EDAD Y CAPACIDAD DE TESTAR. EVOLUCION HISTORICO-JURIDICA

Gema Polo Toribio
Universidad de Castilla - La Mancha

I

La capacidad para otorgar testamento en nuestro actual Código civil, se encuentra regulada, con carácter general, en el art. 662 del referido cuerpo legal, donde se declara que 'pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente', siendo el artículo siguiente, el 663 CC, el que especifica en su primer apartado, que ello acontece únicamente en el supuesto de menores de catorce años de uno y otro sexo y en el segundo, al que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. Luego, la capacidad de testar, salvo para la forma ológrafa que exige la mayoría de edad (art.688.1º CC), comienza en nuestra sistema actual, a los catorce años.

Antes de iniciar el estudio del origen histórico de la edad necesaria para otorgar testamento y de la especificación, existente en nuestro actual texto legal, de ser extensible esta edad a uno y otro sexo, debemos realizar dos puntualizaciones acerca del propio articulado encargado de regular la llamada, por la doctrina romanística, *testamenti factio* activa.

Por un lado, esta regla general, que prima en materia testamentaria, recogida en el art.662 CC, representa una excepción a la regla de capacidad de obrar que para la realización de negocios *inter vivos* establece el art. 322 CC, ya que la capacidad de testar se alcanza con anterioridad a la mayoría de edad (art. 315 CC)¹.

Asimismo, el art.688.1º CC, que regula que para el otorgamiento del testamento ológrafa se requiere que el causante sea mayor de edad, constituye una excepción al referido art.662 CC, cuya explicación viene recogida en la propia Exposición de Motivos de la Real Orden de 29 de julio de 1889, donde fueron incluidas por el legislador las razones que explicaban esta exigencia: 'para una mayor garantía, alejándolo del peligro de falsedades, falta de discernimiento suficiente y dificultad de cotejo de letra por no tenerla aún formada'².

1. L. Puig Ferriol: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. 'Comentarios del Código Civil', 1 (Madrid 1991), p.1670. Para este autor, el hecho de que la capacidad de testar se alcance con anterioridad a la mayoría de edad, debe ser visto como una particular manifestación del tradicional principio del *favor testamenti* que preside el Derecho sucesorio español. En nuestra opinión, eso es lo mismo que afirmar, que se ha adelantado la edad para otorgar testamento, con el único fin de conseguir que el menor número de personas mueran intestadas. En realidad, esa edad para testar, -doce años para las mujeres, catorce para los hombres-, tiene su justificación y se corresponde, en sus orígenes, con el momento en que la persona alcanza la pubertad, es decir, la capacidad de engendrar, lo cual implica una mayor madurez mental y con ella, la adquisición de la plena voluntad.

2. Véase T.F Torres: 'Comentarios al Código civil y Compilaciones forales', *Revista de Derecho Privado*, 9, 1ªA (Madrid 1990), p.391, donde, entre otras razones, explica que la exigencia de una edad superior a la regla testamentaria, se justifica en la necesidad de dar una mayor firmeza a la constitución de los rasgos y signos grafológicos que se contienen en la escritura y firma del documento testamentario, y que son indispensables para el reconocimiento de la personalidad del testador.

De ahí que, en contra de lo que opinan determinados autores³, consideremos que son capaces de otorgar testamento ológrafo, los mayores de edad, por cuanto su letra se presume que ya está lo suficientemente formada como para ser susceptible de ser examinada, con exclusión de los menores emancipados, ya que el hecho de estar emancipados y de ser considerados, para algunos efectos, como mayores de edad, no les otorga la formación prematura de su letra, necesaria para la configuración y comprobación de su personalidad a través de los signos ológrafos.

Además, con la declaración incluida en el art.662 CC de que ‘pueden testar todos aquellos a quienes la ley no se lo prohíbe expresamente’ y la relación existente en el artículo siguiente, el 663 CC, de las personas que están incapacitadas, se sigue un criterio que, si bien no fue adoptado por el Proyecto de 1851, en cambio fue acogido por el Anteproyecto en su artículo 736, del que lo tomó nuestro Código, obedeciendo a una línea común en nuestro Derecho histórico y en las legislaciones de nuestro entorno.

En efecto, las Partidas en 6.1.13 recogen:

‘Todos aquellos a quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, pueden fazer testamento (...)’.

Además, siguiendo la opinión de PUIG⁴, el criterio que resulta del referido art.662, consistente en que la capacidad para testar sea la regla y la incapacidad la excepción, está de acuerdo con el tradicional principio del *favor testamenti* que preside nuestro derecho sucesorio español y que lleva a proclamar el carácter subsidiario de la sucesión intestada frente a la testamentaria o voluntaria.

Por otro lado, ¿qué sentido tiene la especificación contenida en el art.663 CC referida a la incapacitación para testar de ‘cualquier menor de catorce años de uno y otro sexo’?

Acerca de ello se pronuncia ALBALADEJO⁵ calificando la referencia a uno y otro sexo como innecesaria, (‘pues diciendo catorce años sin más ya se comprendía a varones y hembras’) pero que debía ser incluida porque, históricamente, el varón podía testar desde los catorce años (pubertad del hombre) y la mujer desde los doce (pubertad femenina); igualmente, dicho autor considera esta especificación, continuadora de la aclaración que con respecto al régimen anterior⁶, estableció el Anteproyecto en su art.737.1^o, si bien nuestro Código rebajó la edad de dieciséis, contemplada en éste a catorce⁸. De este modo, el Código quiso dejar bien claro que los catorce años eran para los dos sexos y no como antes.

¿Con qué criterio, base, justificación se ha llegado a unificar la edad de otorgar testamento, para hombres y mujeres, cuando ésta, en su origen, obedece al hecho de alcanzar la pubertad, momento éste que alcanzan las mujeres con anterioridad a los hombres?. ¿Por qué, si había que optar por

3. M. Alonso Pérez: ‘Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de Familia’, *La Tutela de los Derechos del menor*, (Córdoba 1984), p.39; F. De Castro: *El Derecho civil de España*, (Madrid 1984), p.223; Cuevas: ‘La capacidad de los emancipados en general’, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1973, p.111.

4. L. Puig Ferriol: *op.cit* p.1669

5. M. Albaladejo: ‘Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales’, *Revista de Derecho Privado*, 9, 1^oA, (Madrid 1990), p.70.

6. El Proyecto de 1851 en su art.600 seguía manteniendo el criterio de la pubertad: ‘pueden disponer por testamento los varones mayores de catorce años y las hembras mayores de doce...’.

7. El Anteproyecto regulaba en su art.737: ‘Están incapacitados para testar: 1^o los menores de dieciséis años de uno y otro sexo’.

8. Esta edad fijada por el Código actual en catorce años, es objeto de crítica por M. Albaladejo, quien propone como momento para alcanzar la capacidad de testar el de la mayoría de edad o el de la emancipación, al considerar que ‘el acto de testar es muy importante para dejarlo en manos de párvulos’. Ésta es la opinión que a este insigne civilista le merecen las personas cuando alcanzan los catorce años, edad que los romanos, a efectos prácticos e incluso, podemos decir, púdicos, establecieron como momento en el que los hombres alcanzaban la pubertad, y que para las mujeres se adelantaba dos años (por motivos obviamente de desarrollo físico y madurez mental), entendiéndolo la pubertad, como el momento de desarrollo de la persona en el que se alcanza la plena voluntad, que precisamente en materia testamentaria, permite al *impuber sui iuris*, una vez que la alcanza y pasa a ser *puber sui iuris*, la capacidad de otorgar testamento.

una sola edad pueril, se ha elegido la del hombre y no la de la mujer? y, por último, ¿cuál es el origen y justificación de la regla general que rige en materia testamentaria y, que a su vez, es excepción a la regla general de capacidad de obrar?.

Con relación a la primera pregunta, creemos que no se pueden igualar cosas que por naturaleza son distintas. La pubertad, es decir, la época de la vida en que empieza a manifestarse la aptitud para la reproducción, la capacidad de engendrar, se rige por una serie de cambios fisiológicos y endocrinos que provocan variaciones en el psiquismo y activan en la persona un proceso de maduración y desarrollo mental, que hace que el ser humano llegue a madurar mentalmente y, con ello, adquiera plena voluntad. Por motivos físicos, biológicos y hormonales, la mujer alcanza con anterioridad al hombre la pubertad y, con ella, la plena voluntad.

Pues bien, los romanos entendieron que ese momento en el que se alcanza la pubertad, por cuanto supone la adquisición de la plena voluntad, era el determinante para que una persona pudiera testar. Al alcanzar la mujer la pubertad con anterioridad al hombre, lógicamente también adquiriría ésta con anterioridad la capacidad para testar; entonces, ¿por qué igualarlos? y, más aún, ¿por qué hacerlo en detrimento de la mujer?.

Si de lo que se trataba, era de unificar la edad para testar, ¿por qué no se optó por los doce años?. El haber optado por los catorce años del hombre puede responder a distintos motivos:

- Puede deberse al hecho de que nuestros antecedentes históricos han sido ignorados y a que, en cierto modo, nos hemos desvinculado de ellos, pues volvemos a repetir, que estando la capacidad de testar supeditada al momento en que se llega a la pubertad, y siendo ésta alcanzada en un momento distinto por el hombre y por la mujer, desde el inicio y a efectos práctico, se fijaron dos edades, igualmente distintas: doce y catorce años.

- Podríamos pensar que se ha podido realizar una incorrecta interpretación del principio de igualdad ante la ley y de la no discriminación por razón de sexo (art.14 Constitución); en todo caso, esta indebida equiparación entre hombre y mujer en materia testamentaria, va en detrimento de la mujer, por cuanto se le ha retrasado el momento de poder otorgar testamento.

- Como más adelante analizaremos, la equiparación de la edad de testar a los catorce años, puede ser fruto de la vulgarización que en algún momento de nuestra historia jurídica ya se vivió, y que en la actualidad sería un fiel reflejo de ella, pudiendo ser unido a todo lo anterior, una vulgarización actual de los conceptos de minoría de edad y de pubertad.

Finalmente, la regla general que rige en materia testamentaria, responde a una tradición histórica seguida en nuestro derecho, contenida en la Base 15 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, de que 'se mantendrá en su esencia la legislación vigente, así como todo lo relativo a la capacidad para disponer por testamento' y precisamente esa tradición histórica en materia testamentaria, está impregnada de la firmeza del influjo romanista, manifestado principalmente en el mantenimiento de la edad en que se alcanza la pubertad para hacer testamento⁹. Una edad que, por nuestra parte, entendemos no debe ser desvinculada del hecho que la determina: la madurez mental y con ella, la plena voluntad que supone la capacidad de engendrar.

Luego, la capacidad de testar, en su origen, no se adquiriría por el cumplimiento de una determinada edad sino por el hecho de alcanzar la pubertad. De ahí, que consideremos la relación actual entre edad y capacidad de testar, algo incoherente y desvinculada de sus orígenes, al haber sido regulada de forma igual para hombres y mujeres.

II

Los romanos carecen de un término genérico que se corresponda con el moderno de capacidad, no pudiéndose hallar en sus fuentes construcción teórica alguna acerca de la capacidad de testar, en cambio recurren a la expresión *testamenti factio* para describir la capacidad del testador y paralela-

9. F. De Castro: *op.cit.* p.159

mente hablan de *testamenti factio* cuando deben describir la capacidad del heredero *ex testamento*¹⁰.

Efectivamente, la *testamenti factio* se extiende a todos aquellos que toman parte activa en un testamento o que son en él contemplados, luego este término no estaría referido sólo a la capacidad de testar y de suceder por testamento sino también a la capacidad de ser contemplados de algún modo en él¹¹.

Asimismo, Gayo nos indica en 2, 114:

Igitur si quaeramus, an valeat testamentum in primis advertere debemus, an is qui id fecerit, habuerit testamenti factionem(...).

Este texto ha sido interpretado por SCHERILLO¹² en el sentido de considerar la *testamenti factio*¹³ más como un presupuesto del testamento, entendido como negocio jurídico, que como un requisito del mismo, en tanto es un elemento extraño a la estructura del negocio pero que debe necesariamente existir para que el ordenamiento pueda tomar en consideración el negocio¹⁴.

Si bien es cierto, que la *testamenti factio* activa en Roma dependía en primer lugar del *status personalis*, a ello necesariamente se debe añadir el particular aspecto que, según SCHERILLO, adquiere la capacidad de obrar en relación al testamento, así como la específica singularidad existente en la aplicabilidad de la regulación general de la capacidad de obrar en materia testamentaria a la que hacía referencia GUARINO¹⁵.

Pues bien, el máximo exponente de dicha particularidad y singularidad existente en la capacidad de obrar necesaria para otorgar testamento, es el supuesto concreto del *impuber sui iuris*, cuya capacidad de otorgar testamento se supedita, a su vez, a la capacidad de engendrar, es decir, a alcanzar la pubertad, momento éste en el que adquirirá la plena voluntad, y dejará de estar sujeto a la actuación tuitiva, a la que anteriormente como *pupillus*, se veía sometido.

La imposibilidad de testar del *impuber sui iuris*, que como tal, tiene la capacidad jurídica y por tanto la titularidad de relaciones jurídicas, es considerada por la doctrina, una incapacidad natu-

10. P. Voci: *Diritto ereditario romano*, 1, (Milano 1967), p.387.

11. P. Bonfante: *Corso di diritto romano*, 6, (Milano 1974), p.341; en el mismo sentido se pronuncia B. Biondi: *Trattato di diritto romano*, 10, (Milano 1943), p.83, al mantener que la *testamenti factio* indica tanto la capacidad de disponer (Gai. 2.114) como de ser contemplado en el testamento (Inst.2.10.6), así en el lenguaje técnico que se transmite a la jurisprudencia clásica, se habla de *testamenti factio cum aliquo: cum herede* (Dig.33.3.5); *cum testatore* (Tit.Ulp. 22, 1); *cum tutoribus* (Dig.26.2.21); *cum testibus* (Inst. 2.10.6).

12. G. Scherillo: *Corso di diritto romano. Il testamento*, (Milano, 1995), p.220

13. G. Scherillo: *op.cit.* p.220, a la que define como "el particular aspecto que la capacidad de obrar asume en relación al testamento"; en el mismo sentido, Guarino: *Diritto privato romano*, (Nápoles 1966), p.230: 'la capacidad de testar seguía las reglas generales de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar, salvo alguna específica singularidad'.

14. La *testamenti factio* activa, llamada así por la doctrina romanística, está sobre todo determinada por el *status personalis*, de ahí que en un principio, en el derecho romano se partiese del concepto de que sólo el *pater familias*, en cuanto libre, *civis romanus* y *sui iuris*, pudiera disponer por testamento. En derecho romano, por lo tanto, la *testamenti factio* activa no sólo exigía la capacidad de obrar sino también la capacidad jurídica comprendida por los tres *status*. Ello se ve claramente en la necesidad del mantenimiento de la misma en el momento de la muerte. Por ello, una *capitis deminutio* sufrida después de otorgar el testamento, lo hacía *irritum*, salvo de tratarse de un prisionero de guerra, a quien se le aplicaba la *fictio legis Corneliae* y el *ius postliminii*. La obtención de la *testamenti factio* activa después de otorgar testamento sin ella, no lo convalidaba, sin embargo, de fallecer el testador con ella, el pretor confería la *bonorum possessio secundum tabulas* que en caso de no existir heredero por derecho civil, era *cum re*.

En nuestro derecho actual, tal y como se contempla en el art 666 CC, 'para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo (no de la muerte como en Roma sino) de otorgar testamento'. Así, la *testamenti factio* activa que en Roma dependía, en primer lugar, del *status* o personalidad jurídica, ha pasado, en el derecho actual, a depender exclusivamente de la capacidad de obrar, pudiendo ser ello fácil de comprender, por cuanto en la actualidad se entiende que toda persona, por el sólo hecho de serlo, por su dignidad como ser humano, es sujeto de derecho y consiguientemente, tiene aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

15. Vid. n.13

ral debida a la falta de afirmación consciente de la voluntad imprescindible para que ésta pueda ser tenida en consideración por la ley¹⁶.

En términos generales, la voluntad del testador tiene un cierto carácter sagrado cuyo exacto cumplimiento es de interés público y precisamente ese carácter sagrado hace del testamento un acto esencialmente personal, por lo que mientras que para el resto de los actos existentes en el tráfico jurídico-patrimonial, la *auctoritas tutoris* sustituye o se une a la voluntad incompleta del pupilo, con lo que se otorga validez a esos actos, en ese caso en concreto de otorgar testamento, esa falta de voluntad del *impuber sui iuris*, no puede ser suplida o complementada de ninguna forma.

La propia información que las fuentes nos ofrecen acerca del testamento y de la condición del *impuber sui iuris*¹⁷, nos permiten ver con claridad, la incapacidad de éste de otorgar testamento por sí mismo, así como la imposibilidad, por el carácter eminentemente personal del testamento, de ser asistido por un tutor.

. I. 2, 10: *Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.*

.Ulp. 20, 12: *Impuberes licet sui iuris sit, facere testamentum non potest quoniam nondum plenum iudicium animi habet.*

Esa plena voluntad, y con ella la capacidad de testar, la adquirirán cuando consigan llegar a la pubertad, momento que es alcanzado con anterioridad por las mujeres que por los hombres¹⁸.

En relación directa con la incapacidad natural de los *impuberes sui iuris* de otorgar testamento, se encuentra la sustitución pupilar¹⁹, “...*Nam moribus institutum est, tu, quum eius aetatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes iis faciant*”.²⁰

De este modo, Gayo²¹ nos dice que a nuestros hijos impúberes *substituere possumus...eo amplius, ut, etiam si heredes nobis extiterint*, llegando a poner, el propio Gayo un ejemplo, de cómo sería la fórmula de tal sustitución (*hoc modo*): *Titus filius meus mihi heres esto. Si filius meus mihi heres non erit, sive heres erit et hic prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto.*

En todos los ejemplos y referencias que aparecen en las fuentes en relación con este instituto, está presente la figura de un hombre y, por lo tanto, la edad que aparece implícita e incluso explícita-

16. B. Biondi: *op.cit.* p. 97. Por su parte Cicu: *El testamento*, (Madrid 1959), p.148, a la hora de poner en relación con el testamento la propia capacidad, mantiene que: ‘el ejercicio del derecho exige manifestación de voluntad; para que ésta tenga valor jurídico, es menester que la ley reconozca su aptitud para producir efectos jurídicos (...), por consiguiente, se podrá reconocer valor jurídico a la declaración de voluntad sólo en la medida en que reconozcamos al sujeto un cierto grado de inteligencia y de fuerza de autodeterminación’

17. Acerca del testamento: Gell., *N.att.*, 7, 12, 1; Dig.28.1.1; Ulp.20.1; en relación con los impúberes: Inst.2.12.1.

18. Mientras para la mujer siempre se admitió que alcanzaba la pubertad, la capacidad de engendrar a los doce años, para los hombres debemos tener presente que no siempre fue clara la distinción entre edad *puber/impuber*, e igualmente faltaron criterios uniformes para determinar la pubertad, llegando a suscitarse en esta materia, las conocidas disputas entre los juristas de las distintas escuelas. Así, la escuela sabiniana propugnaba un examen físico para cada caso y los proculeyanos consideraban púberes a los hombres a los catorce años; incluso puede que en época clásica existiera una tesis intermedia que exigiera los dos requisitos: *inspectio corporis*, por la que se evidenciaría la facultad para la generación y, además, alcanzar una determinada edad. Justiniano, creyendo *dignum esse castitate quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, hoc etiam in masculos extendere*, finalmente se decidió por la opinión de los proculeyanos, quedando así patente en el Dig.28.1.5.

19. Ante la imposibilidad del *impuber, sui iuris* a la muerte de su *pater familias*, de otorgar testamento, éste, en previsión de que su *filius* pudiese morir *impuber* y, por tanto, *intestado*, nombraba heredero al propio *filius familias impuber*, o bien lo desheredaba, y le designaba a un sustituto para el caso en que el *filius* muriera antes de alcanzar la pubertad; la previsión del testador, se dirige a que si su descendiente muere *impuber*, su herencia no vaya a parar a los herederos. En este sentido se pronuncian, entre otros A.Torrent: *Manual de derecho privado romano*, (Zaragoza 1991), p.638; Vallet de Goytisolo: *Panorama del derecho de sucesiones*, 2, (Madrid 1984), p.101.

20. En Inst. 2, 16

21. En 2, 179.

mente, es la de los catorce años. Así, Ulpiano manifiesta: *...si filius meus intra XIV annum decesserit, Seius heres esto...*²²

El haber optado, en algún momento de nuestra historia jurídica, por los catorce años, como edad única, a partir de la cual tanto el hombre como la mujer adquirían la capacidad de testar -como más adelante analizaremos-, entendemos que pudo deberse a la vulgarización, falta de conocimiento e incorrecta interpretación de estos textos.

Sin embargo, Las Partidas, recogen fielmente el sentido de la institución siguiendo de forma correcta la dirección marcada por el derecho romano:

*' (...)Fago mio heredero a fulano mio fijo, e si non fuere mio heredero este mio fijo, establezco por mio heredero en su lugar a tal ome. Ca si por ventura esse fijo sobredicho fuesse heredero, e muriessse ante que fuesse de edad d catorze años, si fuere varon, o de doze años, si fuere fija, estonce aquel que fuesse establecido por heredero sustituto en su lugar, heredara tambien la heredad del testador, como los otros bienes que vinieren al moço de otra parte. E esto es, por razón de la callada sustitución pupilar, que se entiende siempre en la vulgar, assi como sobre dicho es(...)'*²³.

Una vez que se alcanza la pubertad, se puede hacer testamento libremente, no siendo aplicable el régimen de asistencia del curador que se utiliza en los negocios patrimoniales de los menores de veinticinco años.²⁴

Cierto es que Justiniano, traduciendo en disposiciones legislativas la tendencia que se había ya impuesto en la práctica y en la doctrina posclásica, establece que los menores de veinticinco años deben estar sometidos obligatoriamente a la curatela, pero igualmente mantiene teóricamente el principio de que el menor *puber sui iuris*, tiene la plena capacidad de obrar.

No hay que olvidar que los orígenes de la *curatela minoris*, nos hacen ver que ésta surgió para defender a los menores de veinticinco años de aquellos que en relaciones patrimoniales hubiesen usado trampas contras ellos, obteniendo con ello ventajas de su inexperiencia. Se trata, pues, de una medida de protección del menor frente a terceros, no de un suplemento a su voluntad.

De ahí que podamos afirmar que la minoría de edad debe ser considerada, no como falta de voluntad, sino como falta de experiencia en las relaciones jurídico-patrimoniales; por ello es igualmente comprensible, que un individuo llegado a la pubertad pueda, sin más, otorgar testamento.

III

Es en la *Ley in minoribus annis*, contenida en el *Liber Iodiciorum* o *Lex Visigothorum*²⁵, donde se fija la edad necesaria para otorgar testamento. Sin distinción de sexo, el texto exige catorce años cumplidos para otorgar testamento, contemplando como supuesto de excepción en caso de enfermedad, la posibilidad de otorgar testamento desde los diez años, debiéndolo confirmar el testador

22. En Dig. 28.6.2.6

23. 6ª Partida, leyes 5 a 10, inclusive del título 5º

24. B. Biondi: *op.cit.*p.97. De ahí, que nos parezca un tanto desmesurada la afirmación hecha por V. Arangio-Ruiz: *Instituioni di diritto romano*, (Napoli 1949), p.506, al considerar que 'en la compilación justiniana, la capacidad de obrar del menor de veinticinco años está tan limitada como la del *impuber*', explicando que ello se debe a la influencia de las provincias helenísticas en las que no se distinguía entre *impuberes* y *minores*, existiendo un único límite de edad antes del cual se estaba privado de capacidad de obrar y al alcanzarlo se tenía la plena capacidad.

25. LV 2.5.11: *'In minoribus annis constitutis testandi de rebus suis vel alias quescumque definitiones faciendi seu per scripturam sive per idoneum testem, ni quibuscumque personis elegerint, infra quartum decimum annum non illis aliter licentia erit, nisi gravis langor occurrerit, per quod eso fortasse mori suspicio sit. Quod si eos necessitas huius cause compresserit, utrisque a decimo etatis ipsorum anno faciendi quod voluerint libertas plena manebit. Qui si ab egritudine convalescere portuerint, quidquid eos ordinasse constitit, totum invalidum erit, donec aut rursus egrotantes iterum que ordinaverant nova ordinatione reforment, aut venientes usque ad plenum quartum decimum annum in omnibus iudicandi de rebus suis liberam habeant absolutamque licentiam'*.

al llegar a los catorce²⁶.

En cambio, en el Breviario de Alarico, por lo que se refiere a la edad, ésta constituye un requisito ineludible y ligado al concepto de pubertad, distinguiéndose los doce años para la mujer y los catorce para el hombre²⁷.

Más adelante, en la Alta Edad Media, la regulación de la *testamenti factio* deja de tener la importancia del Derecho anterior, siendo la estructura familiar, definitivamente consolidada, el elemento catalizador de las disposiciones *mortis causa*²⁸.

En términos generales, la facultad de disponer por muerte no está regulada en el Derecho de esta época ni específica ni completamente, pudiendo ser analizada únicamente, a través de la casuística existente hasta los fueros de Soria y Real.

En la profundización del estudio de la edad necesaria para disponer *mortis causa*, ante la ausencia de detalles acerca de ella en los documentos de aplicación, se hace necesario acudir a las fuentes legales.

Así el **Libro de los Fueros de Castilla**, mientras de un lado, prohíbe a los huérfanos y menores de dieciséis años disponer de sus bienes con carácter general, sin hacer especial referencia a la disposición *mortis causa*, encontrándose la misma prohibición en un privilegio de Fernando III, de 1227 adicionando los fueros de Burgos, de otro, refiriéndose a la disposición *pro anima* de los niños, establece que después de los siete años, en peligro de muerte, puede mandarse 1/5 de sus bienes, siendo válida esta donación cuando el niño muera a causa de la enfermedad. Asimismo, establece que después de los doce años, y en las mismas circunstancias anteriores, pueden mandar la mitad de su haber o incluso la totalidad.

Por su parte, los **Fueros Real y de Soria** prohíben hacer mandas a *los que no fueren de hedat* y, aunque ésta no esté especificada, visto su corte romano, ha de entenderse la de la pubertad²⁹. El

26. J.A Escudero: *Curso de Historia del Derecho*, (Madrid 1990), p.218, en sentido general, este autor indica cómo en las diversas ramas del ordenamiento privado, la legislación visigoda denota una ostensible persistencia del derecho romano vulgar; M.Mª Pérez de Benavides: *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*, (Granada 1975), p.XXI: contradiciendo la opinión de Kaser, quien considera al derecho sucesorio romano como una de las ramas del derecho privado que en menor medida experimentó el proceso de vulgarización, M.Mª Pérez de Benavides a lo largo de su obra demuestra en qué medida se produce el continuismo e incluso la gravitación del vulgarismo romano. Nosotros nos planteamos si este vulgarismo no pudo influir igualmente en la unificación de la edad para testar que se implantó en el *Liber Iudiciorum*, unido al hecho de que este Código, aunque permitió el estudio de las leyes romanas, éstas fueron por él derogadas. Con anterioridad a éste, en el Breviario de Alarico, donde se dio cabida al derecho romano oficial de las *leges* y los *iura*, se continuó relacionando la edad con la pubertad, por tanto distinta para hombre y para mujer, y ésta con la capacidad de testar.

27. *Gaius Institutiones in* (BA) 2.2: “*Item testamenta facere non possunt impuberes, id est, minores quatuordecim annorum, aut puellae duodecim*”; *Pauli Sententiae in* (BA) III, 3: “*Testamenta facere possunt masculi post impletum quartum decimum annum, feminae post duodecimum*”.

28. F. De Arvizu y Galarraga: *La disposición mortis causa en el Derecho español de la alta Edad Media*, (Pamplona 1977), p.24 y ss. Este autor, pone de relieve la imposibilidad de encontrar documentación relativa al institución testamentaria, hasta bien entrado el siglo IX, debiendo ser estudiados los dos siglos posteriores, a través de documentos de aplicación del Derecho, ya que los fueros breves a penas dicen nada hasta el siglo XII. Por su parte, continúa indicando el mismo autor, cuando los fueros extensos tratan el tema de la disposición *mortis causa*, se puede apreciar una orientación cada vez más romanizante que culmina con el fuero de Soria y el fuero Real.

29. Fuero Real 3.5.5: ‘*Establecemos que los que no fueren de hedat, o non fueren en su memoria, o en su seso, o los que fueren siervos, o los que fueren judgados a muerte por cosa atal que deban perder lo que an, o los que fueren hereges, o omes de religion, o clerigos, de las cosas que tiene en sus iglesias, que non fagan mandas, e si las fizieren, no valan*’.

Fuero de Soria 300: ‘*Los que no fueren de hedat, o non fueren en su memoria o en su seso, o los que fueren sieruos, o los que fueren juggados a muerte por cosa atal que deuan perder lo que an, o los que fueren hereges, o omne de religion passado el anno que entro en la orden, o clerigos de las cosas que tienen de sus eglecias, que non puedan fazer manda a sus finamientos, nin donadios en su vida; et si la fizieren que no ualan*’.

Fuero de Brihuega, con carácter general, fija la edad de disponer en catorce años para el hombre y doce para la mujer³⁰.

El **Fuero Juzgo**³¹, en 2.5.10, contiene la edad de catorce años para hacer mandas y promesas, señalando, igual que en el *Liber Iodiciorum*, la edad de diez años, para el testamento o donación en peligro de muerte, pero a diferencia del *Liber*, en el que bastaba con la confirmación del testador a los catorce años, en el Fuero Juzgo, dicha edad está limitada al caso de morir de esa enfermedad.

Por contra, las **Partidas**, fieles a la tradición romanística, regularon:

*‘(...) Otrrosi dezimos, que el moço que es menor de catorze años, e la moça que es menor de doze años, maguer non sean en poder de su padre, nin de su auuelo, non pueden fazer testamento, e esto es, porque los que son desta edad, non han entendimiento cumplido(...)’*³².

Con anterioridad a la promulgación del Código civil de 1889, únicamente la legislación foral de Aragón contemplaba como capaz de otorgar testamento, al ‘mayor de catorce años, ya sea varón o hembra, padre o hijo de familia’, siendo expresamente contemplados como incapaces de testar ‘los menores de catorce años, ya sea varón o hembra’³³.

En el derecho actual, la única Compilación que contiene normas acerca de la capacidad -pues las demás dejan paso a las normas del Código civil relacionadas con esta materia- es la de Navarra³⁴. En efecto, la Ley 184 de la Compilación foral navarra, en la redacción de la Ley Foral 5/1987³⁵, de 1 de abril -en sentido negativo-, expone la incapacidad para testar, en primer lugar, de los impúberes, siendo la Ley 50 la que, en su párrafo segundo indica: ‘Se consideran púberes los mayores de catorce años de uno y otro sexo’.

Antes de producirse esta tercera modificación³⁶ por la Ley Foral 5/87, sobre determinados preceptos del Fuero Nuevo de Navarra, la referida Ley 50, en su mismo apartado segundo, calificaba de púberes a los varones mayores de catorce años y a las mujeres mayores de doce. ¿A qué obedece la equiparación, entre hombre y mujer, de la edad en la cual se alcanza la pubertad y, por consiguiente, se adquiere la capacidad de testar?.

Los propios motivos incluidos en el preámbulo a la Ley 5/87, que hacen referencia a la conveniencia y fin último de la presente modificación, reconocen la existencia de determinados preceptos en la Compilación que ‘no sólo no se avienen con la realidad social sobre la que operan, sino que, en ocasiones, contradicen principios contenidos en el Título I de la Constitución e infringen, por consiguiente, el artículo 6 de la Ley Orgánica 13/82, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, a cuyo tenor los navarros tendrán los mismos derechos, deberes y libertades fundamentales que los demás españoles’. De ahí que, como se continúa explicando, ‘la mayor parte de las modificaciones tratan de suprimir las discriminaciones hasta ahora existentes en el Derecho Civil Foral de Navarra por razones de sexo, nacimiento o estado civil’.

30. Fuero de Brihuega 206: ‘...et el varon faga de lo suyo a su guisa de XIII annos a suso, et la mugier de XII annos arriba’

31. Traducción realizada por un autor desconocido, en la primera mitad del S.XIII, sobre la versión vulgata del *Liber Iodiciorum*

32. Partidas 6.1.13

33. Para examinar con más detalle, B. Gutiérrez Fernández: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Examen comparado de las legislaciones especiales*, (Madrid 1874), p.117 y ss

34. su antecedente histórico, el Fuero de Navarra, contemplaba en 2.4.13: ‘si estas criaturas mueren pasados los siete años, puedan dar et estinar lo suyo como fuero manda’. Pero el capítulo I del *Amejoramiento* reformó lo anterior: ‘ningún fijoalgo ni otro oninguno de su reino tuviera poder de hacer testamento... hasta la edad de catorce años cumplidos, el varon, y de doce, la hembra’

35. B.O. Navarra, 6 de abril 1987 (número 41).

36. La Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo, fue modificada, con anterioridad, por los Reales Decretos-Leyes de 26 de diciembre de 1975 y 5 de diciembre de 1978, a fin de ajustar el Derecho Civil de Navarra a los principios que habían presidido la reforma del Código civil en lo relativo a la capacidad de la mujer casada y a la mayoría de edad.

Luego, con esta equiparación, entre hombre y mujer, de la edad en la cual se alcanza la pubertad, y con ella, la capacidad de testar, llevada a cabo por la referida reforma³⁷, en aras al principio de igualdad ante la ley de todos los españoles y de no discriminación por razón de sexo (art. 14 Constitución), se han conseguido producir los mismos efectos que cuando se promulgó el Código civil³⁸:

- de un lado, nos hemos desvinculado de nuestros orígenes, pues tal y como hemos examinado, en Roma la capacidad de testar venía directamente determinada por la pubertad, que era alcanzada con anterioridad por la mujer que por el hombre, y por tanto, la mujer podía igualmente, testar con anterioridad.

- La mujer, como es natural, sigue alcanzando la pubertad, con la consecuente maduración y adquisición de la plena voluntad, con anterioridad al hombre, luego esa no discriminación por razón de sexo y esa igualdad entre hombre y mujer, se ha hecho obviando la propia condición de la mujer e igualando aspectos que, por naturaleza, son distintos.

37. Antes de la reforma, ciertamente se seguían los criterios del Derecho romano, pues la Compilación, además de considerar incapacitados para testar a los *impúberes*, su Ley 50, expresamente reconocía que eran púberes los hombres mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce.

38. Cuando se promulgó el Código civil, la tendencia en él seguida, fue la de simplificar y unificar las divisiones y distinciones del antiguo Derecho, entre ellas, la de unificar la edad para testar. *Enciclopedia Universal Ilustrada. Europeo americana*, XIX, (Madrid 1991), p.30