

**El contenido atípico del testamento en el derecho italiano.
Superación del concepto y acto de ultima voluntad.**

VINCENZO BARBA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Sapienza de Roma

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	EL CONCEPTO DE TESTAMENTO EN EL DERECHO CIVIL ITALIANO. DESDE EL ARTÍCULO 759 DEL CÓDIGO CIVIL DE 1865 HASTA EL ARTÍCULO 587 DEL CÓDIGO CIVIL DE 1942.....	2
A)	LOS DOS PROBLEMAS QUE HISTÓRICAMENTE HA PLANTEADO LA NORMA SOBRE EL CONCEPTO DE TESTAMENTO	2
C)	DESDE EL ANTEPROYECTO HASTA EL ARTÍCULO 133 DEL REAL DECRETO DE 26 DE OCTUBRE DE 1939	4
D)	EL ÚLTIMO ACTO: LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 587 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO	6
III.	LA NOCIÓN DE CONTENIDO TÍPICO Y ATÍPICO DEL TESTAMENTO	8
A)	RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 587 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO Y EL CONTENIDO ATÍPICO DEL TESTAMENTO	9
B)	LA RECONSTRUCCIÓN PROPUESTA POR DA GIORGIO GIAMPICCOLO.....	9
C)	EVOLUCIÓN DEL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN “CONTENIDO TÍPICO Y ATÍPICO DEL TESTAMENTO”: LAS DOS EXPRESIONES SE CONVIERTEN EN SINÓNIMO DE DISPOSICIONES PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES. LOS DOS PROBLEMAS CLÁSICOS.....	11
D)	EVOLUCIÓN DEL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN CONTENIDO TÍPICO Y ATÍPICO DEL TESTAMENTO: LAS DOS EXPRESIONES SE CONVIERTEN EN SINÓNIMOS DE DISPOSICIONES QUE TIENEN UNA DISCIPLINA ESPECIFICA Y NO	12
E)	EL PROBLEMA DE LOS LEGADOS ATÍPICOS.....	14
IV.	SUPERANDO LA DISTINCIÓN ENTRE EL CONTENIDO TÍPICO Y ATÍPICO DEL TESTAMENTO	19
A)	LA INSUFICIENCIA DE ESTA DISTINCIÓN PARA DEFINIR EL CONCEPTO DE TESTAMENTO.....	19
B)	LA INSUFICIENCIA DE ESTA DISTINCIÓN PARA IDENTIFICAR LA REGULACIÓN APLICABLE	23
V)	CONCLUSIÓN	25

I. Introducción

La idea de que hay que distinguir entre el contenido típico y atípico del testamento es una de las adquisiciones comunes del derecho testamentario moderno. Se utiliza, esencialmente, para afirmar que las disposiciones de contenido extrapatrimonial no constituyen un testamento en

sentido propio¹, es decir, un testamento estricto² o sustancial³, o negocial⁴ y, en consecuencia, para afirmar que el concepto de testamento está estrechamente relacionado con el concepto de patrimonialidad, de tal manera que no sería posible definir el testamento sin referirse a las atribuciones patrimoniales⁵.

Todas estas afirmaciones y, en particular, la idea de que el testamento debe tener necesariamente un contenido patrimonial y que constituye el único acto de última voluntad de los sistemas jurídicos contemporáneos, creo que deben ser objeto de severas críticas, investigando también el origen histórico de estas reconstrucciones.

II. El concepto de testamento en el derecho civil italiano. Desde el artículo 759 del Código Civil de 1865 hasta el artículo 587 del Código Civil de 1942

a) Los dos problemas que históricamente ha planteado la norma sobre el concepto de testamento

Las disposiciones legales que definen el testamento en los ordenamientos jurídicos contemporáneos han servido para resolver dos problemas fundamentales que se han encontrado históricamente en la experiencia europea: si un testamento podía contener disposiciones extrapatrimoniales; si estas últimas debían considerarse eficaz, aunque el testamento no contuviera disposiciones patrimoniales⁶.

¹ A. CAÑIZARES LASO, *Com. Art. 667, en Código Civil comentado*, a cura de Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, vol. 2, p. 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».

² A. CICU, *Le successioni. Parte generale - Successione legittima e dei legittimari - Testamento*, Milano, 1947, p. 28s; ID., *Il testamento*, 2ª ed., Milano, 1951, p. 10.

³ C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. I, 2ª ed., Milano, 1952, p. 31.

⁴ M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1950-1951, p. 207 s.

⁵ J.B. JORDANO BAREA, *Com. Art. 675, en Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, (Vol. 1), p. 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».

⁶ La cuestión, que comparada con otras disposiciones de carácter extrapatrimonial, podía tener un significado limitado, ya que era frecuente y habitual que las disposiciones de carácter extrapatrimonial, como el reconocimiento del hijo natural, o la prescripción a la madre superviviente de las normas sobre la crianza de los hijos y la administración de sus bienes, o el nombramiento de un tutor o administrador, estuvieran contenidas en un testamento en el que el causante también había dispuesto de sus bienes, estaba destinada a adquirir un significado muy diferente en el caso de la revocación del testamento. La revocación, en efecto, precisamente por su naturaleza intrínseca, no tiene por qué ir acompañada con otras disposiciones de disposición de bienes. Por consiguiente, se dijo que un testamento que sólo contuviera la revocación de un testamento anterior no podía considerarse válido y, por lo tanto, que la disposición de revocación, a falta de disposición de bienes, no podía ser válida. La inconsistencia de tal solución y, sobre todo, la insatisfacción con el resultado que implicaba, llevó a la jurisprudencia y doctrina italiana a replantear la cuestión. Al no poder superar la regla de que un testamento sin contenido patrimonial es ineficaz, pasó por la demostración del carácter patrimonial de la disposición de revocación expresa. De hecho, se ha sostenido que la revocación expresa del

La historia de la norma que hoy define el testamento en Italia, es decir, el artículo 587 del Código Civil italiano, es una clara demostración de ello.

La gestación del artículo 587 del Código Civil italiano es, sin duda, una de las más complejas del segundo libro, hasta el punto de que es una de las pocas que ha cambiado de manera significativa, no sólo del anteproyecto al proyecto definitivo y de éste al texto de 1939, que entró en vigor el 21 de abril de 1940, sino también cuando, en 1942, éste último se tuvo que coordinar con los demás libros del Código Civil italiano que, mientras tanto habían sido aprobados.

No sólo porque la noción de testamento planteaba un problema de fundamento filosófico-racional⁷ en lo que respecta al derecho de testar⁸, sino también un problema de fundamento técnico, al tener que explicar la idoneidad de un acto jurídico para producir efectos cuando su autor ha muerto, es decir, cuando esa voluntad ya no existe⁹.

Pero, sobre todo, porque el legislador tenía en mente resolver dos problemas que, hace tiempos, la doctrina y la jurisprudencia ya habían señalado¹⁰: si un testamento podía contener disposiciones extrapatrimoniales y si estas últimas podía constituir el único contenido del testamento, es decir, si es válido un testamento por el cual el causante regula solamente los aspectos extrapatrimoniales de su sucesión, sin disponer de ningún bien¹¹.

b) El artículo 759 del Código Civil italiano de 1865

El artículo 759 del Código Civil italiano de 1865¹², que se limita a definir el testamento como «un acto revocable, por el cual el causante, según las normas establecidas por la ley, dispone, para después de su vida, de todos o parte de sus bienes a favor de una o más personas», había, en efecto, reconocido que el testamento es un acto con una función exclusivamente patrimonial y atributiva¹³.

testamento es una disposición de contenido patrimonial, ya que se reduce a la institución de heredero de las personas nombradas con un testamento anterior o, en su defecto, al nombramiento de los herederos según la ley.

⁷ A. BRUNETTI, *Il diritto di testare secondo la teoria integrale del diritto privato*, in *Giur. it.*, 1924, IV, c. 162 ss., según el cual el *ius testandi* «costituisce quella condizione, la quale, allorché si verifica l'evento della morte, fa sorgere nello Stato il dovere di distribuire in un determinato modo i beni che furono già di proprietà del disponente». Es decir, el derecho de testar no es el derecho a transmitir los bienes, sino el derecho a realizar un acto (el testamento), que da lugar en el Estado al deber de distribuir los bienes que eran del causante de acuerdo con su voluntad. Sin embargo, esta explicación de la base filosófico-racional no fue convincente, y A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940, p. 225, afirmó que es una mera «fraseología descriptiva».

⁸ V. POLACCO, *Delle successioni, vol. I, Lezioni tenute nella R. Università di Roma negli anni accademici 1922-1923, 1923-1924*, Roma, 1928, p. 137 s.

⁹ Según la teoría teológica, que pertenecía a Leibnitz, se decía que el testamento no deja de serlo con la muerte del sujeto, porque el hombre existe espiritualmente; según la teoría del contrato, que pertenecía a Grocio y había obtenido el consentimiento de Kant, se decía que incluso en el testamento se puede encontrar un acuerdo entre el testador que dispone y el sucesor que acepta. Para una cuidadosa y extensa exposición, ver F. FILOMUSI GUELFI, *Successione (diritto di successione) Introduzione*, in *Dig. it.*, XII, parte III, Torino, 1889-1897, p. 1 ss. La tesis contractual, como se sabe, también fue apoyada por E. CIMBALI, *Il testamento è contratto?*, in *Filangieri*, 1884, I, p. 265 ss.

¹⁰ Otro y diferente era el problema sobre la naturaleza y la función del testamento. Es conocida la tesis de R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, p. 16 ss., según la cual el testamento era, únicamente, el presupuesto de facto de una atribución que tenía una fuente exclusivamente legal. En la dirección opuesta, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 73 ss.; M. ANDREOLI, *La vocazione ereditaria*, in *Studi senesi*, 54 (1940), pp. 197 ss. e 256 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 196 ss.

¹¹ El problema era particularmente grave en lo que respecta a la revocación. A este respecto, v, nota n. 6.

¹² Sin embargo, el testamento había adquirido un significado muy distinto del que tenía tal acto en el derecho romano, en el que servía a la institución del heredero, entendido como la designación de la persona llamada a ocupar el lugar del difunto, para continuar su actividad jurídica.

¹³ No es casualidad que V. POLACCO, *Delle successioni*, vol. I, cit., p. 193 ss., en la sección III, titulada «Contenido del testamento», omience con un párrafo dedicado a la «testamentificazione passiva», introduciendo el tema con estas palabras: «in favore di chi si può disporre? In altri termini: chi è capace di ricevere per testamento?» y que el autor en la p. 138 y s., aprecia la definición que ofrece el Código Civil italiano porque, a diferencia de la propuesta en las fuentes romanas por Modestino, destaca «che l'atto deve contenere disposizioni patrimoniali».

Ello no impidió que la doctrina respondiera positivamente a la primera pregunta planteada históricamente, de modo que hubo acuerdo en que el testamento también podía contener disposiciones extrapatrimoniales. Esta posibilidad fue confirmada por los artículos 199, 235, 242, 726, 917 del Código Civil italiano de 1865, en la medida en que disponían que el testamento podía dar cabida tanto a la determinación de legitimar o reconocer a un hijo natural como a la prescripción a la madre superviviente de las condiciones de crianza de los hijos y la administración de sus bienes, el nombramiento de un tutor, la decisión de rehabilitar a una persona indigna y la determinación de revocar el testamento.

Sin embargo, existía la firme creencia de que el testamento era el único acto de última voluntad por el cual el causante dispone de todos o parte de sus bienes, por lo que se excluía la eficacia de un testamento con un contenido exclusivamente no patrimonial.

De acuerdo con el Código civil italiano del 1865 y la ideología de las fuentes de derecho¹⁴ de las que era expresión, la doctrina italiana, todavía fuertemente imbuida de voluntarismo, se empeñó más en explicar el fundamento técnico de la sucesión testamentaria que en tratar su contenido extrapatrimonial. Además, en ese contexto, la regulación de las situaciones jurídicas existenciales era un fenómeno, objetivamente limitado y, sobre todo, a menudo eludido mediante argumentos encaminados a reducir las disposiciones claramente extrapatrimoniales dentro de las patrimoniales.

Se dijo, por ejemplo, que la disposición testamentaria sobre funerales o entierros debía considerarse una disposición patrimonial, porque terminaba imponiendo al heredero o al legatario la obligación de pagar los gastos del funeral o del entierro. Además, que la revocación del testamento era una disposición patrimonial, ya que su efecto era atribuir los bienes a los herederos designados en el testamento anterior, si los hubiera, o a los herederos identificados por la ley.

Mediante esta estrategia, sin perjuicio de la idea de que el testamento era un acto de contenido exclusivamente patrimonial, se negaba que las disposiciones extrapatrimoniales pudieran ser consideradas testamento y, por lo tanto, que fueran válidas y eficaces en el caso de que constituyeran el único contenido del acto con forma testamentaria¹⁵.

c) Desde el anteproyecto hasta el artículo 133 del Real Decreto de 26 de octubre de 1939

La dificultad de situar todas las últimas voluntades dentro de los límites de las disposiciones patrimoniales y la necesidad de atribuir validez a un testamento que no contenga disposiciones patrimoniales-atributivas, es decir, los dos problemas de interpretación que se suscitaron en torno a la lectura del artículo 759 del Código Civil italiano de 1865, son el motivo de la angustia del legislador italiano con respecto a la nueva norma sobre la noción de testamento.

La redacción adoptada en el artículo 140 del anteproyecto de 1936 era ciertamente la que, mejor que todas las posteriores, habría resuelto el problema, ya que establecía que «un testamento es un acto revocable, por el cual alguien declara su última voluntad, válida después de su muerte, ya sea mediante disposiciones relativas a todo o parte de su propio patrimonio, ya sea mediante disposiciones no patrimoniales que tengan carácter jurídico».

Esta disposición de ley no reducía el testamento a un acto con una función exclusivamente patrimonial-atributiva, aunque se aclaró que las disposiciones que no tienen contenido patrimonial deben, sin embargo, tener carácter jurídico, como señaló Ludovico Barassi¹⁶ en la Relación que

¹⁴ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 7 s., explica claramente el valor normativo de los derechos fundamentales en los estados constitucionales modernos y su influencia en la ideología de las fuentes del derecho.

¹⁵ Contra, A. CICU, *Le successioni. Parte generale - Successione legittima e dei legittimari - Testamento*, Milano, 1947, p. 283; ID., *Il testamento*, cit., p. 6 s.

¹⁶ Cabe señalar que, a pesar de estas afirmaciones, hechas en el momento de la presentación del anteproyecto, L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 1ª ed., Milano, 1941, p. 254 ss., firma en su volumen que el testamento puede contener instituciones de herederos, legatarios y «può, con o senza disposizioni patrimoniali, contenere altre disposizioni di vario genere».

acompañó al texto de ley. Esta aclaración se consideró necesaria para evitar, aunque fuera una aclaración pleonástica, que una «interpretazione troppo lata» pudiera terminar por inducir a algunas personas a considerar el contenido del testamento como «puramente morale o affettivo».

La amplitud de la definición que aparece en el anteproyecto de 1936 se reduce considerablemente en el proyecto definitivo, que, en el artículo 130, define el testamento como «un acto revocable por el cual el causante dispone, durante el tiempo en que haya dejado de vivir, de la totalidad o parte de sus bienes», añadiendo en el segundo párrafo que «las disposiciones de carácter no patrimonial, que puedan estar contenidas en el testamento, seguirán siendo eficaces aunque no existan disposiciones patrimoniales».

Esta elección, por lo tanto, es radicalmente diferente de la anterior, ya que reafirma, como se desprende de la Relación que acompaña a este texto, que se consideró más conveniente «fijar en primer lugar [...] la noción tradicional de testamento y luego añadir, en un párrafo separado, la norma sobre la eficacia de las disposiciones extrapatrimoniales». Esto es para no romper el concepto tradicional del testamento como acto jurídico de última voluntad para la regulación de los aspectos y, sin embargo, para permitir, en los casos previstos por la ley, que el testamento pueda contener también disposiciones extrapatrimoniales.

Sin embargo, esta fórmula no logró crear un apoyo unánime para ella.

Los juristas que participaron en la preparación del nuevo código, al tiempo que convinieron «en que el testamento también puede contener disposiciones de carácter jurídico que no tengan contenido patrimonial y que pueden ser eficaces en ausencia de disposiciones patrimoniales»¹⁷ consideraron que el texto del artículo 130 del proyecto final era íntimamente contradictorio. Se decía, en efecto, que llevaba una antinomia intrínseca, «entre la primera parte, que asume como carácter fisionómico del testamento su contenido patrimonial y la segunda parte que admite la figura del testamento aunque no haya contenido patrimonial».

El intento de mantener el enfoque ya adoptado con el proyecto definitivo del Código, pero superando esa aparente contradicción, se experimenta¹⁸ con la redacción del Libro del Código Civil «Delle successioni per causa di morte e delle donazioni», aprobado por el Real Decreto de 26 de octubre de 1939, que entró en vigor el 21 de abril de 1940, y que en su artículo 133 ofrece esta definición: «el testamento es un acto revocable por el que alguien dispone, para el tiempo en que haya dejado de vivir, de toda o parte de su propio patrimonio. Las disposiciones extrapatrimoniales, que la ley permite que figuren en un testamento, son eficaces aunque el acto carezca de disposiciones patrimoniales».

El texto, que tenía la aspiración de superar la contradicción del anterior, recibe severas críticas de una destacada doctrina¹⁹, que lo considera no sólo contradictorio, al menos tanto como el anterior, sino incluso capaz de distorsionar y alterar el concepto mismo de testamento, ya que según la formulación contenida en él «è testamento anche l'atto in cui non si contiene alcuna disposizione in ordine al patrimonio del testatore»²⁰ y no sirven para nada, al fin de superar esta contradicción, las consideraciones hechas en la Relación²¹ y en los trabajos preparatorios.

No es casualidad que los primeros comentaristas de esta disposición legislativa insistieran en el carácter exclusivamente patrimonial del testamento, precisando que las disposiciones extrapatrimoniales «non confluiscono sulla validità del testamento»²². Negaron, es decir, que la regulación de los intereses no patrimoniales constituya contenido del testamento, postulando que

¹⁷ Esto se establece en la Relación sobre los trabajos de la Comisión Parlamentaria n. 2.

¹⁸ Considere, por su relevancia, la, la *Relazione ministeriale a S. M. il Re Imperatore*, n. 61.

¹⁹ W. D'AVANZO, *Delle successioni*, t. II, *Parte speciale*, Firenze, 1941, p. 923 ss.

²⁰ W. D'AVANZO, *o.u.c.*, p. 924 s.

²¹ W. D'AVANZO, *o.u.c.*, p. 925.

²² En este sentido, A. BUTERA, *Il codice civile*, cit., p. 222 s., «il secondo comma dell'art. 133 rende manifesto che le disposizioni non patrimoniali sono indipendenti da quelle patrimoniali e però non confluiscono sulla validità del testamento. Il testamento rimane valido anche quando manchi la disposizione dei beni».

la causa de este último coincide, fundamentalmente, con la disposición de los bienes propios para después de la muerte.

d) El último acto: la actual redacción del artículo 587 del Código Civil italiano

El apego de la doctrina tradicional al concepto del testamento como acto de atribución de bienes y el riesgo de que la formulación lingüística del artículo 133 del Real Decreto de 26 de octubre de 1939 permita no sólo afirmar que las disposiciones extrapatrimoniales pueden estar contenidas en un testamento, sino que también pueden constituir su único objeto, sin que el acto pierda su carácter sustantivo, han sugerido, de hecho, una nueva modificación.

Por esta razón, en el momento (1942) en que, con la aprobación de los otros libros del Código civil italiano, se trataba de coordinar el libro “Delle successioni per causa di morte e delle donzioni”, ya aprobado en 1939, el texto fue nuevamente revisado. Lo que supone la conformación que hoy conocemos, gracias a la sustitución de la última parte del segundo párrafo del antiguo artículo 133, en la parte en que disponía que las disposiciones extrapatrimoniales «tienen efecto aunque el acto carezca de disposiciones de carácter patrimonial», por la fórmula actual: «tienen efecto, si están contenidas en un acto que tiene forma de testamento, aunque no existan disposiciones de carácter patrimonial».

La introducción de la frase incidental «si están contenidas en un acto en forma de testamento» tenía por objeto superar la contradicción, siendo útil precisar que el testamento es, en sustancia, un acto de contenido patrimonial-atributivo; que el testamento puede incluso contener disposiciones extrapatrimoniales; que la eficacia de estas últimas permanece firme aunque constituyan el contenido exclusivo de un testamento o, más precisamente, de un acto hecho con la forma de testamento.

Por lo tanto, el resultado general es claro.

Aunque se seguía estudiando el problema de la base filosófico-racional del derecho de testar y la base técnica de la sucesión²³, se respondió positivamente a la primera cuestión que se planteó cuando estaba en vigor el Código civil italiano de 1865, es decir, si un testamento puede contener

²³ En este sentido, las intensas páginas de A. CICU, *Le successioni*, cit., p. 280 ss., en las que el Autor aclara que el problema del fundamento filosófico-racional del derecho de testar -que en realidad es un problema de fundamento político- es un tema que el ordenamiento jurídico debe tratar. El derecho a testar, que debe entenderse como el derecho a disponer de la propiedad propia después de la muerte, así como la facultad de disponer de la propiedad propia durante la vida, es un poder inherente al derecho de propiedad. En cuanto a la base técnica de la sucesión, es decir, sobre cuyo tema se originan los efectos jurídicos de la sucesión, más allá de la controversia entre quienes la consideran en el testamento y quienes la consideran en la voluntad del Estado, actuando como mera condición del testamento, el autor precisa, con mucha modernidad, que el problema debe explicarse en relación con la diferente eficacia de los actos *inter vivos* y los actos de última voluntad. En los primeros se produce el efecto, aunque el mismo puede aplazarse hasta un tiempo después de la muerte de uno de sus autores, porque el negocio ha creado, inmediatamente, una relación jurídica, que persiste cuando se realiza el efecto. Por el contrario, cuando el testamento se perfecciona, no produce ningún efecto, por lo que se plantea el problema de explicar cómo se puede producir el efecto después de la muerte del testador, es decir, cómo se puede establecer una relación jurídica. Según C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 17, que no plantea el problema de la inadecuación del acto de última voluntad para constituir una relación jurídica antes de la muerte de su autor, basta con que el autor del acto esté vivo en el momento de su perfección: «non vi è quindi nulla di eccezionale nel fatto che la volontà testamentaria produce i suoi effetti dopo la morte del testatore, posto che questa volontà sia stata validamente manifestata prima della morte». De lo contrario, según A. CICU, *o.l.u.c.*, el problema se resuelve, sólo si se abandona la idea de que la relación legal debe establecerse entre dos personas. «Nella successione testamentaria l'effetto è dovuto ai due distinti negozi unilaterali, testamento e accettazione, senza che si costituisca un rapporto tra testatore e chiamato. La singolarità della successione testamentaria è nel fatto che essa, a differenza della rinunzia, attua un trasferimento. Il mezzo tecnico per operarla è dato dalla delazione: per essa al momento della morte il bene è posto a disposizione del chiamato; con l'effetto retroattivo dell'accettazione al momento della morte la legge ricollega l'acquisto allo istante stesso in cui cessa la titolarità del precedente soggetto. Tutto ciò non è di ostacolo ad ammettere che il trasferimento si operi per volontà del testatore». La idea se retoma textualmente en el siguiente trabajo sobre el testamento, A. CICU, *Il testamento*, 2ª ed., cit., p. 2 s.

disposiciones extrapatrimoniales, y positivamente también a la segunda, es decir, si estas últimas deben considerarse eficaces, aunque el testamento no contenga disposiciones patrimoniales.

Sin embargo, se mantiene la idea de que el testamento es un acto de atribución de bienes, con la consecuencia de que las disposiciones extrapatrimoniales, que pueden hacerse en el testamento, sólo tienen la forma del acto testamentario y no su naturaleza.

El artículo 587 del Código Civil italiano, al ofrecer una clara respuesta afirmativa a las dos cuestiones mencionadas, ha creado, sin embargo, dos nuevos y aún más graves problemas de interpretación: a) si las disposiciones extrapatrimoniales pueden ser contenidas en un testamento sólo en los casos expresamente permitidos por la ley; b) si las disposiciones extrapatrimoniales pueden ser consideradas testamentarias en el sentido propio del término²⁴.

En cuanto al primer problema, a pesar de una lectura inicial restrictiva, ofrecida por la doctrina italiana²⁵, y de cierta hostilidad que sigue persistiendo, al final prevaleció la orientación de suponer que el testamento puede contener disposiciones extrapatrimoniales, incluso más allá de los casos expresamente previstos por la ley. No era necesario que la ley estableciera expresamente que un determinado interés extramatrimonial pudiera ser regulado por la voluntad, para que la doctrina admitiera esta posibilidad.

Además, se ha añadido que una interpretación restrictiva²⁶ no habría sido razonable, sobre todo si se tiene en cuenta que, desde hace algún tiempo, la jurisprudencia italiana había admitido, con razón, la posibilidad de que unos intereses extrapatrimoniales *post mortem* también podían regularse mediante el contrato de mandato *post mortem exequendum*²⁷. Sin embargo, a pesar de la

²⁴ El tema ha encontrado desarrollos similares en la literatura española. J.B. JORDANO BAREA, *Com. Art. 675*, cit., p. 1678, precisa que: «hay tres concepciones fundamentales del testamento: 1) en sentido formal; 2) en sentido sustancial y amplio; 3) en sentido sustancial y estricto». En sentido formal, no indica un negocio jurídico, sino una simple forma documental, capaz de acoger una pluralidad de negocios de última voluntad admitidos por el ordenamiento jurídico. En el sentido sustantivo y estricto, que es el sentido preferido por el autor y que el autor declara elegido por la jurisprudencia española, indica el acto por el que se dispone de los bienes y, por tanto, un acto de contenido exclusivamente patrimonial-atributivo (v. nota n. **Error! Marcador no definido.**). En sentido sustancial y amplio se identifica con el acto de última voluntad.

²⁵ En este sentido, F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazione*, 6ª ed., Padova, 1973, p. 399 s., que incluso consideran «absurdo» formular la hipótesis de que las disposiciones de contenido extrapatrimonial puedan figurar en el testamento cuando la ley no prevé expresamente. La tesis se lee, en las mismas palabras, también en G. AZZARITI, *Successioni (diritto civile): Successione testamentaria*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 821 s.

²⁶ C. GANGI, *La successione testamentaria*, I, cit., p. 30 s.

²⁷ Los principales aspectos del debate sobre la validez de la figura son conocidos. 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, de antigua tradición, *mandatum morte finitur*, recogida, en el ordenamiento jurídico italiano en el art. 1722, n° 4 Código civil italiano. Una regla que, aunque históricamente, ha sugerido a doctrina autorizada (G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, p. 556 ss., E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, Torino, 1960, p. 320; G. NAVARRA, *Dell'incarico post mortem*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1939, p. 240 ss.; R. DE RUGGIERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano - Messina, 1965, p. 396) negar la validez de la figura, hoy en día, con un cierto consentimiento, no se considera un límite insuperable. Se dice, en efecto, que dicha norma, diferente por su razón y ámbito de aplicación de la que figura en la misma disposición, que establece la extinción del mandato en caso de inhabilitación o incapacidad del mandante (L. NANNI, *Dell'estinzione del mandato*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, sub artt. 1722-1730, 1994, p. 23; V. PUTORTÌ, *Mandato post mortem e divieto di patti successori*, in *Obbl. e contratti*, 2012, p. 738), así como la que establece la extinción del mandato en caso de fallecimiento del mandante (V. PUTORTÌ, *Il mandato post mortem*, cit., p. 356), es derogable. Tiene la función de impedir que los herederos del mandante estén vinculados por las decisiones tomadas por el mandante en la administración de la herencia y, por lo tanto, tiene por objeto proteger los intereses individuales, pero no los meta-individuales. Sin olvidar el hecho de que el propio legislador ha previsto ciertas hipótesis en las que la muerte del *dominus* no importa la extinción del mandato, cuya relación continúa con los herederos del principal. Habiendo afirmado que la regla *mandatum morte finitur* puede ser derogada, la validez de un mandato *post mortem* está vinculada a la disciplina que prohíbe los pactos sucesorios. Sobre este punto la doctrina (P. GALLO, *Il contratto fiduciario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 55), apoyada también por la jurisprudencia, afirma la validez del mandato *post mortem*, cuando el mandante está obligado a realizar un acto meramente ejecutivo, relativo a un bien, o un conjunto de bienes, de los cuales el mandante ya ha transferido la

apertura con respecto a esta primera cuestión, el criterio sobre cuya base es posible establecer qué intereses pueden o no ser regulados por testamento y, aún más macroscópicamente, qué intereses pueden ser regulados por actos de última voluntad distintos del testamento, ha permanecido hasta hoy, en segundo plano y sin una respuesta adecuada.

Más problemática fue la segunda cuestión, con respecto a la cual, ante la tendencia a excluir de raíz el carácter testamentario de las disposiciones extrapatrimoniales, las únicas aperturas terminaron confirmando básicamente una solución reductora. En este sentido, de hecho, hay que considerar las propuestas que, con el fin de dividir entre disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales, han distinguido entre testamento en sentido estricto y amplio²⁸, entre testamento en sentido sustantivo y formal²⁹, o entre testamento en sentido negocial y documental³⁰.

Las respuestas ofrecidas a este segundo problema han tenido implicaciones prácticas muy importantes, si se considera que estas conclusiones iban acompañadas de la idea de que el testamento era el único acto de última voluntad admisible en el ordenamiento jurídico italiano. Esto significaba que un interés extrapatrimonial que no podía ser regulado en el testamento, o que la ley no establecía expresamente que podía ser regulado por testamento, no podía regularse *post-mortem*.

III. La noción de contenido típico y atípico del testamento

propiedad al mandatario; mientras que el contrato es inválido cuando el mandante está obligado a realizar un acto jurídico, que implica la transferencia de un derecho del cual el principal ha conservado la propiedad. Se dice, en efecto, que en este último caso, el mandatario acabaría por disponer, aunque sea en ejecución del mandato, de un derecho de sucesión, porque el «mandante conserva la disponibilità del rapporto sostanziale affidato solo in gestione al mandatario, il quale non acquista la titolarità della situazione sostanziale e svolge, quindi, pur sempre la propria attività per conto altrui» (Cass., 25 marzo 1993, n. 3602, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1613). De acuerdo con este criterio, se afirma, por tanto, que el mandato *post mortem exequendum* es válido. Para profundizar remito a V. BARBA, *El contrato post mortem en el derecho italiano. Una hipótesis más allá de la prohibición de los pactos sucesorios*, en curso de publicación.

²⁸ Así, A. CICU, *Le successioni*, cit., p. 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».

²⁹ Así, C. GANGI, *La successione testamentaria*, I, cit., p. 31, il quale contesta la stessa idea di Cicu, affermando che il Codice fa proprio il concetto tradizionale di testamento, ossia come atto di disposizione dei beni.

³⁰ Así, M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, cit., p. 207 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 negocial 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». Posteriormente, en la monografía de 1957, el autor lleva a cabo esta reconstrucción M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, pp. 27 s. e 102 ss., aclara que el testamento es «un negozio patrimoniale a causa di morte», definición en la que el carácter negocial constituye la nota genérica, mientras que los caracteres de la eficacia *post mortem* y de la patrimonialidad son las notas específicas. Por consiguiente, hay que suponer que las disposiciones del artículo 587, párrafo 2, del Código Civil italiano no son disposiciones testamentarias propiamente dichas, aunque el legislador haya establecido un formalismo igual al prescrito para el testamento. Según esta interpretación, el artículo 587, párrafo 2, del Código Civil italiano no implicaba una ampliación del concepto de testamento, sino más bien una ampliación del concepto de negocio a causa de muerte. Dentro de esta categoría se incluyen «de due sottocategorie del negozio a causa di morte *patrimoniale* e del negozio a causa di morte *non patrimoniale*».

a) Relación entre el artículo 587 del Código Civil italiano y el contenido atípico del testamento

El contexto histórico que llevó a la aprobación del artículo 587 del Código Civil italiano explica también la importancia de los conceptos de contenido típico y atípico del testamento.

No cabe duda de que la distinción tiene su génesis en la reflexión que la doctrina hacía sobre la relación entre las disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales, pero también es innegable que no se puede dar una superposición exacta entre ellas.

Más bien, puede observarse inmediatamente que, originalmente, la expresión “contenido típico del testamento” tiene una extensión de significado que tiende a ser más estrecha que la que evoca todas las disposiciones patrimoniales y la expresión “contenido atípico del testamento” tiene un alcance significativamente más amplio que la que evoca todas las disposiciones extrapatrimoniales³¹.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que, en origen, la expresión “contenido típico y atípico del testamento” no compartía ninguno de los significados con los que estos dos adjetivos se utilizaban en materia contractual, al fin de distinguir entre los contratos que tienen una regulación específica (los llamados contratos típicos) y los que no la tienen (los llamados contratos atípicos).

b) La reconstrucción propuesta por da Giorgio Giampiccolo.

Según Giampiccolo³², que fue quien hizo sustancialmente indispensable la referencia a estos conceptos, de tal manera que toda la doctrina posterior nunca pudo renunciar a ellos³³, la expresión “contenido típico del testamento” indicaba las instituciones de herederos, la ordenaciones de legados y las disposiciones estrictamente accesorias a ambas, mientras que la expresión “contenido atípico del testamento” indicaba todas las demás disposiciones testamentarias distintas de éstas, independientemente de que tuvieran, o no, un contenido patrimonial y de que tuvieran, o no, una disciplina específica.

La reflexión de Giampiccolo se basa en el artículo 587 del Código Civil italiano.

De la observación de que el testamento es el acto por el cual el causante dispone de todos o parte de sus bienes para después de su vida, se desprende la idea de que la función típica del testamento, es decir, la función principal, es disponer de los bienes. Combinando la regla del párrafo 1, del artículo 587 del Código Civil italiano, que define el testamento, con la regla del artículo 588 del Código Civil italiano, que distingue entre una disposición a título universal y una

³¹ Según G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, pp. 10-11 e 15-20.

³² G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico*, cit., p. 326 s., «le dichiarazioni di diverso contenuto [dalla istituzione di erede o di legatario] che in forma testamentaria possono compiersi, ne sussista o non l'unità formale con eventuali disposizioni di beni, non costituiscono testamento. Quando non si tratta di atti non negoziali, a cui risulta già incompatibile la nozione stessa di atto di ultima volontà (anche se compatibile sia, a qualche specie, quella di (mero) atto *mortis causa*) si tratta di negozi che o non sono a causa di morte ovvero sono al più negozi di ultima volontà a sé stanti, che rispondono alle regole generali della categoria a cui appartengono (atto di ultima volontà), ma non a quelle più particolari del testamento. E se purea tutte queste dichiarazioni atipiche, anche quando non siano *mortis causa*, un effetto *post mortem* normalmente consegue, ciò dipende unicamente dalla particolare fattispecie emissiva che il soggetto assegna alla dichiarazione col presceglierne la forma testamentaria; ma da tale profilo l'atto (a rilevanza giuridica esterna) *post mortem* costituisce una categoria dommatica distinta così dall'atto sotto modalità di morte come dall'atto *mortis causa*».

³³ Para comprender lo feliz y afortunada que fue esta expresión, hasta el punto de representar una referencia obligada en toda la doctrina posterior, basta con considerar tanto las monográficas (M. BIN, *La diseredazione, Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1969, p. 140 ss.; A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria del testamento*, Milano, 1988, pp. 70, spec. nota 2, 83 ss.), que tocan el tema del testamento, tanto los tratados como los comentarios más difundidos. Sobre todo, el análisis de esta última es particularmente relevante, para comprender la difusión de esta fórmula, si sólo se comparan las ediciones anteriores a la monografía de Giampiccolo de 1954, con todas las posteriores (por todos, véase F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, 9ª ed., Milano, 1962, p. 99 ss.).

a título particular, se concluye que el testamento es un acto de atribución patrimonial por causa de muerte, que opera a través de la institución de heredero y la ordenación de legado.

De ello se desprende que todas aquellas disposiciones testamentarias que no pueden referirse a estas dos figuras específicas y típicas, ni a las disposiciones accesorias o complementarias de las mismas, deben ser consideradas como contenido “atípico” del testamento³⁴.

Por lo tanto, deben considerarse disposiciones testamentarias atípicas todas aquellas que, aun en presencia de una disposición legislativa expresa y de una disciplina específica, no importan una institución de heredero o la ordenación de legatario y que no son ni complementarias ni accesorias a ellas. Así, por ejemplo, el reconocimiento del hijo natural (art. 254 del Código civil italiano), la institución de una fundación (art. 14 del Código Civil italiano), la designación del tutor o curador, la rehabilitación del indigno, la revocación del testamento, la revocación de la revocación del testamento, la confesión, las disposiciones sobre los funerales y el entierro o la cremación, las disposiciones sobre la publicación *post mortem* de la obra intelectual, las disposiciones sobre la exclusión de alguien del cargo de tutor o curador, la revocación de la fundación, las declaraciones de ciencia y, por último, todas las llamadas declaraciones implícitas³⁵.

La idea de contenido típico del testamento no guarda relación ni con el concepto de disposición testamentaria específicamente regulada por la ley (o sea que tiene una regulación específica), ya que en la tipología de las disposiciones testamentarias atípicas, están también muchas disposiciones testamentarias que tienen una disciplina específica (por ejemplo, el reconocimiento de un hijo natural, el establecimiento de una fundación, la revocación del testamento), ni con el concepto de disposición testamentaria patrimonial, ya que las disposiciones testamentarias atípicas también incluyen disposiciones patrimoniales (por ejemplo, la institución y la dotación de una fundación).

Además, en la reconstrucción de Giampiccolo³⁶, la distinción entre el contenido típico y atípico del testamento no sirvió para excluir la regulación *post mortem* de los intereses extrapatrimoniales sino, muy al contrario, para afirmar la existencia de la categoría general de los actos de última voluntad. Para afirmar, es decir, que el testamento tiene un contenido exclusivamente patrimonial-atributivo, y que la regulación de todos los demás intereses *post mortem* se puede encomendar a actos de última voluntad diferentes del testamento.

En otras palabras, la negación del carácter testamentario de estas disposiciones, que constituyen el llamado contenido atípico del testamento, es instrumental para la afirmación de que integran actos de última voluntad y, por lo tanto, para la idea de que, en el ordenamiento jurídico italiano, el testamento no agota la categoría de los actos de última voluntad.

Por una parte, el testamento, al que se reserva el llamado contenido típico (consistente en: institución de heredero, ordenación de legado y disposiciones accesorias o complementarias de ambas), por otra parte, los actos de última voluntad distintos del testamento, a los que se confía el llamado contenido atípico del testamento. En el entendimiento evidente de que nada impide al causante incluir en su testamento también disposiciones distintas de las que integran el llamado contenido típico.

La profunda revolución cultural propuesta por Giampiccolo habría sugerido un desarrollo de la teoría del acto de última voluntad, que no se ha realizado de manera adecuada y suficiente, pero

³⁴ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico*, cit., p. 3, «l'oggetto della ricerca è perciò rappresentato dal novero di quelle dichiarazioni testamentarie che, qualunque ne sia il contenuto e la natura, non possono riportarsi alle figure tipiche della istituzione di erede e del legato, né costituiscono disposizioni accessorie o complementari ad esse. Riservando all'esito dell'indagine ogni più informata conclusione in ordine ad una esatta definizione di testamento, le designeremo d'ora innanzi con più semplice termine di dichiarazioni testamentarie *atipiche*».

³⁵ Es decir, aquellas declaraciones que, aunque no se manifiesten expresamente, deben derivarse indirectamente de otras disposiciones testamentarias y, por lo tanto, la aceptación de la herencia, que debe inferirse en el caso de un legado de herencia aún no aceptado, o la ratificación de la compra, que debe inferirse en el legado de los bienes adquiridos por el representante sin poder, o, aún así, la renuncia al plazo de prescripción, que debe inferirse en el legado de deuda prescrito. así, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico*, cit., pp. 10-11 e 15-20.

³⁶ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico*, cit., pp. 26 ss., 326 s.

sobre la que creo firmemente que debería emprenderse una nueva reflexión, también a la luz del cambio de los principios y valores de los sistemas jurídicos europeos contemporáneos³⁷.

c) Evolución del significado de la expresión “contenido típico y atípico del testamento”: las dos expresiones se convierten en sinónimo de disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales. Los dos problemas clásicos

La elaboración conceptual del contenido típico y atípico del testamento, aunque se ha convertido en una adquisición común y generalizada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, perdió en el decenio de los años ochenta la geometría de sus límites originales, por lo que esta dicotomía no sólo no aportó esa contribución fundamental a la teoría del acto de última voluntad³⁸ (con la consecuencia de que la doctrina a menudo ha terminado identificando el acto de última voluntad en el testamento), sino también se ha utilizado para explicar la distinción tradicional entre disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales³⁹, con la consecuencia de que no sólo se negaba el carácter testamentario de todas las disposiciones patrimoniales, sino también la posibilidad misma de una regulación *post mortem* de esos intereses.

La doctrina ha vuelto a poner en tela de juicio, una vez más, los dos problemas centrales que el texto del artículo 587 del Código Civil italiano había planteado. Es decir, si el contenido atípico del testamento (*rectius*: las disposiciones extrapatrimoniales) debe limitarse a las hipótesis expresamente previstas por la ley y si el contenido atípico del testamento constituye un testamento en sentido propio, o un acto no testamentario que sólo tiene la forma y las formalidades del testamento.

La respuesta a estas dos preguntas no ha cambiado, esencialmente, del pasado.

Se tiende a admitir que el llamado contenido atípico del testamento (*rectius*: las disposiciones extrapatrimoniales) no reivindica, para su admisibilidad, una norma de derecho que, explícitamente, permita que una determinada declaración pueda estar contenida en el testamento. Admitiendo, por lo tanto, tal vez con mayor convicción que en el pasado, que el testamento puede contener disposiciones extrapatrimoniales más allá de los casos expresamente previstos por la ley. Por consiguiente, el hecho de que la ley no prevea expresamente que un determinado interés extrapatrimonial pueda regularse mediante testamento no excluye la posibilidad de que, en concreto, pueda regularse por testamento, es decir, que sea objeto de una disposición testamentaria.

Por otra parte, se negó sustancialmente que el contenido atípico del testamento constituyera un testamento en el sentido verdadero y propio, es decir, que las disposiciones testamentarias extrapatrimoniales pudieran considerarse, también a los efectos de la aplicación de la regulación sustancial y típica, un testamento en sentido estricto, o en sentido negocial, o en sentido sustancial⁴⁰. Sin embargo, sin preocuparse por determinar si el causante tiene, de alguna forma, la

³⁷ En este sentido y para demostrar que el testamento no es el único acto de última voluntad en el ordenamiento jurídico italiano, que el testamento puede regular todo interés de la persona y que todo aspecto de la sucesión que no afecta, directa o indirectamente, la delación puede regularse por un acto de última voluntad diferente del testamento, véase, V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, p. 3 ss.

³⁸ La prueba es fácil, si sólo se leen estas palabras que G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto*, cit., p. 118, dedica al negocio de última voluntad, o más precisamente, al llamado contenido típico del testamento. «Il negozio di ultima volontà mutua dalla sua natura di atto unilaterale il carattere della *tipicità*; ma ciò vuol dire soltanto che esso, per essere valido, deve rispondere alla generica funzione, che l'ordinamento gli riconosce come tipica, di regolare la successione nei beni o gli interessi familiari e della personalità riferibili al soggetto per il tempo successivo alla morte».

³⁹ Si v. N. ALVAREZ LATA, *Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento*, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2002, 6, p. 113 ss.

⁴⁰ F. MESSINEO, *Manuale*, VI, cit., p. 99, que, tras aclarar que el contenido atípico del testamento es el que queda fuera del contenido patrimonial a que se refiere el párrafo 1 del artículo 587 del Código Civil italiano, especifica que «il rapporto fra il contenuto tipico e il contenuto atipico del testamento si stabilisce, quindi, sulla base di un elemento

facultad de regular estos intereses *post mortem* y, sobre todo, por medio de qué actos. En otras palabras, sin investigar y experimentar qué potencialidades puede ofrecer concretamente la categoría del acto de última voluntad (que es, en mi opinión, la clave interpretativa fundamental de la monografía de Giampiccolo).

En resumen, la idea de que el testamento es un acto de atribución patrimonial y que sirve para la regulación de los intereses patrimoniales⁴¹ permanece y se refuerza. Sin embargo, comienza a cambiar la actitud de la doctrina sobre el significado que debe tener la expresión “suceder por causa de muerte”⁴². Aunque la literatura todavía no había asumido la plena conciencia, al menos en materia testamentaria, del radical cambio ideológico que había sufrido el ordenamiento jurídico italiano por efecto de la aprobación de la Carta Constitucional y la modificación sustancial de los principios y valores fundamentales⁴³.

d) Evolución del significado de la expresión contenido típico y atípico del testamento: las dos expresiones se convierten en sinónimos de disposiciones que tienen una disciplina específica y no

Los conceptos de contenido típico y atípico del testamento, que habían sido ideados por Giampiccolo con el fin de explicar y justificar una teoría del acto de última voluntad, pasan por un nuevo proceso de redefinición, cuando la doctrina comienza a utilizarlos con significados que se alejan gradualmente de la distinción entre disposiciones testamentarias patrimoniales y extrapatrimoniales, que en los veinte años precedentes parecía haberse convertido en dominante, y comienzan a utilizarse, casi inconscientemente, con significados cercanos a aquellos en los que se asumen los adjetivos “típico” y “atípico” en materia contractual⁴⁴.

comune, che è la forma; e di un elemento differenziale, che è la sostanza (contenido patrimonial), caracteristico del solo testamento típico, o testamento nel senso tradizionale».

⁴¹ Así también C. M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia e le successioni*, 3ª ed., Milano, 2001, p. 650, «il testamento, infine, è un atto patrimoniale poiché esso ha per oggetto la disposizione delle *sostanze* del testatore e, cioè dei suoi diritti patrimoniali». L'A., tuttavia, manifesta un'importante apertura, nella parte in cui dopo aver precisato che le principali disposizioni patrimoniali sono quelle a titolo universale, che attribuiscono la qualità di erede, e a titolo particolare, che attribuiscono la qualità di legatario, non esclude che si possano dare altre disposizioni patrimoniali diverse. In particolare, secondo l'A., «il problema deve trovare soluzione positiva per tutti gli atti che sarebbero validi come atti unilaterali negoziali tra vivi. Così dicasi, ad es., di un riconoscimento di debito, dell'esercizio di un diritto di opzione, di una dichiarazione di rinuncia ecc. In quanto espressi nella forma testamentaria e destinati ad avere efficacia dopo la morte del loro autore, tali atti diventano di ultima senza che ciò possa metterne in discussione la loro validità».

⁴² Così, M. BIN, *La diseredazione*, cit., pp. 243, 246.

⁴³ G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 7 s., «i diritti fondamentali, prima proclamati in Dichiarazioni e Carte dei diritti dal valore più politico e programmatico che specificamente giuridico, ho relegati nei discorsi dei filosofi, dei moralisti e dei rivoluzionari, sono adesso collocati dentro il diritto positivo, e anzi al vertice stesso della gerarchia delle fonti del diritto. Da qui la configurazione di un nuovo modello di ordinamento giuridico-lo “Stato costituzionale”- e l'adozione di un nuovo paradigma sia teorico che normativo di riflessione giuridica - il neo costituzionalismo».

⁴⁴ En este momento de la historia, vuelve la idea ya propuesta por R. NICOLÒ, *La vocazione*, cit., p. 16 ss., de que el testamento tiene la sola función de dirigir el efecto, pero no de producirlo, ya que la fuente del efecto es siempre y únicamente la ley. En este sentido, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 53 ss., que, partiendo del supuesto de que la regla negocial de los actos *inter vivos* tiene la función de crear una regla, mientras que la regla testamentaria sólo tiene una función de dirigir la vocación hereditaria, excluye no sólo que el testador tenga una posible alternancia de esquemas, sino incluso una autonomía real. También, N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, pp. 17 ss. e 188, que afirma que el testamento es un acto que se limita a dirigir un efecto vinculado indeclinablemente por la ley «alla estinzione dello stesso autore e riferito ai soggetti superstiti», di guisa che «l'effetto successorio è ricollegato al fatto della morte; il privato non può eliminare l'effetto, ma soltanto sostituire al contenuto legale un contenuto di forma. Mezzo tecnico per l'esercizio di tale possibilità è il testamento, da cui non dipende la produzione ma il contenuto dell'effetto». Finalmente, N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, p. 42 ss., que incluso negó que el testamento pudiera remontarse al género del negocio jurídico (v. nota 48). Para una crítica compartida de esta idea, y en particular de la teoría de Ferri y Lipari, véase M. BIN, *La diseredazione*, cit., p. 151 ss. Sin embargo, en la dirección opuesta, se ha expresado la doctrina de la mayoría, y por todos, G. OPPO, *Note sull'istituzione di non concepti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 67 ss.; M. BIN, *La diseredazione*, cit., p. 152 ss.; V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 19 ss.; L. CARIOTA-FERRARA,

El interés que la doctrina italiana estaba desarrollando sobre los temas de la causa del contrato⁴⁵ y el tipo contractual⁴⁶ ha llevado, de hecho, a trasladar el concepto de causa del contrato al derecho testamentario⁴⁷. El resultado fue que la elaboración del contenido típico y atípico del testamento se convirtió en una oportunidad para discutir la causa del testamento y los tipos de disposiciones testamentarias. Con el corolario evidente de que también se empieza a cuestionar la atipicidad de las disposiciones testamentarias, ya no para referirse exclusivamente al contenido extrapatrimonial del testamento, sino a las disposiciones testamentarias (sean patrimoniales o no) que no tienen una disciplina específica.

Así pues, se plantea la cuestión de sus admisibilidad y, cada vez más, de las circunstancias y condiciones para que sean admisibles las disposiciones testamentarias atípicas.

El testamento parece convertirse en una oportunidad para poner a prueba el carácter general del concepto de causa, como para atestiguar, según la tradición más antigua, que esta, al haber abandonado el campo de la obligación, es un requisito del negocio jurídico y no sólo del contrato y que, en consecuencia, no habría ninguna razón lógica o ideológica para que tal concepto no se utilizara útilmente en materia testamentaria⁴⁸.

Desde esta perspectiva, la afirmación de que el testamento es un negocio jurídico, que tiene como causa la regulación de los aspectos patrimoniales de la sucesión de la persona, vuelve a proponer el debate destinado a aclarar si la calificación de negocio jurídico debe predicarse al testamento en su complejidad, o a cada una de sus disposiciones⁴⁹.

Evidentemente, en un principio se debatió sobre la causa abstracta, es decir, la función abstracta del negocio jurídico, mientras que es peculiar que, con el desarrollo del concepto de causa en concreto (o sea como síntesis de los intereses reales de las partes) el concepto no ha encontrado un fortalecimiento contextual y adecuado en materia testamentaria.

La razón es, probablemente, dependiente de una pluralidad de circunstancias.

El declive de los estudios sobre la causa del testamento en el momento histórico en el que se pasa, fundamentalmente, del concepto de causa en abstracto al de causa en concreto. El malentendido que, a veces, es posible registrar sobre la teoría de Emilio Betti, a quien se atribuye, inapropiadamente, haber elaborado la teoría de la causa puramente abstracta⁵⁰. La indudable dificultad en que se encontraría cualquier intérprete cuando se le pidiera que evaluara no la función abstracta del testamento⁵¹, que es fácilmente solucionable en la regulación de los aspectos patrimoniales de la sucesión o, en una perspectiva más contemporánea, en la regulación de los intereses *post mortem* de la persona, sino, más bien, la causa concreta, que requiere que el intérprete

Le successioni per causa di morte. Parte generale, Napoli, 1977, p. 79 ss.; G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, XII, 1, Torino, 1977, p. 74 s.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, XLIII, 1, 5ª ed., Milano, 1993, p. 4 ss.

⁴⁵ Por todos, G.B. FERRI, *Causa*, cit., *passim*; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974, p. 91; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 207; ID., *Causa tipica e motivi del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1098 ss.

⁴⁶ Por todos, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

⁴⁷ Más recientemente S. PAGLIANTINI, *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000, al que me remito para más indicaciones de doctrina.

⁴⁸ Obviamente, en sentido contrario, N. LIPARI, *Autonomia*, cit., pp. 98-100, 117-118, 130, 150, 193-196, 216, quien descartó que el testamento pudiera ser considerado un verdadero negocio jurídico. La circunstancia de que en el testamento pueda existir una discrepancia entre la voluntad declarada y su efecto o, más exactamente, su extensión, lleva a negar que el testamento carezca del rasgo característico del negocio jurídico, «il dato qualificante del modo di operare la negozialità».

⁴⁹ V. BARBA, *La nozione di disposizione testamentaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 963 ss.

⁵⁰ V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., p. 60 s., nota n. 141; G. PERLINGIERI, *Garanzie atipiche e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 21 ss.

⁵¹ Vease, S. PAGLIANTINI, *Causa e motivi*, cit., p. 1 ss.

abandone el plan del testamento en un sentido global y unitario y descienda al de las disposiciones testamentarias⁵².

El concepto de contenido típico y atípico del testamento y la referencia al concepto de tipo como modelo normativo regido por una causa unitaria y absorbente es, por lo tanto, una oportunidad para reflexionar sobre el concepto de testamento como negocio jurídico típico.

Coherente con la idea de que la causa del negocio debe ser evaluada según una apreciación abstracta y, en parte, coincidente con el tipo, se hace absolutamente prevalente la idea de que el testamento es un negocio jurídico unitario⁵³, aunque se considere complejo⁵⁴, o negocio marco⁵⁵.

e) El problema de los legados atípicos

Habiendo afirmado la idoneidad de la definición de testamento, contenida en el artículo 587 del Código Civil italiano, para describir el acto jurídico para regular los intereses patrimoniales del causante para después de su muerte, y habiendo establecido la ecuación entre las disposiciones testamentarias típicas y las disposiciones que tienen una disciplina específica, el discurso sobre las disposiciones testamentarias patrimoniales atípicas ha planteado, históricamente, el problema de los presupuestos y las condiciones en las que estas últimas podrían admitirse en el ordenamiento jurídico italiano.

De acuerdo con esta premisa y sobre la base de una interpretación extensiva del párrafo 2 del artículo 1322 del Código Civil italiano, se declaró que el criterio de elegibilidad debía ser el de merecimiento⁵⁶ de protección jurídica⁵⁷.

⁵² Para una adhesión a esta idea, para un análisis de los argumentos que la sustentan y para más referencias a la doctrina, véase V. BARBA, *La nozione di disposizione testamentaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 963 ss. E. MIGLIACCIO, *Funzioni e vicende dei legati: il legato di debito*, Napoli, 2015, afirma que respecto a cada disposición testamentaria es necesario «condurre un'indagine [...] in termini di causa concreta». En este punto, ver también, V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 221, nota n. 398.

⁵³ En sentido contrario: B. BIONDI, *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 567 s.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, 2ª ed., Torino, 1960, p. 319, «il testamento è atto che può contenere disposizioni svariate, ciascuna delle quali ha valore di negozio a sé stante [...] più che come unico negozio, si configura come una forma atta ad accogliere una pluralità di negozi a causa di morte».

⁵⁴ Así, C. GANGI, *La successione testamentaria*, vol. I, 2ª ed., cit., p. 35 s.; F. MESSINEO, *Manuale*, VI, cit., p. 109.

⁵⁵ A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 63.

⁵⁶ En Italia los contratos atípicos, deben estar sujetos, según el régimen general, a un control de legalidad y, también, ser merecedores de protección jurídica (que en Italia se dice de “meritevolezza” y que se podría traducir con la expresión control de merecimiento, *ex art. 1322 c.c. it.*). Deben pasar el control de legalidad, es decir, de no contrariedad a las normas imperativas, al orden público y a la moral, y otro control, lo de merecimiento de protección jurídica, para evaluar su conformidad con los principios y valores del ordenamiento jurídico italiano. Se trata de un juicio que no encuentra una correspondencia precisa en el sistema jurídico español o en otros ordenamientos jurídicos. En esencia, se trata de comprobar que el acto sea conforme con el orden público constitucional, por lo que en el ordenamiento jurídico español, este juicio coincide con el de legalidad. En Italia, en cambio, se distingue entre la legalidad como no contrariedad a normas imperativas, orden público y moral (se dice que es un control negativo, porque evalúa una falta de oposición) y merecimiento, como cumplimiento de los principios y valores (se dice que es un control positivo). Cabe señalar que la mejor doctrina italiana ha puesto de manifiesto que el cambio profundo y radical de las fuentes de derecho ha provocado un cambio radical en la propia teoría de la interpretación y exige que el jurista someta cada acto de autonomía privada (y no solo el contrato atípico) al control de merecimiento de protección jurídica. Entendiendo con esta expresión una noción muy diferente a la que literalmente se expresa en el art. 1322, párrafo 2, del Código Civil italiano y que se fundamenta en el sistema de derecho en su conjunto y, en particular, en las normas de los artículos 2, 3, 41 y 118 de la Constitución italiana. Este control se refiere a la función concreta del acto y ejerce un oficio de conformación de este.

⁵⁷ Como prueba de la convicción general, véase P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1984, p. 584, quien, refiriéndose a la desheredación, especifica que, incluso para admitir que las únicas disposiciones típicas del testamento son la institución del heredero y el legado, el testador podría, sin embargo, «avvalersi anche di tipi non preveduti dalla legge, quando sia socialmente apprezzabile l'interesse alla base dell'atto (1322, cpv.)». Pero en el sentido contrario, merece ser señalado, también por la extraordinaria apertura, A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, pp. 39 ss., spec. 44 e 61.

El debate tuvo lugar en dos niveles distintos

La doctrina no sólo ha cuestionado la admisibilidad y, por tanto, el fundamento de las disposiciones testamentarias patrimoniales distintas de la institución de heredero y de la ordenación de legado, sino que ha terminado por cuestionar la misma admisibilidad de todo legado que tiene un contenido diferente con respecto a los expresamente regulados en los artículos de 651 a 665 del Código Civil italiano. Determinando, por lo tanto, una yuxtaposición singular de hipótesis, que habría merecido un discurso completamente diferente. Porque una cosa es una disposición testamentaria patrimonial, distinta de la institución de heredero y del legado, es decir, de las disposiciones testamentarias descritas en el art. 588 del Código Civil italiano, mientras que otra cosa son los legados “atípicos”, es decir, las disposiciones testamentarias, sin embargo, a título particular pero distintas de las reguladas específicamente.

En efecto, es posible observar que el primer problema ha tenido un eco y una importancia aún menores que el segundo, ya que se ha ocupado únicamente de la admisibilidad de la disposición testamentaria de desheredación⁵⁸, registrándose, en la práctica, una rarefacción de los casos de disposiciones testamentarias patrimoniales, distintas de la institución de heredero y de la ordenación de legado.

Aparte de las dos últimas (institución de heredero y legado), la única disposición testamentaria patrimonial que se encontraba con frecuencia, al examinar testamentos y sentencias de la jurisprudencia, era, sin duda, el *modus*. Sin embargo, esta última, aunque la mejor doctrina⁵⁹ había afirmado, con argumentos que pueden ser compartidos e incluso conviencen, que se trata de una disposición testamentaria autónoma, y, por lo tanto no accesoria a las descritas en el artículo 588 del Código Civil italiano, se trataba, sin embargo, de una disposición testamentaria expresamente regulada por la ley, así que no podía considerarse atípica. Por lo tanto, la cuestión de la naturaleza atípica de las disposiciones testamentarias patrimonial permaneció, sustancialmente, marginada dentro de los confines de la desheredación.

Por el contrario, el segundo de los problemas ha cobrado mayores y más marcadas proporciones, también en consideración al creciente interés doctrinal y jurisprudencial, frente a los

⁵⁸ Cabe señalar que en las primeras aportaciones sobre la desheredación, se negó a priori la admisibilidad de tal disposición testamentaria, independientemente de que se cuestionara su atipicidad, su legalidad o su merecimiento o sus méritos, afirmando la inadecuación general del testamento, entendido como acto de atribución patrimonial, para contener tal disposición. Aunque la razón ideológica subyacente se basaba en la protección del interés familiar. En este sentido, superponiendo la disponibilidad de un estatus familiar, con la libertad de identificar a los propios herederos, sin que el ejercicio de esta libertad se traduzca en un menoscabo o una transfiguración del estatus familiar, L. FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 248 s.; L. FERRI, *Se debba riconoscersi efficacia ad una volontà testamentaria di diseredazione*, in *Foro pad.*, 1955, c. 47 ss.; A. CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pp. 389, 392; C. A. JEMOLO, *La diseredazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 504. El punto de inflexión es cuando la doctrina, para superar la objeción de la inadmisibilidad de una disposición negativa, trata de transformar la desheredación en una disposición positiva, es decir, en una disposición con la que, excluyendo a una, en realidad se establecen otras. Un enfoque que, como es bien sabido, tiene sus raíces en el enfoque francés, que decía que excluir a una persona equivale a establecer a otras. En este sentido, A. TORRENTE, *Diseredazione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 103. Para profundizar, véase: V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, p. 763 ss.; M. TATARANO, *La diseredazione. Profili evolutivi*, Napoli, 2012, p. 58 s.; P. LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione «affittiva» a strumento regolativi della devoluzione ereditaria*, Napoli, 2013; R. PACIA, *Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 317 ss.; V. BARBA, *Recensione a “La clausola di diseredazione. Da disposizione «affittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria” di Pasquale Laghi ed a “La diseredazione. Profili evolutivi” di Marco Tatarano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 969 ss.; S. DELLE MONACHE, *Disposizioni «negative»*, in *AA. VV.*, *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, p. 277 ss.

⁵⁹ M. GIORGIANNI, *Il «modus»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 889 ss., spec. pp. 921-925, il «modus deve ormai essere qualificato come una *autonoma* disposizione testamentaria che si pone *accanto* alla istituzione di erede ed al legato». Abandonada la idea de que el testamento debe tener un contenido típico (el autor considera contenido típico la institución de heredero y el legado) y tomada conciencia de que el contenido del testamento puede ser lo más variado posible, ya que el testador también puede regular su propia sucesión imponiendo obligaciones a sus herederos o legatarios, «il *modus* non viene affatto ad apportare alcuna alterazione dello schema del negozio testamentario, allo stesso modo che nessuna alterazione viene apportata dal legato obbligatorio, il cui contenuto [...] è costituito da qualsiasi prestazione a carico dell'erede (legittimo o testamentario) o del legatario».

casos cada vez más frecuentes y, entre todos ellos, el legado de contrato⁶⁰, el legado punitivo⁶¹ y el legado de garantía⁶². Hasta el punto de que a finales de los años ochenta el problema terminó por afectar, principalmente y de forma predominante, a los legados.

El debate⁶³ se vio afectado, evidentemente, por las dificultades que había despertado el concepto de merecimiento de protección jurídica según el artículo 1322, párrafo 2, del Código Civil italiano⁶⁴. La doctrina se dividió, una vez más, entre quienes superponían el control de merecimiento al de legalidad, suponiendo que el primero no añadía nada al segundo⁶⁵, y quienes, en cambio, creían que el control de merecimiento debía tener su propia autonomía, ya que permitía una evaluación del acto negocial de carácter positivo y no de carácter meramente negativo, como en el caso del control de legalidad.

Sin embargo, ambas posiciones se movían en un horizonte muy tradicional y tendían a considerar el control de merecimiento como un control de idoneidad abstracta del modelo. Se movieron, es decir, en una perspectiva todavía lejana de la que proponía, en verdad, ya a finales de los años sesenta, la mejor doctrina⁶⁶, que ha releído el concepto de merecimiento en la complejidad del ordenamiento jurídico, a la luz de los principios y valores fundamentales, advirtiendo que este control no puede referirse sólo a los contratos atípicos, sino a cualquier acto negocial.

Considerando que la cuestión de la desheredación, inmediatamente después de las sentencias de la Corte de Casación de los años sesenta, que habían animado el debate, ha recibido un interés modesto, en los años venideros, hasta la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 2012, la atención se ha centrado, de hecho, en los llamados legados atípicos.

En particular, se prolonga durante algún tiempo, aunque no siempre parece prestarse atención al tema general⁶⁷, sino más bien a casos individuales o clases de hipótesis⁶⁸, la convicción de que

⁶⁰ Como prueba de su importancia y difusión, considérese que uno de los primeros casos está decidido, incluso, da Cass., 30 marzo 1894, in *Giur. It.*, 1894, I, 1, c. 52 ss.

⁶¹ Por todos, R. LENZI, *Le disposizioni testamentarie affittive*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 293 ss.

⁶² Vease, por ejemplo, V. BARBA, *Il legato di fideiussione*, in *Fam. per. succ.*, 2011, p. 416 ss.

⁶³ Para una breve investigación histórica sobre la evolución del concepto de merecimiento de protección jurídica, que sin embargo no tiene en cuenta la mejor perspectiva ofrecida por la doctrina civil-constitucional, véase A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XI, pp. 324 - 332, también publicado, con el mismo título, en *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pp. 799-814

⁶⁴ E. BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale. Fasi di elaborazione e mete da raggiungere*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, Milano, 1941, pp. 324 - 330; ID., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 222; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XV, 2, Torino, 1952, *passim*, rist., da cui le citazioni, Napoli, 1994. En la perspectiva opuesta, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 103.

⁶⁵ Así, G. B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 12; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 174 ss.; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 211 s.; ID., *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, p. 571; A. GUARNERI, *Meritevolezza*, cit., p. 332, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1994, p. 36; A. LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 474 ss.

⁶⁶ P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali*, Napoli, 1975, p. 109 s., «atto lecito esige a sua volta una valutazione da parte dell'ordinamento. In un ordinamento moderno, nel quale lo Stato non assiste passivo al compimento degli atti dei privati ma esprime giudizi e valoraciones su questi, l'atto lecito non è di per sé valutabile en terminos positivos. Per ricevere un giudizio positivo, l'atto deve essere anche meritevole di tutela [...] È un giudizio che dev'essere espresso alla luce dei principios fundamentales dell'ordinamento giuridico, di quelli que ne sono i valores caracterizantes. Ne consegue que no ogni atto lecito è meritevole di tutela. La semplice liceità esime, di regola, soltanto la responsabilidad». En el mismo sentido, ID., *Profili istituzionali*, 2ª ed., Napoli, 1979, p. 141, s. Más ampliamente ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 1ª ed., Napoli, 1983, p. 124; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., Napoli, 1991, p. 141.

⁶⁷ Sin embargo, no puede dejar de considerarse que la cuestión no es abordada por A. GIORDANO-MONDELLO, *Legato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1973, p. 719 ss.; A. MASI, *Dei legati*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 1 ss.; ID., *Legato*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 1 ss.

⁶⁸ M. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 331 ss.

un legado atípico sólo puede admitirse en nuestro ordenamiento jurídico si pasa el control de merecimiento ex art. 1322 párrafo 2, del Código Civil italiano⁶⁹.

Sólo a principios de los años noventa esta convicción fue duramente criticada por doctrina autorizada⁷⁰, a la que hay que reconocer el gran mérito no sólo de haber excluido que la regla del art. 1322, párrafo 2, del Código Civil italiano pudiera aplicarse al legado, sino, más drásticamente, que se pudiera hablar de legados atípicos.

Moviendo de la perspectiva tradicional, según la cual el control de merecimiento impondría una evaluación abstracta de la idoneidad del modelo, incluso en la incertidumbre del parámetro sobre el cual llevar a cabo este control, esta doctrina advierte de la insuficiencia de la expresión “legados atípicos”⁷¹ y del error de perspectiva de la tesis según la cual era necesario llevar a cabo el control de merecimiento para los legados⁷².

El supuesto básico es que el artículo 588 del Código Civil italiano identifica y circunscribe sólo dos modelos de disposiciones testamentarias atributivas: la institución de heredero y la ordenación de legado. Esta norma, cuanto a los legados, ha tipificado un verdadero modelo de llamada a la sucesión: la llamada a suceder en una relación jurídica específica, independientemente de que se trate de la sucesión en un derecho ya en titularidad del difunto, o de la adquisición de un nuevo derecho⁷³.

El legado, por lo tanto, es «un “tipo” delle tassative disposizioni testamentarie patrimoniali attributive, che può affiancarsi al subingresso, nella massa, di un erede; è costante valore tipologico»⁷⁴.

En consecuencia, las figuras de legado reguladas expresamente por la ley no serían más que una especie de legado, es decir, un legado cuya peculiaridad sólo la ofrece la relación jurídica que es capaz de producir y cuya disciplina específica se explica en razón de su recurrente utilidad. Por el contrario, los legados que no tienen un contenido específicamente regulado por la ley no son

⁶⁹ así, G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, 2ª ed., Milano, 1980, p. 159, que, después de explicar que el legado no tiene por qué dar lugar a la atribución de un bien determinado, ya que puede tener el efecto de establecer cualquier relación obligatoria, afirma que la prestación adeudada por el interesado debe cumplir las condiciones de posibilidad, licitud, determinabilidad o determinabilidad, siempre que la disposición tenga por objeto alcanzar intereses que merecen protección jurídicas.

⁷⁰ G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, p. 1 ss. Luego, ID., *I legati. Artt. 649-673*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, 2ª ed. Milano, 2006, p. 116 ss.; ID., *Testamento*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 1999, p. 338 ss. Vale la pena recordar que G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni*, cit., pp. 49-65, se había encargado de demostrar que el legado podía tener el efecto de establecer una relación obligatoria.

⁷¹ G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., p. 63, «l'espressione “legati atipici”, dunque, è da disapprovare ogni qual volta occorra rigorosamente impiegare un lessico tecnico-giuridico, immediatamente eloquente. Stipulativamente, può utilizzarsi per indicare ogni fenomeno che non trova specifica, originale regolamentazione normativa, quindi anche in relazione ai legati il cui contenuto non sia specificamente disciplinato; con la piena consapevolezza, però, che ci si arresta al mero impiego verbale».

⁷² G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., p. 63, «il codice civile tipizza lo schema legato; disciplina alcune specie di esso, regolandone le vicende attuative a ragione del peculiare contenuto; lascia autonomia oltre ad esse, consentendo di modellare il contenuto dello schema coi soli limiti del lecito e del possibile». A p. 69: «in definitiva: l'art. 1322 cod. civ. non trova applicazione riguardo al testamento; è peraltro da verificare che, *secundum quod plerumque accidit*, vi sia propensione a fare impiego di disposizioni immeritevoli socialmente; assorbente restando, nondimeno, la circostanza che esse, sebbene dirette alla realizzazione di un mero interesse individuale, trovano piena cittadinanza nel testamento».

⁷³ Esta aclaración se explica por la ya clásica distinción entre efectos reales y efectos obligatorios. Si el legado es a efectos reales, es decir, tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o la transferencia de otro derecho, el legatario adquiere de forma inmediata y directa la propiedad o el derecho, de modo que el legatario produce técnicamente una modificación subjetiva de la relación jurídica. Así, entre otros, A. MASI, *Dei legati*, cit., p. 21. Si el legatario es obligatorio, es decir, constituye una relación jurídica obligatoria, respecto de la cual el legatario es acreedor y el gravado deudor, el legatario sólo adquiere el derecho a reclamar la prestación. En el caso de un legado con efectos obligatorios, la prestación puede, indistintamente, consistir en un dar, un hacer o un no hacer y puede tener como objeto una cosa o un hecho. Así, G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., p. 101 e ss.

⁷⁴ G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., p. 55.

legados atípicos, sino legados que no tienen una regulación de la relación jurídica que llevan a cabo⁷⁵.

En este sentido, la tipicidad no puede predicarse con respecto al contenido del legado, que sólo es válido para definir la especie, sino más bien al modelo de llamada. Con la consecuencia de que esta llamada a la sucesión no puede plantear un problema de admisibilidad, independientemente de su contenido y de que tenga por objeto o efecto la constitución, modificación o extinción de cualquier relación jurídica⁷⁶. Es decir, con respecto al legado no regulado expresamente por la ley, no es necesario verificar la admisibilidad de esa forma de llamada, porque ella ya ha sido considerada admisible, de una vez, por el legislador italiano en el art. 588 del Código Civil.

A lo sumo, existe, al menos para los llamados legados obligatorios, es decir, legados que tienen como objeto o efecto la constitución de una relación jurídica obligatoria⁷⁷ no regulada expresamente, un problema de verificación de la posibilidad, legalidad y determinación de la prestación, es decir, el problema que plantea cualquier relación obligatoria.

Por lo tanto, en el fondo de esta reconstrucción no sólo está el hecho de que el legado es en sí mismo un esquema típico, es decir, una estructura típica de la relación de sucesión, sino también el hecho de que las disposiciones testamentarias no tienen una identidad causal propia, porque participan en el elemento causal unitario del testamento, que, como un negocio típico a causa de muerte, tiene la función de regular los intereses *post mortem* de la persona. Por consiguiente, hay una gran apertura al concepto de testamento, sin embargo, apego a la lógica del tipo, aunque ha retrocedido, con razón, de la especie de legado, al legado como modelo de vocación.

En todo caso, a esta doctrina debe reconocerse, sin duda, el merito de haber excluido que el art. 1322, párrafo 2⁷⁸, del Código Civil italiano, entendido como una norma que establece el criterio de admisibilidad de un modelo normativo no previsto expresamente por el legislador, pueda encontrar aplicación concreta respecto al legado.

La influencia de esta doctrina es ciertamente significativa y decisiva tanto en los estudios posteriores como en la elaboración de la jurisprudencia, si se tiene en cuenta que, tras este estudio monográfico, se abandona casi por completo el problema de la admisibilidad de los legados que

⁷⁵ G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., p. 57.

⁷⁶ Esto se entiende sin perjuicio, por supuesto, de los casos en que la ley excluye expresamente la posibilidad de que una determinada relación jurídica se realice mediante una disposición testamentaria. Es el caso del artículo 2821 del Código Civil italiano, que excluye que una disposición testamentaria pueda, de forma inmediata y directa, constituir una hipoteca.

⁷⁷ De todos ellos, estadísticamente, prevalecen los legados de *facere*. Puede consistir en una actividad material, como pintar una casa, en lugar de construir una villa o enseñar un arte o artesanía, o una actividad negocial. Que, por derecho propio, puede ser unilateral, como en los casos de renuncia a un derecho, reconocimiento de una deuda, ratificación de un negocio ineficaz o prelación, o plurilateral, como en el caso, mucho más apreciable y dogmáticamente notable, de contrato. Así, F.P. LOPS, *Il legato*, in *Successioni e donazioni* a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, pp. 1036-1040; C. ROMANO, *I legati*, in *Diritto delle successioni* a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, Napoli, 2008, 2, pp. 1095-1104, que, apropiadamente, distingue esta hipótesis del legado de posición contractual.

⁷⁸ No es convincente la idea de que la disposición del párrafo 2 del artículo 1322 del Código Civil italiano, entendida como una norma que se limita a regular la admisibilidad de los contratos atípicos en nuestro ordenamiento jurídico (es decir, como norma que impone un control de la estructura) pueda aplicarse al testamento en virtud del artículo 1324 del Código Civil italiano. No sólo porque el punto de referencia lógico de la última disposición es el acto con contenido necesariamente patrimonial, sino también y sobre todo porque es el acto unilateral *inter vivos*. Pero, en este sentido, es decir, para la aplicabilidad al testamento de la regla del art. 1322 del Código Civil, a través de la regla del art. 1324 del Código Civil, V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 458 ss. En sentido contrario, N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 37; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 35-39. Por otra parte, no hay que olvidar que la doctrina del código de 1865 había excluido la transposición de las reglas del contrato al testamento, ya que éste no tenía nada en común con el primero. Así, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, 3ª ed., Firenze 1891, p. 16; M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936, p. 11 ss.

no tienen un contenido expresamente regulado por la ley, aunque algunas opiniones doctrinarias en sentido contrario⁷⁹ siguen oponiendo resistencia.

Considerando, pues, que, una vez despejado el campo de los legados, las demás disposiciones testamentarias patrimoniales que no tenían una disciplina particular eran ejes reducidos, el problema de la atipicidad de las disposiciones testamentarias patrimoniales ha de ser considerado, sustancialmente, superado.

IV. Superando la distinción entre el contenido típico y atípico del testamento

a) La insuficiencia de esta distinción para definir el concepto de testamento

La valoración de las orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia italiana en materia de disposiciones testamentarias típicas y atípicas, si por un lado deja abierta la duda sobre el sentido con el que esta distinción puede realmente hacerse, ya que la expresión “contenido típico” ahora indica las disposiciones patrimoniales, ahora las disposiciones dotadas de una disciplina específica, por otro lado, obliga a reflexionar sobre la utilidad de este concepto, es decir, sobre las consecuencias que de él se pueden desprender⁸⁰.

A fin de apoyar la idea de que esta distinción no tiene una gran relevancia ni ofrece una contribución útil a la identificación de la regulación del caso concreto, conviene verificar qué utilidad puede aportar tanto en términos conceptuales, como concretos. Será necesario, por lo tanto, llevar a cabo esta verificación teniendo en cuenta los dos significados en los que se puede entender la dicotomía “contenido típico e atípico del testamento” (disposiciones patrimoniales y no; disposiciones que tienen una disciplina específica y no).

La distinción, por un lado, tendría una relevancia conceptual, porque sirve para definir y delimitar el significado del testamento y, por otro lado, una relevancia aplicativa, porque sirve para excluir que la disciplina sustantiva del testamento se aplique al llamado contenido atípico del testamento.

Para afirmar o negar la importancia de la distinción, desde este primer punto de vista es necesario reflexionar sobre el concepto de testamento.

Leyendo la regla del artículo 587 del Código Civil italiano, parece plausible afirmar que el testamento es un acto patrimonial. La letra de la disposición contenida en el primer párrafo, en el que el testamento se define como el acto por el cual una persona dispone⁸¹ de sus bienes, y la referencia contenida en el segundo párrafo a las disposiciones testamentarias contenidas en un acto en forma de testamento, parecen confirmar esta idea que, con el paso de los años, ha adquirido

⁷⁹ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. II, 2ª ed., Milano, s.d., pero 2002, p. 641. La idea ya estaba expresada en la primera edición, ID., *Successioni e donazioni*, t. II, 1ª ed., Milano, 1982, p. 651, «il potere di autonomia privata si manifesta [...] in modo particolare in tema dei legati, nei quali è consentito al testatore di regolare, come meglio crede, i propri interessi per il tempo successivo alla sua morte, purché la prestazione dovuta dall'onere, osservate le condizioni di possibilità, liceità, determinatezza e determinabilità, sia “diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico” (art. 1322, 2º comma)».

⁸⁰ Ver, desde una perspectiva de superación de la distinción entre el contenido típico y atípico testamento, G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 459 ss., spec. p. 507, «patrimonialità, tipicità, natura attributiva o devolutiva non possono essere elementi che condizionano la validità e l'efficacia delle disposizioni testamentarie. La loro validità ed efficacia dipendono dalla liceità e meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti, nonché dal controllo di conformità a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume».

⁸¹ El concepto de acto de disposición se importó del derecho alemán, en el que la doctrina del Código Civil había desarrollado el *Verfügung* (acto de disposición) para designar los *Verfügungsgeschäfte*, en contraposición con *Verpflichtungsgeschäfte* (negocios jurídico con efectos obligatorios). Por lo tanto, estaba arraigada la idea de que el concepto de acto de disposición era capaz de designar sólo actos con efectos reales y por ello se dijo que el testamento tenía como único contenido típico la institución de heredero y la ordenación de legado, negando la validez e incluso la misma rastreabilidad dentro del género de las disposiciones testamentarias al precepto por el cual el causante se había limitado a desheredar a uno o más sucesores.

fuerza de dogma.

Esta interpretación, que parece coherente con la letra de la ley, no puede satisfacer considerando la complejidad del ordenamiento jurídico italiano y está a la espera de ser entendida a la luz de los principios y valores normativos⁸², así como verificada a la luz de las elecciones impuestas por un ordenamiento jurídico como el actual, fuertemente axiológico y expresivo de una clara filosofía de vida⁸³.

El concepto de testamento no podría entenderse si se desconectara del significado de la sucesión por causa de muerte y del papel que este último concepto ha adquirido en nuestra contemporaneidad.

Históricamente, la institución del heredero es un aspecto esencial de la sucesión. El ordenamiento jurídico otorga a la persona la facultad de identificar a su heredero por medio del testamento; se ocupa de la identificación de los herederos en el caso de que el testamento sólo regule parcialmente la sucesión, es decir, en el caso de que la persona, aunque haya establecido una institución de herederos, no haya establecido que éstos deban suceder en forma universal, sino en proporción o en menor medida que la unidad; establece quiénes deben ser los herederos si no hay sucesión testamentaria⁸⁴.

No hay duda, pues, de que no sólo en el derecho romano, sino también en el derecho contemporáneo, la sucesión por causa de muerte encuentra un momento fundamental en la figura del heredero.

No se trata, por supuesto, de cuestionar este aspecto, que es indiscutible, sino de verificar si la sucesión está vinculada únicamente al heredero y si sin esta referencia no es posible calificar el testamento.

A este respecto, el hecho de que el testamento también puede no establecer un heredero y, por lo tanto, que el testamento no tiene que contener necesariamente una institución de heredero, parece confirmar que el concepto mismo de sucesión, en su complejidad, debe leerse independientemente de este hecho. Aunque es esencial, no es un hecho en cuya ausencia el testamento no tenga razón de ser.

El testamento podría limitarse a ordinar legados, a excluir el acrecimiento, a eximir a alguien de la colación o imputación⁸⁵, a dictar normas sobre la división de la herencia, a desheredar a algunos sucesores, evitando que sean llamados por ley, a desheredar a todos los sucesores, devolviendo, en concreto, la herencia al Estado, a dar, es decir, normas que, ciertamente, influyen en la regulación de los aspectos patrimoniales de la sucesión, sin que exista, sin embargo, ninguna institución de heredero.

Desde otro punto de vista, la sucesión por causa de muerte, aunque presuponga la necesaria identificación de un heredero, no se resuelve en eso. No sólo porque existe también la posibilidad de una llamada particular, sino también porque la regulación de los aspectos extrapatrimoniales se ha vuelto decisiva en los últimos años.

Y esta circunstancia también se percibe en una perspectiva capaz de captar las líneas de tendencia del ordenamiento jurídico italiano y de los europeos. No sólo con respecto a ciertas

⁸² Precisa F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino, 2007, p. 58, «il punto di partenza del processo interpretativo è il testo cui si ascrive il significato (norma) o sulla cui base si costruisce il principio che trae con sé il valore retrostante. Il secondo momento è la domanda che il caso concreto (il problema) rivolge all'interprete – giudice, il terzo è la scelta della normativa (eventualmente alla luce di un principio-valore) ritenuta necessaria e sufficiente alla risposta, alla soluzione del caso, il quarto è la verifica di tale normativa con riferimento al testo. Il circolo ermeneutico è così completo».

⁸³ P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, 2003, p. 40.

⁸⁴ La ausencia de una sucesión testamentaria no significa la ausencia de un testamento, sino más bien la ausencia de un testamento que identifique al menos un heredero, al menos en una cuota. En efecto, hay que decir, desde este punto de vista, que no hay sucesión testamentaria si el causante, aunque haya hecho testamento y aunque haya dispuesto de algunos de sus bienes o incluso de todos mediante legados, no haya nombrado un heredero. En este caso, el heredero sería determinado por la ley.

⁸⁵ E. MIGLIACCIO, *Collazione, imputazione e preterizione divisoria*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 86 ss.

disciplinas recientes que han ampliado expresamente las prerrogativas de la sucesión de la persona (por ejemplo, la ley sobre la cremación, la ley sobre la disposición de los órganos propios y las muestras, la ley sobre las cartas y los recuerdos familiares, así como la relativa a la publicación de obras inéditas), no sólo con referencia a los problemas de la sucesión en el patrimonio digital⁸⁶, sino, sobre todo, teniendo en cuenta las elecciones realizadas por nuestro sistema, es decir, evaluando los principios y valores normativos vigentes⁸⁷.

La filosofía del sistema jurídico italiano y la indiscutible centralidad de la persona humana y de su dignidad han llevado a modificar el concepto mismo de sucesión por causa de muerte, de modo que ésta no puede referirse únicamente a la institución de herederos y a los legados, no sólo a la planificación de las relaciones jurídicas patrimoniales, sino que se extiende a la regulación de las relaciones jurídicas existenciales.

Hoy en día el concepto de testamento no puede ser el mismo del 1942, cuando el sistema jurídico italiano estaba liderado por el Statuto albertino, y cuando la propiedad estaba en el centro del sistema. Hay que superar la letra del art. 587 del Código Civil italiano, que también parece querer limitar en el concepto de testamento el único acto de atribución de bienes o, a lo sumo, el acto que regula sólo los aspectos patrimoniales de la sucesión de la persona.

El testamento es hoy, sin más, el acto por el cual la persona regula todos sus intereses *post mortem*, y no es concebible que no concierna las relaciones jurídicas existenciales o, si queremos, los intereses extrapatrimoniales. La centralidad de la persona humana y la subordinación de la propiedad y la empresa a la dignidad humana imponen al intérprete, que desea permanecer fiel al derecho, no sólo atribuir importancia a las relaciones existenciales, sino incluso considerarlas prevalentes sobre las patrimoniales⁸⁸.

Es precisamente la necesidad de respetar la ley lo que debe llevar a superar la letra del artículo 587 del Código Civil italiano, entendiendo las razones históricas que llevaron a su formulación actual y los problemas que esta formulación habría servido para resolver. Pensar que hoy en día el testamento es sólo el acto que regula los aspectos patrimoniales de la sucesión significa ofrecer una interpretación del art. 587 del Código Civil italiano, fiel a su letra, pero antihistórica y totalmente contraria al derecho en su sentido más amplio.

⁸⁶ Se piense en la mayoría de los proveedores que ofrecen servicios en plataformas digitales que, en los últimos años, están estableciendo normas para regular los aspectos sucesorios de la cuenta. Entre todos, también porque fue uno de los primeros en intervenir en este sentido piense en Facebook. Esta plataforma 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 ésta 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”. Lo cual, “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, así como 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 pueden revocar o modificar en cualquier momento, garantizando así la reconsideración (*rectius*: la revocación de la disposición) hasta el último momento de la vida. Tal acto tiene todas las características de los actos de última voluntad. Desde otro punto de vista no se puede dejar al margen que ordenamiento jurídico atentos a este fenómeno están intentando poner una regulación del fenómeno. Se piense, por ejemplo, a reciente ley de Cataluña 10/2017.

⁸⁷ Por todos, G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, p. 122, que advierte que la justicia de un sistema jurídico y de las normas que lo componen varía según se tome en consideración y como parámetro de referencia cualquier ideología ético-política, o la elegida directamente por el sistema jurídico. «Una norma giuridica può dunque essere giusta o ingiusta sia da un punto di vista esterno all'ordinamento, cioè, dal punto di vista di una qualsiasi ideologia della giustizia, sia da un punto di vista interno all'ordinamento, cioè dal punto di vista dei valori etico-politici propri dell'ordinamento stesso».

⁸⁸ Así G. BONILINI, *Testamento*, cit., p. 338 ss.

Además, es precisamente la historia del artículo 587 del Código Civil italiano la que nos enseñó que esa disposición no servía para dividir el contenido patrimonial del testamento del contenido extrapatrimonial, para decir que sólo el primero y no el segundo era un testamento, sino más bien para decir que el testamento es válido incluso cuando regula solamente relaciones extrapatrimoniales.

Si, por lo tanto, se considera la razón histórica que llevó a esta formulación, el mismo dato literal del art. 587 del Código Civil italiano, aparentemente de fácil inteligencia, adquiere, incluso considerado solo, una nueva interpretación. Porque ya en 1942, cuando los valores vigentes en el ordenamiento jurídico italiano eran radicalmente distintos de los actuales, existía la firme convicción de que el testamento podía regular situaciones extrapatrimoniales y que éstas podían constituir su único contenido, pero un fuerte prejuicio de que el testamento debía servir para regular los intereses patrimoniales.

El artículo 587 del Código Civil italiano constituye, por tanto, un compromiso ideológico-conceptual eficaz, porque, partiendo de un dogma (esencialidad patrimonial del testamento), marca el camino para afirmar la validez del testamento que regula sólo aspectos extrapatrimoniales, sin renunciar a la fuerza de inercia con que se arrastra el dogma sobre la patrimonialidad del testamento.

No se trata, pues, de verificar si el testamento puede regular también relaciones existenciales, considerado que este resultado debe considerarse ya adquirido con la codificación de 1942, sino de verificar la actualidad del dogma.

A este respecto, este dogma no sólo no es coherente con el ordenamiento jurídico italiano, sino que, sobre todo, es contrario a la legalidad constitucional italiana y está en conflicto con los principios fundamentales; con el principio fundamental de la protección de la persona y la dignidad humana, sobre el que se basa todo el ordenamiento jurídico italo-europeo⁸⁹.

Si queremos preservar la distinción entre contenido típico e atípico del testamento, ha de decirse no que el contenido extrapatrimonial no es testamento en sentido sustantivo, sino que la regulación de las situaciones existenciales *post mortem* no siempre y no necesariamente reclaman el testamento, sino el mero acto de última voluntad. Si, por lo tanto, esa distinción puede tener hoy en día algún espacio, no es para excluir la relevancia testamentaria de la regulación de las relaciones extrapatrimoniales, sino para afirmar la posibilidad de regular estas relaciones jurídicas con el acto de última voluntad diferente del testamento⁹⁰.

⁸⁹ Véanse las consideraciones de G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Bari, 2016, p. 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».

⁹⁰ En el Código Civil italiano 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 (artt. 348, párrafos 1, y 408, párrafos 1, c.c. it.); la “disposición escrita” con la que una persona puede ser excluida del oficio tutelar (art. 350, párrafo 1, número 2, c.c. it.); la revocación expresa del testamento y la revocación del testamento (artt. 680, 681 c.c. it.), que también puede hacerse mediante escritura pública; la dispensa de la colación (art. 737 c.c. it.), que también puede estar contenida en el contrato de donación o en un acto separado y posterior con respecto a la liberalidad *dispensanda*; la rehabilitación del indigno (art. 466, párrafo 1, c.c. it.), que puede hacerse mediante escritura pública; la designación del beneficiario del contrato de seguro a favor de tercero (art. 1920 c.c. it.), que puede hacerse mediante una declaración por escrito comunicada al asegurador. 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 competen 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

b) La insuficiencia de esta distinción para identificar la regulación aplicable

Habiendo excluido que la distinción entre contenido típico y atípico del testamento tiene valor para definir el concepto de testamento, es necesario verificar si es útil, con el fin de identificar la regulación aplicable y, por lo tanto, si es correcta la idea de que las disposiciones testamentarias extrapatrimoniales estén sujetas a una disciplina diferente a la de las disposiciones testamentarias patrimoniales⁹¹.

La tesis toma como ejemplo clásico la disposición testamentaria sobre el reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio y especifica que tiene reglas muy diferentes de las dictadas para el contenido típico del testamento, en particular en lo que se refiere a la revocación. Esta disposición, a diferencia de las patrimoniales, no es revocable y la posible revocación del testamento que la contiene no hace ineficaz el reconocimiento hecho con el testamento revocado. También se da el ejemplo de la confesión de un testamento, que no está sujeto a las normas de anulación por error. Se dice, pues, que las disposiciones testamentarias extrapatrimoniales, precisamente porque tienen sólo la forma, pero no también la naturaleza testamentaria, estarían sujetas a sus propias reglas, pero nunca a las reglas sustantivas del testamento (*recte*: disposiciones testamentarias patrimoniales).

Aunque es indiscutible que algunas disposiciones extrapatrimoniales tienen una regulación significativamente diferente de la establecida para las disposiciones patrimoniales, hay que señalar que no es una constante, porque hay disposiciones extrapatrimoniales que tienen una disciplina que corresponde exactamente a la establecida para las disposiciones patrimoniales (como las disposiciones sobre el entierro) y que, dentro de las mismas disposiciones patrimoniales, no todas

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 sí, 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 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 incisos 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).

⁹¹ Más recientemente, M.C. TATARANO, *Il testamento*, Napoli, 2003, p. 27 s., «tali disposizioni, per lo piú non negoziali, utilizzano lo strumento testamentario solo come veicolo emissivo, in quanto, pur rivestendo la forma del testamento, non contengono disposizioni di carattere patrimoniale. Lo strumento utilizzato non è sufficiente a far cambiare loro natura giuridica: se lo sono, restano atti giuridici. In altri termini, il testamento presta la sua forma a queste disposizioni non patrimoniali, le quali, tuttavia, non solo non mutano la propria natura giuridica per la circostanza di essere racchiuse in un testamento, ma rimangono pure soggette alla loro disciplina specifica, per esempio in tema di capacità».

las normas se aplican constantemente. Basta con decir que el término no puede aplicarse a una disposición de heredero, mientras que sí al legado, que el acrecimiento opera de manera diferente en las disposiciones de heredero y los legados y en estas últimas de manera diferente, si se trate de un legado de usufructo.

Lo cierto es que la idea de que exista una disciplina sustantiva (es decir, una regulación distinta de las normas sobre la forma y las formalidades del testamento) válida para todas las disposiciones testamentarias patrimoniales, que no puede aplicarse, en principio, a las disposiciones testamentarias extrapatrimoniales y que, en cambio, éstas últimas encuentran su regulación exclusivamente en la *sedes materiae* en la que se regulan, no puede cultivarse y es el resultado de una lógica jurídica basada en la técnica de la subsunción silogística, o del criterio de la prioridad apofántica, o sea en unas técnicas que son superadas por la mejor doctrina.

No tiene sentido hablar, en términos abstractos, de las normas aplicables a las disposiciones testamentarias, patrimoniales o extrapatrimoniales, ya que siempre es necesario evaluar la regulación de cada disposición testamentaria, teniendo en cuenta su concreta función e sus particularidades⁹².

La norma reivindica la existencia del hecho y sólo en la interrelación de este, en la riqueza de sus detalles y en la evaluación de la síntesis esencial de los efectos, es posible reconstruir la regulación.

En esta perspectiva, pensar que es posible hipostatizar la existencia de una disciplina que, indiscriminadamente, encuentra aplicación a todas las disposiciones testamentarias patrimoniales, que no encuentra aplicación a las disposiciones testamentarias extrapatrimoniales y que éstas deben buscar su disciplina sólo en las normas en las que se regula la institución, conduce a un verdadero error metodológico. Porque se basa en la suposición, ampliamente declarada falsa, de que el tipo absorbe el hecho en sí mismo, independientemente de sus peculiaridades y riquezas.

Si, entonces, se conviene en que la disciplina de toda disposición testamentaria debe identificarse en relación con la síntesis de los efectos esenciales y los intereses reales, independientemente de su calificación abstracta a uno u otro tipo, significa también que la presunta utilidad de la distinción entre el contenido típico y atípico de la voluntad no sólo fracasa, sino que, sobre todo, se vuelve en contra a una teoría de la interpretación coherente con el sistema actual de fuentes.

Es innegable que la interpretación ya no es, simple y llanamente, una técnica delegada para aclarar los significados de las disposiciones de la ley, sino una compleja operación cultural a través de la cual el jurista debe identificar la regulación del caso concreto, de modo que sea razonable y adecuada, es decir, que sea respetuosa de los principios y valores normativos fundamentales y capaz de evaluar comparativamente los intereses en conflicto, recuperando así la facticidad del derecho⁹³.

Cuando se asume conciencia de que la interpretación es axiológica y, sobre todo, en función aplicativa, pensar que se puede hipotetizar abstractamente que exista una regulación válida, a priori e indistintamente, para todas las disposiciones patrimoniales, y que es, radical y sustancialmente, diferente de la aplicable, indistintamente, a todas las disposiciones testamentarias extrapatrimoniales, es inaceptable.

La diversidad de la regulación, que por supuesto es innegable, no depende de la calificación abstracta de la disposición testamentaria a la clase de la patrimonial o extrapatrimonial, sino de la naturaleza de los intereses realmente realizados por la disposición testamentaria.

⁹² G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 501 ss.

⁹³ P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 27, «è impossibile, dunque, costruire una teoria delle fonti senza interpretazione. La teoria dell'interpretazione è parte della teoria delle fonti ed è inconcepibile che la prima si esaurisca nell'individuazione del significato del dato letterale. Il diritto ha ad oggetto fatti concreti. Oggetto dell'interpretazione non è la norma, bensì la norma unitamente al fatto. Occorre avere la forza intellettuale e culturale di recuperare la normatività della fattualità, la valenza normativa dei fatti. Il che implica che l'ermeneutica giuridica non possa esaurirsi in una scienza del linguaggio».

En este contexto, no cabe duda y la norma que excluye la revocabilidad del reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio también parece razonable y proporcionada. Sin embargo, esa irrevocabilidad no depende del mero hecho de que se trate de una disposición extrapatrimonial, sino de la naturaleza del interés que el reconocimiento trata de proteger. Se trata de una disposición testamentaria que afecta a la relación de parentesco, que constituye una relación parental jurídicamente relevante, determinando para el progenitor una responsabilidad real hacia el hijo. Sólo en función del interés se explica la regulación de cada disposición; no sólo por su naturaleza patrimonial o extrapatrimonial. La relación jurídica no es sólo una relación entre situaciones jurídicas subjetivas, sino también regulación de intereses⁹⁴.

Además, no cabe duda de que otras disposiciones extrapatrimoniales, que también pueden expresarse en forma testamentaria, son siempre revocables. Así, las disposiciones sobre el propio funeral, entierro, cremación, el destino de un epistolario, los documentos y retratos de la familia, y la designación del tutor del menor.

Esto explica también la regulación de la confesión, que no es una declaración de voluntad, sino una declaración de ciencia; por lo tanto, libremente apreciable por el juez, a menos que se entregue el testamento que contiene la confesión, para que el destinatario pueda tener conocimiento de ella, a la persona en cuyo favor se hace la declaración, lo que es válido, en este caso, como una confesión extrajudicial, aunque el testamento sea revocado posteriormente.

Desde esta perspectiva, se degradan tanto las consecuencias conceptuales como las de regulación, que debían extraerse de la distinción entre el contenido típico y atípico del testamento, confirmando la necesidad de su superación definitiva.

Esta distinción no ayuda, de hecho, ni a identificar el concepto de testamento ni a marcar su regulación, y su superación sólo puede apreciarse desde una perspectiva orientada a reevaluar la teoría del acto de última voluntad.

V) Conclusión

La idea de que el testamento debe ser un acto exclusivamente patrimonial, que, sin embargo, podría parecer coherente con la letra del art. 587 código civil italiano y razonable según los principios y valores vigentes en el sistema preconstitucional⁹⁵, sería hoy en día, en la medida en que no permitiera una regulación *post mortem* de los intereses extrapatrimoniales, no sólo incapaz de comprender la contemporaneidad de los intereses de la persona y de sus prerrogativas sucesorias, sino, sobre todo, contraria al sistema constitucional actual y en contraste con los principios y valores del actual ordenamiento jurídico⁹⁶.

El testamento es, sin más, el acto por el cual la persona regula todos sus intereses *post mortem*, ni es concebible que la regulación de situaciones jurídicas existenciales quede excluida o sin importancia.

⁹⁴ P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita Not.*, 1976, p. 1027 ss., ora in ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, pp. 40, 44, 49. En la última página se lee: «si prospetta una visione procedimentale che, superando lo schema fatto-rapporto, là dove il fatto funge da causa ed il rapporto da effetto, incentra la propria attenzione nella triade rapporto-fatto-rapporto sí che specificatamente il rapporto obbligatorio o la situazione soggettiva iniziale fungono da *prius* del fatto condizionandone la struttura».

⁹⁵ Sobre el criterio de razonabilidad, por todos, véase G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 1 ss. Para aplicaciones concretas AA. VV., *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, a cura di G. Perlingieri e A. Fachechi, Napoli, 2017, p. 1 ss.

⁹⁶ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 25: «l'esigenza del rispetto della persona umana y del suo libero sviluppo incidono sulla nozione di ordine pubblico, sui limiti y la funzione dell'autonomía privada y sull'interpretazione degli atti que ne sono manifestazione, sull'individuazione dei confini dell'illicito y del suo fundamento, sulle configuraciones non soltanto dei rapporti familiari ma anche delle situazioni soggettive patrimoniales, sulla concezione y sulla tutela del rapporto di lavoro, sul giudizio di meritevolezza dell'associazionismo y dei suoi posibles scopi, incide, insomma, su tutto l'assetto del vivere in "comunidad"».

Para mantener la distinción entre contenido típico y atípico del testamento, hay que decir, no que el contenido extrapatrimonial no es testamentario en sentido sustancial, sino que la regulación de las relaciones existenciales *post mortem* pueden regularse tanto con el testamento como con el acto de última voluntad diferente del testamento.

Si, por lo tanto, esa distinción puede tener hoy algún espacio, no es para excluir la relevancia testamentaria de la regulación de los intereses extrapatrimoniales, sino para afirmar la posibilidad de regular estas relaciones jurídicas con un acto de última voluntad distinto del testamento. Para desvincular, por tanto, la regulación *post mortem* de los intereses existenciales y, más en general, de los intereses extrapatrimoniales, a los estrictos requisitos de forma y capacidad y a las formalidades prescritas para el testamento⁹⁷.

En resumen, para afirmar con fuerza y convicción que el testamento no es el único acto de última voluntad del ordenamiento jurídico italiano.

La disposición del artículo 588 del Código Civil italiano, lejos de describir, con carácter exclusivo, las únicas disposiciones que pueden constituir el contenido del testamento, sirve para indicar aquellos actos de última voluntad que deben hacerse, por necesidad, con el testamento.

Leyendo conjuntamente los artículos 587 y 588 del Código Civil italiano, no se puede decir que el testamento (sustantivo) tiene un contenido exclusivamente patrimonial-atributivo, es decir, que se resuelva en la institución de heredero o legado, sino que el testamento es el acto que regula la sucesión de la persona, precisando que solamente al testamento el ordenamiento jurídico italiano encomienda la institución de heredero y la ordenación de legado⁹⁸. En el entendido de que todos los demás aspectos sucesorios de la persona y, en particular, los extrapatrimoniales pueden también regularse por actos de última voluntad diferentes del testamento⁹⁹.

⁹⁷ N. ÁLVAREZ LATA, *Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento*, cit., p. 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». Desde la perspectiva apoyada en el texto, según la cual el acto de última voluntad es, por definición, unilateral, es evidente que no hay ningún problema con la revocabilidad de los actos de última voluntad que no sean testamentos, ya que la revocabilidad constituye un perfil regulatorio no del testamento sino, más generalmente, de todos los actos de última voluntad. En todo caso, también para la perspectiva generalmente aceptada, no creo que se pueda plantear un problema de regulación en términos generales y abstractos, si además se realiza por tipos de actos de última voluntad, ya que el objetivo del jurista es siempre identificar la regulación de aplicar al caso concreto, evaluando los intereses concretos y prescindiendo de las abstracciones conceptuales, que corren el riesgo de sacrificar los intereses de las partes en el altar de los dogmas. Para profundizar, V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., p. 122 ss.

⁹⁸ Esta reconstrucción no quiere llegar a afirmar que sólo es testamento el acto por el cual el causante dispone de la delación, sino, más sencillamente, y con el fin de ampliar las prerrogativas de la sucesión de la persona, que los intereses *post mortem* también pueden ser regulados por un acto de última voluntad diferente del testamento. En otras palabras, para afirmar que el requisito formal del testamento se prescribe sólo para los actos de disposición de la delación, sin que de este dato relativo a la forma, se puede desprender una noción de testamento restringida, o la idea de que todo lo que no importa una disposición de la delación y, por lo tanto, que no reclama para su validez formas y formalidades del testamento, no debe considerarse testamento en el sentido sustantivo. En términos más generales, conviene aclarar que la regulación de los intereses *post mortem* de la persona se confían tanto al testamento como al acto de última voluntad diferente del testamento, precisando que solo a través del testamento se puede disponer de la delación. Esta reconstrucción vale a demostrar que existe un acto de última voluntad distinto del testamento y que el sistema le confía la regulación de todos los intereses *post mortem* que no afectan inmediata y directamente a la delación. No sirve, ni debe servir para limitar el concepto de testamento sólo a su contenido típico, es decir, a la disposición de la delación. Demuestra que, incluso en el derecho testamentario, el método del jurista no puede ni debe cambiar, ya que el jurista no puede ni debe elegir a priori la estructura, sino que evaluar siempre la función del acto, teniendo en cuenta los intereses en concreto.

⁹⁹ 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

Bibliografia

- AA. VV., *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, a cura di G. Perlingieri e A. Fachechi, Napoli, 2017.
- ALLARA M., *Il testamento*, Padova, 1936.
- ALLARA M., *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1950-1951.
- ALLARA M., *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957.
- ÁLVAREZ LATA N., *Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2002, 6, p. 113 ss.
- ANDREOLI M., *La vocazione ereditaria*, in *Studi senesi*, 54 (1940), pp. 197 ss. e 256 ss.
- ANDREOLI M., *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 1949, p. 331 ss.
- AZZARITI F.S., MARTINEZ G., AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazione*, 6ª ed., Padova, 1973.
- AZZARITI G., *Contro il revisionismo costituzionale*, Bari, 2016.
- AZZARITI G., *Successioni (diritto civile): Successione testamentaria*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 821 s.
- BARASSI L., *Le successioni per causa di morte*, 1ª ed., Milano, 1941.
- BARBA V., *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018.
- BARBA V., *El contrato post mortem en el derecho italiano. Una hipótesis mas allá de la prohibición de los pactos sucesorios*, en curso de publicación.
- BARBA V., *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015.
- BARBA V., *Il legato di fideiussione*, in *Fam. per. succ.*, 2011, p. 416 ss.
- BARBA V., *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, p. 763 ss.;
- BARBA V., *La nozione di disposizione testamentaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 963 ss.
- BARBA V., *Recensione a "La clausola di diseredazione. Da disposizione «affittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria" di Pasquale Laghi ed a "La diseredazione. Profili evolutivi" di Marco Tatarano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 969 ss.
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.
- BESSONE M., *Causa tipica e motivi del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1098 ss.
- BETTI E., *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale. Fasi di elaborazione e mete da raggiungere*, in *Rendiconti dell'istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, Milano, 1941, pp. 32 -330.
- BETTI E., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 222.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, 2ª ed., Torino, 1960
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, Torino, 1952.
- BIANCA C. M., *Diritto civile, II, La famiglia e le successioni*, 3ª ed., Milano, 2001.

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.

- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F. D., NATOLI U., *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1994.
- BIN M., *La diseredazione*, *Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1969.
- BIONDI B., *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 567 ss.
- BONILINI G., *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990.
- BONILINI G., *I legati. Artt. 649-673*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, 2^a ed. Milano, 2006.
- BONILINI G., *Testamento*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 1999, p. 338 ss.
- BRUNETTI A., *Il diritto di testare secondo la teoria integrale del diritto privato*, in *Giur. it.*, 1924, IV, c. 162 ss.
- BUTERA A., *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940.
- CANDIAN A.D., *La funzione sanzionatoria del testamento*, Milano, 1988.
- CAÑIZARES LASO A., *Com. Art. 667*, en *Código Civil comentado*, a cura de Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, vol. 2, p. 285 ss.
- CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, t. II, 2^a ed., Milano, 2002.
- CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, t. II, Milano, 1982.
- CARIOTA-FERRARA L., *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977.
- CICU A., *Diseredazione e rappresentazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pp. 389 ss.
- CICU A., *Il testamento*, 2^a ed., Milano, 1951.
- CICU A., *Le successioni. Parte generale - Successione legittima e dei legittimari - Testamento*, Milano, 1947.
- CIMBALI E., *Il testamento è contratto?*, in *Filangieri*, 1884, I, p. 265 ss.
- CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, 2^a ed., Milano, 1980.
- CRISCUOLI G., *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965.
- D'AVANZO W., *Delle successioni*, t. II, *Parte speciale*, Firenze, 1941.
- DE RUGGIERO R., MAROI F., *Istituzioni di diritto civile*, Milano - Messina, 1965.
- DELLE MONACHE S., *Disposizioni «negative»*, in AA. VV., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, p. 277 ss.
- DI MAJO A., *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1 ss.
- DI MAJO A., *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 211 ss.
- FERRI G. B., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 12; ss.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- FERRI L., *L'esclusione testamentaria di eredi*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 248 ss.
- FERRI L., *Se debba riconoscersi efficacia ad una volontà testamentaria di diseredazione*, in *Foro pad.*, 1955, c. 47 ss.
- FILOMUSI GUELFY F., *Successione (diritto di successione) Introduzione*, in *Dig. it.*, XII, parte III, Torino, 1889-1897.
- GALLO P., *Il contratto fiduciario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 55 ss.
- GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. I, 2^a ed., Milano, 1952.
- GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 103.

- GIAMPICCOLO, G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954.
- GIORDANO-MONDELLO A., *Legato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1973, p. 719 ss.
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, 3^a ed., Firenze 1891.
- GIORGIANNI M., *Il «modus»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 889 ss.
- GROSSI P., *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, 2003, p. 29 ss.
- GROSSO G. e BURDESE A., *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, Torino, 1977.
- GUARNERI A., *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, pp. 324-332.
- IRTI N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967.
- JEMOLO C. A., *La diseredazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 504 ss.
- JORDANO BAREA J.B., *Com. Art. 675*, in *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, (Vol. 1), p. 1679 ss.
- LAGHI P., *La clausola di diseredazione: da disposizione «affittiva» a strumento regolativi della devoluzione ereditaria*, Napoli, 2013.
- LENZI R., *Le disposizioni testamentarie affittive*, in AA. VV., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, p. 293 ss.
- LIPARI N., *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970.
- LISERRE A., *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 474 ss.
- LOPS F.P., *Il legato*, in *Successioni e donazioni* a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, pp. 1036-1040.
- MASI A., *Dei legati*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979.
- MASI A., *Legato*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 11 ss.
- MENGGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, XLIII, 1, 5^a ed., Milano, 1993.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, 9^a ed., Milano, 1962.
- MIGLIACCIO E., *Collazione, imputazione e preterizione divisoria*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 86 ss.
- MIGLIACCIO E., *Funzioni e vicende dei legati: il legato di debito*, Napoli, 2015.
- MODUGNO F., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino, 2007.
- NANNI L., *Dell'estinzione del mandato*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, *sub artt.* 1722-1730, 1994, p. 23 ss.
- NAVARRA G., *Dell'incarico post mortem*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1939, p. 240 ss.
- NICOLÒ R., *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934.
- NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974.
- OPPO G., *Note sull'istituzione di non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 67 ss.
- PACIA R., *Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 317 ss.
- PAGLIANTINI S., *Causa e motivi del regolamento testamentario*, Napoli, 2000.
- PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970.
- PERLINGIERI G., *Garanzie atipiche e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 21 ss.

- PERLINGIERI G., *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 459 ss.
- PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.
- PERLINGIERI P., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 27.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1983.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., Napoli, 1991.
- PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 25 ss.
- PERLINGIERI P., *Profili istituzionali*, 2ª ed., Napoli, 1979.
- PERLINGIERI P., *Profili istituzionali*, Napoli, 1975.
- PERLINGIERI P., *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita Not.*, 1976, p. 1027 ss., ora in ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 40 ss.
- PIETROBON V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.
- PINO G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010.
- PINO G., *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016.
- POLACCO V., *Delle successioni, vol. I, Lezioni tenute nella R. Università di Roma negli anni accademici 1922-1923, 1923-1924*, Roma, 1928.
- PUTORÌ V., *Mandato post mortem e divieto di patti successori*, in *Obbl. e contratti*, 2012, p. 738 ss.
- RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1984.
- ROMANO C., *I legati*, in *Diritto delle successioni* a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, Napoli, 2008, 2, pp. 1095-1104.
- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, VI, 2, Torino, 1975.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 196 ss.
- SCALISI V., *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974.
- TATARANO M., *La diseredazione. Profili evolutivi*, Napoli, 2012.
- TATARANO M.C., *Il testamento*, Napoli, 2003.
- TRABUCCHI A., *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, pp. 39 ss.