

# The best interest of the child

a cura di  
Mirzia Bianca





Collana Materiali e documenti 76

# DIRITTO, POLITICA, ECONOMIA

# The best interest of the child

*a cura di*  
*Mirzia Bianca*



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ EDITRICE

2021

Copyright © 2021

**Sapienza Università Editrice**

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

[www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)

[editrice.sapienza@uniroma1.it](mailto:editrice.sapienza@uniroma1.it)

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

ISBN 978-88-9377-189-4

DOI 10.13133/9788893771894

Pubblicato nel mese di settembre 2021



Quest'opera è distribuita  
con licenza Creative Commons 3.0 IT  
diffusa in modalità *open access*.

In copertina: foto di Fabrizio Sorrentino.

*Al mio adorato Padre  
che, senza mai declamare  
la formula del Best  
interest of the child,  
l'ha sempre resa concreta  
con i Suoi scritti  
e con la Riforma  
della filiazione  
Con infinito affetto*





# Indice

## TOMO I

Prefazione XV  
*Mirzia Bianca*

Presentazione dell'opera XIX  
*Guido Raimondi*

*I best interests of the child* tra passato, presente e futuro XXIII  
*Filomena Albano*

Un ricordo del Prof. Cesare Massimo Bianca XXVII  
*Carla Garlatti*

## PARTE I – L'INTERESSE DEL MINORE NELL'ORDINAMENTO INTERNO ED INTERNAZIONALE

L'interesse del minore: le nuove sfide d'un concetto vago  
e magari antipatico 3  
*Ursula Cristina Basset*

Un modello europeo per l'armonizzazione della legge  
sulla responsabilità genitoriale 11  
*Katharina Boele-Woelki*

Intérêt supérieur de l'enfant et droits de l'enfant: quelle articulation ? 35  
*Hugues Fulchiron*

Autorità giudiziaria e superiore interesse del minore 47  
*Carla Garlatti*

Interesse del minore: problematiche interpretative <i>Giovanni Giacobbe</i>	61
La maternità surrogata e l'interesse del minore <i>Gabriella Luccioli</i>	69
<i>The best interest of the child</i> . L'interesse del minore nella giurisprudenza interna e internazionale <i>Gabriella Palmieri</i>	85
L'interesse del minore <i>Paolo Papanti Pelletier</i>	97
<i>The best interest of the child</i> nella giurisprudenza della Corte suprema di Cassazione <i>Luigi Antonio Scarano</i>	101
Interés superior del menor y maternidad subrogada: estado de la cuestión en el derecho español <i>José Ramón de Verda y Beamonte</i>	131
PARTE II – L'INTERESSE DEL MINORE E I NEW MEDIA	
Il minore di fronte alla malattia e alla morte, ai tempi di Internet <i>Luisa Avitabile</i>	153
Minori "buoni" e minori "cattivi" nella nuova disciplina sul cyberbullismo <i>Alberto Maria Benedetti</i>	165
Il diritto all'oblio del soggetto minore nel Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali <i>Maria Romani Allegri</i>	179
La questione della consapevolezza digitale nei minori <i>Ida Cortoni</i>	189
Responsabilità genitoriale e controllo <i>Facebook</i> <i>Alessandra Gatto</i>	207
Discorsi d'odio <i>online</i> e tutela costituzionale dei minori <i>Paola Marsocci</i>	215
La tutela del minore nell'ambito del Codice di autoregolamentazione <i>Donatella Pacelli – Camilla Rumi</i>	231

Il libro bianco Media e minori: l'età del consenso digitale tra consapevolezza e responsabilità <i>Giulio Votano</i>	245
--	-----

PARTE III – L'INTERESSE DEL MINORE E IL SUO DIRITTO A CRESCERE  
IN FAMIGLIA

L'interesse del minore alla propria famiglia: un interesse ancora in attesa di piena tutela <i>Cesare Massimo Bianca</i>	255
--	-----

Una riflessione su "l'interesse del minore e il suo diritto a crescere in famiglia" <i>Enrico Quadri</i>	261
--	-----

Il diritto del minore alla bigenitorialità ed il ruolo del terzo genitore nella prospettiva della famiglia ricomposta <i>Enrico Al Mureden</i>	269
--	-----

L'adozione mite come diritto del minore: tra opportunità e identità <i>Ettore Battelli</i>	285
---	-----

Condizioni di indigenza dei genitori e il diritto del minore di crescere nella propria famiglia <i>Clorinda Ciraolo</i>	303
---	-----

Il bambino in una famiglia a confini variabili <i>Paola Di Nicola</i>	313
--	-----

La responsabilidad civil por omisión de cuidado en Brasil <i>Nelson Rosenwald</i>	323
--	-----

PARTE IV – L'INTERESSE PERSONALE E PATRIMONIALE DEL MINORE  
E LA SUA PARTECIPAZIONE ALL'ATTIVITÀ NEGOZIALE

Il minore e la relazione di cura <i>Alessandra Bellelli</i>	341
--	-----

Autonomía negocial de última voluntad y capacidad de la persona <i>Vincenzo Barba</i>	351
--	-----

Le Dat del minore e il conflitto di interessi dei genitori <i>Marco Bellinvia</i>	381
--	-----

Responsabilità genitoriale e vaccinazioni obbligatorie <i>Alberto Giulio Cianci</i>	399
La nuova legge italiana sul testamento biologico e il ruolo del minore <i>Attilio Gorassini</i>	429
Persona minore di età e libertà di autodeterminazione <i>Claudia Irti</i>	439
Il migliore interesse del bambino in condizione terminale: i rischi della sottovalutazione degli aspetti psicologici durante l'ospedalizzazione <i>Giovanna Leone</i>	477
<i>The best interest of the child</i> tra persona e contratto <i>Roberto Senigaglia</i>	491
TOMO II	
PARTE V – L'INTERESSE DEL MINORE ALL'ACCERTAMENTO DELLO STATO FILIALE	
L'incidenza dell'interesse del minore nella costituzione e rimozione dello stato filiale <i>Tommaso Auletta</i>	523
L'interesse del minore e i nuovi modelli familiari <i>Massimo Paradiso</i>	611
Profili della filiazione nelle famiglie poligamiche <i>Davide Achille</i>	619
The same-sex parented family option. An outlook of the Italian case Law <i>Gianni Ballarani</i>	643
Il <i>best interest of the child</i> nel dialogo tra le Corti <i>Mirzia Bianca</i>	669
Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali <i>Emanuela Giacobbe</i>	695

Indice	xi
Maternità surrogata e tutela del minore: quale il <i>best interest of the child</i> ?	729
<i>Emanuele Lucchini Guastalla</i>	
La determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: problemas y perspectivas	745
<i>José Ramón de Verda y Beamonte</i>	
Azioni di stato, interesse del minore e ricerca della verità	761
<i>Ugo Salanitro</i>	
L'eterogenitorialità nel sistema del diritto dei minori	775
<i>Susanna Sandulli</i>	
PARTE VI – L'INTERESSE DEL MINORE AD UNA CRESCITA SERENA: RESPONSABILITÀ GENITORIALE, RELAZIONI FAMILIARI E CONFLITTI	
Genitori conflittuali e tutela dei figli minori di età	789
<i>Filippo Romeo</i>	
Conflittualità familiari e affidamento di minori in servizi sociali	807
<i>Daniela Cremasco</i>	
L'interesse del minore alla bigenitorialità	813
<i>Lorenzo Delli Priscoli</i>	
Il diritto del minore all'abitazione. Profili pubblicitari	837
<i>Giampaolo Frezza</i>	
Il minore e i nuovi modelli di negoziazione assistita	855
<i>Gaetano Edoardo Napoli</i>	
La posizione del minore nei procedimenti di separazione	877
<i>Adriana Neri</i>	
Prevalencia y garantía del interés del menor en los procesos de familia	899
<i>Pilar María Estellés Peralta</i>	
Il ruolo dell'avvocato nelle questioni che interessano il minore: un progetto di tavolo interdisciplinare	921
<i>Maria Letizia Spasari</i>	

## TOMO III

## PARTE VII – L'INTERESSE DEL MINORE E IL DIRITTO ALL'IDENTITÀ

L'invisibilità dei minori nella prospettiva sociologica 937  
*Marisa Ferrari Occhionero*

La complejidad del derecho a la identidad a la luz  
 de las sugerencias de la jurisprudencia de la Corte  
 interamericana de derechos humanos 947  
*Ursula Cristina Basset*

L'identità invisibile del minore vittima di violenza assistita 967  
*Liliana Caravelli*

Minore-consumatore e diritto all'identità 983  
*Fabrizio Criscuolo*

The identity of child consumer in Hungarian Law 995  
*Klára Gellén – Andrea Labancz*

Il diritto alla conoscenza delle proprie origini 1011  
*Arnaldo Morace Pinelli*

L'identità sociale del minore di fronte alle sfide  
 dei mutamenti familiari 1035  
*Mariella Nocenzi*

Born to buy: la socializzazione del giovane consumatore 1049  
*Domenico Secondulfo*

Cognome del minore e identità personale 1061  
*Stefano Troiano*

## PARTE VIII – L'INTERESSE DEL MINORE ALLA CONTINUITÀ AFFETTIVA

Contraddizioni e criticità del principio della continuità affettiva  
 nei procedimenti di adozione: continuità affettiva e affidamento familiare 1105  
*Alida Montaldi*

L'adozione in casi particolari 1115  
*Melita Cavallo*

L'interesse del minore tra continuità affettiva e rapporti significativi 1133  
*Rosario Carrano*

Indice	XIII
L'affido familiare per la crescita di una società generativa <i>Silvia Fornari</i>	1141
Genitore (e nonno) sociale. Diritti e tutele nell'interesse della persona di età minore? Il <i>cammino</i> della giurisprudenza interna ed europea <i>Maria Giovanna Ruo</i>	1153
Due modelli giurisprudenziali e due ipotesi a confronto in tema di continuità affettiva <i>Rosita Lifrieri</i>	1181
PARTE IX – L'INTERESSE DEL MINORE E IL DIRITTO ALLA STABILITÀ TERRITORIALE. IL PROBLEMA DEL MINORE MIGRANTE	
The best interest of the child "to be or not to be adopted". Intercountry Adoptions, intercultural Discriminations <i>Mario Ricca</i>	1199
Tutela degli interessi del minore e normativa dell'Unione europea sul ricongiungimento familiare <i>Adelina Adinolfi</i>	1261
Minore migrante e tutela dei diritti umani <i>Silvia Albano</i>	1281
Aspetti penalistici della tutela del minore migrante <i>Pasquale Bronzo</i>	1291
Problematiche civilistiche del minore migrante <i>Gabriele Carapezza Figlia</i>	1299
El Convenio de la Haya de 1980. Las medidas preventivas establecidas por el legislador español en la sustracción internacional de menores <i>María Ascensión Martín Huertas</i>	1307
Nutrire le radici del futuro: bambini, degrado ambientale e diritti umani <i>Bruno Maria Mazzara</i>	1343
La sottrazione internazionale del minore e i problemi psicologici relativi alla stabilità affettiva e territoriale <i>Mimma Tafà</i>	1361

# Autonomía negocial de última voluntad y capacidad de la persona

Vincenzo Barba<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Actos entre vivos, actos de última voluntad y actos por causa de muerte. - 3. Testamento y sucesión. - 4. Actos de última voluntad diferentes del testamento. - 4.1. Capacidad para cumplir los actos de última voluntad diferentes del testamento.

## 1. Introducción

En la literatura italiana es muy firme la idea, aunque no siempre expresada de manera inequívoca, de que el testamento es el único negocio *mortis causa* válido<sup>2</sup>.

Como prueba de esta afirmación, a menudo implícita, se dice que cualquier acuerdo de sucesión contenido en un contrato o en un negocio unilateral entre vivos es nulo, precisamente debido a la prohibición de los pactos sucesorios<sup>3</sup>; con el corolario de que la mencionada prohibición, junto con las normas sobre el testamento y su contenido<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> Prof. Vincenzo Barba, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Roma "La Sapienza". Correo electrónico: vincenzo.barba@uniroma1.it. Este trabajo es una parte de un ensayo más largo publicado en la revista "Derecho privado y Consuetudine".

<sup>2</sup> S. DELLE MONACHE, 2005, p. 55 ss.; C.M. BIANCA, 2015, p. 251 ss.; V. CUFFARO, 1994, p. 727 ss.; M.C. TATARANO, 2003, p. 37.

<sup>3</sup> En Italia, vid. la norma establecida en el art. 458 c.c.; en España, vid. el art. 1271 c.c.; en Cuba, vid. la norma en el art. 467 c.c. En el curso de los trabajos hay algunas limitadas referencias a la doctrina española, que se hacen con el único propósito de destacar que, en muchos aspectos, a pesar de la presencia de diferentes disciplinas, la doctrina y la jurisprudencia se han enfrentado a problemas bastante similares. En este sentido, se debe considerar cualquier cita a la doctrina española que se encuentre en el resto del texto, sabiendo que estas citas son inadecuadas para dar una imagen completa de la doctrina española.

<sup>4</sup> En Italia, vid. las normas establecidas en el art. 587 c.c. sobre la noción de testamento



confiarían exclusivamente al último la regulación de los intereses *post mortem* de la persona. Se especifica, además, que el testamento es un negocio típicamente patrimonial y que la regulación de los intereses no patrimoniales constituye el contenido atípico del testamento.

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

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

Para cuestionar la idea de que el testamento es el único negocio *mortis causa* válido, en primer lugar, es necesario verificar el alcance de la categoría de los actos<sup>5</sup> por causa de muerte y si esta categoría realmente se opone a la de los actos entre vivos y, finalmente, cuál es su relación con los actos de última voluntad<sup>6</sup>.

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

Por último, es necesario verificar si pueden darse en el ordenamiento jurídico italiano actos de última voluntad diferentes del testamento y, en el caso de respuesta afirmativa, cuál es su disciplina, advirtiendo,

---

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

<sup>5</sup> A continuación, el término “acto” se utiliza en el sentido técnico de un acto jurídico en sentido amplio, es decir, como categoría que abarca tanto los actos jurídicos en sentido estricto como los negocios jurídicos. En el caso de que se pretenda hacer referencia específica a una de las dos categorías, incluida en la de “actos jurídicos en sentido amplio”, me referiré expresamente a “actos jurídicos en sentido estricto” o a negocios jurídicos o, simplemente negocios.

<sup>6</sup> Ver, recientemente, para el desarrollo de esta idea, V. BARBA, 2018, p. 3 ss., al que se hace referencia para un cuadro completo de las citas de la doctrina italiana. En este artículo las citas de la doctrina italiana se reducen a las esenciales.

desde el principio, que cuando los intereses regulados son de naturaleza existencial, es demasiado obvio que la capacidad requerida para la validez de estos actos requiere un replanteamiento general, también en consideración de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>7</sup>.

## 2. Actos entre vivos, actos de última voluntad y actos por causa de muerte

A la categoría de los actos *inter vivos*, se suele, generalmente, oponer la categoría de los actos *mortis causa*, en la convicción de que un acto jurídico puede reducirse a uno u otro, con claridad y precisión. Partiendo de este supuesto, es fácil afirmar que el contrato de donación es un acto entre vivos y que el testamento es un acto por causa de muerte. Se dice, de hecho, que el testamento no solo es un acto por causa de muerte, sino el único acto por causa de muerte admitido por el ordenamiento jurídico italiano<sup>8</sup>.

Sin embargo, esta clasificación se vuelve muy incierta cuando se trata de hipótesis consideradas fronterizas, como, por ejemplo, el contrato de sucesión o la división del caudal hereditario<sup>9</sup>. En tales casos, es difícil establecer, inequívocamente, si se trata de un acto entre vivos o de un acto por causa de muerte.

Para superar esta dificultad, debemos socavar la idea de que la categoría de actos entre vivos debe establecerse en contraposición con la categoría de los actos por causa de muerte. Es necesario tomar conciencia, aprovechando la enseñanza de Giampiccolo<sup>10</sup>, de que la categoría de actos *inter vivos* no se puede establecer en contra de la categoría de actos *mortis causa*, sino en contra de la de actos de última voluntad.

---

<sup>7</sup> Cabe considerar que Italia, aunque haya ratificado esta Convención, aún no ha procedido a adaptar las normas del derecho civil, de modo que la norma del art. 12 de la Convención se encuentra sustancialmente sin una implementación adecuada.

<sup>8</sup> Véase la nota n. 2.

<sup>9</sup> La hipótesis concierne, sobre todo, a la ley española, en la cual el contador-partidor puede hacer una división de su patrimonio no solo por acto de última voluntad (art. 735 c.c. it.; art. 1056 c.c. es.), sino también por acto *inter vivos* (art. 1056 c.c. es.). Al igual que en la ley española, también en la ley cubana, la división de la herencia puede realizarse mediante acto entre vivos (art. 534 c.c. cu). No es así en el derecho italiano.

<sup>10</sup> G. GIAMPICCOLO, 1954, p. 37 s.

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

Por un lado, los actos entre vivos, es decir, esa clase de actos jurídicos identificados por su idoneidad para producir, desde su celebración, una relación jurídica, incluso si es un efecto preliminar (como en caso de negocio sometido al *dies mortis*, o a condición de premo-riencia)<sup>11</sup>; por otro lado, los actos de última voluntad, que son actos jurídicos unilaterales y unipersonales, destinados a producir efectos solo después de la muerte de su autor<sup>12</sup>, sin que, antes de ese tiempo, produzcan ningún efecto<sup>13</sup>, incluso si son conocidos o están dirigidos a los mismos destinatarios.

De esto derivan consecuencias extraordinariamente significativas de disciplina.

Los actos entre vivos, unilaterales o bilaterales, precisamente por su idoneidad inmediata para producir un efecto jurídico, incluso si es un efecto preliminar, son capaces de generar una confianza legalmente relevante para el beneficiario del acto o efecto<sup>14</sup>. La confianza es máxima en el caso de un contrato, en el cual las partes están en el mismo plano y en posición opuesta, mientras que es mínima, pero aún relevante, en el caso de un negocio unilateral no recepticio, en el cual la contraparte es destinataria de un efecto, incluso si el acto es eficaz independientemente del conocimiento que el destinatario haya tenido. La interpretación de los actos entre vivos debe tener en cuenta, aunque

---

<sup>11</sup> De hecho, es el único criterio capaz de identificar las características de esta figura, ya que la expresión "entre vivos" no puede, por supuesto, identificar estos actos en virtud de su cumplimiento por parte de los seres vivos.

<sup>12</sup> M.V. DE GIORGI, 2017, p. 418 s.

<sup>13</sup> Podría objetarse que el testamento, como acto de última voluntad, producirá un efecto, al menos hacia su autor, ya que expresa un cierto conjunto de intereses que, en ausencia de revocación, pretende, después de la muerte de su autor, regular la sucesión de la persona. El hecho de que debería ser revocado sugeriría que produce, en cualquier caso, un cierto efecto. La circunstancia que debe revocarse y que, en ausencia de revocación, está destinada a regular la sucesión, no es una afirmación necesaria ni suficiente para decir que tal acto produce un efecto en el sentido técnico, es decir, una relación jurídica. La revocación, por lo tanto, no es un acto que carece de un efecto que ha producido algún efecto, sino un acto que impide la producción de un efecto que el acto aún no ha producido. Desde este punto de vista, parece necesario hablar sobre el acto de última voluntad, no de revocación, sino de retiro.

<sup>14</sup> Ver las interesantes consideraciones de C. CACCAVALE, 2014, p. 17, 40, 49, 18 ss., quien señala la insuficiencia del instrumento testamentario cuando se hace la atribución con el fin de lograr un resultado, incluso si el mismo no debe interpretarse en términos de consideración, por una promesa de recompensa.

con diferentes grados, según sean contratos o negocios unilaterales y, en este segundo caso, según sean recepticio o no, la voluntad de otra parte o la intención del destinatario del acto o del efecto.

Por otro lado, están los actos de última voluntad, que son fisiológicamente incapaces de generar cualquier tipo de confianza en el destinatario del acto o efecto, incluso si este último puede tener conocimiento de ello. Debido a esto, tales actos son siempre libremente revocables<sup>15</sup> y deben interpretarse teniendo en cuenta exclusivamente la determinación volitiva de su autor, dejando al margen las voliciones y determinaciones de otras partes<sup>16</sup>. Esto se explica porque, al carecer de una disciplina orgánica en la interpretación, fue necesario proceder a su difícil reconstrucción<sup>17</sup>, partiendo de las reglas sobre la interpretación del contrato.

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

---

<sup>15</sup> Recientemente, sobre la revocación del acto de última voluntad, G. D'AMICO, 2017, p. 69 ss.

<sup>16</sup> G. GIAMPICCOLO, 1954, 114.

<sup>17</sup> P. RESCIGNO, 1952, p. 3 ss. También puede ser útil mencionar algunas obras de la doctrina española que, aunque se refieren al derecho español, han abordado un problema similar y han sido consideradas por la doctrina italiana: J.B. JORDANO BAREA, 1958, p. 3 ss.; J.B. JORDANO BAREA, 1999, p. 3 ss.; J.B. JORDANO BAREA, 1991, p. 1697 ss.; D. ESPIN CANOVAS, 1991, p. 1680 ss.; A. CAÑIZARES LASO, 2011a, p. 288 ss.; A. CAÑIZARES LASO, 2011b, p. 307 ss.; J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 153 ss.

en la medida en que sea *superest*<sup>18</sup>; b) y que tiene como beneficiario<sup>19</sup> un sujeto considerado a condición de que sobreviva al disponente<sup>20</sup>.

En esta perspectiva, la categoría de actos por causa de muerte no puede ser opuesta a la de los actos entre vivos, ya que no hay duda de que podemos asumir, independientemente de su validez, negocios que, al mismo tiempo, son a causa de muerte y entre vivos. En este sentido, es suficiente pensar en el contrato sucesorio (especialmente el que determina una institución de heredero), que es, por supuesto, un acto entre vivos, debido a su idoneidad para producir efectos desde su perfección, generando una expectativa legítima sobre lo que se ha pactado; pero es, también, un acto a causa de muerte, porque regula una relación jurídica que encuentra su causa en la muerte de una de sus partes.

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

<sup>18</sup> G. GIAMPICCOLO, 1954, p. 41, “considerazione dell’oggetto dell’attribuzione come entità commisurata in tutti i suoi elementi (esistenza, consistenza, modo di essere) al tempo della morte dell’attribuente”.

<sup>19</sup> G. GIAMPICCOLO, 1954, p. 42, “considerazione della persona del beneficiario come esistente in quello stesso momento [quello della morte dell’attribuente]”.

<sup>20</sup> Una aceptación completa de la teoría de Giampiccolo (1954) se puede leer en la decisión de Cass., 16 de junio de 1966, n. 1547, en *Foro it.*, 1966, I, c. 1513 ss. y en *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1353 ss., sobre la calificación de una donación con una cláusula *si praemoriar*, en virtud de la cual, Tizia, un miembro fallido de una sociedad de facto que había tenido con su esposo había procedido a la división y la asignación a sus cuatro hijos de sus bienes, estableciendo que “las asignaciones y particiones tendrán efecto después de su muerte”.

### 3. Testamento y sucesión

La idea de que el testamento debe considerarse un negocio con contenido exclusivamente patrimonial no es tanto el resultado de la interpretación de una u otra disposición jurídica que define la figura, sino la consecuencia de la idea de que la sucesión *mortis causa* es un fenómeno típica y exclusivamente patrimonial. Moviéndose en este entorno cultural es fácil comprender por qué, históricamente, se ha dicho que el contenido típico o propio del testamento es el patrimonial (consistente, principalmente, en la institución de heredero u ordenación de legado), mientras que la regulación de los intereses no patrimoniales constituye el contenido atípico del testamento o, alternativamente, un contenido no testamentario que se limita a ser contenido en un acto que tiene solo la forma testamentaria<sup>21</sup>.

Este enfoque cultural, que ciertamente era típico de los sistemas jurídicos legalistas de matriz principalmente productivista, está inevitablemente destinado a ser superado en los sistemas jurídicos contemporáneos, que colocan en la cima de sus valores la persona y la dignidad humana<sup>22</sup>.

Aunque es incuestionable que, incluso hoy en día, la planificación de situaciones jurídicas patrimoniales *post mortem* constituye un perfil importante y decisivo de las sucesiones y que una gran parte de los institutos del derecho hereditario sirve para la atribución de riqueza a herederos y legatarios, debe tenerse en cuenta que el fenómeno jurídico

---

<sup>21</sup> El problema me parece que se ha abordado de forma similar en España, especialmente si consideramos la fuerte interrelación, también en términos de citas entre italianos y españoles. Por todos, J.B. JORDANO BAREA, 1991, p. 1679, según el cual aceptar la idea de que las disposiciones son testamentarias en un sentido sustancial, "implicaría seguir una concepción ecléctica del testamento, cifrada en combinar o conciliar las dos concepciones del mismo en sentido sustancial, amplio y estricto, tal como hace CICU. Pero las disposiciones de carácter no patrimonial que la ley consiente sean contenidas en un testamento, son eficaces cuando figuran en un acto que tiene la forma del testamento (testamento en sentido formal), aunque falten disposiciones de carácter patrimonial (arg. ex arto 741 CC, tras la reforma de 1981, y STS 12-XI-64, entre otras)".

<sup>22</sup> Es innegable que el valor normativo de nuestro ordenamiento jurídico es la persona humana y su dignidad. Para todos; P. PERLINGIERI, 2006, p. 566 ss. y 597 s.; P. PERLINGIERI, 1975, p. 826 ss.; P. GROSSI, 2003, p. 48. La situación en España no parece diferente, si consideramos la obra de L. PRIETO SANCHÍS, 2017, p. 3 ss., que ha sido traducida a Italia y que ha tenido una importante difusión en la doctrina italiana. Además, la homogeneidad de los temas y problemas que constituyen la base de la reflexión de Sanchís nos permite considerar sus reflexiones, especialmente las metodológicas, perfectamente coherentes también con el derecho italiano.

de la sucesión *mortis causa* ya no puede limitarse a realizar una modificación subjetiva de las relaciones jurídicas y, encima, económico-patrimoniales<sup>23</sup>.

Tal planteamiento no solo es incapaz de captar el sentido moderno de la sucesión, no solo es inadecuado para responder a las necesidades de la persona<sup>24</sup>, sino que, sobre todo, traza una idea de sucesión *mortis causa* contraria al actual sistema jurídico italiano<sup>25</sup>.

El proceso de revisión del concepto de sucesión está, inevitablemente, relacionado con el significativo cambio del sistema de fuentes jurídicas, con la consiguiente modificación de los valores de nuestro ordenamiento jurídico, el fenómeno bien conocido de la “des-patrimonialización”<sup>26</sup> del derecho civil y la centralidad ganada por las situaciones jurídicas existenciales.

Nos enfrentamos a una revolución cultural<sup>27</sup> en la que seguir estudiando el derecho civil con nostálgicos esquemas formalistas o con la

<sup>23</sup> Según L. PRIETO SANCHÍS, 2017, p. 35, el verdadero desafío del neoconstitucionalismo al antiguo estado legislativo de la ley reside “no tanto en que exista una constitución que vertebré la organización política, ni siquiera en la presencia de un Tribunal Constitucional que controle la regularidad formal del ejercicio de los poderes públicos, sino más bien en el amplísimo abanico de principios sustantivos y de derechos a disposición de la jurisdicción ordinaria para ser utilizados en cualquier clase de proceso, y no ya solo en el recurso abstracto de inconstitucionalidad”.

<sup>24</sup> P. PERLINGIERI, 1972, p. 25, “l’esigenza del rispetto della persona umana e del suo libero sviluppo incidono sulla nozione di ordine pubblico, sui limiti e la funzione dell’autonomia privata e sull’interpretazione degli atti che ne sono manifestazione, sull’individuazione dei confini dell’illecito e del suo fondamento, sulle configurazioni non soltanto dei rapporti familiari ma anche delle situazioni soggettive patrimoniali, sulla concezione e sulla tutela del rapporto di lavoro, sul giudizio di meritevolezza dell’associazionismo e dei suoi possibili scopi, indice, insomma, su tutto l’assetto del vivere in “comunità””. N. LIPARI, 2004, p. 3 ss.; S. RODOTÀ, 2007, p. 3 ss.

<sup>25</sup> P. GROSSI, 2003, p. 29; P. GROSSI, 2010, p. 408.

<sup>26</sup> P. PERLINGIERI, 1983, p. 2, señala que, con la expresión, no muy elegante, “des-patrimonializzazione” del derecho civil pretendemos referirnos a una tendencia normativo-cultural en la conciencia de que no se propone la expulsión ni la reducción cuantitativa del contenido patrimonial del sistema jurídico, ya que “il momento economico, quale aspetto della realtà sociale organizzata, è ineliminabile”. C. DONISI, 1980, p. 644 ss.; A. DE CUPIS, 1982, p. 482 ss.

<sup>27</sup> Para una representación efectiva de las consecuencias de un neoconstitucionalismo metodológico, L. PRIETO SANCHÍS, 2017, p. 55, quien, de manera compartible, explica la relación entre la ley y la moral, para evitar la superposición del neoconstitucionalismo con el derecho natural en estos términos: “la moral social que encarna el Derecho debe mantenerse separada de la moral crítica, a veces simplemente porque se sitúa en sus antípodas y, en el mejor de los casos, porque los procedimientos de creación y aplicación del Derecho de ningún modo están en condiciones reales de reproducir el genuino dialogo moral, supuesto que la moral se funde en un diálogo”.

ilusión de poder hacer una interpretación no-evaluativa, no solo es una opción inapropiada, sino, sobre todo, una lectura contraria al mismo sistema jurídico contemporáneo y, por tanto, ilegal e ilegítima. El advenimiento de constituciones largas y rígidas, el reconocimiento de los derechos inviolables de la persona<sup>28</sup> y los principios de solidaridad y personalismo imponen un cambio radical en la teoría de la interpretación<sup>29</sup>.

No hay un sector del derecho en el que el alcance de estos principios no haya sido perjudicial; más bien, hay juristas que aún se niegan a tomar conciencia de que el sistema actual de fuentes es complejo y abierto; que la Constitución no tiene valor programático sino preceptivo<sup>30</sup>; que toda regla debe encontrar un fundamento en un principio<sup>31</sup>; que la jerarquía axiológica prevalece sobre la jerarquía formal<sup>32</sup>; que la persona está en el centro del sistema jurídico<sup>33</sup>; que la teoría hermenéutica debe cambiar

---

<sup>28</sup> Considérese la lectura lúcida y persuasiva ofrecida por L. PRIETO SANCHÍS, 2017, p. 24, según el cual el estado constitucional de derecho, predominantemente en la versión que se desarrolla en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, constituye la base común para el llamado neoconstitucionalismo, que tiende a convertirse en una respuesta global en una nueva cultura jurídico-política, presente en todas las discusiones. Las novedades que aporta este modelo cultural se resumen, según el Autor, en cuatro puntos fundamentales: el reconocimiento de la indiscutible fuerza normativa de la Constitución; la rematerialización constitucional, es decir, la incorporación al texto normativo no solo de normas formales, capaces de establecer quién manda y qué se manda, sino también normas sustanciales que pretenden trazar límites y restricciones a los poderes, a fin de establecer también lo que puede ser mandado y lo que debe ser mandado; la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución, asumiendo que el texto constitucional va más allá de los confines del mundo político y de la relación entre poderes, para invadir la articulación de todo el sistema, de modo que los derechos fundamentales tengan la vocación para regular todos los aspectos de la vida social, incluidas las relaciones entre individuos; la rigidez constitucional.

<sup>29</sup> G. PINO, 2010, p. 84 ss., advierte, en forma aguda, que las consideraciones morales afectan la determinación de la validez material de las normas jurídicas.

<sup>30</sup> G. PINO, 2010, p. 118 ss.

<sup>31</sup> G. PINO, 2016, p. 73 ss.

<sup>32</sup> Sobre el concepto de jerarquías normativas, R. GUASTINI, 1998, p. 121 ss.; G. PINO, 2016, p. 169 ss.; G. PINO, 2010, p. 40-50. Para todos, en la demostración de que, según el principio de legalidad, debe prevalecer el criterio axiológico, P. PERLINGIERI, 2010, p. 27.

<sup>33</sup> L. PRIETO SANCHÍS, 2017, p. 33, señala que a los ajustes filosóficos reducibles a los neocostitucionalismos, se plantea una objeción democrática, cuyo núcleo se resume de esta manera: "pretende encadenar al Ulises legislador al palo de una constitución rematerializada que tiene respuesta para (casi) todo y que, por si fuera poco, deja en manos de los jueces la última palabra sobre las cuestiones controvertidas". Esta es, como se sabe, la disputa sobre la previsibilidad de la ley. Debe agregarse que la certeza del derecho no es un hecho predeterminado, sino un resultado de la interpretación y que lo que realmente es decisivo y significativo, al menos



radicalmente<sup>34</sup>. El fenómeno de la llamada decodificación<sup>35</sup> no puede entenderse o, lo que es peor, no puede resolverse en el mero reconocimiento de la pérdida de la centralidad de los códigos y en el establecimiento de una pluralidad de microsistemas autónomos e independientes, sino, exactamente al contrario, debe inducir al intérprete responsable a tomar conciencia de que los códigos ya no pueden ser expresión de los principios fundamental del sistema jurídico y que la unidad del último, aunque dividida en una vasta pluralidad de fuentes, encuentra su momento de síntesis y unidad exactamente en esos principios.

Este cambio en la estructura cultural de los sistemas jurídicos europeos contemporáneos se refleja en todo el derecho<sup>36</sup> y, por lo tanto, también en el derecho de sucesión *mortis causa*, imponiendo una superación de aquellas lecturas exclusivamente patrimonialistas, hasta ahora, ofrecidas.

El concepto de sucesión por causa de muerte no solo conquista y atrae situaciones existenciales, sino que estas últimas también cobran mayor importancia que las patrimoniales. De modo que ya no sería plausible pensar que la sucesión *mortis causa* solo describe la sucesión en las situaciones económico-patrimoniales. En esta perspectiva, no se trata de comprender que la expresión “suceder” no pretende considerar solo los eventos de modificación subjetiva de las relaciones jurídicas, sino también los eventos de modificación objetiva, de constitución y de extinción<sup>37</sup> (de modo que la expresión “sucesión” no puede tener valor técnico, sino solo descriptivo<sup>38</sup>), sino de entender que esta palabra expresa un fenómeno mucho más grande y complejo.

Debemos ser conscientes de que los eventos involucrados en el sistema hereditario no solo conciernen a las relaciones jurídicas patrimo-

---

según mi perspectiva, no es la repetición o la repetitividad de una decisión, sino la controlabilidad de esta.

<sup>34</sup> P. GROSSI, 2003, p. 46. Sobre la abrogación del art. 12 de las disposiciones sobre la ley en general (esta es la ley italiana sobre la interpretación de la ley) y su insuficiencia para expresar una hermenéutica consistente con el sistema actual de fuentes, para todos, por muchos años, P. PERLINGIERI, 1975, p. 826 ss.; P. PERLINGIERI, 1985b, p. 990.

<sup>35</sup> Sobre la decodificación IRTI, 1979, p. 3 ss.

<sup>36</sup> Sobre la interconexión entre derecho y cultura, A. FALZEA, 1996, p. 396 ss.; P. GROSSI, 2003, p. 36; S. RODOTÀ, 1967, p. 83 ss.

<sup>37</sup> Sobre los eventos de las relaciones jurídicas, por todos, M. ALLARA, 1950, p. 3 ss.

<sup>38</sup> Sobre la complejidad de los eventos de las relaciones jurídicas relacionados con la sucesión hereditaria, ver G. STOLFI, 1949, p. 535 ss. Mas recientemente, V. BARBA, 2011, p. 347 ss.

niales, sino también y, sobre todo, a las existenciales<sup>39</sup> y que se imponen importantes adaptaciones a la luz de la dimensión cada vez mayor asumida por Internet, las redes sociales y los bienes digitales<sup>40</sup>. Y es precisamente este motivo el que ha impuesto un replanteamiento de las categorías tradicionales, mostrando que incluso las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial no pueden resolverse, exclusivamente, en la institución de heredero u ordenación de legado<sup>41</sup>.

#### 4. Actos de última voluntad diferentes del testamento

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

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

En el Código Civil hay amplia evidencia de actos de última voluntad diferentes del testamento, es decir, de actos unilaterales destinados no solo a regular un interés *post mortem*, sino también a producir sus efectos después de la muerte de su autor, sin la posibilidad de que se pueda producir ningún efecto, incluso solo preliminar, antes de ese momento. Basta con mencionar: la elección del tutor de un hijo, por la fecha posterior a la muerte del padre, que puede realizarse mediante escritura o escritura pública (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 de la revocación del testamento (artt. 680, 681 c.c. it.), que también puede hacerse mediante escritura

---

<sup>39</sup> V. BARBA, 2015, p. 172 ss.; G. PERLINGIERI, 2016, p. 511. En un sentido parcialmente diferente, E. BILOTTI, 2016, p. 351 ss.

<sup>40</sup> Sobre el patrimonio digital, F. MASTROBERARDINO, 2019, p. 169 ss.

<sup>41</sup> En este sentido, a modo de mero ejemplo, consideremos la hipótesis de la disposición testamentaria de novación, o de renuncia al crédito o la disposición testamentaria de excepción de compensación. Para más aclaraciones y detalles, consulte a V. BARBA, 2018, p. 238 ss., 260 ss., 269 ss.

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*<sup>42</sup>; 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<sup>43</sup>.

Otras figuras, más problemáticas, pero, en mi opinión, capaces de testificar que el sistema jurídico le da a la persona el poder de regular ciertos aspectos de su sucesión, incluso con actos distintos del testamento, son la confesión extrajudicial (art. 2735, párrafo 1, c.c. it.), el pacto sobre la indivisibilidad de la obligación (art. 1295 c.c. it.)<sup>44</sup> y, sobre

<sup>42</sup> Así V. BARBA, 2016, p. 1 ss. El efecto de la dispensación de la colación es, antes de la apertura de la sucesión del causante, subjetiva y objetivamente incierto, no pudiendo establecerse antes de ese momento e incluso antes de que se agote el mismo procedimiento de sucesión, si la dispensación puede ser, concretamente, capaz de producir algún efecto. Por lo tanto, es un acto que tiene una función sucesoria obvia, es decir, un acto que contribuye a la planificación de la sucesión de la persona.

<sup>43</sup> Ver el análisis realizado por N. ALVAREZ LATA, 2002, p. 116 s., "entre estas declaraciones anómalas, previstas por la ley, se pueden citar las que siguen: el reconocimiento de hijo extramatrimonial (art. 120 CC); la designación de tutor para el hijo (art. 223 CC); disposiciones acerca de entierros y funerales del testador (arg. ex art. 902.1 CC); la designación de las personas que hayan de ejercitar ciertas acciones relativas a la protección del honor, intimidad y propia imagen de la persona fallecida (art. 4 LO 1/82) y a la divulgación, paternidad e integridad de la obra del autor fallecido (art. 15 LPI); el consentimiento para la fecundación *post mortem* (art. 9.2 L 35/88); y la constitución de una fundación (art. 7 Ley 30/94). Asimismo, y dentro del contenido estrictamente atípico, esto es, dentro del no previsto por la ley, se suele aludir al reconocimiento de deuda en testamento como uno de los ejemplos paradigmáticos; disposición de carácter confesorio del testador cuya admisibilidad jurídica no se cuestiona, sin perjuicio de que provoque algunos problemas relativos a su eficacia y validez, sobre todo en relación con la revocación del testamento en la que dicho reconocimiento se lleva a cabo".

<sup>44</sup> Según este pacto, el prestatario está obligado a reembolsar la suma prestada, por sí mismo y por sus causahabientes, excluyendo la aplicación de la disciplina general, que establece la parcialidad de las obligaciones de los co-herederos y la sustitución, debido a la apertura de la sucesión, de una obligación no solidaria. Sobre el tema, se dice que esta disposición, contenida en el acuerdo de préstamo, es una cláusula suya y no se duda de su naturaleza contractual. Sin embargo, si consideramos la función real de este acto, que es la de prevenir la aplicación de la regla contenida en el art. 752 c.c. it; si consideramos que, de esta manera, el deudor dicta una regulación sobre la responsabilidad por deudas hereditarias; si consideramos que esta disposición no puede producir, antes de la muerte del deudor, ningún efecto, ni siquiera preliminar; entonces la misma calificación en términos de acto entre vivos no convence en absoluto. Parece, más bien, un acto de última voluntad. Esta calificación preocupa mucho al acreedor y, en particular, a los bancos, porque de este modo, el deudor podría, en cualquier momento, revocar unilateralmente esta

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

De manera no diferente, algunas hipótesis están, expresamente, reguladas por la ley de derechos de autor, que, después de haber establecido los herederos a los que 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 aclara, por lo tanto, que esta decisión puede ser tomada por el causante con un simple acto escrito, por tanto, con un acto que no tiene la forma testamentaria, o la forma del acto público. Es necesario y suficiente un escrito cualquiera.

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

---

decisión. A pesar de esto, esa solución me parece plausible, en el entendimiento de que debe distinguirse entre el compromiso asumido por el prestatario con el banco, cuya validez sería confirmada por la ley en cuestión, y el acto por el cual el causante regula su sucesión. Por lo tanto, el prestatario podría revocar su decisión; pero si hubiera hecho tal compromiso directamente con el banco, podría estar expuesto, cuando se considere válido este compromiso, a una responsabilidad.

para otras decisiones parecidas. Es plausible afirmar que cualquier decisión sobre el destino de sus restos mortales y sobre su propio funeral, que son menos incisivos que los de la cremación, puede ser manifestada por el difunto con “cualquier expresión de voluntad” y, por lo tanto, también por un acto de última voluntad diferente del testamento y no sujeto, ni siquiera, a requisitos de forma particulares. De hecho, sería extravagante que la decisión sobre la cremación pueda tomarse en cualquier forma y que la decisión sobre el destino de sus restos mortales y sobre su propio funeral requiera, bajo pena de nulidad, la forma testamentaria.

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

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

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

Esto requiere que nos demos cuenta de que en nuestro sistema jurídico el testamento no es el único acto de última voluntad por causa de muerte, válido y efectivo, ya que tenemos muchos actos de última voluntad diferentes del testamento, adecuados para regular ciertos aspectos sucesores de la persona<sup>45</sup>.

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

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

La mera función de sucesión si es capaz de determinar los perfiles de una disciplina sustancial (por ejemplo, la revocabilidad)<sup>46</sup> no es, por sí misma considerada, capaz de regular los límites de aplicación entre uno y otro; por otro lado, la disciplina sobre la forma y las formalidades prescritas para el testamento, sola o, más precisamente, desconectada de la función del acto y de la relación jurídica regulada, no puede explicar por qué el acto de la última voluntad está sujeto a requisitos de forma menos opresivos<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> La categoría de actos de última voluntad diferentes del testamento está claramente afirmada por J.B. JORDANO BAREA, 1991, p. 1679. Aunque el A. considera que el testamento es un acto de contenido exclusivamente patrimonial (cuya función es la institución de heredero y los legados), no excluye que podamos realizar actos de última voluntad diferentes del testamento, para la regulación de otros intereses. "Así concebido el testamento se nos aparece como el prototipo o arquetipo de los actos de última voluntad. Las restantes declaraciones o disposiciones anómalas, patrimoniales o no, que puedan figurar en forma testamentaria (el llamado contenido atípico del testamento), no son testamento en sentido técnico, sino otros actos de última voluntad, siempre que: a) se trate de negocios o actos jurídicos unilaterales de posible efecto *post mortem*; b) no hallen encuadramiento en las figuras típicas de la institución de heredero o del legado; y c) no constituyan disposiciones accesorias o complementarias de las mismas".

<sup>46</sup> Sin embargo, también permite identificar la disciplina aplicable a los actos entre vivos que regulan algunos perfiles sucesorios.

<sup>47</sup> Consideremos el trabajo de A. VAQUER ALOY, 2018, p. 157 ss., que considera las

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

En esta dirección, no solo se desarrollan las consideraciones con respecto a los entierros y el funeral, que son paradigmáticos, sino, sobre todo, una consideración más general que, teniendo en cuenta los principios y valores normativos vigentes, demuestra que nuestro ordenamiento jurídico pretende extender las prerrogativas sucesorias de la persona. Y recientemente, solo piénsese en el tema, muy discutido, de la fecundación *post mortem*, que tiene una regulación específica en algunos países<sup>48</sup>, mientras que en Italia la cuestión se ha resuelto, caso por caso, sobre la base de principios, llegando a la conclusión razonable de que el varón tiene la posibilidad de decidir sobre el uso de su material reproductivo para el momento posterior a su muerte<sup>49</sup>.

Desde un punto de vista diferente, el hecho de que es admitido no solo por la literatura, sino también por nuestra jurisprudencia, que ciertos intereses *post mortem* de la persona, especialmente de naturaleza existencial, pueden ser regulados por el contrato y el acto unilateral, demuestra que no es siempre necesario el testamento. Por otro lado, la misma elaboración del mandato *post mortem*, de los cuales, incluso antes de la codificación actual y hasta hoy, la validez ha sido admitida cuando no impone una atribución de bienes (el mandato *post mortem ad exequendum*<sup>50</sup>) confirma este supuesto.

---

formalidades requeridas para el testamento como una especie de limitación a la libertad de testar. El tema encuentra desarrollos similares en derecho italiano.

<sup>48</sup> Ver. la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida; especialmente el art. 9. Sobre las cuestiones de la disposición sobre el consentimiento para la fecundación *post mortem*, ver N. ALVAREZ LATA, 2002, p. 124 ss. y L.B. PÉREZ GALLARDO, 2007, p. 605 ss.

<sup>49</sup> Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo italiano, Cass., 15 de mayo 2019, n. 13000, en *Leggi d'Italia*. Esta sentencia ha afirmado este principio de derecho: "El artículo 8 de la Ley Núm. 40 de 2004, que tiene el estatus legal de nacido después de la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistidas, también se refiere a la hipótesis de la fecundación homóloga *post mortem* ocurrida a través del uso de la semilla crio-preserveda de la persona que, después de haber dado el consentimiento para acceder a técnicas de procreación médicamente asistidas, de conformidad con el artículo 6 de la misma ley, y sin aparece su posterior revocación, luego murió antes de que se formara el embrión, habiendo autorizado también, para después de su muerte, a su esposa o cohabitante, incluso cuando el nacimiento se produce más de trescientos días después de la muerte del padre".

<sup>50</sup> A. AMATUCCI, 1964, p. 290 ss.; -313; G. BONILINI, 2000, p. 1102; V. PUTORTÌ, 2014, p. 790 ss.

Además, es cierto que las hipótesis cada vez más numerosas en las que el legislador, expresamente, admite que ciertos intereses *post mortem* de la persona pueden ser regulados por un acto de última voluntad, diferente del testamento, no solo excluyen cualquier evaluación o juicio de excepcionalidad de estas figuras normativas, sino también imponen regular de manera similar todos los casos similares, sabiendo que la aplicación analógica no es más que una forma de aplicar los principios, ya que esa no es otra que la aplicación del mismo principio a dos casos.

Las hipótesis normativas analizadas están destinadas a una aplicación más extensa de lo que la mera letra de la ley podría, aparentemente, permitir. Este resultado es necesario tanto si, siguiendo el enfoque tradicional, queremos hablar de analogía *legis* como medio para integrar el sistema jurídico<sup>51</sup>, como si, más de acuerdo con el ordenamiento jurídico, consideramos que cada aplicación normativa es, en sí misma, analógica<sup>52</sup>.

El discurso, en otras palabras, parece tener que ser volcado, ya que no se trata de identificar los intereses que el ordenamiento jurídico permite que se planifiquen mediante el acto de última voluntad, diferente del testamento<sup>53</sup>, sino de verificar los intereses *post mortem* que deben ser, por necesidad, regulados por testamento.

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

La función nodal de la norma contemplada en el art. 588 c.c. it., que debe interpretarse en conexión profunda no solo con la que define

---

<sup>51</sup> Para todos, R. BOBBIO, 1938, p. 87 ss., que resuelve la similitud en la identidad de los casos, según el esquema A es B; S es similar a A; S es B.

<sup>52</sup> Así, G. PERLINGIERI, 2015, p. 27 ss.

<sup>53</sup> El problema fue claramente percibido, aunque propuso una solución completamente diferente, por G. GIAMPICCOLO, 1954, p. 71, que escribe: "se un problema c'è, esso è semmai proprio un problema di autonomia del concetto dell'atto di ultima volontà, tanto sul piano dogmatico che sul piano delle norme positive, anzitutto rispetto alla nozione di testamento. Non si disconosce ovviamente il peso che nella ricostruzione può esercitare il tipo testamentario, come quello che è oggetto di piú particolare disciplina di diritto positivo; ma ciò non conduce ad affermare l'identità delle due figure o a compiere me una affrettata assimilazione di sostanza".



el testamento (art. 587 c.c.), sino también con la que prohíbe los pactos sucesorios (art. 458 c.c. it.), es precisamente la identificación de un contenido “típico” del testamento, o, mejor dicho, del aquel contenido que, por diversas razones, nuestro ordenamiento jurídico establece que debe seguir confiando solo en el testamento, sin posibilidad que sea regulado por otros actos jurídicos.

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

En otras palabras, se da no solo la existencia del principio que prohíbe la disposición de la delación por acto entre vivos<sup>54</sup>, sino también el principio que prohíbe la disposición de la delación por acto de última voluntad diferente del testamento. Más precisamente, del principio que reconoce en el testamento el único válido acto para disponer de la delación. Esto significa que cualquier interés *post mortem* que no implique una disposición de la delación puede ser regulado bien por un acto de última voluntad diferente del testamento bien por contrato.

#### **4.1. Capacidad para cumplir los actos de última voluntad diferentes del testamento**

Es indiscutible que el testamento es válido solo si el testador es mayor de edad<sup>55</sup> y si se halla en su cabal juicio (capacidad natural) cuando otorga el testamento.

También indiscutible, que esta regla, contenida en el art. 591 c.c. it., ha sido sometida a un escrutinio crítico severo, especialmente en la parte en la que excluye la capacidad para testar al menor y a la persona sujeta a tutela<sup>56</sup>, sin permitir ni abrir la posibilidad de evaluar si, en el

<sup>54</sup> V. BARBA, 2015, p. 171 ss.

<sup>55</sup> En Italia, la mayor edad es establecida al cumplimiento del decimotercero año. El menor de edad no puede hacer testamento, ni siquiera testamento público.

<sup>56</sup> La regla en cuestión (art. 591 c.c. it.) no excluye la capacidad para testar a la persona sujeta a tutela. De lo contrario la norma contemplada en el art. 663 c.c. es., declara que están incapacitados para testar: los menores de catorce años y aquellos que “*habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*”. Cabe recordar que la norma contenida en el art. 688, párrafo 1, c.c. es., establece que el testamento ológrafo solo podrá otorgarse por mayores de edad.

caso concreto, uno u otro fueron capaces de entender y querer en el momento de otorgar el testamento.

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

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

Es, de hecho, una norma que se remonta a 1942 y, por lo tanto, coherente con el sistema, inspirado, exclusivamente, por una justicia retributiva, que colocaba en el centro del derecho civil la empresa, la producción y las relaciones patrimoniales, que consideraba el testamento un acto que tenía solo la función atributivo-patrimonial, que consideraba al menor de edad incapaz de regular sus intereses patrimoniales, que consideraba la tutela la única protección del sujeto afectado por un deterioro de las capacidades intelectuales<sup>57</sup>.

La limitación de la *testamenti factio* activa establecida por la persona sujeta a tutela se puede decir hoy, sustancialmente, sobrepasada. No porque esta ley haya dejado de ser válida en nuestro sistema jurídico, ni por las aceptables interpretaciones reprobables que también han sido propuestas por la mejor doctrina<sup>58</sup>, sino por una superación concreta de la tutela.

La aprobación en Italia de la disciplina sobre “la administración de apoyo”<sup>59</sup>, una medida de protección de la persona que sufre una

---

<sup>57</sup> P. PERLINGIERI, P., 1985°, p. 46 ss. “rispecchiano un clima culturale particolarmente attento al contenuto patrimoniale della tutela in senso ampio e non insensibile a considerare i malati di mente individui “disumani”, fare per la sanità della stirpe, entità inutili al sistema produttivo ed alla grandezza della Nazione”.

<sup>58</sup> G.P., LISELLA, 1984, p. 83 ss.

<sup>59</sup> Esta disciplina se introdujo en Italia con la ley del 9 de enero de 2004, n. 6, que modificó las disposiciones de los artículos 404-413 c.c. it. En doctrina, G. BONILINI et al. 2008, p. 3 ss.; F. ANELLI, 2005, p. 163 ss. El aspecto más interesante de esta disciplina es que, por primera vez en Italia, esta medida de protección permite el cuidado no solo de los intereses patrimoniales (como fue para la tutela y la curatela),

enfermedad o un impedimento físico o mental que no le permite satisfacer sus propios intereses, tiene la aspiración de cubrir los espacios antes ocupados por la tutela y la curatela, haciendo las dos últimas medidas de protección residuales y básicamente no utilizadas.

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

La drástica reducción en el uso de la tutela y el recurso cada vez más masivo a la “administración de apoyo” ha permitido superar, casi por completo, el problema de la *testamenti factio* activa de la persona afectada por una enfermedad mental o por un impedimento físico o psicológico. Excepto en los casos en que el juez, debido a las circunstancias del caso específico, ha privado al beneficiario de la “administración de apoyo” de la capacidad para testar, él conserva esta capacidad<sup>60</sup>, con la consecuencia de que su testamento es válido. Para anular el testamento, debe demostrarse, por parte de quienes estén interesados, que el

---

sino también los intereses no patrimoniales. El administrador de apoyo no solo debe administrar el patrimonio de la persona, sino también atender sus necesidades personales. A pesar de que esta medida de protección de la persona marca un importante paso adelante, ciertamente no podemos decir que Italia haya cumplido la regla del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. El tema es muy relevante y llama la atención del legislador italiano, aunque la reciente ley delegada (la propuesta de ley n. 1151 de marzo de 2019), que contiene algunas pautas para una reforma del código civil, no ha proporcionado nada al respecto.

<sup>60</sup> De acuerdo con el art. 411, último párrafo, c.c.it., el juez, en la sentencia con la que designa a la “administración de apoyo”, tiene el poder, teniendo en cuenta la real condición del sujeto admitido en beneficio de la medida y su interés, para disponer que ciertos efectos o limitaciones previstas por las reglas para la persona sujeta a tutela o curatela se extienden al beneficiario de la medida. Por lo tanto, entre otros, el juez podría decidir extender a la persona sujeta a “administración de apoyo” la norma establecida en el artículo. 591, párrafo 2, n. 2, c.c. it., que establece una incapacidad para testar de la persona sujeta a tutela. Debe, entonces, concluirse que la persona sujeta a “administración de apoyo” tiene plena capacidad para testar, si el juez tutelar, de conformidad con el art. 411 c.c. it, no ha expresamente previsto la extensión de la regla establecida en el art. 591, párrafo 2, n. 2, c.c. it.

beneficiario de la “administración de apoyo” fue incapaz de comprender o querer cuando hizo testamento. En otras palabras, el solo hecho de estar sujeto a la “administración de apoyo” no priva al sujeto de la *testamenti factio* activa, con la consecuencia de que su testamento, en términos de capacidad, solo puede anularse cuando se prueba que la persona no se hallara en su cabal juicio (art. 591, párrafo 1, n. 3 c.c. it.).

Queda, sustancialmente, el problema del menor de edad<sup>61</sup>.

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

Al reflexionar, de hecho, sobre la importancia del testamento, como un acto de expresión de libertad de la persona y de afirmación de su propia dignidad<sup>62</sup>, cabe considerar irrazonable la norma que somete el testamento del menor o de la persona sujeta a tutela, al mismo tratamiento reservado para cualquier contrato o, más precisamente, para cualquier negocio jurídico con contenido exclusivamente patrimonial.

Los intereses que pueden justificar la anulación del contrato celebrado por la persona menor de edad o sujeta a tutela no son los mismos que los subyacentes al testamento. El tratamiento igualitario de los dos casos no cumple con el principio de igual dignidad y libre desarrollo de la persona<sup>63</sup>, sin mencionar el hecho de que, en nuestra contemporaneidad, por

---

<sup>61</sup> Para una reconstrucción importante y muy interesante del tema, aunque con referencia al derecho español, el importante artículo de F. OLIVA BLÁZQUEZ, 2014, p. 28 ss., del que es posible desprender ideas críticas innovadoras. Sobre la posibilidad de reconocer la capacidad de un menor para contratar, v. M. CINQUE, 2007, p. 19, 106 ss., 116 ss., quien propone aplicar al menor la norma contenida en el art. 409 c.c. it., con la consecuencia de reconocer al menor la capacidad para contratar cada vez que los contratos están destinados a satisfacer sus necesidades diarias.

<sup>62</sup> T.F. TORRES GARCÍA - M.P. GARCÍA RUBIO, 2014, p. 41 ss.

<sup>63</sup> P. PERLINGIERI, 1985a, p. 332, “in ordinamento giuridico come quello italiano in cui all’apice della gerarchia dei valori della persona umana alla quale garantito il pieno sviluppo nel rispetto della pari dignità di ciascuno il principio di eguaglianza senza distinzioni dovute a “condizioni personali”, (art. 2, 3, comma 1, cost.); in un ordinamento in cui è impegno della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono l’effettiva partecipazione di tutti alla vita del paese (art. 3, comma 2, cost.) anche mediante l’esplicito riconoscimento ai “minorati” del diritto all’educazione (art. 38, comma 3, e 32 cost.), la tutela del minore in senso ampio, in particolare della sua dignità di uomo di cittadino, rappresenta un compito primario

innumerables razones socioeconómicas y numerosas solicitudes culturales, los jóvenes adquieren, en promedio, una capacidad de discernimiento en un tiempo ciertamente anterior a lo que sucedió hace cincuenta años.

A esto se debe agregar que hay signos importantes de la disciplina italiana más reciente, que apuntan a dar mayor importancia a las decisiones de los menores. Basta con pensar en la reciente reforma de la filiación de 2012 y 2013, que no solo ha reducido la edad en que el menor debe ser escuchado en todos los procedimientos que le conciernen desde los 16 a los 12 años (ver art. 315-*bis*, párrafo 2, 336-*bis*, 155-*sexies*, párrafo 1, 250, párrafo 4, 252, párrafo 5, 262, párrafo 4, 316, párrafo 3, 336, párrafo 2, 337-*octies*, párrafo 2, 348, párrafo 3, c.c. it.), sino también ha introducido sustancialmente el principio, de conformidad con la regla contenida en el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención sobre los Derechos del Niño, que requiere que el juez escuche al menor de menos de doce años, que tiene capacidad de discernimiento, en todos los procedimientos relacionados con su *status* y estado existencial<sup>64</sup>.

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

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

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

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

---

e storico. Questi valori costituzionali sui quali è possibile ricostruire il sistema della tutela del minore in senso psico-fisico rappresentano non soltanto valori politici, simbolici paradigmatici, ma anche parametri normativi idonei a valutare le condotte e ad interpretare adeguatamente gli istituti di protezione e di tutela disciplinati dal codice civile del 1942".

<sup>64</sup> Cabe considerar, C. Cost., 11 marzo 2011, n. 83, en *Fam. dir.*, 2011, p. 545.

aplicando la disciplina del art. 591 c.c. it., mientras inválidos, aplicando las reglas comunes que rigen los contratos.

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

Suponer que el acto de última voluntad realizado por el menor debe considerarse inválido independientemente de una evaluación del caso concreto y del interés regulado, es una solución que no se puede compartir, también porque termina evaluando el hecho, centrándose en el tema abstracto, mientras que la realidad conoce al hombre, con sus peculiaridades, sus necesidades, sus intereses y su edad<sup>65</sup>.

En primer lugar, es necesario distinguir entre los actos de última voluntad que regulan una situación existencial y los actos de última voluntad que regulan una situación patrimonial (que obviamente no afecta a la delación, ya que, de lo contrario, el acto debería tomar la forma del testamento)<sup>66</sup>.

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

---

<sup>65</sup> P. STANZIONE, 1975, p. 299, "tutte le manifestazioni dell'essere e dell'agire umano devono confluire a comporre l'unitaria figura dell'uomo, che si esprime giuridicamente nel valore della personalità".

<sup>66</sup> P. STANZIONE, 1975, p. 302, especifica a este respecto que "impedire al minore di compiere l'attività che è manifestazione dei fondamentali attributi della persona significa non solamente negargli la capacità giuridica, quanto provarlo della stessa soggettività". El autor, de una manera muy compartible, sugiere, también después de una comparación con otros ordenamientos jurídicos y, especialmente, el alemán y el austriaco, que los actos reguladores de situaciones existenciales deben considerarse válidos si existe la sola capacidad de discernimiento, y que la limitación de capacidad según la edad debe quedar solo para los actos y contratos reguladores de situaciones patrimoniales.

De lo contrario, el mismo discurso no puede hacerse en relación con los actos de última voluntad que regulan los intereses existenciales<sup>67</sup>. La necesidad de respetar la personalidad humana y su libre desarrollo, que constituye el valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico y está a en la base de una serie abierta de situaciones jurídicas subjetivas, afecta a toda la estructura de la vida en común y condiciona los límites, la función y la interpretación de la autonomía privada<sup>68</sup>.

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

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

---

<sup>67</sup> En el derecho español donde el menor puede otorgar al testamento, el problema surge en términos que son parcialmente diferentes de aquellos en los que se encuentra en el sistema jurídico italiano. N. ALVAREZ LATA, 2002, p. 114. Cabe considerar que la lectura propuesta en el texto también podría ser útil en el derecho español. Según esta interpretación, sería válido el acto de última voluntad que regula los intereses no patrimoniales, realizado por el menor, aunque sin la forma del testamento público.

<sup>68</sup> P. PERLINGIERI, 2006, p. 720, 724 ss.

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

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

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

Las decisiones sobre el propio retrato, la correspondencia, la publicación de obras, los procedimientos de entierro, la cremación, los funerales, el *account* digital (Facebook<sup>69</sup>, Twitter, correo electrónico, etc.),

---

<sup>69</sup> Recientemente, Facebook ha identificado nuevas reglas que serán válidas por un tiempo después de la muerte, especificando cómo el titular de la cuenta las puede completar. El usuario, en cualquier momento, puede elegir el destino de su cuenta, para el momento posterior a su muerte, estableciendo si 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



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

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

## Bibliografía

- ALLARA M., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici* (Rist. con prefacio de N. Irti, 1999), Torino, 1950
- ALVAREZ LATA N., *Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento*, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 6, 2002, p. 113-132
- AMATUCCI A., *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1964, p. 290-313
- ANELLI F., *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, en *Jus*, 2005, p. 163-231
- BARBA V., *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018
- BARBA V., *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015
- BARBA V., *La dispensa dalla collazione*, en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 1- 46
- BARBA V., *Note per uno studio intorno al significato della parola eredità*, en *Rassegna diritto civile*, 2011, p. 347-399
- BIANCA C.M., *Diritto civile, II. 2, Le successioni*, Milano, 2015
- BILOTTI E., *Interesse della famiglia e interesse dell'impresa nella successione ereditaria*, en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 351-370

---

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. Señalo que esta solución no me parece que se ajuste a las disposiciones de la reciente ley de Cataluña 10/2017.

- BOBBIO N., *L' analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938
- BONILINI G. - TOMMASEO F., *Dell' amministratore di sostegno*, en *Codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 2008
- BONILINI G., *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, en *Contratti*, 2000, p. 1101-1103
- CACCAVALE C., *Trasferimento di azienda mediante cessione post mortem a corrispettività condizionale*, Napoli, 2014
- CAÑIZARES LASO A., *Comentario al Art. 668*, en A. CAÑIZARES LASO - P. DE PABLO CONTRERAS - J. ORDUÑA MORENO - R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (cur.) *Código Civil comentado*, (Vol. 2), 2011a, p. 288-290
- CAÑIZARES LASO A., *Comentario al Art. 675*, en A. CAÑIZARES LASO - P. DE PABLO CONTRERAS - J. ORDUÑA MORENO - R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (cur.) *Código Civil comentado*, (Vol. 2), 2011b, p. 307-312.
- CINQUE M., *Il minore contraente*, Padova, 2007
- CUFFARO, V., *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, en P. RESCIGNO (dir.) *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 727
- D'AMICO G., *Revocazione delle disposizioni testamentarie e disciplina applicabile*, en AA.Vv., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria. Atti del 11° Convegno Nazionale 5-6-7 maggio 2016*, Napoli, 2017, p. 69-90.
- DE CUPIS A., *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, en *Rivista di diritto civile*, 1981, p. 482-517
- DE GIORGI M.V., *Patti successori, compatibilità della legge straniera con l'ordine pubblico e tutela dei legittimari*, en AA.Vv., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria. Atti del 11° Convegno Nazionale 5-6-7 maggio 2016*, Napoli, 2017, p. 411- 422
- DELLE MONACHE S., *Testamento. Disposizioni generali*, Milano, 2005
- DONISI C., *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto civile*, en *Rassegna diritto civile*, 1980, p. 644-706
- ESPIN CANOVAS D., *Comentario al Art. 668.*, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, (Vol. 1), 1991, p. 1680
- FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche. I Il concetto di diritto*, Milano, 1996
- GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954
- GROSSI P., *Il diritto civile alle soglie del terzo millennio*, en F. MACARIO - M. LO BUONO (cur.), *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*. Padova, 2010, p. 405-420
- GROSSI P., *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32 (1), 2003, p. 25-53
- GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1988
- JORDANO BAREA J.B., *Comenterio al Art. 675*, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, (Vol. 1), 1991, p. 1967,
- JORDANO BAREA J.B., *El testamento y su interpretación*, Granada, 1999

- JORDANO BAREA J.B., *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958
- LIPARI, N. (2004). *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*  
Roma: Studium.
- LISELLA G.P., *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*. Napoli, 1984
- MASTROBERARDINO F., *Il patrimonio digitale*, Napoli, 2019
- MIQUEL GONZÁLEZ J.M., *Notas sobre la voluntad del testador*, en *Revista Juridica Universidad Autonoma Madrid*, 6, 2002, p. 163-190
- OLIVA BLÁZQUEZ F., *El menor maduro ante el derecho*, en *Eidon*, n. 41, 2014, p. 28-52
- PÉREZ GALLARDO L.B., *Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana (Algunas glosas al artículo 9 de la ley 14/2006, de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de España)*, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2007, p. 605-630
- PERLINGIERI G., *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, en *Rassegna diritto civile*, 2, 2016, p. 459-516
- PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015
- PERLINGIERI P., «Depatrimonializzazione» e diritto civile, en *Rassegna diritto civile*, 1983, p. 1- 4
- PERLINGIERI P., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, en *Rivista di diritto privato*, 4, 2010, p. 7-28
- PERLINGIERI P., *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andiccappato psichico permanente*, en *Rassegna di diritto civile*, 1985a, p. 46-61.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006
- PERLINGIERI P., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1975, p. 29
- PERLINGIERI P., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, en *Rassegna diritto civile*, 1985b, p. 990-1017
- PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972
- 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
- PRIETO SANCHÍS L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, 2017
- PUTORTÌ V., *Disposizioni mortis causa a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, en *Rassegna di diritto civile*, 2014, p. 787-830
- RESCIGNO P., *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952
- RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007

- RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, en *Rivista di diritto commerciale*, 3-4, 1967, p. 83-96
- STANZIONE P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camedino - Napoli, 1975
- STOLFI G. *NOTE SUL CONCETTO DI SUCCESSIONE*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, p. 535
- TATARANO M.C., *Il testamento*, Napoli, 2003
- TORRES GARCÍA T.F. - GARCÍA RUBIO M.P., *La libertad de testar. El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, 2014
- VAQUER ALOY A., *Libertad de testar y libertad para testar*, Argentina, 2018

L'opera dedicata al *Best interest of the child*, nasce dal desiderio di indagare il contenuto di una formula che, benché universalmente declamata e conosciuta nel moderno diritto minorile, sia a livello dell'ordinamento interno che dell'ordinamento europeo ed internazionale, si rivela suggestiva proprio perchè caratterizzata da un'ontologica vaghezza. L'incertezza in ordine al contenuto e alle applicazioni concrete di questa formula, insieme alla consapevolezza della sua incontestabile utilità, hanno sollecitato l'interesse per quella che si è rivelata una vera e propria sfida. Si è reso così necessario un confronto corale tra tutte le discipline e tra numerosi operatori professionali che sono stati chiamati a dialogare sulle molteplici applicazioni di questa formula. L'opera, che presenta un carattere interdisciplinare e comparatistico, si articola in tre tomi e in nove parti che racchiudono i molteplici profili applicativi. L'opera, al di là dei risultati, è l'espressione di un metodo che non si contenta delle formule verbali ma ne ricerca le applicazioni concrete, in omaggio al principio di effettività, nella ricerca di un dialogo costante tra dottrina, giurisprudenza, legislatore ed esponenti delle varie professioni. La pubblicazione dell'opera è lo strumento privilegiato per mantenere vivo il ricordo di un bellissimo Convegno che ha avuto luogo in tre giornate alla Sapienza e che ha visto la partecipazione di molti studiosi del diritto di famiglia e dei minori.

**Mirzia Bianca**, è attualmente professore di Diritto civile e di Diritto di Famiglia presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università La Sapienza. È direttore del Master di secondo livello in diritto del minore ed è stata per vari anni direttrice del Centro interdipartimentale *The best interest of the child Center*. È esperta del diritto della famiglia e delle persone, essendo autrice di molte pubblicazioni dedicate a questo settore del diritto civile.

ISBN 978-88-9377-189-4



9 788893 771894

