declarada incapaz lo cual, en principio, debía llevar a presumir su capacidad y además, conservaba el lenguaje hablado, tenía capacidad para responder a órdenes sencillas y para firmar con su nombre y apellidos”.

Asimismo, para un mayor esclarecimiento de la doctrina anteriormente indicada, en el mismo FJ 4º, pár. XIV y XV: *“Como hemos señalado en otras ocasiones (sentencias de 23/11/2011, 30/11 /2011 o 21/11 /2012) cuando de la valoración de la prueba practicada no resulta la certeza, cuando el juez queda situado en la incertidumbre, debe absolver. Para condenar a una persona como autora de una infracción criminal no sirve la sospecha, ni la conjetura, ni la verosimilitud, ni siquiera la mera probabilidad. Solo sirve la certeza, entendida como la probabilidad máxima. Lo que es consecuencia de la aplicación del principio " in dubio pro reo". La interdicción de la condena dubitativa forma parte así del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, del que constituye el núcleo (STC 124/83 y 24/84). La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido al mismo con reiteración al señalar que es un principio auxiliar que se ofrece al Juez a la hora de valorar la prueba, de modo que, una vez practicada, si no llega a ser bastante para que pueda*



formar su convicción o apreciación en conciencia, sus razonadas dudas habrá de resolverlas siempre a favor del reo, considerando el mismo infringido cuando el Tribunal, a pesar de existir una duda sobre la realización de los hechos procesales por el imputado, se aparta de dicha regla valorativa y adopta la decisión más perjudicial para el reo (STS de 27 de septiembre de 1.999 y 26 de septiembre de 2000 , ATS 15 de febrero de 2002). Este principio "pro reo" tiene un carácter eminentemente procesal, utilizable en el ámbito de la crítica de la prueba, e instrumental en orden a resolver los conflictos en los que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado, casos en los que la duda surgida debe ser resuelta a favor del reo (STS 3 de octubre de 2001).

En el caso presente, las diferentes versiones sobre el estado de salud de doña Elsa ofrecida por sus hijos y los especialistas, la ausencia de una prueba contundente sobre su falta de capacidad realizada en fechas próximas al otorgamiento de la escritura que permita corroborar la tesis de la acusación, la ausencia de relación previa entre el acusado y los otorgantes y las dudas mostradas por los peritos sobre las posibilidades de apreciación del estado de la enferma, generan una duda relevante sobre la consistencia de la acusación que impide considerar probada la imputación, lo cual ha de conllevar la absolución del acusado”.

7. Por otro lado, cabe aludir al sinfín de circunstancias de la más diversa índole que pueden condicionar el estado y la voluntad del sujeto, extremos que contribuyen a una mayor dificultad a la hora de emitir el juicio notarial de capacidad, lo que debiera a su vez suponer una aminoración de la responsabilidad en que pudiera incurrir el notario, puesto que, lógicamente, cuanto mayor sea la dificultad que reviste la realización de una tarea o cometido, cualquiera que fuera este último, menor debiera ser la exigibilidad respecto a la satisfactoria conclusión del mismo.

En este orden de cosas, retomando la exégesis de la resolución, se señala que el otorgante había sido trasladado de su domicilio, con posterioridad al otorgamiento de la escritura notarial, circunstancia que puede afectar gravemente a su orientación y, en suma, al normal desenvolvimiento y fiabilidad de los ensayos clínicos practicados para descubrir su estado mental, pruebas que despliegan una trascendencia esencial en el seno del proceso penal, puesto que sirven como base para la condena pretendida.



En desarrollo de lo plasmado en el párrafo anterior, se trae a colación el FJ 2º, letra G), pár. V-X de la SAP, en el que se contienen los pronunciamientos relativos a la valoración conjunta de la prueba, así como las distintas cuestiones que tienen incidencia en el resultado de las pruebas acometidas por los facultativos, encaminadas a la averiguación de la capacidad de actuación y el estado de salud de las personas: *“Este tribunal, a la vista de las pruebas practicadas, considera acreditado que doña Elsa , cuando otorgó la escritura notarial el día 22 de junio de 2011, padecía un deterioro cognitivo, pese a lo cual mantenía su capacidad para firmar con su nombre y apellidos, para expresar lenguaje hablado y para ejecutar o responder órdenes sencillas. También consideramos acreditado que dicho estado podía presentar fluctuaciones. Por otro lado, no consideramos probado que dicho estado fuese apreciable a simple vista por una persona que careciese de conocimientos médicos en el transcurso de una corta conversación porque así lo han indicado tanto la médico forense como el neurólogo que atendió a doña Elsa en fechas próximas al otorgamiento de la escritura (don Patricio) quien incluso mostró sus dudas acerca de si la paciente podía decidir sobre la transmisión de un bien a un hijo. En cualquier caso, ambos profesionales de la medicina coincidieron al manifestar que era difícil saber si una persona sin conocimientos médicos podía apreciar la demencia de doña Elsa porque ello dependía del momento y de las preguntas que se le efectuasen.*

Es cierto que la médico forense dijo que no creía que doña Elsa tuviese momentos de lucidez en junio pero en cambio, los doctores don Patricio y don Virgilio dijeron lo contrario, que es normal que haya esas fluctuaciones, a veces incluso, en el mismo día. También dijo la médico forense que no creía que doña Elsa tuviese capacidad para escribir y sin embargo, tanto el acusado, como el testigo don Eliseo y el doctor don Leonardo han señalado que doña Elsa sí era capaz de firmar con su nombre y apellidos. Igualmente, dijo la forense que creía que en junio la paciente había perdido la capacidad de orientarse incluso en su propia persona y sin embargo, el doctor don Patricio manifestó que el hecho de que la paciente firmase con su nombre y apellidos es indicativo de que conoce su identidad.

La acusación se sostiene fundamentalmente en el informe y la declaración de la médico forense pero no hay que olvidar que dicha médico dijo que doña Elsa conservaba la capacidad para expresar lenguaje hablado y para ejecutar órdenes



sencillas. Ello, a criterio de este tribunal, dificulta la posibilidad de apreciación de su limitación psíquica por una persona carente de conocimientos médicos. Por otro lado, tampoco puede olvidarse que el reconocimiento personal de doña Elsa efectuado por la médico forense tuvo lugar varios meses después del otorgamiento de la escritura y aunque dicha forense mostró sus dudas acerca de posibles cambios en su evolución desde junio a octubre, también dijo que los cambios no suelen ser significativos aunque, en ocasiones, puede haber cambios sustanciales en un periodo de meses si concurren factores estresantes y entre esos factores estresantes, citó los traslados de domicilio. No puede olvidarse que cuando doña Elsa otorgó la escritura estaba viviendo en casa de su hijo Higinio desde hacía meses y que en julio la trasladaron a Jesús Carlos a casa de otro hijo.

Debemos resaltar lo dicho por la médico forense acerca de la discordancia que resultaba del informe del doctor Leonardo de 4 de julio de 2011 (folio 199). En concreto, dijo doña Marisol que la puntuación de 15 puntos en el Mini-mental era incompatible con lo que pone el propio informe sobre el estado de la paciente.

Sin embargo, lo que ha quedado demostrado en el acto del juicio es que tanto doña Marisol como el doctor Leonardo desconocían que doña Elsa había sido trasladada de domicilio y de localidad pocas horas antes de la realización del examen por parte de este último y ambos médicos han declarado que este hecho es un factor estresante que causa desorientación y distorsiona completa y negativamente los resultados del examen.

Igualmente, debemos destacar que doña Elsa, a pesar de su enfermedad, no había sido incapacitada judicialmente y es sabido que la capacidad, en principio, se presume en toda persona en tanto no se demuestre lo contrario”.

3.4. Conclusiones relativas al juicio notarial de capacidad:

1. PRIMERA: aparte las distintas cuestiones que se han ido tratando a lo largo del trabajo, conviene, por su relevancia, aunar en un epígrafe independiente las consideraciones que tratamos seguidamente. Así las cosas, a modo de conclusión, a la hora de resolver la responsabilidad penal del notario, por sus deficientes juicios de capacidad, los puntos esenciales a valorar son: primero, el bien jurídico tutelado en el



delito de falsedad documental, lo que opera como “brújula que marca el norte”, en lo relativo a la aplicación del art. 391 CP, permitiendo la exclusión de elementos espurios, como las alegaciones relativas a la necesaria protección del patrimonio del otorgante; segundo, la existencia de una enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia que impida al sujeto conformar su propia voluntad; tercero, que dicha situación en la que se encuentra inserto el sujeto sea apreciable de forma notoria por el fedatario público, lo que es especialmente relevante si se tiene en cuenta que el mismo carece de conocimientos médicos, siendo experto en derecho, por lo que no se exige un conocimiento o cautela especial, bastando, por tanto, con el despliegue de las mínimas y más elementales cautelas, para situarnos extra muros del ámbito punitivo, sin perjuicio, nuevamente, de las responsabilidades en que pudiera incurrirse en otros ámbitos del ordenamiento jurídico.

2. SEGUNDA: sirviéndonos del FJ 22º, pár. I de la ECLI:ES:TS:2009:5272, podríamos afirmar que los supuestos de condena por deficiente juicio de capacidad responden, primordialmente, a dos posibilidades fácticas: *“bien el Notario certificó la capacidad de Marco Antonio para favorecer al incapaz en una serie de trámites, en la creencia de que no iba a ser estafado (falsedad dolosa), bien el Notario no vio ni conversó con Marco Antonio , dejando los tramites en manos de los empleados de la Notaria, incumpliendo un deber profesional de presenciar el otorgamiento de las escrituras (falsedad imprudente)”*, optándose, “en la duda”, por la segunda de las opciones, en cuanto que más favorable al reo.

En este contexto, a juicio de este intérprete, es altamente improbable que el notario sea ajeno y no se haya percatado mínimamente de las posibilidades de actuación y discernimiento del otorgante, si bien, movido quizás por sentimientos de compasión o solidaridad, procede a emitir el juicio positivo de capacidad, en la creencia de que tal opción es la que mejor se ajusta a los intereses de la persona con discapacidad, actuaciones que, aunque ciertamente pudieran considerarse como loables, encuentran su problemática, como venimos tratando, en aquellos casos en los que, detrás de la persona con discapacidad, se encuentra un tercero que pretende lucrarse a costa del respectivo empobrecimiento de la misma.



Por todo ello, podríamos estar asistiendo a un fenómeno en el que, existiendo razones suficientes para una condena por falsedad dolosa, se procede, de parte de los órganos jurisdiccionales, a la aplicación de una solución más benigna, contraria a la realidad de las cosas, reconducible quizás a las concepciones de la impartición de una justicia material, al tenerse por imprudente lo que, al menos con base en indicios claros, pudiera constituirse como una actuación dolosa, pudiendo también deberse esta solución a la creencia errónea de que la condena por delito de falsedad documental, en su modalidad de comisión por dolo, solo debiera reservarse a los supuestos de connivencia con la persona que, de ordinario, resulta ulteriormente condenada por el delito de estafa.

En conclusión, de resultar cierta la tesis que manejamos, se estaría ante una situación cuanto menos paradójica, caracterizada por el hecho de que el art. 391 CP, atendidos sus recelosos requisitos de tipicidad, rara vez resultaría de aplicación a los juicios de capacidad en los que interviniera verdadero error de parte del notario, resultando, por el contrario, aplicable por los tribunales como una suerte de tipo atenuado de la falsedad documental dolosa, con una subrepticia o inconsciente justificación en las razones que realmente llevaron al fedatario a la emisión de su juicio favorable de discernimiento.

3. TERCERA: para finalizar, queda por determinar qué incidencia en la doctrina analizada pudiera desplegar la entrada en vigor 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, y ello en atención a dos ideas: la primera de ellas radica en que, suprimida la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, por considerarse la negación o limitación de la segunda como contraria a la dignidad humana, pudiera pensarse que la afirmación por el notario de que el otorgante tiene la capacidad necesaria para el otorgamiento del instrumento público, inicialmente tildada como mendaz, se convierte, a raíz de la reforma legislativa, en veraz. Es decir, suprimida la capacidad de obrar por las razones antedichas, actualmente se distingue, por un lado, el hecho de contar con la capacidad jurídica, que se encuentra asociada a la personalidad, ostentándose la última desde el nacimiento con vida, o incluso con anterioridad, para todos los efectos que resulten favorables al nasciturus, en los términos del art. 29 CC; y por otro lado, el hallarse la persona en condiciones para el



válido ejercicio de dicha capacidad jurídica, atendida la posibilidad de que, por sus circunstancias personales, no pueda por sí misma comprender la trascendencia o contenido del acto o negocio jurídico celebrado. Por ello, actualmente asistimos a un juicio de discernimiento o comprensión, no a un juicio de capacidad.

La segunda de las ideas parte de la mutación de las funciones a desarrollar por los funcionarios públicos en materia de capacidad. Como señalamos *ut supra*, la persona con discapacidad es titular del derecho a su desenvolvimiento ágil en el tráfico jurídico, debiendo el fedatario público adoptar una postura que promueva su toma de decisiones, alejándonos de visiones tuitivas, en cuanto que concebidas como restrictivas de las cuotas de libertad de la persona. Por consiguiente, el notario no puede convertirse en obstáculo para la eficacia de las decisiones del otorgante. Sólo en garantía de que “objetivamente” manifiesta su voluntad.

Así, en el contexto anteriormente indicado, cabría plantearse en qué medida son compatibles las sentencias condenatorias por la emisión del juicio de capacidad notarial imprudente, con las exigencias de promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad.



IV. Tabla de resoluciones:

ECLI:ES:APS:2021:881

ECLI:ES:APC:2021:124

ECLI:ES:TS:2020:3780

ECLI:ES:APT:2019:297A

ECLI:ES:APVI:2018:316

ECLI:ES:APO:2017:1284A

ECLI:ES:APIB:2014:26

ECLI:ES:APMU:2011:488A

ECLI:ES:TS:2009:5272

ECLI:ES:TS:2002:2395

V. Bibliografía:

NAVARRO FRÍAS, I.: “Delitos de Falsedades”, en AA.VV. (ROMEO CASABONA, C.M./SOLA RECHE, E./BOLDOVA PASAMAR, M.A., Coords.): Derecho Penal Parte Especial, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2022, p. 676 y siguientes.

MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal Parte Especial, 24ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 713.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Las Falsedades Documentales”, en AA.VV. (SILVA SÁNCHEZ, J.M., Dir.): Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, 8ª ed., Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2023, p. 371 y siguientes.



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna