

TESTAMENTO Y ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD EN EL DERECHO ITALIANO

Will and act of last will in Italian law

VICENZO BARBA

Universidad de Roma "La Sapienza"

vincenzo.barba@uniroma1.it

Cómo citar/Citation

Barba, V. (2019).

Testamento y actos de última voluntad en el derecho italiano.

Derecho Privado y Constitución, 35, 11-55.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.35.01>

(Recepción: 09/02/2019; aceptación tras revisión: 21/10/2019; publicación: 29/11/2019)

Resumen

El propósito del trabajo es demostrar, a través de una relectura constitucional, el alcance de la autonomía privada *post mortem* y superar el prejuicio de que el único acto por causa de muerte admisible en nuestro sistema legal es el testamento. Desde este punto de vista, primero se aclara que los actos de última voluntad se oponen a los actos entre los vivos y no a los actos por causa de muerte, y, posteriormente, se propone superar la teoría que distingue entre el contenido típico y atípico del testamento. Además, se demuestra que nuestro sistema legal conoce actos de última voluntad diferentes del testamento, y se llega a afirmar que, más allá de las hipótesis expresamente reguladas, la persona puede confiar a un acto de última voluntad diferente del testamento cualquier interés *post mortem* que no afecta a la delación. Por lo tanto, se trata de afirmar que la prohibición de los pactos sucesorios se refiere solo a los actos de disposición de la delación y que los actos de última voluntad pueden regular todos los intereses distintos de los que afectan a la delación.

Palabras clave

Testamento; acto de última voluntad; pactos sucesorios; capacidad; contenido típico del testamento; contenido no patrimonial del testamento.

Abstract

The purpose of the work is to demonstrate, through a constitutional rereading, the extent of private autonomy *post mortem* and to overcome the prejudice that the only act *mortis causa* admissible in our legal system is the will. From this point of view, first it is clarified that acts *inter vivos* are opposed to acts of last will and not to acts *mortis causa* and, subsequently, it aims to overcome the theory that distinguishes between typical and atypical content of the will. Moreover, it is proved that our legal system knows acts of last will different from the will, coming to affirm that, beyond the expressly regulated hypotheses, the person can entrust to an act of last will different from the will any *post mortem* interest that does not affect the delation. It therefore comes to affirm that the prohibition of the succession agreement concerns only the acts of disposition of the delation and that the acts of last will can regulate all interests other than those that affect the delation.

Keywords

Will; act of last will; succession agreement; capacity; typical content of the will; content not patrimonial of the will.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ACTOS ENTRE VIVOS, ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD Y ACTOS POR CAUSA DE MUERTE. III. TESTAMENTO Y SUCESIÓN: 1. Contenido típico y atípico del testamento. 2. El testamento: de acto regulador de intereses patrimoniales a acto regulador de la sucesión de la persona. 3. Prohibición de pactos sucesorios y actos con efectos *post mortem*. Intento de rediseñar las fronteras. IV. ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD DIFERENTES DEL TESTAMENTO: 1. Capacidad para cumplir los actos de última voluntad diferentes del testamento. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la literatura italiana es muy firme la idea, aunque no siempre expresada de manera inequívoca, de que el testamento es el único negocio *mortis causa* válido (Delle Monache, 2005: 55 y ss.; Bianca, 2015: 251 y ss.; Cuffaro, 1994: 727 y ss.; Tatarano, 2003: 37).

Como prueba de esta afirmación, a menudo implícita, se dice que cualquier acuerdo de sucesión contenido en un contrato o en un negocio unilateral entre vivos es nulo, precisamente debido a la prohibición de los pactos sucesorios¹; con el corolario de que la mencionada prohibición y las normas sobre el testamento y su contenido² confiarían exclusivamente al último la regulación de los intereses *post mortem* de la persona. Se especifica, además, que el testamento

¹ En Italia, véase la norma establecida en el art. 458 CC.; en España, véase el art. 1271 CC.; en Cuba, véase la norma en el art. 467 CC. En el curso de los trabajos hay algunas limitadas referencias a la doctrina española, que se hacen con el único propósito de destacar que, en muchos aspectos, a pesar de la presencia de diferentes disciplinas, la doctrina y la jurisprudencia se han enfrentado a problemas bastante similares. En este sentido, se debe considerar cualquier cita a la doctrina española que se encuentre en el resto del texto sabiendo que estas citas son inadecuadas para dar una imagen completa de la doctrina española.

² En Italia, véanse las normas establecidas en el art. 587 CC sobre la noción de testamento y el art. 588 CC, sobre la institución de heredero y la ordenación de legado. En España, véanse las normas establecidas en el art. 667 CC sobre la noción de testamento y el art. 668 CC, sobre la diferencia entre el heredero y el legado. En Cuba, véanse las normas establecidas en art. 476 CC sobre la noción de testamento y el art. 468 CC, sobre institución de heredero y ordenación de legado.

es un negocio típicamente patrimonial y que la regulación de los intereses no patrimoniales constituye el contenido llamado atípico del testamento.

El complejo de estas declaraciones no solo ofrece una representación del fenómeno de la sucesión que me parece que no encaja perfectamente con el ordenamiento jurídico italiano, sino que, sobre todo, ha constituido, desde mi punto de vista, un fuerte límite a la autonomía privada *post mortem*, empujando al intérprete a creer que el único remedio para ofrecer una reconstrucción contemporánea del derecho hereditario fuera refugiarse en el mundo del contrato.

Intentaré cuestionar esta idea básica, en la convicción de que la autonomía privada *post mortem* tiene y merece un espacio mucho más amplio de lo que parece a primera vista y que, a partir de este reconocimiento, derivan consecuencias significativas.

Para cuestionar la idea de que el testamento es el único negocio *mortis causa* válido, en primer lugar, es necesario verificar el alcance de la categoría de los actos³ por causa de muerte y si esta categoría realmente se opone a la de los actos entre vivos, y, finalmente, cuál es su relación con los actos de última voluntad⁴.

En segundo lugar, es necesario meditar sobre la función que ha tomado el testamento en el sistema jurídico actual, también para comprender el significado de la prohibición de pactos sucesorios y cuál es el límite efectivo de la autonomía privada.

Por último, es necesario verificar si pueden darse en el ordenamiento jurídico italiano actos de última voluntad diferentes del testamento y, en el caso de respuesta afirmativa, cuál es su disciplina, advirtiendo, desde el principio, que cuando los intereses regulados son de naturaleza existencial, es demasiado obvio que la capacidad requerida para la validez de estos actos requiere un replanteamiento general, también en consideración de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad⁵.

³ A continuación, el término *acto* se utiliza en el sentido técnico de un acto jurídico en sentido amplio, es decir, como categoría que abarca tanto los actos jurídicos en sentido estricto como los negocios jurídicos. En el caso de que se pretenda hacer referencia específica a una de las dos categorías, incluida en la de «actos jurídicos en sentido amplio», me referiré expresamente a «actos jurídicos en sentido estricto» o a negocios jurídicos, o simplemente negocios.

⁴ Ver, recientemente, para el desarrollo de esta idea, Barba, 2018a: 3 y ss., al que se hace referencia para un cuadro completo de las citas de la doctrina italiana. En este artículo las citas de la doctrina italiana se reducen a las esenciales.

⁵ Cabe considerar que Italia, aunque haya ratificado esta Convención, aún no ha procedido a adaptar las normas del derecho civil, de modo que la norma del art. 12 de la Convención se encuentra sustancialmente sin una implementación adecuada.

II. ACTOS ENTRE VIVOS, ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD Y ACTOS POR CAUSA DE MUERTE

A la categoría de los actos *inter vivos*, se suele, generalmente, oponer la categoría de los actos *mortis causa*, en la convicción de que un acto jurídico puede reducirse a uno u otro, con claridad y precisión. Partiendo de este supuesto, es fácil afirmar que el contrato de donación es un acto entre vivos y que el testamento es un acto por causa de muerte. Se dice, de hecho, que el testamento no solo es un acto por causa de muerte, sino el único acto por causa de muerte admitido por el ordenamiento jurídico italiano (Delle Monache, 2005: 55 y ss.; Bianca, 2015: 251 y ss.; Cuffaro, 1994: 727 y ss.; Tatarano, 2003: 37).

Sin embargo, esta clasificación se vuelve muy incierta cuando se trata de hipótesis consideradas fronterizas, como, por ejemplo, el contrato de sucesión o la división del caudal hereditario⁶. En tales casos, es difícil establecer, inequívocamente, si se trata de un acto entre vivos o de un acto por causa de muerte.

Para superar esta dificultad, debemos socavar la idea de que la categoría de actos entre vivos debe establecerse en contraposición con la categoría de los actos por causa de muerte. Es necesario tomar conciencia, aprovechando la enseñanza de Giampiccolo (1954: 37 y s.), de que la categoría de actos *inter vivos* no se puede establecer en contra de la categoría de actos *mortis causa*, sino en contra de la de actos de última voluntad.

El par de categorías opuestas, tales que un acto sin duda pertenece a una u otra, es actos entre vivos/actos de última voluntad.

Por un lado, los actos entre vivos, es decir, esa clase de actos jurídicos identificados por su idoneidad para producir, desde su celebración, una relación jurídica, incluso si es un efecto preliminar (como en caso de negocio sometido al *dies mortis*, o a condición de premoriencia)⁷; por otro lado, los actos de última voluntad, que son actos jurídicos unilaterales y unipersonales, destinados a producir efectos solo después de la muerte de su autor (De Gior-

⁶ La hipótesis concierne, sobre todo, a la ley española, en la cual el contador-partidor puede hacer una división de su patrimonio no solo por acto de última voluntad (art. 735 CC it.; art. 1056 CC es.), sino también por acto *inter vivos* (art. 1056 CC es.). Al igual que en la ley española, también en la ley cubana, la división de la herencia puede realizarse mediante acto entre vivos (art. 534 CC cu.). No es así en el derecho italiano.

⁷ De hecho, es el único criterio capaz de identificar las características de esta figura, ya que la expresión *entre vivos* no puede, por supuesto, identificar estos actos en virtud de su cumplimiento por parte de los seres vivos.

gi, 2017: 418 y s.), sin que, antes de ese tiempo, produzcan ningún efecto⁸, incluso si son conocidos o están dirigidos a los mismos destinatarios.

De esto derivan consecuencias extraordinariamente significativas de disciplina.

Los actos entre vivos, unilaterales o bilaterales, precisamente por su idoneidad inmediata para producir un efecto jurídico, incluso si es un efecto preliminar, son capaces de generar una confianza legalmente relevante para el beneficiario del acto o efecto⁹. La confianza es máxima en el caso de un contrato, en el cual las partes están en el mismo plano y en posición opuesta, mientras que es mínima, pero aún relevante, en el caso de un negocio unilateral no recepticio, en el cual la contraparte es destinataria de un efecto, incluso si el acto es eficaz independientemente del conocimiento que el destinatario haya tenido. La interpretación de los actos entre vivos debe tener en cuenta, aunque con diferentes grados, según sean contratos o negocios unilaterales y, en este segundo caso, según sean recepticios o no, la voluntad de otra parte o la intención del destinatario del acto o del efecto.

Por otro lado, están los actos de última voluntad, que son fisiológicamente incapaces de generar cualquier tipo de confianza en el destinatario del acto o efecto, incluso si este último puede tener conocimiento de ello. Debido a esto, tales actos son siempre libremente revocables¹⁰ y deben interpretarse teniendo en cuenta exclusivamente la determinación volitiva de su autor, dejando al margen las voliciones y determinaciones de otras partes (Giampiccolo, 1954: 114). Esto se explica porque, al carecer de una disciplina orgánica en la

⁸ Podría objetarse que el testamento, como acto de última voluntad, producirá un efecto, al menos hacia su autor, ya que expresa un cierto conjunto de intereses que, en ausencia de revocación, pretende, después de la muerte de su autor, regular la sucesión de la persona. El hecho de que debería ser revocado sugeriría que produce, en cualquier caso, un cierto efecto. La circunstancia que debe revocarse y que, en ausencia de revocación, está destinada a regular la sucesión, no es una afirmación necesaria ni suficiente para decir que tal acto produce un efecto en el sentido técnico, es decir, una relación jurídica. La revocación, por lo tanto, no es un acto que carece de un efecto que ha producido algún efecto, sino un acto que impide la producción de un efecto que el acto aún no ha producido. Desde este punto de vista, parece necesario hablar sobre el acto de última voluntad, no de revocación, sino de retiro.

⁹ Véanse las interesantes consideraciones de Caccavale (2014: 17, 40, 49, 18 y ss.), quien señala la insuficiencia del instrumento testamentario cuando se hace la atribución con el fin de lograr un resultado, incluso si el mismo no debe interpretarse en términos de consideración, por una promesa de recompensa.

¹⁰ Recientemente, sobre la revocación del acto de última voluntad, D'Amico, 2017: 69 y ss.

interpretación, fue necesario proceder a su difícil reconstrucción¹¹, partiendo de las reglas sobre la interpretación del contrato.

El razonamiento desde esta perspectiva, que quiere contraponer a la categoría de actos entre vivos la de actos de última voluntad, llega a la conclusión de que la categoría de los actos *mortis causa* permanece independiente de la primera y la segunda. Su rasgo característico consiste en considerar la muerte del disponente no solo como un mero acontecimiento al que solo se informan los motivos de acción o los efectos del acto, sino como un acontecimiento capaz de caracterizar el acto desde un punto de vista objetivo-funcional. Mientras que las categorías de actos entre vivos y los actos de la última voluntad encuentran su perfil de calificación en el momento de la eficacia, la de los actos por causa de muerte encuentra su rasgo característico en el perfil causal. Por lo tanto, la categoría de actos *mortis causa* se define por su capacidad de regular relaciones o situaciones jurídicas que, al fallecer el disponente, se constituyen de manera original o se derivan de una calificación autónoma. De modo que los dos índices reveladores de la naturaleza *mortis causa* del acto serían: a) que tiene por objeto el *quod superest*, o un solo bien en la medida en que sea *superest*¹², y b) que tiene como beneficiario¹³ un sujeto considerado a condición de que sobreviva al disponente¹⁴.

En esta perspectiva, la categoría de actos por causa de muerte no puede ser opuesta a la de los actos entre vivos, ya que no hay duda de que podemos asumir, independientemente de su validez, negocios que, al mismo tiempo,

¹¹ Rescigno, 1952: 3 y ss. También puede ser útil mencionar algunas obras de la doctrina española que, aunque se refieren al derecho español, han abordado un problema similar y han sido consideradas por la doctrina italiana: Jordano Barea, 1958: 3 y ss.; Jordano Barea, 1999: 3 y ss.; Jordano Barea, 1991: 1697 y ss.; Espín Cánovas, 1991: 1680 y ss.; Cañizares Laso, 2011a: 288 y ss.; Cañizares Laso, 2011b: 307 y ss.; Miquel González, 2002: 153 y ss.

¹² Giampiccolo (1954: 41): «[...] considerazione dell'oggetto dell'attribuzione come entità commisurata in tutti i suoi elementi (esistenza, consistenza, modo di essere) al tempo della morte dell'attribuente».

¹³ Giampiccolo (1954: 42): «[...] considerazione della persona del beneficiario come esistente in quello stesso momento [quello della morte dell'attribuente]».

¹⁴ Una aceptación completa de la teoría de Giampiccolo (1954) se puede leer en la decisión de Cass., de 16 de junio de 1966, n. 1547, en *Foro it.*, 1966, I, c. 1513 y ss., y en *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1353 y ss., sobre la calificación de una donación con una cláusula *si praemoriar*, en virtud de la cual Tizia, un miembro fallido de una sociedad *de facto* que había tenido con su esposo, había procedido a la división y la asignación a sus cuatro hijos de sus bienes, estableciendo que «las asignaciones y particiones tendrán efecto después de su muerte».

son a causa de muerte y entre vivos. En este sentido, es suficiente pensar en el contrato sucesorio (especialmente el que determina una institución de heredero), que es, por supuesto, un acto entre vivos, debido a su idoneidad para producir efectos desde su perfección, generando una expectativa legítima sobre lo que se ha pactado; pero es, también, un acto a causa de muerte, porque regula una relación jurídica que encuentra su causa en la muerte de una de sus partes.

Dada la dicotomía entre los actos *inter vivos* y los actos de última voluntad, se deduce que la categoría de los actos *mortis causa* puede intersectar ambos, sin perjuicio de la reconstrucción teórica, precisamente porque cada una de estas categorías puede capturar ciertos perfiles estructurales, o algunos perfiles funcionales. Y dado que el ordenamiento jurídico italiano conoce actos que se pueden realizar bien *inter vivos*, bien por acto de última voluntad —como, es decir, por ejemplo, para la constitución de una fundación (art. 14 CC it.; similar el art. 7, Ley 30/94 es.), el nombramiento de un administrador especial para la administración de bienes donados o dejados con testamento (art 356 CC it.), el reconocimiento del hijo extramatrimonial (art. 254 CC it.; similar el 223 CC es.), el establecimiento de una servidumbre (art. 1058 CC it.), el establecimiento de una anualidad (art. 1872 CC it.)— es necesario verificar el alcance de la autonomía testamentaria y, más generalmente, el alcance de la autonomía con respecto a los acto de última voluntad.

III. TESTAMENTO Y SUCESIÓN

La idea de que el testamento debe considerarse un negocio con contenido exclusivamente patrimonial no es tanto el resultado de la interpretación de una u otra disposición jurídica que define la figura, sino la consecuencia de la idea de que la sucesión *mortis causa* es un fenómeno típica y exclusivamente patrimonial. Moviéndose en este entorno cultural es fácil comprender por qué, históricamente, se ha dicho que el contenido típico o propio del testamento es el patrimonial (consistente, principalmente, en la institución de heredero u ordenación de legado), mientras que la regulación de los intereses no patrimoniales constituye el contenido atípico del testamento o, alternativamente, un contenido no testamentario que se limita a ser contenido en un acto que tiene solo la forma testamentaria¹⁵.

¹⁵ El problema me parece que se ha abordado de forma similar en España, especialmente si consideramos la fuerte interrelación, también en términos de citas, entre italianos y españoles. Por todos, Jordano Barea (1991: 1679), según el cual aceptar la idea de que las disposiciones son testamentarias en un sentido sustancial «implicaría seguir una

Este enfoque cultural, que ciertamente era típico de los sistemas jurídicos legalistas de matriz principalmente productivista, está inevitablemente destinado a ser superado en los sistemas jurídicos contemporáneos, que colocan en la cima de sus valores la persona y la dignidad humana¹⁶.

Aunque es incuestionable que, incluso hoy en día, la planificación de situaciones jurídicas patrimoniales *post mortem* constituye un perfil importante y decisivo de las sucesiones y que una gran parte de los institutos del derecho hereditario sirve para la atribución de riqueza a herederos y legatarios, debe tenerse en cuenta que el fenómeno jurídico de la sucesión *mortis causa* ya no puede limitarse a realizar una modificación subjetiva de las relaciones jurídicas y, encima, económico-patrimoniales¹⁷.

Tal planteamiento no solo es incapaz de captar el sentido moderno de la sucesión, no solo es inadecuado para responder a las necesidades de la persona¹⁸, sino que, sobre todo, traza una idea de sucesión *mortis causa* contraria al actual sistema jurídico italiano (Grossi, 2003: 29; 2010: 408).

concepción ecléctica del testamento, cifrada en combinar o conciliar las dos concepciones del mismo en sentido sustancial, amplio y estricto, tal como hace Cicu. Pero las disposiciones de carácter no patrimonial que la ley consiente sean contenidas en un testamento, son eficaces cuando figuran en un acto que tiene la forma del testamento (testamento en sentido formal), aunque falten disposiciones de carácter patrimonial (arg. *ex* arto 741 CC, tras la reforma de 1981, y STS 12-XI-64, entre otras)».

¹⁶ Es innegable que el valor normativo de nuestro ordenamiento jurídico es la persona humana y su dignidad. Por todos: Perlingieri, P. 2006: 566 y ss. y 597 y s.; 1975: 826 y ss., y Grossi, 2003: 48. La situación en España no parece diferente, si consideramos la obra de Prieto Sanchís, 2017: 3 y ss., que ha sido traducida al italiano y que ha tenido una importante difusión en la doctrina italiana. Además, la homogeneidad de los temas y problemas que constituyen la base de la reflexión de Sanchís nos permite considerar sus reflexiones, especialmente las metodológicas, perfectamente coherentes también con el derecho italiano.

¹⁷ Según Prieto Sanchís (2017: 35), el verdadero desafío del neoconstitucionalismo al antiguo estado legislativo de la ley reside «no tanto en que exista una constitución que vertebré la organización política, ni siquiera en la presencia de un Tribunal Constitucional que controle la regularidad formal del ejercicio de los poderes públicos, sino más bien en el amplísimo abanico de principios sustantivos y de derechos a disposición de la jurisdicción ordinaria para ser utilizados en cualquier clase de proceso, y no ya solo en el recurso abstracto de inconstitucionalidad».

¹⁸ Perlingieri, P. (1972: 25): «[...] l'esigenza del rispetto della persona umana e del suo libero sviluppo incidono sulla nozione di ordine pubblico, sui limiti e la funzione dell'autonomia privata e sull'interpretazione degli atti che ne sono manifestazione, sull'individuazione dei confini dell'illecito e del suo fondamento, sulle configurazioni non soltanto dei rapporti familiari ma anche delle situazioni soggettive patrimoniali,

El proceso de revisión del concepto de sucesión está, inevitablemente, relacionado con el significativo cambio del sistema de fuentes jurídicas, con la consiguiente modificación de los valores de nuestro ordenamiento jurídico, el fenómeno bien conocido de la «despatrimonialización»¹⁹ del derecho civil y la centralidad ganada por las situaciones jurídicas existenciales.

Nos enfrentamos a una revolución cultural²⁰ en la que seguir estudiando el derecho civil con nostálgicos esquemas formalistas o con la ilusión de poder hacer una interpretación no evaluativa no solo es una opción inapropiada, sino, sobre todo, una lectura contraria al mismo sistema jurídico contemporáneo y, por tanto, ilegal e ilegítima. El advenimiento de constituciones largas y rígidas, el reconocimiento de los derechos inviolables de la persona²¹ y los

sulla concezione e sulla tutela del rapporto di lavoro, sul giudizio di meritevolezza dell'associazionismo e dei suoi possibili scopi, indice, insomma, su tutto l'assetto del vivere in "comunità". Véanse también Lipari (2004: 3 y ss.) y Rodotà (2007: 3 y ss.).

¹⁹ P. Perlingieri (1983: 2) señala que, con la expresión, no muy elegante, «des-patrimonializzazione» del derecho civil pretendemos referirnos a una tendencia normativo-cultural en la conciencia de que no se proponen la expulsión ni la reducción cuantitativa del contenido patrimonial del sistema jurídico, ya que «il momento economico, quale aspetto della realtà sociale organizzata, è ineliminabile». Véanse Donisi (1980: 644 y ss.) y De Cupis (1982: 482 y ss.).

²⁰ Para una representación efectiva de las consecuencias de un neoconstitucionalismo metodológico, Prieto Sanchís (2017: 55), quien, de manera compatible, explica la relación entre la ley y la moral, para evitar la superposición del neoconstitucionalismo con el derecho natural, en estos términos: «[...] la moral social que encarna el Derecho debe mantenerse separada de la moral crítica, a veces simplemente porque se sitúa en sus antípodas y, en el mejor de los casos, porque los procedimientos de creación y aplicación del Derecho de ningún modo están en condiciones reales de reproducir el genuino diálogo moral, supuesto que la moral se funde en un diálogo».

²¹ Considérese la lectura lúcida y persuasiva ofrecida por Prieto Sanchís (2017: 24), según el cual el Estado constitucional de derecho, predominantemente en la versión que se desarrolla en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, constituye la base común para el llamado neoconstitucionalismo, que tiende a convertirse en una respuesta global en una nueva cultura jurídico-política, presente en todas las discusiones. Las novedades que aporta este modelo cultural se resumen, según el autor, en cuatro puntos fundamentales: el reconocimiento de la indiscutible fuerza normativa de la Constitución; la rematerialización constitucional, es decir, la incorporación al texto normativo no solo de normas formales, capaces de establecer quién manda y qué se manda, sino también normas sustanciales que pretenden trazar límites y restricciones a los poderes, a fin de establecer también lo que puede ser mandato y lo que debe ser mandato; la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución, asumiendo que el texto constitucional va más allá de los confines del mundo político y de la re-

principios de solidaridad y personalismo imponen un cambio radical en la teoría de la interpretación²².

No hay un sector del derecho en el que el alcance de estos principios no haya sido perjudicial; más bien, hay juristas que aún se niegan a tomar conciencia de que el sistema actual de fuentes es complejo y abierto; que la Constitución no tiene valor programático sino preceptivo (Pino, 2010: 118 y ss.); que toda regla debe encontrar un fundamento en un principio (Pino, 2016: 73 y ss.); que la jerarquía axiológica prevalece sobre la jerarquía formal²³; que la persona está en el centro del sistema jurídico²⁴; que la teoría hermenéutica debe cambiar radicalmente²⁵. El fenómeno de la llamada decodificación²⁶ no puede entenderse o, lo que es peor, no puede resolverse, en el mero reconocimiento de la pérdida de la centralidad de los códigos y en el establecimiento de una pluralidad de microsistemas autónomos e independientes, sino, exactamente al contrario, debe inducir al intérprete responsable a tomar conciencia de que los códigos ya no pueden ser expresión de los principios fundamentales del sistema jurídico y que la unidad del último, aunque dividida en una vasta pluralidad de fuentes, encuentra su momento de síntesis y unidad exactamente en esos principios.

lación entre poderes, para invadir la articulación de todo el sistema, de modo que los derechos fundamentales tengan la vocación para regular todos los aspectos de la vida social, incluidas las relaciones entre individuos, y la rigidez constitucional.

²² Pino (2010: 84 y ss.) advierte, en forma aguda, de que las consideraciones morales afectan la determinación de la validez material de las normas jurídicas.

²³ Sobre el concepto de jerarquías normativas, Guastini, 1998: 121 y ss.; Pino, 2016: 169 y ss., y Pino, 2010: 40-50. Para todos, en la demostración de que, según el principio de legalidad, debe prevalecer el criterio axiológico, P. Perlingieri (2010: 27).

²⁴ Prieto Sanchís (2017: 33) señala que a los ajustes filosóficos reducibles a los neoconstitucionalismos se plantea una objeción democrática, cuyo núcleo se resume de esta manera: «[...] pretende encadenar al Ulises legislador al palo de una constitución rematerializada que tiene respuesta para (casi) todo y que, por si fuera poco, deja en manos de los jueces la última palabra sobre las cuestiones controvertidas». Esta es, como se sabe, la disputa sobre la previsibilidad de la ley. Debe agregarse que la certeza del derecho no es un hecho predeterminado, sino un resultado de la interpretación y que lo que realmente es decisivo y significativo, al menos según mi perspectiva, no es la repetición o la repetitividad de una decisión, sino la controlabilidad de esta.

²⁵ Grossi, 2003: 46. Sobre la abrogación del art. 12 de las disposiciones sobre la ley en general (esta es la ley italiana sobre la interpretación de la ley) y su insuficiencia para expresar una hermenéutica consistente con el sistema actual de fuentes, por todos, por muchos años, P. Perlingieri (1975: 826 y ss.; 1985b: 990).

²⁶ Sobre la decodificación, Irti, 1979: 3 y ss.

Este cambio en la estructura cultural de los sistemas jurídicos europeos contemporáneos se refleja en todo el derecho²⁷ y, por lo tanto, también en el derecho de sucesión *mortis causa*, imponiendo una superación de aquellas lecturas exclusivamente patrimonialistas, hasta ahora, ofrecidas.

El concepto de sucesión por causa de muerte no solo conquista y atrae situaciones existenciales, sino que estas últimas también cobran mayor importancia que las patrimoniales. De modo que ya no sería plausible pensar que la sucesión *mortis causa* solo describe la sucesión en las situaciones económico-patrimoniales. En esta perspectiva, no se trata de comprender que la expresión «suceder» no pretende considerar solo los eventos de modificación subjetiva de las relaciones jurídicas, sino también los eventos de modificación objetiva, de constitución y de extinción²⁸ (de modo que la expresión «sucesión» no puede tener valor técnico, sino solo descriptivo)²⁹; esta palabra expresa un fenómeno mucho más grande y complejo.

Debemos ser conscientes de que los eventos involucrados en el sistema hereditario no solo conciernen a las relaciones jurídicas patrimoniales, sino también, y sobre todo, a las existenciales³⁰, y que se imponen importantes adaptaciones a la luz de la dimensión cada vez mayor asumida por Internet, las redes sociales y los bienes digitales³¹. Y es precisamente este motivo el que ha impuesto un replanteamiento de las categorías tradicionales, mostrando que incluso las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial no pueden resolverse, exclusivamente, en la institución de heredero u ordenación de legado³².

1. CONTENIDO TÍPICO Y ATÍPICO DEL TESTAMENTO

La idea de que se debe distinguir entre el contenido típico y atípico del testamento es una de las adquisiciones comunes del moderno derecho testa-

²⁷ Sobre la interconexión entre derecho y cultura, Falzea, 1996: 396 y ss.; Grossi, 2003: 36, y Rodotà, 1967: 83 y ss.

²⁸ Sobre los eventos de las relaciones jurídicas, por todos, Allara, 1950: 3 y ss.

²⁹ Sobre la complejidad de los eventos de las relaciones jurídicas relacionados con la sucesión hereditaria, ver Stolfi, 1949: 535 y ss. Más recientemente, Barba, 2011: 347 y ss.

³⁰ Barba, 2015: 172 y ss.; Perlingieri, G., 2016: 511. En un sentido parcialmente diferente, Bilotti, 2016: 351 y ss.

³¹ Sobre el patrimonio digital, Mastroberardino, 2019: 169 y ss.

³² En este sentido, a modo de mero ejemplo, consideremos la hipótesis de la disposición testamentaria de novación, o de renuncia al crédito o la disposición testamentaria de excepción de compensación. Para más aclaraciones y detalles, consúltese Barba, 2018a: 238 y ss., 260 y ss., y 269 y ss.

mentario, que sirve, de manera sustancial, para afirmar que las disposiciones de contenido no patrimonial no constituyen un testamento en su verdadero sentido³³.

Es innegable que esta distinción encuentra su origen y la ocasión en la reflexión que la doctrina había conducido y estaba conduciendo sobre la relación entre las disposiciones patrimoniales y no, pero también es innegable que no se puede dar, entre ellos, una superposición exacta. Originalmente³⁴, la expresión «contenido típico del testamento» tiene una extensión de significado que tiende a ser más estrecha que la que evoca todas las disposiciones con contenido patrimonial (indicaba solo las instituciones de heredero, las ordenaciones de legado y las disposiciones estrictamente accesorias) y la expresión «contenido atípico del testamento» tiene un significado más amplio que el que evoca la suma de todas las disposiciones que no tienen contenido patrimonial³⁵. Además, no se puede descuidar que, originalmente, la expresión

³³ Me parece que esta cuestión ha sido advertida y abordada en la legislación española en términos similares a los de la legislación italiana. Solo con este fin, y sin pretender ser exhaustivos, se hace referencia a este trabajo, en un intento de demostrar la similitud de los problemas. Cañizares Laso (2011c: 285): «[...] minoritariamente se ha sostenido que en realidad el testamento no es un negocio jurídico, sino que se trata de una simple forma documental apta para acoger una pluralidad de negocios a causa de muerte. Mayoritariamente, en cambio, se sostiene un concepto sustancial y amplio del testamento que atendiendo únicamente a la sustancialidad del acto testamentario se caracteriza como un negocio jurídico susceptible de comprender disposiciones tanto patrimoniales como no patrimoniales, a pesar del art. 667 CC. Finalmente algunos autores, influidos en general por la doctrina italiana, han sostenido dos concepciones del testamento: un concepto sustancial y otro meramente formal. Desde un punto de vista sustancial, el testamento sería un negocio jurídico *mortis causa* por el que se dispone de los bienes; y desde un punto de vista formal, las disposiciones carentes de contenido patrimonial utilizarían la forma testamentaria, aunque el hecho de estar incluidas en un testamento no las convierta en verdaderas disposiciones testamentarias conservando de este modo su propia naturaleza».

³⁴ La referencia es para Giampiccolo, 1954: 326 y s., que ha hecho esta expresión absolutamente esencial en el estudio del testamento.

³⁵ Según Giampiccolo (1954: 10 y s., y 15-20), deben considerarse disposiciones testamentarias atípicas todas aquellas que, incluso en presencia de una disposición legislativa expresa o de una disciplina específica, no importan una institución de heredero o legatario y que no son complementarias ni complementarias de ellas. Así, por ejemplo, el reconocimiento del hijo extramatrimonial, el establecimiento de una fundación, la designación del tutor o protector, la rehabilitación del indigno, la revocación del testamento, la revocación de la revocación, la confesión, las disposiciones sobre los funerales y sobre el destino del cadáver, las disposiciones sobre la publicación *post*

contenido típico y atípico del testamento no compartió nada del significado con el que estos dos adjetivos se usaban en el ámbito contractual para distinguir los contratos que tienen una disciplina particular (contratos típicos) y aquellos que no la tienen (contratos atípicos). Solo fue útil para decir que el único contenido del testamento, entendido en un sentido técnico-jurídico, era el típico, el atributivo-patrimonial, mientras que el llamado «contenido atípico» no era, técnicamente, rastreable al testamento en el verdadero sentido³⁶.

Cabe especificar que la expresión «contenido típico del testamento» no fue utilizada por Giampiccolo (1954: 26 y ss., 326 y s.) (que fue el primero que la utilizó) para excluir la regulación *post mortem* de los intereses no patrimoniales, sino, exactamente, al contrario, para admitir la categoría de actos de última voluntad. Para afirmar que el testamento tiene un contenido exclusivamente atributivo-patrimonial, y que la regulación de todos los demás intereses *post mortem* corresponde a actos autónomos y diferentes del testamento en sentido sustancial.

La profunda revolución cultural propuesta por Giampiccolo habría sugerido un desarrollo de la teoría del acto de última voluntad, que no se ha logrado de manera adecuada y suficiente, pero en la que creo firmemente que es necesario emprender una nueva reflexión, también a la luz del conjunto de principios y valores de los sistemas jurídicos europeos contemporáneos.

La elaboración conceptual sobre el contenido típico y atípico del testamento, aunque se ha convertido en una adquisición común y generalizada tanto en la literatura como en la jurisprudencia, ha perdido en los años ochenta la geometría de sus límites originales, por lo que esta dicotomía no solo no ha logrado hacer esa contribución fundamental a la teoría del acto de última voluntad (con la consecuencia de que la doctrina a menudo terminó identificando el acto de última voluntad solo con el testamento), sino que también se ha utilizado, gradualmente, para explicar la distinción tradicional entre disposiciones patrimoniales y no³⁷ (con la consecuencia de que se negó

mortem de la obra intelectual, las disposiciones para excluir a alguien del cargo de tutor o protector, la revocación de la fundación, las declaraciones de ciencia (a modo de ejemplo, la confesión) y, finalmente, todas las declaraciones implícitas.

³⁶ Jordano Barea (1991: 1679): «[...] el total sistema jurídico español se desprende no un sentido amplio del testamento en cuanto negocio, sino que evidentemente resulta confirmado, desde el punto de vista técnico-jurídico, el limitado y preciso concepto del artículo que comentamos. A la vista de los arts. 658, 667, 668 I, 669, 670, 687 y 737 CC y de las citadas decisiones jurisprudenciales, podemos afirmar que en nuestro Derecho el testamento es el negocio jurídico unilateral, unipersonal, personalísimo, no recepticio, formal o solemne, normalmente gratuito, que opera mediante la institución de heredero o el legado».

³⁷ Si v. Álvarez Lata, 2002: 113 y ss.

no solo la naturaleza testamentaria de todas aquellas disposiciones que no tenían contenido patrimonial-atributivo, sino también la misma posibilidad de una regulación *post mortem* de estos intereses).

2. EL TESTAMENTO: DE ACTO REGULADOR DE INTERESES PATRIMONIALES A ACTO REGULADOR DE LA SUCESIÓN DE LA PERSONA

Las disposiciones normativas que definen el testamento en las legislaciones contemporáneas han servido, básicamente, para resolver dos problemas fundamentales que, históricamente, se han planteado en la experiencia europea: si un testamento puede contener disposiciones que no tengan contenido patrimonial; si estas últimas se considerarán testamentarias, incluso si el testamento no contuviera disposiciones atributivo-patrimoniales³⁸.

El art. 587 CC it., aunque ofrece una respuesta afirmativa clara a las dos cuestiones planteadas, ha creado dos nuevos problemas de interpretación, incluso más graves: si las disposiciones con contenido no patrimonial pueden incluirse en un testamento solo en los casos permitidos por la ley; si las disposiciones no patrimoniales pueden considerarse testamentarias en sentido estricto³⁹.

³⁸ Este problema, que, en comparación con otras disposiciones no patrimoniales, podría tener un significado limitado, ya que era frecuente y habitual que las disposiciones con contenido no patrimonial, como, por ejemplo, el reconocimiento del hijo extramatrimonial, o el nombramiento de un tutor o curador, estuviesen contenidas en un testamento con el cual el sujeto también había dispuesto de sus bienes, estaba destinado a adquirir un significado muy diferente en el caso de la revocación del testamento. El problema se planteaba, por lo tanto, cuando el testador se limitaba a revocar un testamento anterior, sin dictar ninguna regulación diferente de sus bienes, cuando, es decir, el único contenido del testamento era la revocación. En presencia de estos casos se dijo, para algunos, que el testamento no puede considerarse válido y, por lo tanto, que esa disposición de revocación, en ausencia de un contenido patrimonial del testamento, no puede revocar el precedente. La inconsistencia de tal solución y, sobre todo, la insatisfacción de este resultado ha llevado a la mejor jurisprudencia italiana a un replanteamiento de este asunto. Al no poder superar la regla que establece la ineficacia del testamento que no tiene contenido patrimonial, la doctrina ha afirmado la naturaleza patrimonial de la disposición expresa de revocación. De hecho, se ha argumentado que la revocación expresa del testamento es una disposición con contenido patrimonial, ya que se reduce en la institución del heredero de las personas nombradas con un testamento anterior al revocado o, en su defecto, en la designación de los herederos según la ley.

³⁹ Me parece que el tema ha encontrado desarrollos similares en la literatura española. Jordano Barea (1991: 1678) señala: «[...] hay tres concepciones fundamentales del testamento: 1) en sentido formal; 2) en sentido sustancial y amplio; 3) en sentido sus-

Con respecto al primer problema, a pesar de una lectura restrictiva inicialmente ofrecida por la literatura italiana⁴⁰, y cierta hostilidad que sigue persistiendo, prevaleció, al final, la idea de que las disposiciones no patrimoniales pueden estar contenidas en el testamento, incluso si el caso no está expresamente admitido por la ley. De hecho, se ha observado que una interpretación restrictiva (Gangi, 1952: 30 y s.) no sería razonable, si consideramos que, desde hace tiempo, la jurisprudencia ya ha compartido la posibilidad de que muchos intereses *post mortem* puedan regularse también a través del mandato *post mortem exequendum*⁴¹.

tancial y estricto». En sentido formal, no indica un negocio jurídico, sino una simple forma documental, apta para acoger en sí una pluralidad de negocios de última voluntad admitidos por el ordenamiento jurídico. En sentido sustancial y estrecho, que es el significado preferido del autor y elegido por la jurisprudencia española, indica la escritura con la que dispone del patrimonio por el tiempo posterior a la muerte y, por lo tanto, un acto con contenido exclusivamente patrimonial-atributivo (ver nota 36). En sentido sustancial y amplio, se identifica con el acto de última voluntad.

⁴⁰ En este sentido, Azzariti *et al.* (1973: 399 y s.), quienes consideran, incluso, un «absurdo» suponer que las disposiciones de contenido no patrimonial pueden estar contenidas en el testamento cuando la ley, expresamente, no prevé esta posibilidad.

⁴¹ Se conocen los términos dentro de los cuales se sostuvo el debate sobre la validez de la figura. El principal obstáculo para la admisibilidad de un contrato de mandato con efectos diferidos en el momento de la muerte del mandante es, históricamente, la regla *mandatum morte finitur* recogida en el art. 1722, n. 4 CC it. Regla que, aunque, históricamente, ha sugerido a una destacada doctrina (Criscuoli, 1965: 556 y ss.; Betti, 1960: 320) negar la validez de la figura, hoy, con cierta permisibilidad, no se considera dirimente y obstaculizadora. De hecho, se dice que esta regla, diferente por *ratio* y alcance aplicativo de la que establece la extinción del mandato en caso de incapacidad del mandante (Putorti, 2012: 738), así como de la que establece la extinción por fallecimiento del mandatario, tiene una naturaleza derogable. Tiene la función de evitar que los herederos del mandante estén obligados, en la administración de la herencia, de las elecciones hechas por el mandante y, por lo tanto, se establece para proteger los intereses individuales, pero no los metaindividuales. Afirmada la derogabilidad de la regla *mandatum morte finitur*, la validez de un mandato *post mortem* está vinculada a la disciplina que prohíbe los pactos sucesorios, debiendo establecerse cuando el mandato asume una conformación *mortis causa* y, por lo tanto, cuando debe decirse nulo y cuando, en cambio, la muerte del mandante es solo una modalidad cronológica del efecto y el mandato puede ser válido. Sobre este punto, la doctrina (Gallo, 2012: 55), también respaldada por la jurisprudencia, afirma la validez del mandato *post mortem* cuando el mandatario está obligado a realizar un acto meramente ejecutivo, relacionado con un bien, o un conjunto de bienes, de los cuales el mandante ya ha transferido la propiedad al mandatario; mientras que el contrato no es válido cuando el mandatario está obligado

El segundo tema fue más problemático. Frente a la orientación tendencial destinada a excluir, en raíz, la naturaleza testamentaria de las disposiciones no patrimoniales, las únicas aperturas terminaron confirmando sustancialmente una solución de signo reductor. En esta dirección se colocan las propuestas que, con el fin de dividir las disposiciones patrimoniales y no, han distinguido entre un testamento en sentido estricto y en sentido amplio⁴², entre testamento en sentido sustancial y testamento en sentido formal⁴³, o, además, entre testamento en sentido negocial y en sentido documental⁴⁴. Las respuestas ofrecidas a este segundo problema han tenido consecuencias prácticas muy importantes, cuando consideramos que estas conclusiones fueron acompañadas por la idea de que el testamento era el único acto de última voluntad admisible en el ordenamiento jurídico italiano. Esto significaba que un interés no patrimonial, que no podía ser regulado en el testamento, o que la ley no establecía expresamente que podía ser regulado por testamento, no podía encontrar una regulación *post mortem*.

La idea de que el testamento debe ser un acto con contenido exclusivamente patrimonial, que, sin embargo, puede parecer coherente con el tenor puramente literal de la disposición (art. 587 CC) y razonable de acuerdo con los principios y valores vigentes en el sistema italiano preconstitucional⁴⁵, sería

a realizar un acto jurídico que implica la transferencia de un derecho del cual el mandante ha retenido la propiedad. De acuerdo con este criterio general, se dice que el mandato *post mortem exequendum* es válido, mientras que el mandato *mortis causa* no es válido.

⁴² Así, Cicu (1951: 286): «[...] la legge conosce un concetto ampio e uno ristretto di testamento. Nel concetto ristretto è testamento quello che è definito nel primo comma dell'art. 587. Nel concetto piú ampio è testamento ogni atto di ultima volontà, abbia o no ripercussione sui beni».

⁴³ Así, Gangi (1952: 31), que disputa la idea de Cicu, afirmando que el Código acepta el concepto tradicional de testamento, es decir, como un acto de disposición de bienes.

⁴⁴ Así, Allara (1951: 207 y s.): «[...] ci sia consentito di rilevare la scarsa tecnicità dei concetti e la superficialità dei compilatori del nuovo codice. Non è vero, in primo luogo, che il nuovo codice abbia introdotto una nuova concezione del testamento. La parola "testamento" ha, in primo luogo, il preciso significato che risulta dal primo comma dell'art. 587 c.c. [...]; in secondo luogo e come è noto, la parola "testamento" viene riferita al documento testamentario. In altre parole il termine "testamento" va inteso in senso negoziale ed in senso documentale e ciò si verifica sia nei riguardi del codice abrogato sia nei riguardi del codice nuovo; il secondo comma dell'art. 587 del nuovo codice non ci dà una seconda concezione di testamento, come negozio che contiene delle disposizioni di carattere non patrimoniale; il capoverso dell'art. 587 c.c. non sancisce affatto che l'atto contenete disposizioni non patrimoniali assume la qualifica di testamento, ma si limita a stabilire una semplice uguaglianza di forme tra atti sostanzialmente diversi».

⁴⁵ Sobre el criterio de la razonabilidad, por todos, Perlingieri, G., 2015: 3 y ss.

hoy en día, en la medida en que no permitiera una regulación *post mortem* de intereses no patrimoniales, no solo incapaz de captar la contemporaneidad de los intereses de la persona y sus prerrogativas sucesorias, sino, sobre todo, contraria al sistema constitucional actual y contraria a los principios fundamentales y a los valores de nuestro ordenamiento jurídico (Perlingieri, P., 1972: 25).

No se puede entender el concepto de testamento si está desconectado del significado de sucesión y el papel que este concepto ha adquirido en nuestra contemporaneidad.

Históricamente, la institución de heredero es un perfil de sucesión inevitable. El ordenamiento jurídico atribuye a la persona el poder de identificar a su heredero con el testamento; se preocupa por identificar a los herederos en el caso de que el testamento regule solo en parte la sucesión (es decir, en el caso de que el testador, a pesar de haber dispuesto una institución de herederos, haya establecido que ellos deban suceder en una cuota menor que la unidad); establece quiénes deberían ser los herederos en caso de que no haya sucesión testamentaria. Con el entendimiento de que la falta de sucesión testamentaria no significa la ausencia necesaria de un testamento, sino la ausencia de un testamento que identifique al menos un heredero, al menos en una cuota.

Obviamente, no se trata de cuestionar este perfil, que me parece incuestionable, sino de verificar si es posible hablar de testamento sin tener en cuenta la institución de heredero o la ordenación de legado.

Al respecto, la circunstancia de que el testador puede omitir la designación de un heredero, y, por lo tanto, que el testamento no necesariamente tiene que contener una institución de heredero, parece confirmar que el concepto de sucesión debe leerse independientemente de este hecho. El testamento puede contener solo legados⁴⁶, excluir el acrecentamiento, dispensar a alguien de colación o imputación⁴⁷, revocar un testamento anterior, dictar reglas sobre la división de la herencia, y desheredar a algunos de los sucesores. Finalmente, el testamento puede dar reglas que, ciertamente, afectan a la regu-

⁴⁶ Por todos, García Rubio, 1989: 1 y ss. En la legislación española, el caso está expresamente regulado con el fin de cobrar a los legatarios la responsabilidad del pago de las deudas hereditarias, aunque prorata y dentro de los límites del valor del legado. En la ley italiana, el caso no está expresamente regulado, por lo que, aplicando los principios generales, la responsabilidad es del heredero, que debe ser identificado de acuerdo con las normas sobre la sucesión legítima. Con el resultado paradójico de que en Italia estamos ante un heredero que, aunque no adquiera ningún bien, sigue siendo responsable de las deudas y cargas hereditarias. Creo que la solución española es mucho mejor que la italiana.

⁴⁷ Sobre el tema, las convincentes consideraciones de Migliaccio, 2017: 86 y ss.

lación de los perfiles patrimoniales de la sucesión, sin que, sin embargo, haya alguna institución del heredero u ordenación de legado.

Bajo un perfil diferente, la sucesión por causa de muerte, incluso si presupone la identificación necesaria de un heredero, no termina, por supuesto, en eso. No solo porque también existe la posibilidad de una llamada de sucesión a título particular, sino también porque la regulación de los aspectos no patrimoniales se ha vuelto decisiva. Y este hecho también se advierte en una perspectiva capaz de captar las líneas de tendencia de los sistemas jurídicos europeos. No solo con respecto a ciertas disciplinas recientes que han extendido expresamente las prerrogativas sucesorias de la persona (por ejemplo, la ley de cremación, la ley sobre la disposición de los órganos, la norma sobre epistolarios y recuerdos familiares, así como la publicación de obras no publicadas, la ley sobre las voluntades digitales), sino, también, considerando los principios y los valores normativos de nuestro ordenamiento jurídico⁴⁸.

La filosofía de vida de la cual los ordenamientos jurídicos europeos contemporáneos son expresión y la centralidad indiscutible de la persona y de su dignidad han llevado a un cambio en el concepto de sucesión por causa de muerte, de modo que esta última no puede referirse únicamente a la institución de heredero o a la ordenación de legado, no solo a la planificación de situaciones jurídicas patrimoniales, sino también a la regulación de situaciones jurídicas existenciales⁴⁹.

Suponer que el concepto de testamento puede ser lo que era antes de la aprobación de la Constitución, cuando la propiedad estaba en el centro del sistema, ya no es sostenible. La letra del art. 587 CC it., así como el correspondiente presente en otra legislación europea (por ejemplo, el art. 667 CC es., el 967 CC fr., el art. 481 CC ch.), que también parece asignar al testamento el único propósito de atribuir los bienes después de la muerte o, a lo sumo, el de regular solo los perfiles patrimoniales de la sucesión de la persona, debe ser superada.

El testamento es hoy en día el acto por el cual la persona regula todos sus intereses *post mortem*, ni es concebible que la regulación de las situaciones jurídicas existenciales, o, de otra manera, los intereses no patrimoniales, no tomen importancia. Por el contrario, la centralidad de la persona y la subordinación a la dignidad humana de la misma propiedad y de la empresa (véase art. 2, 41 Const. it.; no me parece diferente en España el art. 10 Const.) imponen al intérprete, que desea

⁴⁸ Por todos, Pino (2016: 122), quien advierte de que la justicia de un ordenamiento jurídico varía según si se toma en cuenta cualquier ideología ético-política, o la que el sistema jurídico eligió, inmediata y directamente, como parámetro de referencia.

⁴⁹ Por todos, Torres García *et al.*, 2014: 3 y ss.

permanecer fiel a la ley, no solo atribuir importancia a las situaciones existenciales, sino considerar las últimas prevalentes sobre las patrimoniales.

La historia del art. 587 CC it. enseña que esta regla no sirvió para dividir el contenido patrimonial del testamento del contenido no patrimonial o para decir que solo el primero y no el segundo era testamento, sino para decir que el testamento (*recte*: el acto jurídico que tiene la forma testamentaria) que no regulara aspectos patrimoniales y solo regulase los intereses existenciales del testador tenía que ser válido.

Por lo tanto, si consideramos la razón histórica que condujo a esta formulación, el mismo dato literal del art. 587 CC it. adquiere otro sentido. Ya en 1942, cuando los valores vigentes en el ordenamiento jurídico italiano eran radicalmente diferentes de los actuales, existía una fuerte convicción de que el testamento podía regular las situaciones no patrimoniales y que podían constituir su único contenido, pero existía, también, un fuerte prejuicio de que el testamento debe servir para regular los intereses patrimoniales.

El art. 587 CC it., por lo tanto, constituye un compromiso ideológico-conceptual efectivo, porque a partir de un dogma (la esencialidad patrimonial del testamento) marca el camino para afirmar la validez de un testamento que regula únicamente cuestiones no patrimoniales, sin renunciar a la fuerza de inercia con la que se arrastró el dogma sobre la necesaria patrimonialidad del testamento.

Por lo tanto, no se trata de verificar si el testamento puede regular las situaciones existenciales, ya que este resultado debe considerarse conseguido con la codificación de 1942 y, más bien, el objetivo que ha movido toda la difícil historia que ha marcado la evolución de la norma contenida en el art. 587 c.c. it., sino de verificar la actualidad del dogma.

Al respecto, no solo ya no es coherente en nuestro actual ordenamiento jurídico, sino que, sobre todo, es una falta de respeto a nuestra propia legalidad constitucional, así como un contraste con los principios fundamentales; con el principio fundamental de protección de la persona y de la dignidad humana, sobre el que se construye todo el sistema jurídico italiano-europeo⁵⁰.

Para preservar la distinción no es necesario decir que el contenido no patrimonial no es un testamento sustantivo, debiéndose, en cambio, afirmar que la regulación de situaciones existenciales *post mortem* no siempre y no necesariamente

⁵⁰ Véanse las consideraciones de Azzariti (2016: 45): «[...] la peculiarità del paradigma costituzionale è che il fine di conservare un “ordine all’ordinamento” si persegue assegnando ai principi costituzionali, che si pongono a fondamento di legittimazione dei poteri e alla base della legalità complessiva dell’operato delle norme, il compito di garantire una *superiore unità*: quella costituzionale appunto [...] Un’unità del pluralismo che è resa possibile grazie ad alcuni valori storico-politici di civiltà da tutti accolti».

necesita el testamento, siendo suficiente el mero acto de última voluntad. Por lo tanto, si esa distinción hoy en día puede tener algún espacio, no es para excluir la relevancia testamentaria de la regulación de los intereses no patrimoniales, sino para afirmar la posibilidad de regular estas situaciones jurídicas también con el acto de última voluntad diferente del testamento. Para liberar la regulación *post mortem* de los intereses existenciales y, más generalmente, de los intereses no patrimoniales, de los estrictos requisitos de forma y capacidad prescritos para el testamento⁵¹. En resumen, la distinción sirve para afirmar con fuerza y convicción que el testamento no es el único acto de última voluntad de nuestro ordenamiento jurídico y que existe la categoría, más amplia e importante, del acto de última voluntad.

3. PROHIBICIÓN DE PACTOS SUCESORIOS Y ACTOS CON EFECTOS POST MORTEM. INTENTO DE REDISEÑAR LAS FRONTERAS

Un discurso que quiera verificar el significado y el alcance de la prohibición de los pactos sucesorios⁵² en nuestra contemporaneidad, también a la luz del Reglamento Europeo 650/2012, debe reconocer que dichos pactos son

⁵¹ Álvarez Lata (2002: 114) aclara perfectamente los términos del problema: «De acuerdo todos en que el testamento puede albergar determinadas disposiciones no patrimoniales —que no constituyen su contenido normal, ligado con la institución de heredero y su ordenación—, si consideramos que tales cláusulas son también testamento —en sentido material— habrán de aplicárseles todos y cada uno de los caracteres definidores del testamento y sus requisitos (esencial revocabilidad y formas de revocación, eficacia *mortis causa*, requisitos de capacidad del testador, vicios del consentimiento testamentario, etc.). En el caso de que se estime que el testamento no es sino un vehículo formal de incorporación de tales disposiciones, éstas seguirán su régimen jurídico —correspondiente a su naturaleza como los negocios que son—, vinculándose, eso sí, a las exigencias de forma del testamento». En la perspectiva apoyada en el texto, según la cual el acto de última voluntad es, por definición, unilateral y no produce ningún efecto antes de la muerte de su autor, es obvio que no existe ningún problema sobre la revocabilidad de los actos de última voluntad diferentes del testamento, ya que la revocabilidad constituye un perfil disciplinario propio del testamento, y más bien de todos los actos de última voluntad. En cualquier caso, incluso para la perspectiva generalmente aceptada, no creo que un problema de disciplina pueda plantearse en términos generales y abstractos, incluso si se lleva a cabo para actos de última voluntad, ya que el objetivo del jurista es siempre identificar la disciplina que tiene que aplicar en el caso, evaluando los intereses concretos y rescindiendo de las abstracciones conceptuales, que pueden sacrificar los intereses de las personas sobre el altar de los dogmas.

⁵² Para un análisis más amplio de la historia de la norma del art. 458 CC it. y de su actual función, véase Barba, 2015: 3 y ss., e *ivi* extensa bibliografía.

actos entre vivos (por lo tanto, no actos de última voluntad) y actos por causa de muerte.

Desde este punto de vista, es claro que la prohibición de los pactos sucesorios no puede explicarse por la mera función asumida por la muerte, es decir, por el hecho de que se trata de actos por causa de muerte, debiendo evaluar el significado más profundo de la elección (Pérez Velázquez, 2017: 182 y ss.; Domínguez Luelmo *et al.*, 2015: 3 y ss.; Errero Oviedo, 2009: 199 y ss.; Lacruz Berdejo *et al.*, 2009: 35 y ss.; Bello Janeiro, 2006: 299 y ss.; Wolf *et al.*, 2018: 3 y ss.) de nuestro ordenamiento jurídico, tratando de identificar el principio capaz de justificar el fundamento y la latitud de la prohibición.

El único elemento de certeza a partir del cual puede avanzar la investigación es que el sistema italiano, como muchos otros sistemas jurídicos europeos, hoy en día, a pesar del número creciente de instancias que promueven su abrogación⁵³, prescribe la nulidad de los negocios con los que alguien regula su sucesión, así como de los negocios con los que alguien dispone o renuncia a sus derechos sobre una sucesión que aún no está abierta⁵⁴.

A partir de esto, sin embargo, las disensiones se abren, discutiendo: qué es el pacto efectivamente prohibido (para rastrear los límites de los negocios *post mortem* válidos y eficaces); qué significa regular, convencionalmente, la «sucesión»; qué debe entenderse por derechos sobre una «sucesión aún no abierta», y, finalmente, cuál es la justificación sustancial de la prohibición⁵⁵.

Aunque es incuestionable que el concepto de sucesión por causa de muerte ha asumido en la contemporaneidad un contenido de significación mucho más amplio que el que tenía en la tradición, creo que, con respecto a

⁵³ La propuesta de ley n. 1151 de marzo de 2019 delega al Gobierno que apruebe una modificación del Código Civil dirigida a permitir la estipulación de pactos sobre sucesiones futuras destinadas a la devolución de los bienes del patrimonio hereditario, o para permitir la renuncia irrevocable de sucesivos a la sucesión general o, en particular, los activos, sin perjuicio de la cuota de reserva prevista en los arts. 536 y siguientes del Código Civil. Debe considerarse que esta es solo una propuesta de ley y aún no es una ley.

⁵⁴ Interesantes ideas reconstructivas, también desde una perspectiva comparativa, se deben a Fusaro, 2013: 391 y ss.

⁵⁵ Es significativa la sentencia del Tribunal de Udine, de 20 de octubre 2014, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 375 y ss., que ha afirmado la validez —excluyendo el contraste con la prohibición del art. 458 CC it.— de la cláusula contenida en un contrato de préstamo, donde se prevé que el prestatario sea liberado de cualquier deuda residual en la fecha de la muerte del prestamista.

la prohibición de los pactos sucesorios, la referencia al concepto de sucesión debe ser considerada en el sentido más estrecho atributivo-patrimonial.

Para argumentar lo contrario, de hecho, terminaría con la afirmación de que el sistema legal prohíbe la regulación *post mortem* convencional no solo de las relaciones jurídicas patrimoniales, sino también de las existenciales, con la consecuencia de que el concepto más amplio de sucesión terminaría, paradójicamente, convirtiéndose en un instrumento de restricción de esas mismas prerrogativas, que justifican e imponen, en una perspectiva coherente con los principios y valores normativos, la extensión del significado del concepto mismo de sucesión⁵⁶.

Por lo tanto, me parece coherente suponer que la regla sobre la prohibición de los pactos sucesorios se aplica únicamente para prohibir la regulación convencional de aspectos atributivo-patrimoniales de la sucesión y que no se pueden incluir en la prohibición todos los pactos que, aunque están relacionados con la sucesión, no tienen un contenido patrimonial y atributivo (es decir, todos los pactos que tienen un contenido no patrimonial o un contenido patrimonial pero no atributivo).

Según esta interpretación, la norma contemplada en el art. 458 CC it. prohíbe, disponiendo la nulidad, no solo los negocios con los que alguien dispone de aspectos patrimonial-atributivos de su sucesión, sino también todos los actos con los que alguien dispone o renuncia a los derechos atributivo-patrimoniales inherentes a una sucesión que aún no está abierta.

El punto hermenéutico de relevancia de la disciplina sobre la prohibición de los pactos sucesorios no es, entonces, la sucesión, sino, más bien, la delación, es decir, ese perfil de la sucesión que, como se sabe, se vincula más estrechamente a su aspecto patrimonial-atributivo.

Parecería posible, por lo tanto, afirmar que, por diversas razones, ya sea relacionadas con la necesidad de confiar a la voluntad exclusiva de la persona el destino de su sucesión, ya para evitar las especulaciones económicas sobre la muerte de otras personas, ya para evitar la celebración de actos imprudentes⁵⁷, el legislador ha querido prohibir todos los negocios *inter vivos* con los que se dispone de la delación⁵⁸, reputada, esta última, en su sentido más amplio y

⁵⁶ Más ampliamente, ver Barba, 2015: 171 y ss.

⁵⁷ La identificación de estas razones como la base de los diferentes tipos de pactos sucesorios se debe a Caccavale, 2006: 405 y ss.

⁵⁸ Como es bien sabido, el concepto de «delación» debe mantenerse separado del concepto de «vocación». El último atribuye al llamado el poder de aceptar la herencia. El primero, sin embargo, es el efecto de la vocación, ya que determina la puesta a disposición de la herencia (entendida como cuota de herencia o legado) a un sujeto determinado o determinable, dando así el derecho a adquirir los derechos relacionados a la

capaz de comprender tanto la oferta de una cuota hereditaria, como la de un legado.

La prohibición no se justifica por el hecho único y exclusivo de que los pactos sucesorios son negocios por causa de muerte entre vivos (es decir, no de última voluntad), sino por la elección hecha por nuestro ordenamiento jurídico, que pone la prohibición. El ordenamiento no quiere prohibir todos los «contratos» *mortis causa*, sino solo los negocios entre vivos por causa de muerte, que suponen una disposición de la delación. Con la aclaración adicional de que nuestro sistema jurídico querría confiar solo a los actos de última voluntad, y nunca a los actos entre vivos, la regulación de los intereses de la persona por el tiempo posterior a su muerte, y solo al testamento⁵⁹, de acuerdo con la norma contenida en el art. 588 CC it. (art. 668 CC es.), la institución de heredero y la ordenación de legado⁶⁰.

El principio subyacente a la prohibición de los pactos sucesorios es, por lo tanto, la indisponibilidad entre vivos de la delación.

La prohibición de los pactos sucesorios, aunque puede ser gobernada por varias razones, parece obedecer a un principio preciso. Más allá de las *rationes*

sucesión *de qua agitur*. Aunque los dos momentos pueden coincidir, incluso si nunca se superponen desde un punto de vista lógico, hay casos en que los dos momentos son cronológicamente bastante distintos. El ejemplo clásico que generalmente se propone es el del llamado bajo una condición suspensiva, con respecto a la cual la vocación opera en el momento de la apertura de la sucesión, mientras que la delación (como el efecto de la vocación) ocurre solo cuando se verifica la condición. Por todos, Cariota Ferrara, 1958: 104 y ss., y 108, y Perlingieri G., 2002: 18. En un sentido parcialmente diferente Cicu, 1947: 56, y Ferri, 1997: 160 y s.

⁵⁹ Para Cañizares Laso (2011c: 284), la norma sobre la voluntad «no define el testamento, sino que encierra una autentica norma que expresa el único cauce posible para disponer de los bienes para después de la muerte en nuestro Derecho».

⁶⁰ La norma contemplada en el art. 588 CC it., lejos de describir las únicas disposiciones que pueden constituir contenido del testamento, sirve para indicar aquellos actos de última voluntad que deben hacerse, por necesidad, con el testamento. Leyendo juntos los arts. 587 y 588 CC it. (o 667 y 668 CC es.), no se puede decir que el testamento (sustancial) debe limitarse al contenido atributivo-patrimonial, es decir, la institución de heredero o la ordenación de legado, pero se debe concluir que el testamento es el único acto de última voluntad al que es reservada la posibilidad de contener instituciones de heredero u ordenaciones de legado. Con la aclaración de que todos los demás perfiles sucesorios de la persona y, en particular, los que no son patrimoniales, y en cualquier caso, aquellos que no inciden en la delación, pueden ser regulados también por actos de última voluntad diferentes del testamento, cuya forma debe ser evaluada, a menos que sea establecida expresamente por la ley, en razón de los intereses regulados y de su función.

que sirven más para justificar la presencia de las reglas en nuestro sistema jurídico que para evaluar la extensión real y el alcance de la prohibición, queda la nulidad de los actos entre vivos cuando comportan una disposición de la delación.

Para establecer si un determinado acto entre vivos con una función sucesoria debe considerarse como un inválido pacto sucesorio o como un válido contrato que regula algún aspecto sucesorio, creo que el criterio guía debe ser el de la disposición de la delación.

Partiendo del concepto más moderno y compartible de la causa del negocio (entendida como una síntesis de los intereses concretos del contrato), podemos suponer que el criterio para establecer la trazabilidad del negocio dentro de la prohibición es evaluar si el negocio realmente celebrado se resuelve, o no, en un acto de disposición de la delación.

En última instancia, la evaluación concreta de los intereses hecha por las partes tiene que ser verificada no tanto con las numerosas *rationes* de la prohibición, identificadas para explicar la presencia de la prohibición en el ordenamiento jurídico, que tienen y siguen conservando alguna utilidad, pero amplia flexibilidad e incertidumbre de resultados, sino con el principio, es decir, con el fundamento de la prohibición (la indisponibilidad entre vivos de la delación). Además, este principio es capaz de captar, sin resolverse en ninguno de ellos, la pluralidad de los intereses que generalmente se consideran *rationes* de la prohibición y de las cuales ninguna de ellas, solo considerada, es suficiente para explicar el unitario fundamento conceptual de la prohibición⁶¹.

A todo esto, hay que añadir que la prohibición de los pactos sucesorios está destinada a adquirir una nueva coloración según el Reglamento de la UE 650/2012, según el cual la admisibilidad, validez y eficacia de un acuerdo de sucesión (art. 25) se rigen por la ley del Estado de residencia habitual del causante en la fecha de la conclusión del acto, a menos que el sujeto haya elegido la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección. Por lo tanto, por proponer un caso muy sencillo, un ciudadano italiano puede estipular, durante un período de residencia habitual en Barcelona, un heredamiento válido *ex art. 431-18 CC de Cataluña*, destinado a regular su

⁶¹ En esta perspectiva, poco o nada importa verificar si se ha perjudicado el derecho de revocación, si se compromete la exclusividad de la decisión, si la muerte ha sido una ocasión para la especulación económica, si existe la necesidad de proteger al joven sin experiencia, si el acto debe considerarse imprudente, si es una regulación de sucesión pura o impura. Es necesario y suficiente verificar si el negocio, concretamente celebrado, se resuelve o no, en un acto de disposición de la delación.

sucesión, aunque en el momento de su muerte hubiera vuelto a residir regularmente en Italia.

El reglamento permite a un ciudadano recurrir a la disciplina de sucesión del Estado en el que tiene su residencia habitual en la fecha de conclusión del acto⁶², sin revelar que esa residencia se mantiene hasta el momento del fallecimiento.

El límite que el reglamento pone con respecto a la posibilidad de que un caso pueda ser regulado mediante la aplicación de una disciplina extranjera es establecido en el art. 35. Esta disposición, para preservar la coherencia de cada ordenamiento jurídico con respecto a sus principios y valores fundamentales⁶³ (véase también el art. 4, párrafo 2, TUE), establece que podrá excluirse la aplicación de la ley de cualquier Estado si esa es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro.

No hay duda de que el legislador pretendía referirse al orden público internacional, para ser considerado como una cláusula general, que opera como un límite negativo, posterior y concreto⁶⁴, con una función axiológica y de control⁶⁵. En este sentido, queda claro que el concepto de orden público internacional es funcionalmente distinto del de orden público interno (este último entendido como el límite de validez de los actos de autonomía privada), y que el adjetivo «internacional» no tiene la función de mover este concepto hacia

⁶² Cabe señalar, para comprender el alcance efectivo de la aplicación de la ley extranjera, que el criterio de residencia habitual tiene una marcada vocación sustancial. Como queda claro en el considerando n. 23, ocurre una residencia sustancial acompañada de una evaluación general de las circunstancias de la vida de la persona, teniendo en cuenta todos los elementos de hechos relevantes. Por lo tanto, impone la denegación de la aplicación de la ley extranjera cuando se crea el momento de conexión *ad artem*, con el fin de restar la aplicación de la ley nacional del *de cuius*, sin ninguna razón sustancial, capaz de justificar la aplicación de una ley diferente, o, para permanecer en el caso de los pactos sucesorios, para negar la aplicación de la ley extranjera cuando el momento de conexión se constituye con el propósito exclusivo o predominante de hacer que un acuerdo sea válido y efectivo.

⁶³ Explica muy bien el valor normativo de los derechos fundamentales en los Estados constitucionales de derecho modernos y su influencia en la ideología de las fuentes del derecho Pino, 2010: 7 y s.

⁶⁴ Lo que está sujeto al control de conformidad al orden público internacional no es la norma jurídica, abstractamente considerada, sino la disciplina del caso específico.

⁶⁵ Para esta definición de orden público internacional, ver Barba, 2018b: 403 ss., e *ivi* otras referencias adicionales de doctrina y jurisprudencia sobre el tema. Ver, además, Badiali, 1962: 3 y ss., y Lonardo, 1988: 3 y ss.

un plano supranacional, sino solo llamar la atención del intérprete sobre su función particular⁶⁶.

Una vez realizadas estas consideraciones, es fácil comprender que la prohibición de los pactos sucesorios, considerada en sí misma, no puede considerarse un principio de orden público internacional. Si, de hecho, es cierto que la prohibición de los pactos sucesorios es una regla fundamental de los ordenamientos jurídicos que la prevén, no se puede olvidar, por un lado, que los legisladores europeos, durante la última década, han mostrado amplias aperturas hacia una reforma de esta disciplina⁶⁷, y, por otro lado, que hay un cambio importante en la conciencia social con respecto al fenómeno.

IV. ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD DIFERENTES DEL TESTAMENTO

Afirmar que se puedan dar otros actos de última voluntad, diferentes del testamento, es una conclusión que se puede obtener, antes de una lectura sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, del examen de numerosas disposiciones de la ley, en las que esta figura ha sido clara y inequívocamente regulada.

Estas son disposiciones legales que atribuyen a la persona el poder de regular ciertos intereses *post mortem* sin la necesidad de un testamento; disposiciones en las que queda claro que el ordenamiento jurídico italiano conoce desde hace mucho tiempo actos de última voluntad diferentes del testamento.

En el Código Civil hay amplia evidencia de actos de última voluntad diferentes del testamento, es decir, de actos unilaterales destinados no solo a regular un interés *post mortem*, sino también a producir sus efectos después de la muerte de su autor, sin la posibilidad de que se pueda producir ningún efecto, incluso solo preliminar, antes de ese momento. Basta con mencionar: la elección del tutor de un hijo, por la fecha posterior a la muerte del padre, que puede realizarse mediante escritura o escritura pública (art. 348, párrafo

⁶⁶ El orden público internacional es, de hecho, un concepto de ley doméstica condicionado históricamente por el sistema jurídico de referencia y dependiente de sus principios y valores normativos. Por lo tanto, no existe un concepto de orden público internacional común a todos los países, porque cada Estado tiene su propio concepto, con la consecuencia de que el orden público internacional en Italia es diferente del orden público internacional en Francia, en Alemania, etc.

⁶⁷ En Italia, considérese no solo el proyecto de ley que revisa la prohibición, sino también la introducción de nuevas disciplinas, como el pacto de familia, la ratificación de la Convención de La Haya sobre el *trust*, la reforma de la disciplina sobre la restitución y la introducción de la destinación de bienes por intereses dignos de protección.

1, y art. 408, párrafo 1, CC it.); la «disposición escrita» con la que una persona puede ser excluida del oficio tutelar (art. 350, párrafo 1, número 2, CC it.); la revocación expresa del testamento y la revocación de la revocación del testamento (arts. 680 y 681 CC it.), que también puede hacerse mediante escritura pública; la dispensa de la colación (art. 737 CC it.), que también puede estar contenida en el contrato de donación o en un acto separado y posterior con respecto a la liberalidad *dispensanda*⁶⁸; la rehabilitación del indigno (art. 466, párrafo 1, CC it.), que puede hacerse mediante escritura pública, y la designación del beneficiario del contrato de seguro a favor de tercero (art. 1920 CC it.), que puede hacerse mediante una declaración por escrito comunicada al asegurador⁶⁹.

Otras figuras, más problemáticas, pero, en mi opinión, capaces de testificar que el sistema jurídico le da a la persona el poder de regular ciertos aspectos de su sucesión, incluso con actos distintos del testamento, son la confesión extrajudicial (art. 2735, párrafo 1, CC it.), el pacto sobre la indivisibilidad de la obligación (art. 1295 CC it.)⁷⁰ y, sobre todo, las escrituras de designación,

⁶⁸ Así, Barba, 2016: 1 y ss. El efecto de la dispensación de la colación es, antes de la apertura de la sucesión del causante, subjetiva y objetivamente incierto, no pudiendo establecerse antes de ese momento e incluso antes de que se agote el mismo procedimiento de sucesión, si la dispensación puede ser, concretamente, capaz de producir algún efecto. Por lo tanto, es un acto que tiene una función sucesoria obvia, es decir, un acto que contribuye a la planificación de la sucesión de la persona.

⁶⁹ Ver el análisis realizado por Álvarez Lata (2002: 116 y s.): «[...] entre estas declaraciones anómalas, previstas por la ley, se pueden citar las que siguen: el reconocimiento de hijo extramatrimonial (art. 120 CC); la designación de tutor para el hijo (art. 223 CC); disposiciones acerca de entierros y funerales del testador (arg. *ex art.* 902.1 CC); la designación de las personas que hayan de ejercitar ciertas acciones relativas a la protección del honor, intimidad y propia imagen de la persona fallecida (art. 4 LO 1/82) y a la divulgación, paternidad e integridad de la obra del autor fallecido (art. 15 LPI); el consentimiento para la fecundación *post mortem* (art. 9.2 L 35/88); y la constitución de una fundación (art. 7 Ley 30/94). Asimismo, y dentro del contenido estrictamente atípico, esto es, dentro del no previsto por la ley, se suele aludir al reconocimiento de deuda en testamento como uno de los ejemplos paradigmáticos; disposición de carácter confesorio del testador cuya admisibilidad jurídica no se cuestiona, sin perjuicio de que provoque algunos problemas relativos a su eficacia y validez, sobre todo en relación con la revocación del testamento en la que dicho reconocimiento se lleva a cabo».

⁷⁰ Según este pacto, el prestatario está obligado a reembolsar la suma prestada, por sí mismo y por sus causahabientes, excluyendo la aplicación de la disciplina general, que establece la parcialidad de las obligaciones de los coherederos y la sustitución, debido a la apertura de la sucesión, de una obligación no solidaria. Sobre el tema, se dice que

revocación y nueva designación del beneficiario de un contrato en favor de tercero, cuya prestación debe realizarse después de la muerte del promitente (art. 1412 CC it.).

De manera no diferente, algunas hipótesis están, expresamente, reguladas por la ley de derechos de autor, que, después de haber establecido los herederos a los que compete la decisión sobre el derecho a publicar trabajos inéditos del difunto (art. 24, párrafo 1, Ley 22 de abril de 1941, n. 633 it., art. 15, Ley PI es.), la decisión sobre el destino de las cartas, memorias familiares y recuerdos (art. 93, párrafo 4, Ley 22 de abril de 1941, n. 633 it.) y sobre el retrato de la persona (art. 96, párrafo 2, Ley 22 de abril de 1941, n. 633 it.), establece que, en cualquier caso, la voluntad del difunto debe ser respetada, cuando resulte de «escrito», sin especificar nada más. Se aclara, por lo tanto, que esta decisión puede ser tomada por el causante con un simple acto escrito, por tanto, con un acto que no tiene la forma testamentaria, o la forma del acto público. Es necesario y suficiente un escrito cualquiera.

Aún se considera la Ley 30 de marzo de 2001, n. 130, que establece los principios regulatorios de la cremación y dispersión de las cenizas. Esta ley si, por un lado, establece que la elección sobre la cremación pertenece a la persona y que esta elección se puede hacer en el testamento, por otro lado, establece que la cremación no se puede realizar si hay una declaración autógrafa del difunto contraria a la disposición testamentaria y que la decisión sobre la cremación pertenece a la familia del fallecido solo en ausencia de la disposición testamentaria, o de cualquier otra expresión de voluntad del difunto. Por lo tanto, se confirma que cualquier decisión relacionada con la

esta disposición, contenida en el acuerdo de préstamo, es una cláusula suya y no se duda de su naturaleza contractual. Sin embargo, si consideramos la función real de este acto, que es la de prevenir la aplicación de la regla contenida en el art. 752 CC it; si consideramos que, de esta manera, el deudor dicta una regulación sobre la responsabilidad por deudas hereditarias; si consideramos que esta disposición no puede producir, antes de la muerte del deudor, ningún efecto, ni siquiera preliminar; entonces la misma calificación en términos de acto entre vivos no convence en absoluto. Parece, más bien, un acto de última voluntad. Esta calificación preocupa mucho al acreedor y, en particular, a los bancos, porque, de este modo, el deudor podría, en cualquier momento, revocar unilateralmente esta decisión. A pesar de esto, esa solución me parece plausible, en el entendimiento de que debe distinguirse entre el compromiso asumido por el prestatario con el banco, cuya validez sería confirmada por la ley en cuestión, y el acto por el cual el causante regula su sucesión. Por lo tanto, el prestatario podría revocar su decisión; pero si hubiera hecho tal compromiso directamente con el banco, podría estar expuesto, cuando se considere válido este compromiso, a una responsabilidad.

cremación del propio cuerpo puede ser tomada por el difunto con un acto de última voluntad diferente del testamento, para lo cual no parece necesario un requisito formal, siendo suficiente a este propósito, «cualquier expresión de voluntad» del difunto, cualquiera que sea su forma. Por lo tanto, parece que este interés puede ser regulado por una declaración escrita y una oral también. Esta disciplina, sin embargo, asume una importancia particular, ya que permite sacar consecuencias similares para otras decisiones parecidas. Es plausible afirmar que cualquier decisión sobre el destino de sus restos mortales y sobre su propio funeral, que son menos incisivos que los de la cremación, puede ser manifestada por el difunto con «cualquier expresión de voluntad» y, por lo tanto, también por un acto de última voluntad diferente del testamento y no sujeto, ni siquiera, a requisitos de forma particulares. De hecho, sería extravagante que la decisión sobre la cremación pueda tomarse en cualquier forma y que la decisión sobre el destino de sus restos mortales y sobre su propio funeral requiera, bajo pena de nulidad, la forma testamentaria.

En todas las hipótesis mencionadas, es precisamente la ley la que aclara que ciertos intereses *post mortem* de la persona pueden ser regulados por un acto diferente del testamento, es decir, por un acto de última voluntad. Debemos advertir, de inmediato, que no estamos tratando con dos categorías que se superponen exactamente, y que entre una y otra existe una brecha importante, al menos a nivel formal. El acto de última voluntad no está sujeto, de hecho, a las formas y formalidades prescritas para el testamento, con la aclaración de que incluso si un requisito de forma fuera prescrito expresamente (cuando la ley establece claramente que el acto debe hacerse por escrito), o implícitamente (cuando la forma escrita es necesaria, incluso en ausencia de una regla prescriptiva, en relación con la función del acto), seguirían siendo requisitos formales menos estrictos que los previstos por el testamento (sea ológrafo, o abierto, o cerrado).

Así, un texto impreso (no manuscrito), firmado por su autor, si bien sería un testamento ológrafo inválido y, por lo tanto, un acto por el cual el sujeto no podría, válidamente, instituir heredero o nombrar legatario, podría ser un válido acto de última voluntad, cuando contuviera prescripciones sobre el derecho a publicar las obras inéditas del fallecido, o el destino de las cartas y las memorias de familia, y también cuando se retire la estipulación a favor de tercero que se debe ejecutar tras la muerte del contratante, o la designación del beneficiario del seguro a favor de tercero, o incluso decisiones sobre su propio funeral, entierro o cremación.

Las figuras jurídicas mencionadas anteriormente son dignas de ser testigos del hecho de que nuestro ordenamiento jurídico ha permitido desde hace algún tiempo, renovando esta opción incluso más recientemente, la planificación de ciertos intereses *post mortem* de la persona no solo por el testamento, sino también por el acto de última voluntad.

Esto requiere que nos demos cuenta de que en nuestro sistema jurídico el testamento no es el único acto de última voluntad por causa de muerte, válido y efectivo, ya que tenemos muchos actos de última voluntad diferentes del testamento, adecuados para regular ciertos aspectos sucesores de la persona⁷¹.

Una vez que se ha adquirido esta conciencia, es necesario determinar la relación entre uno y otro, para verificar si a los actos de última voluntad debe asignarse únicamente la función de regular solo los intereses que la ley explícitamente admite, o si tienen que ganar un espacio mayor y, en este último caso, identificar el principio que permite establecer qué intereses pueden ser regulados por actos de última voluntad diferentes del testamento y cuáles no.

La relación entre el testamento y los actos de última voluntad diferentes del testamento no creo que pueda llevarse a cabo limitándose a considerar que ambos se utilizan para regular la sucesión de la persona, o limitándose a considerar que los requisitos formales establecidos para uno son mucho más estrictos que aquellos prescritos para los otros.

La mera función de sucesión, si es capaz de determinar los perfiles de una disciplina sustancial (por ejemplo, la revocabilidad)⁷², no es, por sí misma considerada, capaz de regular los límites de aplicación entre uno y otro; por otro lado, la disciplina sobre la forma y las formalidades prescritas para el testamento, sola o, más precisamente, desconectada de la función del acto y de la relación jurídica regulada, no puede explicar por qué el acto de la última voluntad está sujeto a requisitos de forma menos opresivos⁷³.

⁷¹ La categoría de actos de última voluntad diferentes del testamento está claramente afirmada por Jordano Barea, 1991: 1679. Aunque el autor considera que el testamento es un acto de contenido exclusivamente patrimonial (cuya función es la institución de heredero y los legados), no excluye que podamos realizar actos de última voluntad diferentes del testamento, para la regulación de otros intereses. «Así concebido el testamento se nos aparece como el prototipo o arquetipo de los actos de última voluntad. Las restantes declaraciones o disposiciones anómalas, patrimoniales o no, que puedan figurar en forma testamentaria (el llamado contenido atípico del testamento), no son testamento en sentido técnico, sino otros actos de última voluntad, siempre que: a) se trate de negocios o actos jurídicos unilaterales de posible efecto *post mortem*; b) no hallen encuadramiento en las figuras típicas de la institución de heredero o del legado; y c) no constituyan disposiciones accesorias o complementarias de las mismas».

⁷² Sin embargo, también permite identificar la disciplina aplicable a los actos entre vivos que regulan algunos perfiles sucesorios.

⁷³ Consideremos el trabajo de Vaquer Aloy (2018: 157 y ss.), que considera las formalidades requeridas para el testamento como una especie de limitación a la libertad de testar. El tema encuentra desarrollos similares en derecho italiano.

Creo que el espacio reservado para el acto de última voluntad diferente del testamento no puede limitarse a la planificación de los intereses *post mortem* de la persona explícitamente permitidos por ley.

En esta dirección, no solo se desarrollan las consideraciones con respecto a los entierros y el funeral, que son paradigmáticos, sino, sobre todo, una consideración más general, que, teniendo en cuenta los principios y valores normativos vigentes, demuestra que nuestro ordenamiento jurídico pretende extender las prerrogativas sucesorias de la persona. Y, recientemente, solo piénsese en el tema, muy discutido, de la fecundación *post mortem*, que tiene una regulación específica en algunos países⁷⁴, mientras que en Italia la cuestión se ha resuelto, caso por caso, sobre la base de principios, llegando a la conclusión razonable de que el varón tiene la posibilidad de decidir sobre el uso de su material reproductivo para el momento posterior a su muerte⁷⁵.

Desde un punto de vista diferente, hecho que es admitido no solo por la literatura sino también por nuestra jurisprudencia, el que ciertos intereses *post mortem* de la persona, especialmente de naturaleza existencial, puedan ser regulados por el contrato y el acto unilateral demuestra que no es siempre necesario el testamento. Por otro lado, la misma elaboración del mandato *post mortem*, del cual, incluso antes de la codificación actual y hasta hoy, la validez ha sido admitida cuando no impone una atribución de bienes (el mandato *post mortem ad exequendum*) (Amatucci, 1964: 290-313; Bonilini, 2000: 1102; Putortì, 2014: 790 y ss.), confirma este supuesto.

Además, es cierto que las hipótesis cada vez más numerosas en las que el legislador, expresamente, admite que ciertos intereses *post mortem* de la persona pueden ser regulados por un acto de última voluntad, diferente del testa-

⁷⁴ Véase la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; especialmente el art. 9. Sobre las cuestiones de la disposición sobre el consentimiento para la fecundación *post mortem*, véanse Álvarez Lata (2002: 124 y ss.) y Pérez Gallardo (2007: 605 y ss.)

⁷⁵ Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo italiano, Cass., de 15 de mayo de 2019, n. 13000, en *Leggi d'Italia*. Esta sentencia ha afirmado este principio de derecho: «El artículo 8 de la Ley Núm. 40 de 2004, que tiene el estatus legal de nacido después de la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistidas, también se refiere a la hipótesis de la fecundación homóloga *post mortem* ocurrida a través del uso de la semilla crio-preservada de la persona que, después de haber dado el consentimiento para acceder a técnicas de procreación médicamente asistidas, de conformidad con el artículo 6 de la misma ley, y sin aparece su posterior revocación, luego murió antes de que se formara el embrión, habiendo autorizado también, para después de su muerte, a su esposa o cohabitante, incluso cuando el nacimiento se produce más de trescientos días después de la muerte del padre».

mento, no solo excluyen cualquier evaluación o juicio de excepcionalidad de estas figuras normativas, sino que también imponen regular de manera similar todos los casos similares, sabiendo que la aplicación analógica no es más que una forma de aplicar los principios, ya que esa no es otro que la aplicación del mismo principio a dos casos.

Las hipótesis normativas analizadas están destinadas a una aplicación más extensa de lo que la mera letra de la ley podría, aparentemente, permitir. Este resultado es necesario tanto si, siguiendo el enfoque tradicional, queremos hablar de analogía *legis* como medio para integrar el sistema jurídico⁷⁶ como si, más de acuerdo con el ordenamiento jurídico, consideramos que cada aplicación normativa es, en sí misma, analógica⁷⁷.

El discurso, en otras palabras, parece tener que ser volcado, ya que no se trata de identificar los intereses que el ordenamiento jurídico permite que se planifiquen mediante el acto de última voluntad, diferente del testamento⁷⁸, sino de verificar los intereses *post mortem* que deben ser, por necesidad, regulados por testamento.

Según esta perspectiva, la norma contemplada en el art. 588 CC it. (art. 668 CC es.) no sirve, justa y exclusivamente, para identificar el criterio discrecional entre disposiciones universales y particulares, sino, sobre todo, también en conexión profunda con el art. 587 CC it. (art. 667 CC es.), para identificar un contenido que la ley tiene, exclusivamente, reservado para el testamento, en sus formas tanto ordinarias como especiales.

La función nodal de la norma contemplada en el art. 588 CC it., que debe interpretarse en conexión profunda no solo con la que define el testamento (art. 587 CC), sino también con la que prohíbe los pactos sucesorios (art. 458 CC it.), es precisamente la identificación de un contenido «típico» del testamento, o, mejor dicho, del aquel contenido que, por diversas razones, nuestro ordenamiento jurídico establece que debe seguir confiando solo en el testamento, sin posibilidad de que sea regulado por otros actos jurídicos.

⁷⁶ Por todos, Bobbio (1938: 87 y ss.), que resuelve la similitud en la identidad de los casos, según el esquema A es B; S es similar a A; S es B.

⁷⁷ Así, Perlingieri G., 2015: 27 y ss.

⁷⁸ El problema fue claramente percibido, aunque propuso una solución completamente diferente, por Giampiccolo (1954: 71), que escribe: «[...] se un problema c'è, esso è semmai proprio un problema di autonomia del concetto dell'atto di ultima volontà, tanto sul piano dogmatico che sul piano delle norme positive, anzitutto rispetto alla nozione di testamento. Non si disconosce ovviamente il peso che nella ricostruzione può esercitare il tipo testamentario, come quello che è oggetto di piú particolare disciplina di diritto positivo; ma ciò non conduce ad affermare l'identità delle due figure o a compiere me una affrettata assimilazione di sostanza».

El legislador establece que los actos de disposición de la delación deben llevarse a cabo, exclusivamente, con el testamento, quedando excluida la posibilidad de su enajenación tanto con el acto entre vivos (*ex art. 458 CC it.*) como con el acto de última voluntad diferente del testamento (*ex arts. 587 y 588 CC it.*).

En otras palabras, se da no solo la existencia del principio que prohíbe la disposición de la delación por acto entre vivos (Barba, 2015: 171 y ss.), sino también el principio que prohíbe la disposición de la delación por acto de última voluntad diferente del testamento. Más precisamente, del principio que reconoce en el testamento el único acto válido para disponer de la delación. Esto significa que cualquier interés *post mortem* que no implique una disposición de la delación puede ser regulado bien por un acto de última voluntad diferente del testamento bien por contrato.

1. CAPACIDAD PARA CUMPLIR LOS ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD DIFERENTES DEL TESTAMENTO

Es indiscutible que el testamento es válido solo si el testador es mayor de edad⁷⁹ y si se halla en su cabal juicio (capacidad natural) cuando otorga el testamento.

También indiscutible es que esta regla, contenida en el art. 591 CC it., ha sido sometida a un escrutinio crítico severo, especialmente en la parte en la que excluye la capacidad para testar al menor y a la persona sujeta a tutela⁸⁰, sin permitir ni abrir la posibilidad de evaluar si, en el caso concreto, uno u otro fueron capaces de entender y querer en el momento de otorgar el testamento.

Privar al menor y a la persona sujeta a tutela de la capacidad para testar significa, de hecho, privar a ambos del poder de regular sus intereses *post mortem*. Les impide, queriendo permanecer en la función que, históricamente, ha sido asignada al testamento, disponer de sus bienes para después de su muerte, con la consecuencia de que no tienen el poder de establecer herederos, ni legados, con el resultado de que su planificación hereditaria está, necesariamente,

⁷⁹ En Italia, la mayoría de edad es establecida al cumplimiento del decimoctavo año. El menor de edad no puede hacer testamento, ni siquiera testamento público.

⁸⁰ La regla en cuestión (art. 591 CC it.) no excluye la capacidad para testar a la persona sujeta a tutela. De lo contrario la norma contemplada en el art. 663 CC es. declara que están incapacitados para testar: los menores de catorce años y aquel que «habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio». Cabe recordar que la norma contenida en el art. 688, párrafo 1, CC es., establece que el testamento ológrafo solo podrá otorgarse por mayores de edad.

destinada a estar regulada por la ley (sucesión legítima), sin la posibilidad de desviarse de ese esquema.

Es inútil recordar las razones detrás de esta elección normativa y su congruencia con los principios y valores normativos vigentes en el momento en que se estableció esta regla.

Es, de hecho, una norma que se remonta a 1942, y, por lo tanto, coherente con el sistema, inspirado, exclusivamente, por una justicia retributiva, que colocaba en el centro del derecho civil la empresa, la producción y las relaciones patrimoniales, que consideraba el testamento un acto que tenía solo la función atributivo-patrimonial, que consideraba al menor de edad incapaz de regular sus intereses patrimoniales, que consideraba la tutela la única protección del sujeto afectado por un deterioro de las capacidades intelectuales⁸¹.

La limitación de la *testamenti factio* activa establecida por la persona sujeta a tutela se puede decir hoy, sustancialmente, sobrepasada. No porque esta ley haya dejado de ser válida en nuestro sistema jurídico, ni por las aceptables interpretaciones reprobables que también han sido propuestas por la mejor doctrina (Lisella, 1984: 83 y ss.), sino por una superación concreta de la tutela.

La aprobación en Italia de la disciplina sobre «la administración de apoyo»⁸², una medida de protección de la persona que sufre una enfermedad o un impedimento físico o mental que no le permite satisfacer sus propios intereses, tiene la aspiración de cubrir los espacios antes ocupados por la tutela y la curatela, haciendo las dos últimas medidas de protección residuales y básicamente no utilizadas.

⁸¹ Perlingieri, P. (1985a: 46 y ss.): «[...] rispecchiano un clima culturale particolarmente attento al contenuto patrimoniale della tutela in senso ampio e non insensibile a considerare i malati di mente individui “disumani”, fare per la sanità della stirpe, entità inutili al sistema produttivo ed alla grandezza della Nazione».

⁸² Esta disciplina se introdujo en Italia con la Ley del 9 de enero de 2004, n. 6, que modificó las disposiciones de los arts. 404-413 CC. it. En doctrina, G. Bonilini *et al.*, 2008: 3 y ss., y Anelli, 2005: 163 y ss. El aspecto más interesante de esta disciplina es que, por primera vez en Italia, esta medida de protección permite el cuidado no solo de los intereses patrimoniales (como fue para la tutela y la curatela), sino también los intereses no patrimoniales. El administrador de apoyo no solo debe administrar el patrimonio de la persona, sino también atender sus necesidades personales. A pesar de que esta medida de protección de la persona marca un importante paso adelante, ciertamente no podemos decir que Italia haya cumplido la regla del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. El tema es muy relevante y llama la atención del legislador italiano, aunque la reciente ley delegada (la propuesta de ley n. 1151 de marzo de 2019), que contiene algunas pautas para una reforma del Código Civil, no ha proporcionado nada al respecto.

Hubiera sido deseable contar con una intervención legislativa más radical, que hubiera abrogado la tutela y la curatela, puesto que se volvieron, debido a la importancia adquirida por la situación existencial, inadecuadas para proteger el complejo de los intereses jurídicamente relevantes de la persona afectada por una enfermedad mental o por un impedimento físico o mental. En ausencia de una tal elección legislativa, se ha encomendado a la responsabilidad y sensibilidad de los intérpretes la tarea de recurrir predominantemente a la «administración de apoyo», limitando, hasta eliminar, en la práctica, el uso de las dos medidas de protección anteriores.

La drástica reducción en el uso de la tutela y el recurso cada vez más masivo a la «administración de apoyo» han permitido superar, casi por completo, el problema de la *testamenti factio* activa de la persona afectada por una enfermedad mental o por un impedimento físico o psicológico. Excepto en los casos en que el juez, debido a las circunstancias del caso específico, ha privado al beneficiario de la «administración de apoyo» de la capacidad para testar, él conserva esta capacidad⁸³, con la consecuencia de que su testamento es válido. Para anular el testamento, debe demostrarse, por parte de quienes estén interesados, que el beneficiario de la «administración de apoyo» fue incapaz de comprender o querer cuando hizo testamento. En otras palabras, el solo hecho de estar sujeto a la «administración de apoyo» no priva al sujeto de la *testamenti factio* activa, con la consecuencia de que su testamento, en términos de capacidad, solo puede anularse cuando se prueba que la persona no se hallara en su cabal juicio (art. 591, párrafo 1, n. 3 CC it.).

Queda, sustancialmente, el problema del menor de edad⁸⁴.

⁸³ De acuerdo con el art. 411, último párrafo, CC it., el juez, en la sentencia con la que designa a la «administración de apoyo», tiene el poder, teniendo en cuenta la real condición del sujeto admitido en beneficio de la medida y su interés, para disponer que ciertos efectos o limitaciones previstas por las reglas para la persona sujeta a tutela o curatela se extiendan al beneficiario de la medida. Por lo tanto, entre otros, el juez podría decidir extender a la persona sujeta a «administración de apoyo» la norma establecida en el art. 591, párrafo 2, n. 2, CC it., que establece una incapacidad para testar de la persona sujeta a tutela. Debe, entonces, concluirse que la persona sujeta a «administración de apoyo» tiene plena capacidad para testar, si el juez tutelar, de conformidad con el art. 411 CC it, no ha expresamente previsto la extensión de la regla establecida en el art. 591, párrafo 2, n. 2, CC it.

⁸⁴ Sobre la posibilidad de reconocer la capacidad de un menor para contratar, véase Cinque, 2007: 19, 106 y ss., y 116 ss., quien propone aplicar al menor la norma contenida en el art. 409 CC it., con la consecuencia de reconocer al menor la capacidad para contratar cada vez que los contratos están destinados a satisfacer sus necesidades diarias.

Creo que la regla debe ser reescrita en su totalidad, también con el fin de implementar la Convención de Nueva York sobre personas con discapacidad, de modo que se vea privada de la *testamenti factio* activa solo la persona que no se halle en su cabal juicio en la fecha del otorgamiento del testamento. Hasta entonces creo que es necesaria una interpretación parcialmente derogatoria de aquella regla, que me parece, por supuesto, plausible para sostenerse.

Al reflexionar, de hecho, sobre la importancia del testamento, como un acto de expresión de libertad de la persona y de afirmación de su propia dignidad (Torres García y García Rubio, 2014: 41 y ss.), cabe considerar irrazonable la norma que somete el testamento del menor o de la persona sujeta a tutela al mismo tratamiento reservado para cualquier contrato o, más precisamente, para cualquier negocio jurídico con contenido exclusivamente patrimonial.

Los intereses que pueden justificar la anulación del contrato celebrado por la persona menor de edad o sujeta a tutela no son los mismos que los subyacentes al testamento. El tratamiento igualitario de los dos casos no cumple con el principio de igual dignidad y libre desarrollo de la persona⁸⁵, sin mencionar el hecho de que, en nuestra contemporaneidad, por innumerables razones socioeconómicas y numerosas solicitudes culturales, los jóvenes adquieren, en promedio, una capacidad de discernimiento en un tiempo ciertamente anterior a lo que sucedió hace cincuenta años.

A esto se debe agregar que hay signos importantes de la disciplina italiana más reciente que apuntan a dar mayor importancia a las decisiones de los menores. Basta con pensar en la reciente reforma de la filiación de 2012 y 2013, que no solo ha reducido la edad en que el menor debe ser escuchado en todos los procedimientos que le conciernen de los 16 a los 12 años (ver art. 315-*bis*, párrafo 2, 336-*bis*, 155-*sexies*, párrafo 1, 250, párrafo 4, 252, párrafo 5, 262, párrafo 4, 316, párrafo 3, 336, párrafo 2, 337-*octies*, párrafo 2, 348,

⁸⁵ Perlingieri, P., 1985a: 332: «[...] in ordinamento giuridico come quello italiano in cui all'apice della gerarchia dei valori della persona umana alla quale garantito il pieno sviluppo nel rispetto della pari dignità di ciascuno il principio di eguaglianza senza distinzioni dovute a "condizioni personali", (art. 2, 3, comma 1, cost.); in ordinamento in cui è impegno della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti alla vita del paese (art. 3, comma 2, cost.) anche mediante l'esplicito riconoscimento ai "minorati" del diritto all'educazione (art. 38, comma 3, e 32 cost.), la tutela del minore in senso ampio, in particolare della sua dignità di uomo di cittadino, rappresenta un compito primario e storico. Questi valori costituzionali sui quali è possibile ricostruire il sistema della tutela del minore in senso psico-fisico rappresentano non soltanto valori politici, simbolici paradigmatici, ma anche parametri normativi idonei a valutare le condotte e ad interpretare adeguatamente gli istituti di protezione e di tutela disciplinati dal codice civile del 1942».

párrafo 3, CC it.), sino también ha introducido sustancialmente el principio, de conformidad con la regla contenida en el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención sobre los Derechos del Niño, que requiere que el juez escuche al menor de menos de 12 años que tiene capacidad de discernimiento en todos los procedimientos relacionados con su *status* y estado existencial⁸⁶.

Todo esto requiere una reconsideración muy crítica de la regla literalmente clara que excluye la capacidad del menor para testar. Es de esperar que el legislador intervenga pronto, porque en ausencia de tal intervención es difícil afirmar la validez del testamento del menor.

Otra y diferente cuestión es, sin embargo, la que afecta la capacidad para celebrar los actos de última voluntad diferentes del testamento.

Una vez afirmada la existencia de la categoría de actos de última voluntad diferentes del testamento, surge el problema de establecer el requisito de capacidad para su validez.

De acuerdo con una técnica de subsunción, se podría decir que tales actos se rigen por la norma mencionada en el art. 591 CC it., o por la disciplina general del contrato (art. 1425 CC it.). En un caso, como en el otro, el resultado no sería muy diferente, ya que tanto los actos de última voluntad del menor como los de la persona sujeta a tutela no serían válidos. La diferencia afectaría solo a los actos de última voluntad de la persona sujeta a curatela, que deberían considerarse válidos aplicando la disciplina del art. 591 CC it., mientras que inválidos aplicando las reglas comunes que rigen los contratos.

Sin embargo, estos resultados no pueden satisfacer y merecen, también sobre la base de los argumentos que permiten una interpretación parcialmente derogatoria de la norma recogida en el art. 591 CC it., ser totalmente repensados.

Suponer que el acto de última voluntad realizado por el menor debe considerarse inválido independientemente de una evaluación del caso concreto y del interés regulado es una solución que no se puede compartir, también porque termina evaluando el hecho, centrándose en el tema abstracto, mientras que la realidad conoce al hombre, con sus peculiaridades, sus necesidades, sus intereses y su edad⁸⁷.

En primer lugar, es necesario distinguir entre los actos de última voluntad que regulan una situación existencial y los actos de última voluntad que

⁸⁶ Cabe considerar, C. Cost., de 11 de marzo de 2011, n. 83, en *Fam. dir.*, 2011, p. 545.

⁸⁷ Stanzione (1975: 299): «[...] tutte le manifestazioni dell'essere e dell'agire umano devono confluire a comporre l'unitaria figura dell'uomo, che si esprime giuridicamente nel valore della personalità».

regulan una situación patrimonial (que obviamente no afecta a la delación, ya que, de lo contrario, el acto debería tomar la forma del testamento)⁸⁸.

Con respecto a los actos de última voluntad, diferentes del testamento, con contenido patrimonial, se puede decir que existe una afinidad sustancial con el testamento o, más precisamente, con la idea de testamento que tuvo el legislador en 1942. Por lo que podría parecer justificable, en algunos aspectos, la idea de que quería aplicar a estos actos de última voluntad la norma sobre la capacidad para testar. En la conciencia, sin embargo, que esta misma norma, recogida en el art. 591 CC it., merece una relectura, hasta el punto de que debe considerarse no solo plausible, sino también indispensable, una interpretación parcialmente derogatoria.

De lo contrario, el mismo discurso no puede hacerse en relación con los actos de última voluntad que regulan los intereses existenciales⁸⁹. La necesidad de respetar la personalidad humana y su libre desarrollo, que constituye el valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico y está a en la base de una serie abierta de situaciones jurídicas subjetivas, afecta a toda la estructura de la vida en común y condiciona los límites, la función y la interpretación de la autonomía privada (Perlingieri P., 2006: 720, y 724 y ss.).

Suponer, entonces, que el acto de última voluntad diferente del testamento realizado por el menor es siempre inválido, independientemente de una evaluación de la concreta capacidad de discernimiento del sujeto y de un análisis del interés específicamente regulado, significa hipostasiar una regla incapaz de superar el control de compatibilidad, adecuación y congruencia.

Dado que la personalidad humana es un valor fundamental, no es razonable aislar el aspecto de la titularidad de las situaciones existenciales del de su cumplimiento, especialmente cuando se discute de la realización de los

⁸⁸ Stanzione (1975: 302) especifica a este respecto que «impedire al minore di compiere l'attività che è manifestazione dei fondamentali attributi della persona significa non solamente negargli la capacità giuridica, quanto provarlo della stessa soggettività». El autor, de una manera muy compartible, sugiere, también después de una comparación con otros ordenamientos jurídicos y, especialmente, el alemán y el austriaco, que los actos reguladores de situaciones existenciales deben considerarse válidos si existe la sola capacidad de discernimiento, y que la limitación de capacidad según la edad debe quedar solo para los actos y contratos reguladores de situaciones patrimoniales.

⁸⁹ En el derecho español, donde el menor puede otorgar al testamento, el problema surge en términos que son parcialmente diferentes de aquellos en los que se encuentra en el sistema jurídico italiano (Álvarez Lata, 2002: 114). Cabe considerar que la lectura propuesta en el texto también podría ser útil en el derecho español. Según esta interpretación, sería válido el acto de última voluntad que regula los intereses no patrimoniales, realizado por el menor, aunque sin la forma del testamento público.

intereses *post mortem*. De hecho, se volvería completamente paradójico, precisamente en la perspectiva que reconoce a la personalidad humana como el valor fundamental del sistema jurídico, que el menor con plena capacidad de discernimiento tenga el derecho de profesar libremente su fe religiosa y expresar libremente sus propios pensamientos, pero no el poder de decidir el destino de sus restos mortales tras su muerte, el ritual de su propio funeral o la entrega de sus propios órganos. Esas son todas aquellas decisiones *post mortem* que, por supuesto, explican esas mismas libertades, y, en su defecto, el reconocimiento en sí mismo de esas libertades no solo no puede considerarse implementado, sino que incluso debe considerarse comprometido. De lo contrario, sería paradójico que el menor con plena capacidad de discernimiento tenga el derecho de expresar libremente su propio pensamiento, pero no el poder de decidir sobre la publicación de sus obras.

La regla debería tener un contenido exactamente opuesto: el acto de última voluntad realizado por el menor que tiene la capacidad de discernimiento es válido, excepto que se demuestre que él era incapaz de entender o querer cuando realizó el acto. En otras palabras, la validez del acto de última voluntad, diferente del testamento, no debe reclamar la capacidad de obrar sino la capacidad natural (pues, que el sujeto se hallara en su cabal juicio), con la consecuencia de que el menor que tuviese una capacidad adecuada para el discernimiento podría hacer un válido acto de última voluntad.

Si es verdad que la relación jurídica es, estructuralmente, una relación entre dos situaciones jurídicas subjetivas y que su fundamento es el interés protegido por el orden jurídico, entonces no se puede dudar de que la regulación de los intereses depende precisamente de su función. Los intereses que constituyen el fundamento de las situaciones existenciales son los que deben guiar la identificación del reglamento, es decir, la elección de la disciplina aplicable al caso concreto.

Si razonamos de otra manera, terminamos privando al menor que tiene plena capacidad de juicio de la posibilidad de otorgar, después de su muerte, una regulación de sus situaciones existenciales de acuerdo con sus convicciones y su voluntad. En esta perspectiva, por lo tanto, deben ser criticados e imponen, sobre la base de los argumentos presentados, una interpretación derogatoria tanto la ley en materia de dispersión de cenizas como la de trasplante de órganos, en la parte en que aparece, expresamente, excluir la validez del acto de última voluntad realizado por el menor (ver art. 3, párrafo 1, letra a, no. 4, Ley it. 30 de marzo de 2001, n. 130; art. 4, párrafo 3, Ley it. 1 de abril de 1999, n. 91).

Las decisiones sobre el propio retrato, la correspondencia, la publicación de obras, los procedimientos de entierro, la cremación, los funerales y

el *account* digital (Facebook⁹⁰, Twitter, correo electrónico, etc.) afectan a las convicciones privadas de la persona y constituyen explicaciones de libertades fundamentales, de modo que sería inimaginable pensar que nuestro derecho haya atribuido al menor la titularidad exclusiva de ellos, excluyendo el poder de la actuación y, en particular, el de la actuación *post mortem*.

Un derecho que se ponga al servicio del hombre y, sobre todo, que quiera garantizar e implementar el respeto por la personalidad humana y su libre desarrollo requiere una consideración renovada del menor, que sepa privilegiar las opciones de vida que él puede expresar, reconociéndole el poder de realizar válidamente todos los negocios jurídicos no patrimoniales o, más bien, existenciales, ya sean actos entre vivos o actos de última voluntad.

Bibliografía

- Allara, M. (1950). *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*. Torino: Giappichelli.
- (1951). *La revocazione delle disposizioni testamentarie*. Torino: Giappichelli.
- Álvarez Lata, N. (2002). Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 6, 113-132.

⁹⁰ Recientemente, Facebook ha identificado nuevas reglas que serán válidas por un tiempo después de la muerte, especificando cómo el titular de la cuenta las puede completar. El usuario, en cualquier momento, puede elegir el destino de su cuenta, para el momento posterior a su muerte, estableciendo si esta y todos sus contenidos se eliminarán de forma permanente, o si se debe hacer en memoria, de modo que permita que los «amigos» recojan y compartan los recuerdos de la persona fallecida. El usuario tiene también la posibilidad de nombrar al «contacto de legado», que «es la persona que eliges para que administre tu cuenta si esta se convierte en conmemorativa». No hay duda de que el nombramiento de un contacto de legado y la decisión de eliminar la cuenta o hacerla conmemorativa deben considerarse verdaderos actos de última voluntad, en virtud de los cuales el titular elige, para después de su muerte, el destino de su cuenta digital. Con el entendimiento de que el patrimonio digital existente en Facebook requiere una reflexión cuidadosa, ya que es un instrumento que identifica a la persona y con respecto al cual el horizonte de los problemas que plantea no parece abordarse adecuadamente de acuerdo con la lógica del modelo propietario, sino de acuerdo con una lógica y perspectiva típicamente personalista. El nombramiento o la elección del contacto de legado, así como la opción de eliminar la cuenta, se puede revocar o modificar en cualquier momento, garantizando así la reconsideración (*restitutio*: la revocación de la disposición) hasta el último momento de la vida. Tal acto tiene todas las características de los actos de última voluntad. Señalo que esta solución no me parece que se ajuste a las disposiciones de la reciente ley de Cataluña 10/2017.

- Amatucci, A. (1964). Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante. *Rivista di Diritto Commerciale*, 220, 290-313.
- Anelli, F. (2005). Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia. *Jus*, 163-231.
- Azzariti, G. (2016) *Contro il revisionismo costituzionale*. Bari: Laterza.
- Azzariti, F. S., Martínez, G. y Azzariti, G. (1973) *Successioni per causa di morte e donazione*. Padova: Cedam.
- Badiali, G. (1962). *Ordine pubblico e diritto straniero*. Milano: Giuffrè Editore.
- Barba, V. (2011). Note per uno studio intorno al significato della parola eredità. *Rassegna diritto civile*, 2, 347-399.
- (2015). *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- (2016). La dispensa dalla collazione. *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 1, 1-46.
- (2018a). *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- (2018b). L'ordine pubblico internazionale. *Rassegna di Diritto Civile*, 2, 403-448.
- Bello Janeiro, D. (2006). *Los pactos sucesorios*. En J. M. Abril Campoy y M. E. Amat Llari (coord.). *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol* (pp. 299-309). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Betti, E. (1960). *Teoria generale del negozio giuridico*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- Bianca, C. M. (2015). *Diritto civile* (vol. 2-2). *Le successioni*. Milano: Giuffrè.
- Bilotti, E. (2016). Interesse della famiglia e interesse dell'impresa nella successione ereditaria. *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, 2, 351-370.
- Bobbio, N. (1938). *L'analogia nella logica del diritto*. Torino: Memorie dell'Istituto Giuridico dell'Università di Torino.
- Bonilini, G. (2000). Una valida ipotesi di mandato *post mortem*. *Contratti*, 1101-1103.
- Bonilini, G. y Tommaseo, F. (2008). Dell'amministratore di sostegno. En *Codice civile. Commentario Schlesinger*. Milano: Giuffrè Editore.
- Caccavale, C. (2006). Contratto e successioni. En V. Roppo (cur.). *Trattato del contratto, Interferenze* (vol. 6) (pp. 403-632). Milano: Giuffrè Editore.
- (2014). *Trasferimento di azienda mediante cessione post mortem a corrispettività condizionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Cañizares Laso, A. (2011a). Comentario al Art. 668. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F. J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (cur.). *Código Civil comentado* (vol. 2) (pp. 288-290). Madrid: Thomson Reuters-Civitas.
- (2011b). Comentario al Art. 675. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F. J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (cur.). *Código Civil comentado* (vol. 2) (pp. 307-312). Madrid: Thomson Reuters-Civitas.
- (2011c). Comentario al Art. 667. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F. J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (cur.) *Código Civil comentado*. (vol. 2) (pp. 285-287). Madrid: Thomson Reuters-Civitas.

- Cariota Ferrara, L. (1958). *Le successioni per causa di morte*, I, Parte generale, 2, *Le specie – I soggetti*. Napoli: Morano.
- Cicu, A. (1947). *Le successioni. Parte generale - Successione legittima e dei legittimari – Testamento*. Milano: Giuffrè.
- (1951). *Il testamento*. Milano: Giuffrè.
- Cinque, M. (2007). *Il minore contraente*. Padova: Cedam.
- Criscuoli, G. (1965). *Le obbligazioni testamentarie*. Milano: Giuffrè.
- Cuffaro, V. (1994). Il testamento in generale: caratterie e contenuto. En P. Rescigno (dir.). *Successioni e donazioni* (pp. 727). I. Padova: CEDAM.
- D'Amico, G. (2017). Revocazione delle disposizioni testamentarie e disciplina applicabile. En *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria. Atti del 11° Convegno Nazionale 5-6-7 maggio 2016* (pp. 69-90). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- De Cupis, A. (1982). Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato. *Rivista di Diritto Civile*, 482-517.
- De Giorgi, M. V. (2017). Patti successori, compatibilità della legge straniera con l'ordine pubblico e tutela dei legittimari. En *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria. Atti del 11° Convegno Nazionale 5-6-7 maggio 2016* (pp. 411-422). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Delle Monache, S. (2005). *Testamento. Disposizioni generali*. Milano: Giuffrè.
- Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M. P. (dirs.) (2015). *Estudios de Derecho de Sucesiones*. Liber Amicorum T. F. Torres García. Madrid: Wolters Kluwer.
- Donisi, C. (1980). Verso la «depatrimonializzazione» del diritto civile. *Rassegna Diritto Civile*, 3, 644-706.
- Errero Oviedo, M. (2009). *El renacer de los pactos sucesorios*. En S. Álvarez González, M. P. García Rubio y M. Requejo Isidro (dirs.). *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)* (pp. 199-218). Santiago de Compostela.
- Espín Cánovas, D. (1991). Comentario al Art. 668. En *Comentario del Código Civil* (vol. 1) (pp. 1680). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Falzea, A. (1996). *Introduzione alle scienze giuridiche. I il concetto di diritto*. Milano: Giuffrè.
- Ferri, L. (1997). *Disposizioni generali sulle successioni. Art. 456-511*. En F. Galgano (cur.). *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna: Zanichelli Editore.
- Fusaro, A. (2013). Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza di impresa. *Rivista di Diritto Privato*, 3, 355-374.
- Gallo, P. (2012). Il contratto fiduciario. En R. Calvo y A. Ciatti (coords.). *I contratti di destinazione patrimoniale* (pp. 35-66). Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- Gangi, C. (1952). *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano* (vol. 1). Milano: Giuffrè.
- García Rubio, M. P. (1989). *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*. Madrid: Civitas; Universidad de León.
- Giampiccolo, G. (1954). *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*. Milano: Giuffrè.

- Grossi, P. (2003). La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodológico. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 32 (1), 25-53.
- (2010). *Il diritto civile alle soglie del terzo millennio*. En F. Macario y M. Lo Buono (cur.). *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodológico per l'insegnamento* (pp. 405-420). Padova: Cedam Editore.
- Guastini, R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffré.
- Irti, N. (1979). *Letà della decodificazione*. Milano: Giuffré.
- Jordano Barea, J. B. (1958). *Interpretación del testamento*. Barcelona: Bosch.
- (1991). Comentario al Art. 675. En *Comentario del Código Civil* (vol. 1) (pp. 1967). Madrid: Ministerio de Justicia.
- (1999). *El testamento y su interpretación*. Granada: Comares.
- Lacruz Berdejo, J. L., De Asís Sancho Rebullida, F., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. (2009). *Elementos de Derecho Civil, V Sucesiones*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Lipari, N. (2004). *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*. Roma: Studium.
- Lisella, G. P. (1984). *Interdizione 'giudiziale' e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Lonardo, L. (1988). *Rapporti trasnazionali e diritto civile costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Mastroberardino, F. (2019). *Il patrimonio digitale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Migliaccio, E. (2017). Collazione, imputazione e preterizione divisoria. *Rassegna di Diritto Civile*, 1, 86-114.
- Miquel González, J. M. (2002). Notas sobre la voluntad del testador. *Revista Jurídica Universidad Autónoma Madrid*, 6, 163-190.
- Pérez Gallardo, L. B. (2007). Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana (Algunas glosas al artículo 9 de la ley 14/2006, de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de España). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4, 605-630.
- Pérez Velázquez, J. P. (2017). La sucesión contractual. En A. M. López y López y R. Valpuesta Fernández (cur.). *Derecho de sucesiones* (pp. 182-184). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Perlingieri, G. (2002). *Atti dispositivi «nulli» e acquisto dell'eredità. Contributo allo studio della gestione conservativa*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- (2015). *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- (2016). La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento. *Rassegna Diritto Civile*, 2, 459-516.
- Perlingieri, P. (1972). *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene.

- (1975). Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. *Diritto e Giurisprudenza*, 826.
- (1983). «Depatrimonializzazione» e diritto civile. *Rassegna Diritto Civile*, 1, 1-4.
- (1985a). Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andiccappato psichico permanente. *Rassegna di Diritto Civile*, 1, 46-61.
- (1985b). L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo *in claris non fit interpretatio*, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi. *Rassegna Diritto Civile*, 990-1017.
- (2006). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- (2010). Fonti del diritto e «ordinamento del caso concreto». *Rivista di Diritto Privato*, 4, 7-28.
- Pino, G. (2010). *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- (2016). *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*. Pisa: Edizioni ETS.
- Prieto Sanchís, L. (2017). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Putortì, V. (2012). Mandato *post mortem* e divieto di patti successorî. *Obbligazioni e Contratti*, 11, 737-746.
- (2014). Disposizioni *mortis causa* a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi. *Rassegna di Diritto Civile*, 3, 787-830.
- Rescigno, P. (1952). *Interpretazione del testamento*. Napoli: Jovene.
- Rodotà, S. (1967). Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile. *Rivista di Diritto Commerciale*, 3-4, 83-96.
- (2007). *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Stanzione, P. (1975). *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Camerino; Napoli: Jovene Editore.
- Stolfi, G. (1949). Note sul concetto di successione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 535.
- Tatarano, M. C. (2003). *Il testamento*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Torres García, T. F. y García Rubio, M. P. (2014). *La libertad de testar. El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Vaquero Aloy, A. (2018). *Libertad de testar y libertad para testar*. Argentina: Ediciones Olejnik.
- Wolf, S., Hrubesch-Millaue, S., Eggel, M., Cicero, C. y Barba, V. (dirs.) (2018). *Der Erbvertrag aus rechts-vergleichender Sicht / Il contratto successorio, aspetti di diritto comparato*. Berna: Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis.