

# LA CAPACIDAD DE TESTAR DEL MENOR: LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO SUCESORIO COMÚN A LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

Por Araceli Donado Vara\*  
adonado@der.uned.es

## III Congreso Mundial Sobre Derechos de la Niñez y de la Adolescencia . Eje temático: Elaboración de Leyes y Códigos

En el ámbito internacional, desde hace más de dos décadas, ha sido creciente la preocupación tendente a dotar de mayor protección a los menores dados los cambios sociales y culturales. Como consecuencia se ha modificado la situación de los menores, dotándole de un amplio protagonismo en su ámbito de actuación, reconociéndole más derechos en cuanto que se les empieza a considerar titulares de éstos, dotándoles, a su vez, de una paulatina capacidad para ejercitarlos.

España no ha sido ajena a esta nueva corriente proteccionista de la infancia, y así en nuestro país se ha traducido en la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de diversas leyes post-Constitución, que contienen buena parte de los principios generales y derechos reconocidos en los Tratados Internacionales, en especial, en la Convención de Derechos del Niño, de la ONU, de 1989, y en la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo en 1992.

La Ley por excelencia es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la LEC, que en su Exposición de Motivos destaca de un modo especial uno de los principios rectores en esta materia, y es la generalización del interés superior del menor, como principio que debe inspirar todas las actuaciones en las que pueda verse implicado. También pone de relieve que se intentará promover su autonomía, por ser éste el modo de protegerlos jurídica y socialmente. El binomio protección de la infancia-ampliación de derechos se ve perfectamente en su artículo 2, que destaca la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés con el que pudiera concurrir o chocar. En esta línea proteccionista, en su segundo apartado, se recalca que las limitaciones relativas a la capacidad de obrar del menor deberán interpretarse restrictivamente.

Dicho esto, al preguntarnos si el menor de edad tiene capacidad testamentaria, o *testamentifactio activa*, encontramos que el Código Civil en el artículo 663.2º, prohíbe a los menores de catorce años (edad que presupone en el testador una voluntad y discernimiento para disponer de sus bienes *mortis causa*). Sin embargo después de leer la Ley 1/1996 e intentar amoldar sus principios al articulado del Código Civil nos preguntamos si un menor de catorce “con suficiente juicio” no estará igualmente capacitado para saber a quién quiere dejar o no sus bienes para el momento en que ya no exista. Quizá otra opción a la actual de fijar el límite en los catorce años podría ser la rebaja a los doce años, o incluso adoptar como solución la establecida para otras instituciones modificadas tras esta Ley, en las que si el menor de edad tiene suficiente juicio podrá dar su opinión y ser tenido en cuenta. En el caso de la sucesión hereditaria, y teniendo primacía la sucesión testada sobre la intestada, así como siendo en sede de capacidad testamentaria la capacidad la regla y la excepción la incapacidad, el criterio propuesto nos parece totalmente adaptable a nuestro sistema sucesorio, siendo los fedatarios públicos los que acreditarían el suficiente juicio en el testador menor de catorce años.

---

\* Profesora Ayudante de Derecho Civil de la UNED. Doctora en Derecho. Correo electrónico: adonado@der.uned.es. Socia fundadora de IDADFE (Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España). Miembro del Grupo de Investigación consolidado “Protección de la Persona”, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. D. Carlos LASARTE ÁLVAREZ.