

TEMAS E INTERPRETACIONES DEL DERECHO SUCESORIO  
ITALIANO

*TOPICS AND INTERPRETATIONS OF ITALIAN INHERITANCE LAW*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 366-383*



Vincenzo  
BARBA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 12 de febrero de 2021

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2021

**RESUMEN:** El artículo quiere mostrar que las interpretaciones de las instituciones del derecho de sucesiones que consideran el interés familiar, como expresión del principio de solidaridad (cada vez más en una protección patrimonialista de la legitimidad), siempre prevalente sobre todos los demás intereses, ya no pueden ser compartidas, porque la solidaridad no se distingue del personalismo. Modernizar el derecho de sucesiones no significa tener que abdicar en favor del contrato, sino descubrir el valor de la autonomía privada y el potencial del acto de última voluntad. Es la centralidad de la persona humana y no sólo el principio de solidaridad (más aún si se entiende en un sentido patrimonialista) la clave a través de la cual el derecho de sucesión espera una relectura. Esto requiere el reconocimiento de la centralidad de la autonomía privada y, por lo tanto, la centralidad del acto de última voluntad, como instrumento para la realización de la dignidad de la persona.

**PALABRAS CLAVE:** Testamento; acto de última voluntad; acto mortis causa; contenido típico y atípico del testamento; legitimarios; legítima derechos fundamentales; dignidad de la persona; principio de solidaridad.

**ABSTRACT:** *The paper aims to demonstrate that the interpretations of the institutions of the law of succession that want to consider the family interest, as an expression of the principle of solidarity (increasingly in financial protection of heirs), always prevailing over all others cannot be shared more. Modernize the law of succession does not mean abdicating in favor of the contract, but to discover the value of private autonomy and the potential of the act of last will. It is the centrality of the human person and not just the principle of solidarity (even more if it is considered in the economic sense) the key through which the law of succession is waiting to be interpreted. We must recognize the centrality of private autonomy, and, therefore, the centrality of the act of last will, as a tool for the realization of the dignity of the person.*

**KEY WORDS:** *Will; act of last will; act mortis causa; typical and atypical content of the will; legitimated persons; legitimate; fundamental rights; dignity of the person; principle of solidarity.*

**SUMARIO.- I. ACTOS INTER VIVOS Y ACTOS DE ULTIMA VOLUNTAD.- II. LAS SUCESIONES Y EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.- III. AUTONOMÍA TESTAMENTARIA Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.- IV. AUTONOMÍA Y CONTENIDO DEL TESTAMENTO.**

---

**I. ACTOS INTER VIVOS Y ACTOS DE ULTIMA VOLUNTAD.**

Reflexionar, hoy en día, en torno al derecho de sucesión, requiere no sólo una evaluación del tema en el horizonte ibero-europeo, sino, sobre todo, meditar sobre dos temas centrales: la libertad de disponer por causa de muerte y la protección de los legitimarios o herederos especialmente protegidos. Estos temas, que, en realidad, aunque conservan espacios conceptuales autónomos, a menudo terminan cruzándose entre sí, para representar dos caras de la misma moneda.

No cabe duda de que el discurso sobre la libertad de disposición y la planificación hereditaria no sólo es extraordinariamente fascinante, sino que también conserva una marcada autonomía con respecto a la protección de los legitimarios, al menos en la parte en que exige al jurista de hoy que medite sobre la supuesta declinación del testamento y que reconsidere la teoría del acto de última voluntad.

A este respecto, la obra de GIORGIO GIAMPICCOLO<sup>1</sup>, aunque ha dejado un legado fundamental, es, sin embargo, recordada más por la definición de un acto a causa de muerte y como estudio del llamado contenido atípico del testamento, que no por su contribución fundamental a la teoría del acto de última voluntad.

La categoría del acto entre vivos, entendida como una clase que comprende todos los actos jurídicos destinados a producir, a partir de su celebración, una relación jurídica, no puede contrastarse útilmente con la del acto por causa de muerte, sino con la categoría del acto de última voluntad.

---

<sup>1</sup> GIAMPICCOLO G.: *Il contenuto atípico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 37 s.; GIAMPICCOLO G.: *Atto «mortis causa»*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 232 s.

• **Vincenzo Barba**

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Roma "La Sapienza". Decano del Grado en Ciencias Empresariales. Sus intereses científicos se centran en el derecho de sucesiones, en el derecho de familia y en el derecho de obligaciones y contratos. Es autor de seis monografías y más de cien artículos publicados en revistas italianas e internacionales y es responsable de numerosos proyectos de investigación nacionales e internacionales. Su trayectoria presenta un marcado carácter internacional. Miembro pleno de la Academia Internacional de Derecho de Sucesiones; Miembro ordinario de la SISDiC Società Italiana Studiosi del Diritto Civile; Miembro del Instituto de Derecho Iberoamericano. Es director y fundador de la Revista "Diritto delle Successioni e della Famiglia"; miembro del Consejo Científico de muchas Revistas internacionales; director de la colección "Biblioteca de derecho de familia y sucesiones" de la editorial de Ediciones Olejnik. Correo: vincenzo.barba@uniroma1.it.

Por una parte, los actos de última voluntad, es decir, los actos jurídicos unilaterales y unipersonales, que tienen por objeto producir efectos sólo después de la muerte de su autor, sin poder producir ningún efecto antes de ese momento, incluso si son también conocidos o dirigidos a los mismos destinatarios. Actos, por lo tanto, que son fisiológicamente incapaces de generar algún tipo de confianza en el destinatario, aunque tenga conocimiento de ellos. Actos que, en consecuencia, deben interpretarse teniendo en cuenta exclusivamente la determinación de su autor, mientras que la voluntad de todos los demás sigue siendo sustancialmente irrelevante. Actos, por lo tanto, siempre revocables por su autor.

Por otra parte, los actos entre vivos, es decir, esa clase de actos jurídicos identificados debido a su aptitud para producir, desde su celebración, una relación jurídica, aunque se trate de un efecto jurídico prodrómico o, meramente, provisional (como en el caso de un negocio sujeto al *dies mortis*, o a condición de premoriencia). Los actos unilaterales, bilaterales o plurilaterales, que precisamente por su idoneidad inmediata para producir un efecto jurídico, aunque se trate de un efecto llamado preliminar o prodrómico con respecto al principal, si éste se aplaza a un momento futuro (por la imposición de un plazo inicial, o de una condición suspensiva), pasan a ser capaces de generar una confianza jurídicamente relevante en el destinatario del acto y del efecto. Actos, por lo tanto, que no se pueden revocar y vinculan las partes.

Razonando en esta perspectiva, que quiere cotejar la categoría de los actos entre vivos y la de los actos de última voluntad, se deduce que la categoría de los actos *mortis causa* queda libre de la primera y la segunda. Su rasgo característico radica en considerar la muerte de su autor como un acontecimiento capaz de distinguir el acto desde un punto de vista objetivo-funcional. La categoría de actos por causa de muerte reúne actos que son estructural y naturalmente diferentes en cuanto son capaces de llevar a cabo la libertad de disposición por causa de la muerte.

En mi opinión, es a partir de esta intuición fundamental de Giampiccolo que debe moverse el estudio de la libertad de disponer por causa de muerte, asumiendo la conciencia de que el acto de última voluntad, que no puede ni debe agotarse en el testamento, no es sólo la categoría ordenadora de la libertad de disponer por causa de muerte, sino, sobre todo, una categoría capaz de realizar una planificación hereditaria funcional a las necesidades que, con el paso del tiempo, han ido surgiendo en modo cada vez más evidente.

No se trata de una categoría abstracta, o de un concepto que sólo sirve para poner orden, según la antigua y noble tradición dogmática, sino de un instrumento para la realización de los intereses *post mortem* de la persona.

Desde otro punto de vista, está claro que el testamento es un acto de última voluntad, que no agota la categoría.

Para concretar esta reflexión, basta con recordar los numerosos actos de última voluntad, no necesariamente testamentarios, aptos para ordenar los aspectos sucesorios de la persona: la dispensa de la collación, la elección del tutor para el hijo, las disposiciones relativas a la publicación *post mortem* de la propiedad intelectual o al destino de los documentos y la correspondencia del difunto, las disposiciones relativas a los funerales, la inhumación o la cremación, la confesión.

Desde otro punto de vista, es importante recordar la multiplicidad de actos que pueden, indistintamente, realizarse tanto entre vivos como por la última voluntad, con todas las consecuencias, en términos de eficacia e interpretación, que ello conlleva. Así, la constitución de una fundación, el reconocimiento del hijo extramatrimonial, la rehabilitación del indigno, la revocación del testamento, la revocación de la revocación del testamento, la revocación de la prestación del contrato a favor del tercero, la constitución de una renta vitalicia, la constitución de una servidumbre, la designación o revocación del beneficiario del contrato de seguro de vida, la promesa de pago y el reconocimiento de deuda, la constitución de un derecho de usufructo, uso o vivienda, la constitución de un derecho real o de un derecho personal de goce.

Desde mi punto de vista, esto hace necesario establecer el confín entre el testamento y los otros actos de última voluntad diferentes del testamento, es decir, el contenido que debe confiarse inevitablemente al testamento y el que, en cambio, puede confiarse también a los actos de última voluntad distintos del testamento.

No cabe duda de que el confín preciso depende de los ordenamientos jurídicos, ya que se trata de opciones técnicas de reglamentación.

En cualquier caso, no me parece que podamos descartar una línea de tendencia, que tenga en cuenta la noción de testamento y la función que históricamente ese acto ha asumido. No hay duda de que la función principal del testamento está vinculada a la herencia, es decir, a la institución de herederos y a la ordenación de legados. Es decir, lo que históricamente se ha llamado el contenido típico del testamento. En esta perspectiva, incluso retomando la enseñanza de GIORGIO GIAMPICCOLO, me parece que al testamento está reservada la disposición de la delación, que constituye el llamado contenido típico, con la consecuencia de que cualquier otro interés *post mortem* de la persona, que no implique una disposición de la delación, puede realizarse mediante un acto de última voluntad distinto del testamento.

Me parece, en definitiva, que hay que invertir el razonamiento: no identificar el contenido que puede confiarse a actos de última voluntad distintos del testamento, casi como si se tratara de una categoría residual, sino, al contrario, identificar el contenido que debe confiarse exclusivamente al testamento<sup>2</sup>.

Una vez identificado el contenido típico del testamento en la institución de herederos y en la ordenación de legados, es decir, en la disposición de la delación, cualquier otro interés, que no afecte, inmediata y directamente, a la delación, puede, sin menos, confiarse a un acto de última voluntad que no sea el testamento. El resultado es, pues, una fuerte revitalización de la categoría de los actos de última voluntad y, por consiguiente, una revitalización del derecho sucesorio, ya que todos los intereses no patrimoniales y los intereses patrimoniales que no impliquen, inmediata o directamente, una delación de la herencia, pueden regularse de manera válida y eficaz mediante un acto de última voluntad distinto del testamento, es decir, mediante un acto unilateral y unipersonal que no esté sujeto a las formalidades y a los requisitos prescritos para el testamento. Es, además, una línea de tendencia que recoge las necesidades que surgen hoy en día, ofreciendo una respuesta a todas las herramientas que los principales gestores de redes sociales y servicios digitales han imaginado para la gestión de la cuenta de los usuarios (entre otros, el contacto de legado de Facebook).

Así pues, un texto impreso, firmado por su autor, aunque sería un testamento ológrafo inválido y, por lo tanto, un acto por el cual el particular no podría, válidamente, establecer un heredero o un legatario, sería un acto válido de última voluntad, si contiene prescripciones relativas a la persona que tiene derecho a publicar las obras inéditas del difunto, o al destino de las cartas y documentos familiares, y también si contiene la revocación del contrato a favor del tercero que debe efectuarse después del fallecimiento del titular, o la designación del beneficiario del seguro a favor del tercero.

## II. LAS SUCESIONES Y EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.

La teoría del acto de última voluntad, como instrumento indispensable para la planificación de la sucesión, cuando no nos ocupamos de su función y del tema de su contenido, se cruza inevitablemente con la protección de los legitimarios. Ya que esta última regulación termina por constituir un límite a la libertad de disponer por causa de muerte, volviendo a proponer, aunque con variedad de tonos y matices, la difícil relación entre autonomía y heteronomía.

Una relación dogmáticamente difícil e históricamente condicionada, especialmente en derecho de sucesiones, por la teoría institucional de la familia y

---

2 BARBA V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 3 ss.

el interés familiar. Con la advertencia de que todo el derecho de sucesiones por causa de muerte se ha leído, a menudo, en función del interés familiar, casi como si esta solución hermenéutica fuera una necesidad ineludible.

Paradójicamente, esta lectura del derecho sucesorio se ve aún reforzada en cierta medida por la lectura de los principios constitucionales, a través de los cuales se sigue sosteniendo la idea de que la protección de los legitimarios se basa en el principio de solidaridad. De hecho, muchos dicen que no se puede hacer una lectura del derecho de sucesiones sin dar prioridad al principio de solidaridad.

Esta lectura, precisamente porque se consideraba insuperable, ha empujado a la doctrina a refugiarse en los negocios jurídicos con efectos *post mortem*, reforzando esa fuerza centrífuga respecto al testamento que, cada vez con mayor convicción, se ha anunciado, y ha indicado la prohibición de los pactos sucesorios como el enemigo contemporáneo de una planificación hereditaria, capaz de captar las necesidades de hoy.

No hay duda de que, a una primera lectura, la protección de los legitimarios puede parecer una regulación a través de la cual se realiza el principio de solidaridad.

Sin embargo, hay que considerar que la solidaridad, como principio fundamental de los ordenamientos jurídicos fundado en el valor de la persona humana y de su dignidad, no puede ser disuelta por el personalismo y que, en todo caso, siempre es necesario equilibrar los principios involucrados según un criterio de razonabilidad.

Se enseña, ya a nivel de manual, que existe una pluralidad de significados de solidaridad: solidaridad para los fines del Estado, o para los de los ciudadanos, espontáneamente, o impuesta con autoridad.

Desde la perspectiva constitucional, la solidaridad expresa la cooperación y la igualdad en la afirmación de los derechos fundamentales de todos.

Por lo tanto, no se trata de una solidaridad restringida dentro de los límites de un grupo, ni disuelta en la subordinación de cada persona al Estado.

La solidaridad constitucional, es decir, no concibe, ni puede concebir, un interés mayor que el del pleno y libre desarrollo de la persona.

La solidaridad está inextricablemente ligada al personalismo; es la persona que es inseparable de la solidaridad y no el último superior al primero. Porque el cuidado del otro es parte del concepto mismo de la persona.

Esto hace necesario considerar que la familia, encuentra protección en nuestro sistema constitucional precisamente como formación social y, por tanto, como lugar, aunque privilegiado, en el que se desarrolla la persona humana.

Las formaciones sociales, sin embargo, siempre deben ser consideradas en una posición de servicio a la persona.

Nunca puede haber supremacía del grupo sobre el individuo.

Desde esta perspectiva, el derecho sucesorio merecería ser releído, porque si, por un lado, la sucesión necesaria protege a la familia, por otro lado, la libertad de disponer, expresión del principio de autonomía, es un instrumento fundamental para la realización de la persona.

La lectura tradicional del derecho de sucesión, como sistema dedicado a la realización exclusiva y necesaria del interés familiar, no parece, por lo tanto, corresponder ni ser coherente con la tabla de valores normativos de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Se requiere una nueva lectura, teniendo en cuenta la necesidad de conciliar, de equilibrar el interés familiar, protegido por el necesario derecho sucesorio, con la libertad de la persona a la autodeterminación, conseguida por la libertad de disponer y, más precisamente, por el acto de última voluntad.

Además, es importante cambiar radicalmente el concepto de familia. No es importante centrarse solo la familia basada en el matrimonio o en los lazos de sangre, ya que la coordinada fundamental ha de ser la afectividad.

En este sentido la enseñanza del distinguido jurista cubano LEONARDO PÉREZ GALLARDO<sup>3</sup> según el cual: «(n)o se trata de proteger a las familias por el solo hecho de existir vínculos sustentados en el ADN; no creo que la sangre por sí sola sea motivo justificativo suficiente de enervar parcialmente la libertad de disponer por causa de muerte. Debe existir un plus, conectado con la dependencia, con la vulnerabilidad, amén del vínculo afectivo-familiar, que envuelve no un concepto tradicional de familia, sino uno capaz de avizorar los nuevos constructos familiares». Y el autor precisa que la afectividad es el centro de la reconstrucción familiar, hasta el punto de que el principio de pluralidad familiar reconocido en el art. 81 de la Constitución cubana impone al legislador infraconstitucional reconocer el afecto como un valor no solo jurídico, sino también constitucional, al ser el denominador común de todos los hechos y actos fundantes de las familias.

3 PÉREZ GALLARDO L.: *Hacia un legítima asistencial: ni Escila ni Caribdis*, en PÉREZ GALLARDO L.: *El derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020, pp. 67 ss.; PÉREZ GALLARDO L.: *Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestado, en pos de superar trazos hematológicos*, en PÉREZ GALLARDO L.: *El derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020, pp. 213 ss.

En Italia, también gracias a la posición de una parte de la doctrina, este cambio de perspectiva comienza a registrarse y se hallan signos de apertura, si se considera que la jurisprudencia de legitimidad, con soluciones, que comparto, carece de considerar, con cada vez mayor convicción, la disciplina de la protección de los legitimarios como un principio del llamado orden público internacional.

Esta cuestión ha adquirido, además, gran importancia y tiene significativas repercusiones prácticas, si se tiene en cuenta que en agosto de 2015 entró en vigor el Reglamento 650 de la Unión Europea de 2012, que contiene normas particularmente innovadoras de derecho internacional privado.

La ley que rige la sucesión ya no es la ley nacional del fallecido, sino la ley del Estado en el que el fallecido tenía su residencia habitual en el momento de su muerte. Además, el causante puede elegir, como ley que rige su sucesión, la del Estado del que era nacional en el momento del fallecimiento o en el momento de la elección. Por último, a los efectos de la validez y eficacia del testamento, o de cualesquiera actos sucesorios, se aplica la ley de la residencia habitual de la persona en el momento en que se redactó el documento, a menos que la persona elija la ley de un Estado del que sea nacional.

Por lo tanto, el ámbito de aplicación de una ley extranjera se amplía considerablemente; sin embargo, el art. 35 sigue estableciendo el límite de aplicabilidad de la ley extranjera en caso de contrariedad con el principio de orden público.

Haber excluido que la sucesión necesaria es un principio de orden público internacional es un signo de apertura, lo cual es importante, sin embargo, no suficiente.

Cabe ofrecer una relectura del derecho de sucesión por causa de muerte, que sepa captar las extraordinarias potencialidades del acto de última voluntad y del testamento, emancipándose ambos de la lectura obligada que divide su contenido en típico y atípico; que, sobre todo, deje de considerar el interés familiar como el exclusivo y único horizonte hermenéutico a través del cual deben llevarse a cabo y disolverse los temas y problemas del derecho de sucesiones.

Todo esto, por supuesto, no significa proponer una lectura que abroga la disciplina de protección de los legitimarios, que no puede, con esto solamente, ser eliminada, aunque merecería una importante revisión legislativa, al menos en lo que se refiere a la reducción de las cuotas de reserva, a la obligatoria y a la desheredación del legitimario por violación de los deberes de solidaridad con el causante.

Significa tomar conciencia de que ciertas propuestas interpretativas, destinadas a una lectura que restringe fuertemente la libertad de disponer, merecerían ser revisadas. Porque se basan, además, en una idea de solidaridad, muy alejada de la elegida en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, en un concepto de solidaridad puramente patrimonialista, como si ésta sólo pudiera ser, concretamente, realizada y puesta en práctica por la misericordia de las atribuciones patrimoniales a favor de los parientes cercanos.

Desde otro punto de vista, es singular que el principio de solidaridad se utilice para ofrecer interpretaciones muy conservadoras de la disciplina de protección de los legitimarios, mucho más allá del límite que impondría el correcto equilibrio de este principio con el de la libertad de disponer y el de libre determinación, sin embargo no se utilice en sentido contrario, es decir, para evaluar el comportamiento de los legitimarios.

Cuando, por ejemplo, la elección del testador de desheredar un legítimo está motivada precisamente por el comportamiento de éste; es decir, cuando, más allá de las hipótesis de indignidad, el legítimo ha asumido, en vida, un comportamiento contrario al principio de solidaridad y, a menudo, al respeto de la dignidad humana del testador.

Subestimando esta lectura inversa, por así decirlo, del principio de solidaridad, que no pasa del testador al legítimo, sino, al revés, del legítimo al testador, se afirma que la desheredación del legítimo es una disposición testamentaria irremediabilmente nula<sup>4</sup>. No comparto esa interpretación y opino que se trata de una disposición testamentaria válida y efectiva que sólo puede ser considerada inoficiosa. Y, sobre todo, una disposición testamentaria que, en ciertos casos concretos, puede, paradójicamente, constituir un verdadero instrumento de aplicación y realización del principio de solidaridad familiar, excluyendo de la sucesión el legítimo que se haya infringido los deberes familiares.

El principio de solidaridad exige, pues, una lectura global del derecho de sucesiones, porque, por una parte, debe encontrar un contra-límite en la libertad de disponer, como expresión del valor de la dignidad humana, y, por otra, no puede ser considerado desde una perspectiva exclusivamente patrimonial y considerado unilateralmente como el deber exclusivo del causante con respecto a su legítimo, y no también como el deber de los legítimos hacia el causante. Requeriría, es decir, valorar no tanto y no solo la relación de parentesco, por su proximidad, sino más bien la intensidad del vínculo afectivo, el estado de necesidad del pariente cercano y, con respecto al cónyuge, la duración y la gravedad del vínculo.

4 BIANCA C. M.: *Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni*, Giuffrè, 3ª ed., Milano, 2001, p. 654.

Es la centralidad de la persona humana<sup>5</sup> y no el principio de solidaridad lo que constituye la clave a través de la cual el derecho sucesorio espera ser releído; esto requiere el reconocimiento de la centralidad de la autonomía privada y, por lo tanto, la centralidad del acto de última voluntad, como instrumento para la realización de la dignidad de la persona.

La centralidad del acto de última voluntad, el último don de la ley, que no sólo da voz a los sentimientos humanos, sino que constituye “una respuesta terrenal a la aspiración humana a la inmortalidad del alma”<sup>6</sup>.

### III. AUTONOMÍA TESTAMENTARIA Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

Repensar, en clave contemporánea, la teoría del acto de última voluntad, entendido como un acto unilateral y unipersonal destinado a producir efectos tras la muerte de su autor y capaz de estructurar todos los intereses *post mortem* de la persona, significa también meditar sobre su relevancia en términos de acto de autonomía privada. Con la advertencia de que decir que es un acto de autonomía privada no sólo sirve para marcar su connotación esencial, sino, también, para captar su fundamentación dentro del ordenamiento jurídico.

La autonomía privada que, sin duda, constituye un arquitrabe fundamental del ordenamiento jurídico, no tiene un fundamento unitario, sino un fundamento en relación con los intereses que el acto está, por así decirlo, llamado a realizar. Tampoco sería legítimo dudar de la diferencia de fundamento entre un negocio patrimonial y uno extramatrimonial, entre un contrato y una convención matrimonial, entre un negocio de intercambio y un negocio liberal, entre un negocio que constituye una asociación y un contrato de trabajo.

Se trata todavía de negocios jurídicos que tienen una base diferente en función de los intereses que realizan.

Ciertamente no es concebible, en lo que respecta a los sistemas jurídicos contemporáneos, que la autonomía privada pueda encontrar su fundamento en una única norma de ley, ya que su fundamentación está en el conjunto de los principios expresados en las Constituciones y en los Tratados y Convenciones internacionales. Es decir, en una evaluación unitaria, global y axiológica, que sepa

5 PERLINGIERI P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1972, pp. 3 ss.; PERLINGIERI P.: *Mercato, solidarietà e diritti umani*, en *Rassegna di diritto civile*, 1995, pp. 84 ss.; PERLINGIERI P.: *La persona e i suoi 'diritti'*. *Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 3 ss.; LIPARI N.: *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Edizioni Studium, Roma, 2004, pp. 3 ss.; RODOTÀ S.: *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 3 ss.

6 LEIBNITZ VON G.W.: *Il nuovo metodo di apprendere e di insegnare la giurisprudenza*, a cura di C.M.L. De Iulius, Giuffrè, Milano, 2012, p. 15 ss.

captar el potencial del acto, en relación con los intereses realizados y su idoneidad para condicionar uno u otro principio fundamental.

Desde otro punto de vista, el principio constitucional de subsidiariedad no puede leerse sólo como un principio de organización y un criterio de reparto de competencias y, por tanto, de poderes, sino como un principio de reconocimiento de la autonomía: legislativa, discrecional, colectiva y privada.

Tampoco tendría sentido, sobre la base de ese principio, distinguir, como proponen muchos, una autonomía privada destinada a la realización de intereses generales, de la autonomía privada destinada a la actuación de intereses individuales. Por una parte, la autonomía contractual, que se expresaría a través del contrato y que, por su naturaleza, estaría autorizada a regular las relaciones entre los particulares. Por otra parte, la facultad de autorregulación, atribuida a los particulares para regular intereses generales con eficacia que se extiende más allá de las partes.

Esta distinción no es totalmente convincente

No solo porque son, sin embargo, negocios jurídicos, sino también porque la distinción es cada vez más opaca, por varias razones. Fuera del criterio cuantitativo, que no puede apreciarse positivamente, es difícil identificar un parámetro discrecional entre los intereses individuales y los generales; porque la realización de los primeros es, en primer lugar, la realización de los segundos; porque no necesariamente el interés de muchos debe prevalecer sobre el interés de uno solo; porque todos los actos de autonomía privada este sujeto a un control de legalidad.

El principio de subsidiariedad, que puede construirse como valor normativo, es el fundamento del principio de la autonomía privada, sin necesidad de distinguir la autonomía privada destinada a lograr intereses individuales de la autonomía privada destinada a lograr intereses generales.

Prueba de ello es precisamente el acto de última voluntad y, en particular, el testamento, si se piensa en todas las disposiciones testamentarias por las que el causante, por medio de atribuciones patrimoniales, se propone alcanzar intereses meta-individuales, aunque sea para fines egoístas e interesados, o para la celebración de sí mismo.

Los legados en favor de los pobres, que tienen una disciplina precisa, los legados en favor de fundaciones u organismos de investigación, o en favor de fundaciones u organismos que persiguen fines sociales o humanitarios, así como las disposiciones testamentarias que constituyen fundaciones con fines de interés

social, de atención a las personas vulnerables. La forma que acompaña a ciertas disposiciones testamentarias, que obliga al heredero o al legatario a realizar actos o actividades en beneficio de personas no especificadas, necesitadas o merecedoras. En general, todos los legados testamentarios, cuya práctica es plena, están orientados a la realización de los llamados objetivos sociales.

Son, siempre, actos de autonomía privada, que, lejos de realizar sólo intereses individuales (siempre que esta distinción sea, realmente, útil o prescindible), aspiran también a realizar intereses de carácter general.

El testamento, acto de autonomía privada por excelencia, se convierte en un instrumento para la realización de intereses socialmente relevantes, que inevitablemente involucra a terceros, tanto en el acto como en la relación.

No basta, pues, para identificar el orden de la disposición testamentaria concreta, considerar únicamente el interés familiar, según una visión unilateral y patrimonialista del principio de solidaridad, entendido unívocamente como la solidaridad del causante hacia los legitimarios. Es necesario considerar el conjunto de normas, es decir, las reglas y principios su complejidad.

Es necesario considerar, en primer lugar, que el testamento realiza el valor fundamental de la persona y la dignidad humana; es necesario considerar que la solidaridad no es una asistencia económica, ni es plausible leerla de manera puramente patrimonial, porque el principio implica la cooperación en la afirmación de los derechos fundamentales; es necesario considerar que el principio de solidaridad también requiere que se evalúe el comportamiento de los legitimarios hacia el causante; es necesario considerar que la disposición testamentaria puede ser votada para realizar intereses meta-individuales.

En resumen, que la disposición testamentaria es un acto de autonomía, que recibe protección constitucional, también en virtud del principio de subsidiariedad.

#### **IV. AUTONOMÍA Y CONTENIDO DEL TESTAMENTO.**

Las teorías patrimoniales, que dominaron el entorno cultural en el que se elaboraron los Códigos Civiles de la segunda mitad del siglo XX, no sólo condicionaron fuertemente la noción de testamento, reduciendo su contenido dentro del esquema patrimonial-atributivo, sino que también limitaron la potencialidad del acto de última voluntad, reduciendo esta categoría sólo en el testamento, sin experimentar su extraordinario potencial. Sólo recientemente se ha tomado conciencia de que el testamento es un acto por el cual el causante puede regular todos sus intereses *post mortem* y redescubrir la importancia de los actos de última voluntad distintos del testamento.

Una reciente conquista que ha impuesto una relectura de las normas que definen el testamento a la luz de los principios y valores vigentes, según una interpretación atenta no sólo a la letra de la ley, sino también a los intereses y capaz de ofrecer y proponer, en consonancia con las líneas generales de los actuales ordenamientos jurídicos, una evaluación cualitativa del conflicto de intereses que en ellos se plantea<sup>7</sup>.

En este contexto, también está la noción de testamento en derecho italiano, regulada en el art. 587 c.c.

La disposición del art. 587 del Código Civil italiano tenía por objeto resolver dos problemas que se planteaban cuando estaba en vigor el Código Civil de 1865: si un testamento podía contener disposiciones extra patrimoniales; si el testamento era eficaz cuando no contuviera disposiciones patrimoniales. Esta disposición, al ofrecer una clara respuesta afirmativa a las dos cuestiones mencionadas, ha creado, sin embargo, dos nuevos y aún más graves problemas de interpretación: si las disposiciones que no tienen un contenido patrimonial pueden ser contenidas en un testamento sólo en los casos expresamente establecidos por la ley; si las disposiciones que no tienen un contenido patrimonial pueden ser consideradas testamentarias en el sentido propio.

En cuanto al primer problema, a pesar de una lectura inicial restrictiva, y de cierta hostilidad que sigue persistiendo, al final prevaleció la tendencia a formular la hipótesis de que el testamento puede contener disposiciones extra patrimoniales, incluso más allá de los casos establecidos por la ley. Por otra parte, se ha observado que una interpretación restrictiva no sería razonable, sobre todo si se tiene en cuenta que, desde hace algún tiempo, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que intereses no patrimoniales *post mortem* de la persona puedan regularse mediante el mandato *exequendum post mortem*.

Más problemática fue la segunda cuestión, respecto de la cual, ante la tendencia negativa, las únicas aperturas terminaron por confirmar una solución de signo restrictivo. En esta dirección hay que considerar las propuestas que, con el fin de dividir entre disposiciones patrimoniales y extra patrimoniales, han distinguido entre testamentos en sentido estricto y amplio, entre testamentos en sentido sustantivo y formal, o, de nuevo, entre testamentos en sentido negocial y documental. Confirmando la idea de que el testamento es un acto con una función exclusivamente atributiva de bienes.

---

7 Esta es la interpretación propuesta por BARBA V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., pp. 25 ss.

Esta interpretación, que sin embargo podría parecer coherente con la intención histórica, justificable sobre la base del tenor literal de la disposición de ley y razonable según los principios y valores vigentes en el sistema preconstitucional, es, hoy en día, no sólo incapaz de captar los intereses contemporáneos de la persona y sus prerrogativas sucesorias, sino, sobre todo, quedándonos en un argumento estrictamente normativo, contraria al sistema constitucional actual y en contraste con los principios y los valores fundamentales.

Ya no es concebible que el fenómeno jurídico de la sucesión pueda resolverse sólo en la sucesión en las relaciones jurídicas patrimoniales, ya que hoy en día se extiende a todos los intereses de la persona.

La teoría patrimonial del testamento y la idea de que hay que distinguir entre disposiciones testamentarias patrimoniales, a las que se aplican tanto las normas sustantivas como las formales, y las disposiciones testamentarias extra patrimoniales, a las que sólo se aplican las normas formales de la voluntad, ha de ser superada.

La distinción ya no tiene razón de ser. No sólo porque no ayuda a identificar la disciplina de la disposición testamentaria, sino, sobre todo, porque es el soporte conceptual de la idea tratatizia, que ya no es coherente con los ordenamientos jurídicos contemporáneos, que el testamento es el único acto de última voluntad por causa de muerte y que tiene una función exclusivamente reguladora de los aspectos patrimoniales-atributivos.

El llamado tipo es sólo un fragmento, roto e incompleto, de disciplina, incapaz de dictar la norma del caso concreto, sino que se ofrece como un fragmento de regulación, que espera ser adaptado al caso y combinado con los demás, según un principio de proporcionalidad y adecuación, que permite identificar la norma del caso concreto, es decir, la norma "justa".

Donde "justa" no pretende evocar concepciones pan naturalistas del derecho, ni evaluaciones consumadas en un plano meramente ético, sino una concepción normativa, en la que la justicia de la norma viene dada por su adecuación y proporcionalidad con respecto al caso concreto, es decir, por un correcto proceso hermenéutico, sistemático y axiológico, capaz de evaluar los intereses concretos y equilibrar, según lo razonable, los principios en concurso.

Superada la idea de que las disposiciones testamentarias no patrimoniales no constituyen un verdadero testamento y caída la idea de que tales disposiciones sólo se permiten en los casos expresamente establecidos por la ley, se considera que la distinción entre el contenido típico y atípico del testamento no tiene razón de ser, ni utilidad.

Las disposiciones testamentarias de contenido típico, las de contenido atípico y los actos de última voluntad encuentran unidad en la necesidad de todas se someten a un control de legalidad destinado a comprobar que el acto de autonomía responde a una función socialmente útil.

Sobre la base de estas premisas, es esencial releer el derecho de sucesiones. Teniendo en cuenta, aunque en el necesario equilibrio de principios y sin descuidar nunca las particularidades del caso concreto, que el reconocimiento de la autonomía privada tiene un papel central y muy importante, porque constituye un valor esencial en los ordenamientos jurídicos de hoy en día.

Lecturas de la autonomía testamentaria, aún hoy frecuentes en la jurisprudencia y la doctrina, que consideran el interés familiar siempre prevaleciente sobre todos los demás intereses, ya no pueden ser compartidas.

En el método, porque la ponderación de los principios debe hacerse siempre con respecto al caso específico, sin posibilidad de permitir, admitir o justificar, al menos en lo que respecta a los principios fundamentales, graduaciones adecuadas o evaluaciones comparativas, independientemente de los intereses concretamente implicados.

En mérito, porque mortifican, injustificadamente, la autonomía testamentaria, sin aprovechar su extraordinario potencial; sobre todo, porque son incapaces de aplicar la legalidad constitucional. Esto impone una operación cultural mucho más difícil y una diferente ponderación de los principios y valores.

Modernizar el derecho de sucesiones no significa tener que abdicar en favor del contrato, sino descubrir, paso a paso, en la interpretación de cada norma del derecho de sucesión, el valor de la autonomía privada y el potencial del acto de última voluntad. Así pues, se puede releer la norma sobre la prohibición de los pactos sucesorios, las normas sobre la capacidad y la indignidad para suceder, el tema de la desheredación del legitimario, los problemas de aceptación y renuncia, las normas sobre los derechos reservados al cónyuge, las normas sobre el contenido del testamento, las normas sobre los elementos accidentales de las disposiciones testamentarias, las normas sobre la restitución, las normas que rigen el contenido de unos legados.

Probablemente el derecho hereditario, más que otras áreas del derecho civil, es el que aún espera los mayores esfuerzos; sin embargo, el que, desde este punto de vista, se presta a ofrecer resultados inesperados hace décadas.

Ciertamente, es la esfera del derecho en la que la ansiedad reformista del legislador es menos efervescente; pero en la que una interpretación axiológica

y aplicativa puede dejar muchas esperanzas de una planificación hereditaria razonable y adecuada.

## BIBLIOGRAFÍA

BARBA V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

BIANCA C.M.: *Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni*, Giuffré, 3ª ed., Milano, 2001.

GIAMPICCOLO G.:

- *Atto «mortis causa»*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffré, Milano, 1959.
- *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffré, Milano, 1954.

LEIBNITZ VON G. W.: *Il nuovo metodo di apprendere e di insegnare la giurisprudenza*, a cura di C.M.L. De Iuliis, Giuffré, Milano, 2012.

LIPARI N.: *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Edizioni Studium, Roma, 2004.

PÉREZ GALLARDO L.:

- *Hacia un legitima asistencial: ni Escila ni Caribdis*, en PÉREZ GALLARDO L.: *El derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020.
- *Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestado, en pos de superar trazos hematológicos*, en PÉREZ GALLARDO L.: *El derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020.

PERLINGIERI P.:

- *La persona e i suoi 'diritti'. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005.
- *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1972.
- *Mercato, solidarietà e diritti umani*, en *Rassegna di diritto civile*, 1995.

RODOTÀ S.: *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.