

EL TESTAMENTO: MIRADAS CONTEMPORÁNEAS A UNA INSTITUCIÓN MILENARIA

The will: contemporary looks at an ancient institution

Dr. Pedro Luis Landestoy Méndez

Notario de La Habana (Cuba)
<https://orcid.org/0000-0001-8451-7039>
pllandestoy@gmail.com

Resumen

El testamento es una de las más ancestrales instituciones jurídicas, pues rastrea sus orígenes a los mismos inicios de la civilización occidental. En la actualidad, aunque perviven en su esencia las notas conceptuales que le legó el genio romano, son múltiples las interrogantes que se le lanzan en cuanto a sus requisitos, contenido e interpretación; resultando un imperativo impostergable su adecuación a las nuevas realidades sociojurídicas, que van desde el ensanche de la capacidad para testar como consecuencia de la promulgación de tratados de derechos humanos, hasta la transformación radical de las relaciones familiares y el estatuto de la propiedad, o sea, su fundamento. Es por eso que si bien ir a su génesis siempre resulta imprescindible, para conservar la virtualidad y potenciar el otorgamiento del testamento como negocio *mortis causa* por antonomasia, es necesario adecuar sus milenarias disposiciones a los fenómenos contemporáneos a los que debe dar respuesta certera.

Palabras claves: testamento; capacidad para testar; contenido atípico del testamento; cambio de circunstancias; interpretación testamentaria.

Abstract

The will is one of the oldest legal institutions as it hails back to the dawn of Western civilization. Even though its conceptual core has managed to survive from Roman times into our day and age, multiple questions remain as to its requisites, its content, and its interpretation. It is, therefore, of the utmost urgency to adapt the will to new socio-legal realities, such as the need to draft a will in the aftermath of the signing of human right treaties, or the radical transformation

of family relationships and the status of property. It will always be essential to refer to its genesis, but in order to preserve the will's effectiveness, as well as its status as the *mortis causa* deal par excellence, it is imperative to adapt its ancient provisions to contemporary phenomena for which it must provide an accurate response.

Key words: Will; ability to draft a will; atypical content of the will; change of circumstances; testamentary interpretation.

Sumario

1. El testamento como construcción jurídica ancestral. 2. El testamento en cuanto negocio y como instrumento. 3. Tres cuestiones esenciales: requisitos, contenido e interpretación. 4. La *testamentifactio* activa y la revolución de la capacidad jurídica. 5. El llamado contenido atípico del testamento. 6. El cambio de circunstancias en la interpretación testamentaria. 7. El futuro del testamento. **Referencias bibliográficas.**

1. EL TESTAMENTO COMO CONSTRUCCIÓN JURÍDICA ANCESTRAL

Pocas instituciones jurídicas pueden rastrear un linaje tan antiguo como el acto testamentario, si bien, como es lógico, su presencia se ubica en aquellas sociedades que admitieron la libertad individual y el derecho subjetivo de propiedad. Es por ello que no encontramos referencias a este negocio en las sociedades del creciente fértil o en otras formaciones históricas que adoptan el modelo de colectivización, llamado también de esclavitud generalizada. Es en Grecia, sólo de soslayo,¹ y principalmente en Roma, donde florece la idea de que la persona es libre de determinar, mediante un acto de voluntad, cuál será el destino de su patrimonio después de su muerte, así como de decidir sobre otras cuestiones no patrimoniales.

Otro aspecto que debemos señalar en este punto es que, dada la vinculación del testamento con la muerte, pocas instituciones del derecho privado han sido tan cuestionadas desde la moral como esta disposición *mortis causa*. Este

¹ Vid. *Demóstenes contra Estéfano II*, 46.14, traducción José Manuel Colubi Falcó. La institución del *διαθήκη* hacía las veces de últimas voluntades de los ciudadanos helenos, aunque IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, pp. 396 y 397, apunta que su comparación con el **testamentum** no es provechosa porque en los testamentos griegos y greco-egipcios solo hay una adopción y disposición de bienes, pero no auténtica institución de herederos. Esta asociación entre el *διαθήκη* y la adopción la encontramos en BISCARDI (*Diritto greco antico*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 127).

acto, incluso, fue considerado en su origen de naturaleza religiosa, basta estudiar las formalidades que había que cumplir en el Derecho clásico para apoyar estas ideas. GAYO,² sobre este particular, nos describe la *calattis comittis*, que era el testamento otorgado ante los comicios curiados presididos por el sumo pontífice. Señala el propio IGLESIAS que de esta forma de testar “nada sabemos con exactitud, aparte de su significado público-religioso”.³ Siglos después, y aún en los albores de la Ilustración, esta concepción, llamada teológica del testamento, perduraba; así, para LEIBNIZ, el testamento no dejaba de serlo con la muerte del sujeto, porque el hombre existía espiritualmente tras su deceso.⁴ Aunque esta concepción sagrada del testamento pareciera superada y propia de los tiempos antiguos, aún en la actualidad pervive en el mundo islámico, donde la sucesión por causa de muerte no es una cuestión atiniente al Derecho civil, sino regida por la Sharia; así, por ejemplo, en Marruecos un musulmán no puede otorgar testamento ante un notario civil, sino ante un *adouls*, que es también una figura fedante pero que actúa bajo la ley sacra.

No obstante, desde esa intemporalidad que caracterizó al genio romano, este supo detectar con precisión cuál era la esencia del acto testamentario. Resulta llamativo cómo las dos únicas definiciones que encontramos en las fuentes podrían aparecer en cualquier monografía escrita este mismo año, porque se despojan de todo lo accidental para acudir sólo a los elementos configuradores de la institución. Así, tanto ULPIANO⁵ como MODESTINO⁶ se enfocan en concebir al testamento como “*mentis nostrae iusta contestatio*” o “*voluntatis nostrae iusta sententia*”, esto es, concebirlo como el producto más acabado de la autonomía privada, la posibilidad de que la voluntad humana valga, rija, disponga, ordene incluso después de la muerte.

Cierto es que el testamento, como negocio jurídico *mortis causa*, es la más plena manifestación de la autonomía privada y la libertad individual. Si por la primera

² *Instituta*, Libro Segundo, Título X, § 1. Siempre que se cita el *Corpus*, se toma de la edición del Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos KRIEGLER, HERMANN y OSENBRÜGGEN, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia por Ildefonso L. GARCÍA DEL CORRAL, Barcelona, 1889.

³ IGLESIAS, J., *Derecho...*, cit., p. 397.

⁴ Cit. pos FILOMUSI GUELFI, Francesco, “Successione (diritto di successione) Introduzione”, en *Il Digesto italiano*, t. XII, parte III, Torino, 1889-1897, p. 1 y ss.

⁵ *Epit. Ulp.* 20, 1.

⁶ *Digesto*, Libro Veintiocho, Título I, 1.

entendemos la potestad de la persona de dictarse sus propias reglas de conductas, observables y tutelables por el Derecho como una verdadera norma de carácter privado, entonces encontramos que el testamento es producto de la más auténtica y absoluta formulación de la voluntad humana. A diferencia del contrato, no existe una contraposición de intereses que conlleve un límite o freno volitivo a una parte frente a la otra. Tampoco es de los negocios que puedan colisionar con un número creciente de preceptos legales imperativos; de hecho, si comparamos la regulación del llamado “orden público sucesorio”⁷ en relación con toda la pléyade de normas de *ius cogens* que afectan a los negocios contractuales o familiares, notamos que las limitaciones legales a la autonomía resultan ínfimas, la mayoría concentradas en la capacidad del testador, las solemnidades del acto y la legítima.

No en vano KANT, en su *Metafísica de las Costumbres*, enarbola y defiende el brocardo: “*testamento sunt iuris naturae*”⁸ sustentándolo en que es la voluntad del testador la que permite la sucesión sin interrupción en la posesión del difunto al heredero. Hemos de recordar que para el filósofo de Königsberg, la dignidad de la persona radica precisamente en su autonomía, o sea, en ser el autor y responsable exclusivo de sus destinos.

No obstante, lo que realmente convierte al testamento en el culmen de la autonomía privada son sus efectos *post mortem*. Esta configuración negocial permite que la voluntad del causante no sólo autorregule sus intereses durante su existencia, sino incluso que la trascienda; que subsista la norma volitiva más allá de la personalidad jurídica de quien la emitió. Esto sin dudas es una gran apuesta del Derecho por los intereses privados tutelables, y es por eso que si la sucesión es considerada por muchos como una continuación de la propiedad,⁹ podría sostenerse que el testamento como manifestación personalísima de voluntad es una prolongación de la libertad individual.

Esta relación con la libertad individual es la segunda manifestación en la que poníamos énfasis. En este sentido, que sea la voluntad del testador la que rija

⁷ Vid. *per omnia*, GRIMALDI, Michael, *Droit Civil: Successions*, p. 257 y ss.

⁸ KANT, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, estudio preliminar de Adela Cortina Orts y traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, pp. 121 y 211.

⁹ Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil V – Sucesiones*, 5ª ed., Bosh, Barcelona, 1993, p. 13; ORDÓÑEZ ARMÁN, Francisco Manuel, “La autonomía de la voluntad y el Derecho de sucesiones de Galicia”, discurso leído el día 18 de junio de 2010 en la Solemne Sesión de Ingreso del Académico de Número, Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, pp. 14 y 15.

el destino de su patrimonio transformado en herencia es una expresión clara de la potenciación de sus intereses sobre los del Estado, la sociedad e incluso la familia. No en balde HEGEL, defensor a ultranza del Estado omnímodo, criticaba el negocio testamentario en estos términos:

“En la formación de tal esfera, en la cual reside el derecho ético de la voluntad para semejantes disposiciones sobre los bienes, se manifiesta –especialmente en tanto los implica la referencia al testar–, tanta accidentalidad, tanto albedrío, tanta ostentación con fines egoístas, etcétera, que el momento ético es algo muy vago y el reconocimiento del poder del arbitrio para testar, muy fácilmente se convierte en una oportunidad para la vulneración de las relaciones éticas, de viles urgencias y de sujeciones parecidas, así como también da derecho y pretexto para insensatas arbitrariedades y a la perfidia de asociar a los susodichos beneficios y a las donaciones en caso de muerte, en el cual mi propiedad cesa de ser mía, elementos de vanidad y de despótica negación”.¹⁰

Este razonamiento es lógico para quien sustenta una concepción rousseaunea-na de libertad. En este sentido, HEGEL considera que el Estado es “el reino de la libertad realizada” y en consecuencia no puede darse libertad fuera de él, concebido como la totalidad de los sujetos que lo componen, o sea, como un gran sujeto colectivo. Así, para el filósofo alemán, las leyes e instituciones constituyen la objetividad y estabilidad de lo ético, que hace que la persona no se vea sujeta a su opinión y capricho subjetivo, de este modo las instituciones fundamentales que lo constituyen son la familia, la sociedad civil y, sobre todo, el Estado.¹¹ En tal sentido, el testamento como acto de libertad individual rompe con ese sentido de libertad social o compartida, potencia los intereses de la propia persona sobre los del conjunto en el que se inserta.

Es por eso también que muchas legislaciones en el Derecho comparado frenan la libertad de testar mediante la institución de la legítima con distintos grados de extensión cuantitativa y/o cualitativa. La celeberrima disputa entre libertad de testar vs. sucesión legitimaria, lo que busca es precisamente potenciar en cuanto al reparto de intereses, bien los del testador como persona autónoma, bien los del grupo familiar o los de personas vulnerables, en caso de tener aquella naturaleza asistencial. Mientras más se fomenta el testamento, más se

¹⁰ HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, p. 168.

¹¹ *Apud* DRI, Rubén R., “La filosofía del Estado ético. La concepción hegeliana del Estado”, en Atilio A. Borón (coord.), *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, p. 213 y ss.

valora la libertad individual de la persona de ordenar de acuerdo con sus intereses privados su sucesión por causa de muerte.

2. EL TESTAMENTO EN CUANTO NEGOCIO Y COMO INSTRUMENTO

Una cuestión interesante es la doble naturaleza del testamento como negocio y como instrumento. Esto es clave, ya que la escritura notarial que instrumenta estas últimas voluntades tiene una identificación plena con la naturaleza negocial; al respecto señalaba GÓMEZ DE ORBANEJA: “[...] ante el Notario una persona no hace prueba de su testamento, sino que hace su testamento”.¹² Incluso desde una perspectiva de las nulidades sustantivas e instrumentales, vemos cómo en sede testamentaria, una por lo general acarrea la otra, ya que no se concibe al negocio sin el instrumento que lo contiene.

Resulta muy interesante la clasificación o tripartición conceptual que enarbola JORDANO BAREA¹³ en relación con el testamento:

- *En sentido formal*, lo más importante es el conceptuar el testamento no en su consideración de negocio jurídico, sino el concebirse como una simple forma documental apta para recoger en sí la más disímil gama de negocios a causa de muerte admitidos en el ordenamiento jurídico. Lo que caracteriza al testamento más que un determinado contenido es la forma. De esta manera se contempla al testamento como un simple caparazón en el que pueden tener cobija las más variadas manifestaciones de última voluntad con designio normativo.
- *En sentido sustancial y amplio* se concibe al testamento como un tipo negocial a causa de muerte, de carácter general y contenido variable, patrimonial y no patrimonial. Según esta variante, el testamento se asimila con el acto de última voluntad y este con aquel, donde tienen cabida las más disímiles disposiciones del testador, no ligadas necesariamente con el patrimonio.
- *En sentido sustancial y estricto*, el testamento es el negocio jurídico unilateral *mortis causa*, típico, por el cual se dispone del patrimonio para después de la muerte.

¹² GÓMEZ DE ORBANEJA, Emilio, “La prueba preconstituida”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. II, p. 90.

¹³ JORDANO BAREA, Juan B., *El testamento y su interpretación*, pp. 13-17.

De esta clasificación podemos señalar que la primera y tercera conceptualización son armónicas con la distinción apuntada en el título del epígrafe. En tal sentido, si como negocio testamentario se entiende sólo la posibilidad de ordenar la sucesión universal del patrimonio tras la muerte del causante (posición clásica acogida por la mayoría de los códigos decimonónicos y algunos promulgados en el siglo xx e incluso al inicio de la presente centuria: cfr. artículo 895 del *Code Napoleon*; artículo 999 del Código Civil chileno de 1855; artículo 759 del *Codice Civile* italiano de 1865; artículo 3607 del Código Civil argentino de 1869; artículo 667 del Código Civil español de 1889; artículo 476 del Código Civil cubano de 1987, en su prístina redacción; artículo 1.857 del Código Civil brasileño de 2002); entonces también habrá que acoger la idea de testamento como reservorio formal de otras disposiciones de carácter no patrimonial, permitidas por todas las legislaciones citadas, las que serán contenido del testamento en cuanto instrumento pero no en cuanto negocio.

Mientras que la concepción segunda, denominada amplia, unifica ambos conceptos al entender que el testamento en cuanto negocio no sólo comprende la sucesión patrimonial universal, sino todas las disposiciones que la persona desee realizar teniendo por causa a su propia muerte. Esta postura (acogida por códigos más contemporáneos como el artículo 587 del *Codice Civile* italiano de 1942; el artículo 2179 del Código Civil portugués de 1966; el artículo 1112 de Código Civil boliviano de 1975; el artículo 686 del Código Civil peruano de 1984; el artículo 2462 del Código Civil y Comercial argentino de 2014, o la más reciente redacción del citado precepto 476 del Código cubano tras su reforma en 2022), al ampliar el contenido típico del negocio testamentario unifica los conceptos de negocio e instrumento, no siendo ya necesario diferenciarlos analíticamente.

Nuestra postura sobre este dilema conceptual la abordaremos al analizar el llamado contenido atípico del testamento en el epígrafe correspondiente.

3. TRES CUESTIONES ESENCIALES: REQUISITOS, CONTENIDO E INTERPRETACIÓN

Cualquier análisis sobre un negocio jurídico que quiera tener un anclaje práctico, ha de partir de las tres cuestiones que titulan este epígrafe. Por requisitos nos referimos a aquellos parámetros que impone la norma legal para que la persona pueda válidamente establecer una autorregulación de sus

propios intereses, es decir, las pautas establecidas por el legislador para hacer tutelable un precepto de la autonomía privada. Por lo general redundan sobre aspectos que ha de reunir la manifestación de voluntad: capacidad, ausencia de vicios, expresión de una determinada forma, coherencia con los principios ordenadores del sistema de Derecho y con las normas imperativas, etcétera.

Luego, el contenido alude a la materia que es regulada por el negocio y a la manera en que configura o regula dicha materia. Por lo general se asocia a las cláusulas o estipulaciones en que se desarrolla el acto jurídico, pero en ocasiones excede lo escrito, pues puede integrarse a ese contenido la norma dispositiva dictada por el legislador civil para completar los aspectos no previstos por el autor del negocio.

En cuanto a la interpretación, resulta de los aspectos más importantes a la hora de ejecutar cualquier acto negocial. Hay autores que incluso afirman que el negocio es la interpretación que de él se haga;¹⁴ aunque es una postura excesiva, no es menos cierto que un criterio interpretativo puede llevar la ejecución del contenido negocial por un cauce o por otro. Si estos procesos interpretativos son en ocasiones complejos en relación con actos inter vivos, donde los autores pueden expresar su intención auténtica, en los actos *mortis causa* establecer la voluntad real del testador puede ser una cuestión harto difícil a la vez que trascendente.

Precisamente por su esencialidad en los enfoques prácticos del negocio testamentario, es en los requisitos, contenido e interpretación donde más ha ahondado la doctrina por siglos a la hora de analizar este acto por causa de muerte. Si bien, como vimos, su concepto y naturaleza ha variado poco desde los jurisconsultos romanos hasta nuestros días, mucho ha cambiado su faz dinámica, influyendo en este la evolución operada en otras ramas del Derecho, como el estatuto de la persona, las relaciones familiares, el régimen jurídico de la propiedad, las obligaciones y los contratos, las nuevas realidades societarias y la aparición de otros actores en el tráfico mercantil. No en vano SAVIGNY apuntaba: “El derecho de sucesión completa el organismo jurídico extendiéndolo más allá de la vida del individuo”;¹⁵ de ser así, todas las transformaciones operadas en cualquier esfera del Derecho privado repercuten, al

¹⁴ Cfr. PERLINGIERI, Pietro, “‘Principi generali’ e ‘interpretazione integrativa’ nelle pagine di Emilio Betti”, *Rassegna di diritto civile*, No. 1, 2019, p. 105 y ss.

¹⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl, von, *Sistema del Derecho Romano actual*, t. I, p. 256.

menos tangencialmente, cuando no esencialmente, en estos aspectos cruciales del testamento.

En cuanto a los requisitos, dos son los campos principales sobre los que se centran las exigencias de actualización en el Derecho comparado: la capacidad para testar y las solemnidades exigidas para el otorgamiento. La primera proviene de toda la revolución que ha acaecido en los conceptos y la regulación de la capacidad jurídica, tanto en relación con los menores de edad, como con las personas en situación de discapacidad, a partir de la promulgación por la Organización de las Naciones Unidas de sendas convenciones que cambiaron de modo radical la mirada que se tenía hacia esos grupos humanos. La segunda va de la mano con el desarrollo tecnológico, que impone retos a la función notarial de cómo adaptar sus principios rectores a la imparable aparición de nuevos tipos de comparecencia, escritura y conservación documental; así como adecuar las exigencias formales que la ley impone a fin de permitir el acceso de mayor cantidad de personas al derecho de testar, vinculado también con el ensanche de la *testamentifactio* activa a la que se hacía referencia.

En relación con el contenido, aun cuando no se trata de un debate actual, pues lleva décadas analizándose y existe bastante consenso doctrinal al respecto, los cuestionamientos van dirigidos hacia el llamado contenido atípico del testamento, entiéndase las disposiciones de carácter no patrimonial que recoge la escritura notarial donde se instrumenta el negocio testamentario como reservorio formal; en especial sobre su régimen propio en cuestiones como la revocabilidad *ad nutum* de esas estipulaciones. De ahí que deba partirse de si concebir al testamento desde una separación conceptual del negocio y el instrumento o desde una concepción unitaria amplia, hasta prever qué alcance pueden tener estas disposiciones *mortis causa*.

Sobre la interpretación, la cuestión más polémica radica en la aplicación de la doctrina del cambio de circunstancias, propia de los negocios contractuales, a las estipulaciones testamentarias; cuestión no pacífica, porque se trata de una institución configurada desde los cánones de un negocio bilateral e inter vivos, que es necesario adaptar a una voluntad negocial unilateral expresada por una persona que ya está fallecida. ¿Hasta qué extremos se puede aplicar la doctrina del cambio de circunstancias al negocio testamentario sin que derive en falsear o contradecir la *voluntas testatoris*?

A discernir sobre estas cuestiones dedicaremos los siguientes epígrafes.

4. LA TESTAMENTIFACTIO ACTIVA Y LA REVOLUCIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

La capacidad de las personas naturales es, probablemente, el tópico sobre el que más se ha debatido en las últimas décadas. Desde el Derecho histórico trascendió la noción de vincular la posibilidad de que un ser humano pudiera influir en su propia esfera jurídica a la plenitud de sus facultades intelectuales y volitivas, propia de la concepción romanista, sobre las que propugnaban asociar esta aptitud con la ausencia de discapacidades de orden físico o sensorial, visión propia de los pueblos germánicos. Así, por siglos se establecieron rangos etarios por encima de los cuales toda persona se presumía capaz y por debajo se les prohibía actuar de manera autónoma con eficacia negocial; por otra parte, para los que sobrepasaban esa edad se determinó un sistema maniqueo de plena capacidad/incapacidad absoluta en atención a la presencia de alguna incapacidad psicosocial o intelectual que mermara su discernimiento, intención o libertad para decidir.¹⁶

El primer desafío a esta visión tradicional sobre la capacidad jurídica lo planteó la promulgación en 1989 de la Convención de los Derechos del Niño por la Organización de Naciones Unidas. Este instrumento internacional de derechos humanos estableció un concepto que ha sido de los más estudiados y citados, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia: la autonomía progresiva. Esta noción, aunque no es un término acuñado por la citada Convención, tiene asidero en el artículo 5 de la norma al sostener: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Este reconocimiento implica “la necesidad de que el derecho tome en cuenta los procesos de maduración ligados al patrón biológico, a factores de interacción social y desarrollo cognitivo. El principio de autonomía progresiva implica flexibilizar el sistema a partir de las ideas de madurez, desarrollo intelectual, comprensión y discernimiento”.¹⁷

¹⁶ Vid. GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen, “Conceptualización de la capacidad: del paternalismo a la autonomía”, en Manuel García Mayo (coord.), *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, p. 25 y ss.

¹⁷ GROSMAN, Cecilia, “Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, No. 66, 2014, p. 321.

Por su parte, la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006, marca el hito fundamental en la evolución del concepto de capacidad jurídica. Si con la Convención de los Derechos del Niño se ancla el concepto progresivo de capacidad sobre la base de la evolución de las aptitudes volitivas e intelectuales de los menores de edad, en este instrumento se fundamenta la noción de capacidad sobre la base de la dignidad humana, estableciendo en su artículo 12 que la capacidad jurídica es un derecho humano universal que ha de ser reconocido a toda persona por el mero hecho de serlo. Este precepto, además, fue interpretado por el Comité de expertos en su Observación General número 1, en el sentido de que: “todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intensas) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona”. De ahí que, en palabras de PALACIOS: “la CDPD ya no permite preguntar si la persona con discapacidad tiene la capacidad para ejercer su capacidad jurídica, sino que redirecciona la pregunta a dilucidar qué requiere la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.¹⁸

Todo esto, que por demás está siendo positivado en las más recientes reformas de la legislación civil (v.gr., Código Civil y Comercial de Argentina en 2014, Decreto Legislativo No. 1384/2018 en Perú, Ley No. 81/2021 en España, Código de las Familias de Cuba en 2022), provoca un fuerte cuestionamiento en relación con la *testamentifactio* activa. Debemos recordar que el testamento como acto personalísimo no se puede otorgar mediante representante y que la mayoría de las legislaciones exigían estándares altos de discernimiento para admitirla. En consecuencia, las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, con frecuencia se veían impelidas de poder testar.

En relación con los menores de edad, es necesario señalar que la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno cultural y jurídico establecen una edad inferior para otorgar testamento que la que fijan como mayoría. Esto deriva de la propia tradición romana, donde la *testamentifactio* activa se hacía coincidir con la nubilidad. Según DIHIGO, la capacidad de hecho se alcanzaba a los 25 años;¹⁹ esta capacidad permitía realizar toda clase de actos jurídicos, siempre y cuando tuvieran el *caput* o capacidad legal, al reunir los tres *status*

¹⁸ PALACIOS, Agustina, “El ‘derecho a tener derechos’. Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyos”, en *Derechos de las personas con discapacidad*, p. 24.

¹⁹ DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto, *Derecho Romano*, t. I, parte 2, p. 84.

(*libertatis, civitatis y familiae*); por su parte, el mismo autor señala que la *testamentifactio* activa se alcanzaba con la pubertad,²⁰ edad que JUSTINIANO fijó a los 14 años para los hombres y 12 para la mujer. En el Derecho histórico español, que rigió en la mayoría de nuestras naciones iberoamericanas, esta diferencia también estaba presente; así, por ejemplo, el Fuero Juzgo²¹ iba más allá incluso que los clásicos, permitiendo que testaran los pupilos de 10 años en caso de enfermedad, aunque posteriormente en Las Partidas²² retomaron la edad establecida por los romanos.

Esta concepción fue heredada por el Derecho iberoamericano, donde casi todas las legislaciones admiten un límite de edad menor para testar que el exigido para el otorgamiento de la capacidad en general. Establecen el límite de 16 años, los códigos mexicano (cfr. artículo 1306), brasileño (cfr. artículo 1627, inciso 1º) y venezolano (cfr. artículo 837, inciso 1º); lo fija en 14 años el Código español, cualquiera sea el sexo (cfr. artículo 663, inciso 1º); en 14 años para los varones y 12 para las mujeres el uruguayo (cfr. artículo 831, inciso 1º); en los códigos chileno (cfr. artículo 1005, inciso 1º) y colombiano (cfr. artículo 1060, inciso 1º) se establece la edad de la pubertad, mientras que tras la reforma operada en el Código Civil cubano tras la aprobación del Código de las Familias, la edad mínima para otorgar testamento se estableció en 12 años sin distinción de sexo (cfr. artículo 29.6), siendo probablemente la más precoz de nuestro entorno jurídico. ¿Significa esto que nuestros Derechos asumen la capacidad progresiva en sede testamentaria?

La capacidad progresiva no significa, como ya expresamos, establecer una edad biológica a los fines de que los menores ejerciten sus derechos subjetivos, ni que se precisen reglas fijas para determinar niveles de comprensión de acuerdo con una franja etaria. Esta nueva concepción de la capacidad aboga por que se atienda a la capacidad natural del menor de edad, lo cual obviamente no se puede hacer a partir de fórmulas legislativas de carácter general, dado que esta capacidad no es igual en todos los infantes de la misma edad. Si bien la edad de un niño es un indicador para conocer su desarrollo o grado de madurez, no debe ser lo único a considerar. No se puede perder de vista que aquel proceso paulatino tiene lugar en un contexto que rodea al menor

²⁰ Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, E., *Derecho...*, cit., t. II, parte 2, p. 296.

²¹ Ley 10, Título 5, Libro 2.

²² Partida Sexta, Título 1, Ley 13: *Otrosí decimos que el mozo que es menor de catorce años y la moza que es menor de doce, aunque no estén en poder de su padre ni de su abuelo, no pueden hacer testamento; y esto es porque los que son de esta edad no tienen entendimiento cumplido.*

de edad y que también es determinante para la adquisición de sus facultades, por lo que no se producirá de la misma manera en todos los casos. Así, influyen en la construcción de la autodeterminación, tanto la familia, como la educación, el lugar en el que se vive, la situación económica, entre otros factores del medio. En consecuencia, la capacidad progresiva es una noción que deberá ser valorada, caso por caso, teniendo en cuenta la edad, como así también la individualidad psicológica, social y cultural de cada menor de edad.

Este criterio de capacidad natural, definido por SANTOS MORÓN como “la capacidad de entendimiento y juicio necesarias para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable”²³ para determinar la capacidad progresiva, lo que invita es a una nueva concepción de la capacidad de testar. Significa que esta ya no se rija por edades establecidas en la ley, las cuales dividan el ejercicio de la capacidad en: por encima de estas pueden testar y por debajo no pueden hacerlo, sino que se atienda al juicio de capacidad (ya en el Derecho cubano denominado de discernimiento) que el notario emita en la autorización del testamento.

Este juicio definido partiendo de la clasificación kantiana como problemático, es la clave para introducir en la *testamentifactio* activa los criterios de capacidad progresiva del menor de edad. En este sentido, el juicio de capacidad del notario se realiza por el fedatario sobre la capacidad natural del compareciente, es decir, sobre su real discernimiento, intención y libertad en el momento exacto del otorgamiento o el requerimiento, no exactamente sobre el ejercicio de la capacidad jurídica, que en el Derecho civil constituye un sistema de presunciones sobre la base del arribo de una edad determinada o a la existencia o no de una sentencia o auto declarativo de la restricción de capacidad o incapacitación y su extensión en aquellos ordenamientos que aun mantengan la institución de la incapacitación. Así, PÉREZ GALLARDO, cuando critica el dictado del Dictamen No. 3/2004, de 5 de octubre, de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia,²⁴ sostiene que: “[...] dicho juicio no atañe a la capacidad jurídica, sino a la capacidad natural del sujeto que le permite obrar por sí mismo y discernir sobre los efectos del acto o negocio instrumentado”.²⁵ Es así como el

²³ SANTOS MORÓN, María José, “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *AFDUAM* 15, 2011, p. 64.

²⁴ “... mediante la precepción personal que éste realiza respecto a la plena y absoluta capacidad jurídica de quien ante él comparece [...]”.

²⁵ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Diez interrogantes sobre el juicio de capacidad notarial: un intento de posibles respuestas”, *Revista Jurídica*, tercera época, Año 5, No. 11, enero-junio 2013, p. 82.

testamento notarial es el ámbito perfecto para introducir el concepto de capacidad progresiva del menor de edad en sede testamentaria, pues el juicio del fedatario garantiza que la persona que está otorgando el testamento comprende el contenido y los alcances del acto y los quiere, elementos que serían muy difíciles de demostrar en otras modalidades testamentarias como lo podría ser el ológrafo.

Cierto es que en ordenamientos como el cubano, donde se ha fijado una edad tan baja para testar, estas previsiones se tornan algo impropias porque admitir el testamento de un menor que no haya arribado a los 12 años es cuanto menos polémico –aunque como apuntamos, pudieran testar los menores de 10 años en el siglo VII al amparo del Fuero Juzgo–, mas, en otras legislaciones que establecen edades más avanzadas para otorgar la *testamentifactio* activa, será imperativo valorar si un niño de menor edad que la legal, pero que por su historia de vida tenga la madurez suficiente como para comprender el fenómeno de la muerte y de lo que implica y significa el testamento, puede en virtud de su capacidad progresiva otorgar negocio testamentario válido. La Convención sobre los Derechos del Niño tiene el imperativo de ser una realidad en el Derecho de sucesiones, de ahí que sea necesario introducir los mecanismos que posibiliten testar de conformidad con la capacidad progresiva de los menores de edad.

En cuanto a la capacidad para testar de personas en situación de discapacidad, los análisis deben ser más profundos. La ya aludida concepción de la capacidad jurídica universal como derecho humano trae sin lugar a dudas muchas interrogantes y retos en sede de *testamentifactio* activa. Si la capacidad progresiva del menor de edad no parece tan contradictoria con el criterio tradicional sobre la capacidad de testar, partiendo de que esta última siempre ha atendido más a la capacidad natural que a la legal, permitiendo desde los códigos decimonónicos que las personas declaradas judicialmente incapaces testaran durante intervalos lúcidos y que menores de edad puedan otorgar testamento válido; la concepción de la capacidad universal sí puede entrar en franca oposición a los argumentos tradicionales porque significaría admitir que una persona cuya discapacidad intelectual o psíquica le disminuyen su discernimiento y voluntad pueda testar.

Así, la exigencia que hoy nos hace el artículo 12 de esta Convención es reconfigurar los patrones sobre la base de los cuales los notarios emitimos el juicio de capacidad/discernimiento. Sin embargo, si en alguna sede esta reconfiguración es menos traumática es precisamente en el otorgamiento del testamento. La

primera pregunta que nos arroja esta reconfiguración es si el discernimiento para testar puede ser menor que el exigido para otros actos jurídicos, como por ejemplo, contratar o consentir un tratamiento médico.

Las legislaciones iberoamericanas que aún no han ajustado sus preceptos a los postulados de la Convención de Nueva York, generalmente exigen una capacidad para testar equivalente a la de la persona con plena capacidad de obrar. Creo, no obstante, que el discernimiento exigido para otorgar testamento puede ser más flexible y abarcador que el necesario para otorgar otros negocios jurídicos, y la justificación principal está precisamente en los efectos del acto testamentario.

Este criterio puede parecer incoherente, ya que el testamento implica la transmisión de todo el patrimonio del que lo otorga y sin contraprestación alguna. Empero, esa disposición que se hace de todo el patrimonio nunca podrá perjudicar al testador, porque sus efectos sólo se producirán una vez que fallezca: *hereditas viventis non datur*. Esta ausencia de perjuicios para el otorgante permite que el discernimiento necesario para testar no deba ser tan estricto como para otros actos. Así, si resulta conveniente que, para tener plena disposición sobre la propiedad, contratar, o dar un consentimiento informado, sea necesario un conocimiento al menos general del tráfico negocial o del acto en cuestión; para testar no creo que haga falta conocimiento del valor de sus bienes, ni del caudal que posee, sino que lo único trascendente es tener conciencia del grado de sus afectos familiares y relacionales.

La lógica aconseja que se exija mayor discernimiento cuantos más sacrificios o riesgos envuelve el acto jurídico para el otorgante. Los negocios que responden a la causa *credendi* o *solvendi* demandan conocimientos básicos de mercado, pues la contraprestación puede afectar su solvencia económica, requieren por lo tanto un pleno discernimiento. Para el donante el discernimiento exigido también debe ser alto, en atención a que el donante sufre un sacrificio patrimonial a cambio de nada. El que otorga un consentimiento informado está permitiendo una invasión en su persona, que puede acarrear grandes riesgos para su salud, e incluso su vida. Pero al testar, ni el patrimonio ni la persona del testador va a sufrir menoscabo ni detrimento, no va a verse comprometido ni afectado, como sí ocurre en los demás actos jurídicos analizados.

En contra de este argumento podría decirse que si bien el acto en cuestión no crea perjuicios para el testador, sí puede ocasionarlos para sus familiares o las

personas más cercanas a este. En este supuesto cabe decir que los familiares que objetivamente necesitan de la sucesión, a los cuales les podría causar su omisión graves perjuicios, están protegidos por las normas de la legítima o las obligaciones alimenticias –según la legislación que se analice–, las cuales, como resultado de su naturaleza de normas de *ius cogens*, son inviolables. A la luz de esta institución, o bien la ley concede al legitimario una protección directa y positiva en forma de delación legal, la llamada legítima de atribución legal forzosa; o constituyen una *pars debita* que el causante debe atribuir a los legitimarios, cuyo incumplimiento viene sancionado con una serie de efectos protectores para los legitimarios, generalmente la nulidad de la institución de heredero, llamada legítima de reglamentación negativa o de freno. Así, si los intereses de los herederos que necesiten realmente de amparo legal serán garantizados por las normas de la legítima, la *testamentifactio* activa puede y debe extenderse a personas con discapacidad psicosocial o intelectual.

Un elemento muy controversial respecto a la *testamentifactio* activa de las personas con estas discapacidades, lo constituye el tema de los vicios de la voluntad. La heteronomía volitiva y la disminuida libertad interna que las caracterizan dilatan sobremanera la posibilidad de que ciertos hechos influyan en la formación de la *voluntas testatoris*, distorsionándola; es decir, forjándose de manera diferente a como se hubiese configurado si no hubiera concurrido ese hecho. Es así que aun cuando se expuso la falta de perjuicios del testamento para el otorgante, un argumento sólido en contra de la tesis que vengo sosteniendo es la inseguridad que provoca la situación cognoscitiva y adaptativa de la persona en situación de discapacidad intelectual o psicosocial, sobre todo en grados moderado o severo. ¿Cómo estar seguros de que el testador con discapacidad no actúa bajo error, dolo o amenaza?

Resulta obvio que el error puede ser frecuente en la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, sus características hacen que sea más habitual este vicio que en la generalidad. Cómo permitir entonces que una persona así teste. Aquí es donde entra la función asesora del notario; mediante la indagación y la explicación pertinente, el notario puede esclarecerle al otorgante sus errores y consecuentemente guiarlo a realizar su verdadera voluntad. Todos los tipos de error son determinables y enmendables por medio de una buena actuación notarial.

Por su parte, el dolo testamentario se define como la utilización de palabras o maquinaciones insidiosas con las que se induce a una persona a otorgar un

testamento en un sentido diferente del que hubiera otorgado si no hubieran mediado tales interferencias. También cuando estas tienen por finalidad que el otorgante revoque el testamento anteriormente otorgado, o cuando una persona trata con ellas de impedir que otra de la que es heredero intestado otorgue libremente su última voluntad. Resulta válido decir que el fraude o dolo debe ser grave, no es suficiente el *dolus bonus*, es decir, las atenciones, los mimos, los especiales cuidados que una persona dispensa a otra para que esta dirija a su favor la disposición patrimonial *mortis causa*. Debe así existir total y absoluta relación de causalidad entre la maquinación y la disposición testamentaria, de manera que si el testador tenía el propósito de ordenar su sucesión en la dirección en que lo hizo en su testamento, no habrá vicio de la voluntad. Con respecto al dolo, vale decir que las características propias de las personas con discapacidad intelectual o psíquica, si bien facilitan que se produzca, también hacen más sencilla su detección por parte de un especialista. Su falta de habilidades le impedirá demostrar que su voluntad se encuentra libre de vicios y por lo tanto un perito, e incluso un notario hábil, podrá percatarse de la existencia del dolo. Además, el dolo no es más que un error provocado, por lo que la función asesora del notario, referida anteriormente en relación con el error, es aplicable también al dolo.

Finalmente me referiré a la amenaza o intimidación. El Código Civil cubano en su artículo 72 establece que hay amenaza cuando *“el manifestante obra bajo los efectos del temor provocado por medio del anuncio de un mal contra la vida, el honor o los bienes de él o de un tercero”*. A la vista del mencionado precepto legal, los ingredientes constitutivos de la amenaza son, por una parte, la creación de un estado de temor o de miedo en el sujeto manifestante, y por otra, que este miedo sea el móvil principal del negocio a celebrar. En consecuencia, el artículo 1.267 del Código Civil español señala que *“para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona”*; obviamente, dentro de las condiciones referidas deberá estar la discapacidad, porque esta crea un estado de indefensión mayor que en otras personas. Sobre las personas con discapacidad se puede manifestar una posición dominante mayor que sobre la generalidad. Pero en este caso, también la actuación notarial puede ser la clave del éxito. La intervención de un tercero imparcial, el notario, aleja este peligro de manera considerable. Pero no siempre lo puede evitar, el otorgante puede venir amenazado de casa; es decir, con la coacción sobre su persona. Mas, ante una persona en situación de discapacidad, el notario puede detectar un comportamiento dirigido, manifestado generalmente por medio de miradas amenazantes o manipulación emocional; y, en consecuencia, debe negarse a autorizar el acto; y, en todo caso, deberá proteger a la parte más

débil. A una persona con discapacidad intelectual o psicosocial le resulta muy difícil encubrir la intimidación, su falta de destreza en la elaboración de ideas complejas y su comportamiento primario hacen que sea notable la presencia del vicio de la voluntad.

La persona en situación de discapacidad intelectual o psicosocial es sumamente vulnerable a los vicios de la voluntad, pero estos son también más fácilmente detectables. La labor del notario es primordial para asegurar la correcta manifestación de la *voluntas testatoris*.

Es cierto que las personas con discapacidad intelectual o psicosocial pueden tener significativamente disminuida la habilidad para las operaciones intrapsíquicas con representaciones mentales en abstracto. Ellos probablemente no sepan definir qué es un testamento, ni una sucesión *mortis causa*, puede que no sepan cuánto vale su vivienda, ni la trascendencia patrimonial de una sociedad o de una cuenta bancaria. Pero estoy seguro de que sí saben a quién o quiénes quieren dejar todo lo que poseen, saben bien quiénes son personas allegadas y quiénes sus seres queridos.

Situación similar sucede con los adultos mayores, los cuales no necesariamente han de ser personas en situación de discapacidad, pero sí constituyen un grupo etario potencialmente vulnerable. Un panorama muy abarcador de los conflictos que genera la ancianidad para el Derecho sucesorio nos lo ofrece DELGADO ECHEVERRÍA cuando comenta:

“La avanzada edad en que fallecen muchas personas aumenta los casos en que, en el último periodo de la vida, las facultades mentales y la fortaleza de la voluntad sufren deterioro. Pero no se trata únicamente de un problema de capacidad para testar, sino también de unas relaciones con los descendientes (o con los sobrinos) en que éstos, por razones de edad, son mucho más fuertes y están en condiciones de imponerse, en particular cuando la persona mayor depende para su vida ordinaria de cuidados ajenos. Las personas de edad pueden estar en una residencia, pública o privada, gastando acaso todas sus rentas y comprometiendo su capital en detrimento de las expectativas sucesorias de sus allegados; pueden querer agradecer post mortem los cuidados recibidos por una enfermera o un cuidador, o encapricharse con ellos o ser engañadas; pueden casarse, con las consecuencias sucesorias legales, o casarse precisamente para producir estas consecuencias; pueden no casarse –acaso para no perder pensiones o beneficios patrimoniales adquiridos– pero vivir emparejados con personas del otro o del mismo sexo. Lo que

quiero dar a entender con estas pinceladas costumbristas es que, en esta fase de su vida, las personas, además de posibles problemas de capacidad, tienen una relación con sus bienes y con las personas, familiares o no, allegadas de siempre o nuevos conocidos, distinta a la cualquier otra época de la vida. Una situación en que la satisfacción de las propias necesidades y deseos es apremiante (pues el *terminus incertus quando* se representa muy próximo) y los motivos para las promesas y las disposiciones pueden llevar a un contenido testamentario o unas donaciones que sus familiares consideren como intolerables.”²⁶

En relación con el testamento de los ancianos, sin embargo, las polémicas no cesan, sobre todo cuando su contenido no es ajustado a lo que se esperaba de él; como si los testamentos tuvieran que configurarse partiendo de lo que la sociedad espera y no de lo que el testador quiere. Lo cierto es que no son raras las voces que hoy claman por posturas que, sacadas del Derecho romano, abogan por cuestionar el discernimiento del testador anciano partiendo del contenido de su testamento. Esto nos recuerda sin dudas la *querella inofficiosi testamenti*, en la que el testamento debía declararse como “inoficioso” por ir contra el *officium* del afecto paterno, al considerar que el testador no estaba en su sano juicio al disponer de su patrimonio (cfr. D. V,II,2).²⁷ En el *Common Law*, los tópicos de falta de capacidad y de vicios de la voluntad se han utilizado retóricamente para hacer anular por los tribunales testamentos de ancianos en los que lo único evidente era que sus disposiciones se apartaban de lo socialmente aceptable. Al respecto, KERRIDGE,²⁸ a partir de la idea de testador vulnerable, propone una inversión de la presunción de capacidad, en el sentido de que si el testador tiene más de 70 años, su testamento podrá ser impugnado, de modo que quien defienda su validez habrá de probar que el testador conservaba su capacidad natural de entender y querer y no estaba sometido a presiones. Más limitadamente, una propuesta de 1971 para introducir en el Derecho inglés una regla según la cual las disposiciones de las

²⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de Sucesiones del Código Civil? (Un ejercicio de prospectiva)”.

²⁷ “*Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis [...]*”.

²⁸ KERRIDGE, R., “Wills made in suspicious circumstances: the problem of the vulnerable testator”, *Cambridge Law Journal*, No. 59, 2000, p. 310 y ss.

personas de edad avanzada a favor de los propietarios o gestores de la residencia en que viven se consideren en principio *pro non scriptas*.²⁹

Estas ideas resultan sumamente peligrosas para el Derecho iberoamericano, donde en no pocas ocasiones miramos más de la cuenta a las regulaciones anglosajonas. Lo cierto es que todas estas posturas entran en franca contradicción con el artículo 30 de la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, el que en su segundo párrafo establece: *“Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*.

No se puede interpretar el testamento de un anciano de igual manera que el de una persona en la plenitud de su vida, como tampoco el de un anciano atendido por sus hijos o nietos en su hogar de toda la vida al de otro que vive en una residencia o asilo, o al de otro que es cuidado y atendido por un extraño en su vivienda habitual. ¿Será descabellado pensar que estos últimos ancianos deseen favorecer a sus cuidadores antes que a sus familiares, los que en sus postrimerías lo han olvidado? ¿Será acaso contrario a la justicia que reciba la herencia quien brindó asistencia en los momentos en que se es más vulnerable?

Para cerrar este epígrafe es imprescindible una referencia a los apoyos, institución introducida por la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad y recogida también en la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. El artículo 12.3 de la supracitada Convención para la discapacidad sitúa como base para el ejercicio pleno de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad, la necesidad de “apoyos” que afiancen su participación, garantizándola en beneficio de este. En términos de la propia Convención, son *“las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*.

Estos apoyos varían en dependencia del nivel de profundidad de la discapacidad, pues su gradación constituye una adecuación proporcionada a la heterogeneidad de la discapacidad en sus múltiples clasificaciones. Empero, ¿qué son en realidad los apoyos? Esta novedosa institución, que no tiene una

²⁹ Vid. DELGADO ECHEVARRÍA, J., “¿Qué reformas cabe esperar...?”, *cit*.

herencia romanista ni fue desarrollada por la glosa o los teóricos alemanes decimonónicos, crea una incertidumbre en la doctrina del Derecho.

Según el diccionario, la voz 'apoyo' significa "lo que sirve para sostener || Apoyadura || Fundamento, base || Protección, auxilio o favor (Sinón. Ayuda, protección, asistencia, socorro, auxilio)".³⁰ Haciendo una mixtura entre la definición lingüística y la convencional, podría definirse como apoyo a todo aquello que derribe las barreras que impiden el disfrute, por parte de la persona en situación de discapacidad, de su plena realización. Así, en el informe de la Relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad se ofrece un panorama de apoyos que abarca una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y oficioso, como la asistencia humana o animal y los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo; también se incluye la asistencia personal, el apoyo para la adopción de decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica, el apoyo para la comunicación, como los intérpretes de lengua de señas y los medios alternativos y aumentativos de comunicación; el apoyo para la movilidad, como las tecnologías de apoyo o los animales de asistencia, los servicios para vivir con arreglo a un sistema de vida específico, que garanticen la vivienda y la ayuda doméstica, y los servicios comunitarios.³¹

Como ya señalamos, el comité de expertos de la Convención, en su Observación General No. 1, advierte que todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, aun las más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de las personas. Lo cierto es que los apoyos no pueden identificarse con la representación, lo cual abre una brecha para cuestionarnos la posibilidad de que la persona con capacidades especiales teste con la asistencia de apoyos. El testamento constituye un acto *intuitu personae*, lo que se traduce en que sólo puede ser otorgado personalmente por el causante; o sea, no puede otorgarse mediante representante. La *ratio* de esta naturaleza es que se desea asegurar que el testamento sea la expresión auténtica de la voluntad del causante; queriendo así evitar que el representante traicione el pensamiento de aquel y disponga de sus bienes de una manera distinta a la que era su voluntad. Es entonces donde cabe preguntarse, ¿sería posible que en

³⁰ *Pequeño Larousse Ilustrado*, de Miguel del Toro y Gisbert, refundido y aumentado por Ramón García-Pelayo y Gross, Editorial Revolucionaria, La Habana, 1968.

³¹ *Vid. Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en el 34º periodo de sesiones en el Consejo de Derechos Humanos, ONU, A/HRC/34/58, p. 20.

el acto testamentario concurriese un apoyo?, ¿violaría esta concurrencia el carácter personalísimo del acto en cuestión?

Los apoyos se asocian a la asistencia, a un auxilio *ad hoc* a cada caso concreto adecuado a la discapacidad específica y a las barreras que pueden impedir el libre desarrollo de la personalidad. Los apoyos, según la doctrina más generalizada, no permiten otra cosa que asistir a la persona en situación de discapacidad o del anciano en actuaciones concretas. En palabras de PÉREZ GALLARDO:

“Apoyo significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona. En modo alguno supone sustituir, suplantar, complementar, la voluntad de esa persona. En todo caso contribuye a informar, a acompañar, a diseñar un plan para que la persona pueda llegar a formarse su propia voluntad, ajena a influencias indebidas, incluidas las influencias del propio apoyo”.³²

En este sentido, los apoyos no constituyen una forma de representación legal, ni siquiera un complemento a la capacidad restringida, ya que se conciben precisamente con el fin de que las personas en situación de discapacidad puedan ejercitar sus derechos, acorde con sus voluntades y preferencias, y que no necesiten alguien que subroque en su esfera jurídica. De modo que la persona actúa *per se* sin que se la reemplace o sustituya, sólo con una asistencia que la acompañe y facilite su manifestación de voluntad y toma de decisiones. Es entonces deducible que los apoyos no violan el carácter personalísimo del acto testamentario, pues el acto lo está realizando la propia persona con discapacidad o el anciano manifestando su voluntad. Esto lo resume de manera brillante ALFARO GUILLÉN cuando apunta: “El carácter personalísimo del acto a realizar por el sujeto [...] no debiere comprometer en modo alguno su asistencia. Las diferencias entre la representación y el apoyo estriban justamente en que en la primera se suple la voluntad del sujeto por la del representante para la toma de decisiones, mientras que lo segundo confiere el soporte, los medios necesarios para su adopción *per se* por el titular del derecho subjetivo a ejercitar mediante el acto de que se trate”.³³

³² PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *El Derecho de sucesiones que viene*, p. 144.

³³ ALFARO GUILLÉN, Yanet, “El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de *lege data* para la autorización notarial en Cuba”, en *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*, p. 1416.

Así, en el acto testamentario, el apoyo podría ser un garante de este testador vulnerable que afianzara su voluntad, corroborando que se encuentra libre de vicios, o bien pudiese evitar que el notario se abstuviese de autorizar sin antes haber realizado la labor asesora profunda. Sería oportuno señalar que los requisitos para que el apoyo interviniese en el acto testamentario deberían partir de la ausencia de intereses de este en el testamento, porque de lo contrario su imparcialidad sería rota y su presencia, lejos de evitar vicios, podría provocarlos.

5. EL LLAMADO CONTENIDO ATÍPICO DEL TESTAMENTO

Otra cuestión, aun hoy polémica en lo referente al contenido del negocio testamentario, es la distinción entre lo típico y atípico, resumida en el cuestionamiento sobre la naturaleza de todas las disposiciones que el testador hace, pero que no van dirigidas a ordenar su sucesión *mortis causa*. Esto trasciende a una mera disquisición académica, pues la postura que se elija determinará el régimen aplicable a cada una de ellas y sobre todo a los efectos que sobre estas pueda tener la revocación del acto de última voluntad.

No es una novedad señalar que GIAMPICCOLO³⁴ fue quien hizo sustancialmente indispensable la referencia a estos conceptos, de tal manera que toda la doctrina posterior alude siempre a su obra cuando aborda este tema. La expresión “contenido típico del testamento” indicaba en la obra del maestro italiano a las disposiciones relativas a la ordenación de la sucesión, esto es: institución de herederos, designación de legados y las disposiciones estrictamente accesorias a ambas (sustituciones, albaceazgo, reglas de partición, etc.); mientras que la expresión “contenido atípico del testamento” indicaba todas las demás estipulaciones contenidas en el testamento y que fueran distintas de

³⁴ GIAMPICCOLO, Giorgio, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, p. 326 y ss.: “*le dichiarazioni di diverso contenuto [dalla istituzione di erede o di legatario] che in forma testamentaria possono compiersi, ne sussista o non l'unità formale con eventuali disposizioni di beni, non costituiscono testamento. Quando non si tratta di atti non negoziali, a cui risulta già incompatibile la nozione stessa di atto di ultima volontà (anche se compatibile sia, a qualche specie, quella di (mero) atto mortis causa) si tratta di negozi che o non sono a causa di morte ovvero sono al più negozi di ultima volontà a sé stanti, che rispondono alle regole generali della categoria a cui appartengono (atto di ultima volontà), ma non a quelle più particolari del testamento. E se pure tutte queste dichiarazioni atipiche, anche quando non siano mortis causa, un effetto post mortem normalmente consegue, ciò dipende unicamente dalla particolare fattispecie emissiva che il soggetto assegna alla dichiarazione col prescegliere la forma testamentaria; ma da tale profilo l'atto (a rilevanza giuridica esterna) post mortem costituisce una categoria dommatica distinta così dall'atto sotto modalità di morte come dall'atto mortis causa*”.

aquellas, independientemente de que tuvieran, o no, un contenido patrimonial y de que tuvieran, o no, una disciplina específica.

Según BARBA, la reflexión de GIAMPICCOLO se basa en el citado artículo 587 del *Codice* de 1942, señalando que:

“De la observación de que el testamento es el acto por el cual el causante dispone de todos o parte de sus bienes para después de su vida, se desprende la idea de que la función típica del testamento, es decir, la función principal, es disponer de los bienes [...] el testamento es un acto de atribución patrimonial por causa de muerte, que opera a través de la institución de heredero y la ordenación de legado [...] De ello se desprende que todas aquellas disposiciones testamentarias que no pueden referirse a estas dos figuras específicas y típicas, ni a las disposiciones accesorias o complementarias de las mismas, deben ser consideradas como contenido «atípico» del testamento.”³⁵

Estas conclusiones sostenidas por GIAMPICCOLO, sin dudas constituyeron un parteaguas en la concepción que sobre el tema había tenido la doctrina e incluso la jurisprudencia hasta ese entonces. Si bien, como dejamos sentado en el epígrafe segundo de este trabajo, la distinción que la mayoría de los códigos civiles de nuestro entorno cultural e histórico asumen sobre el contenido del testamento versan sobre la dicotomía entre disposiciones patrimoniales y no patrimoniales, la distinción del maestro italiano dirige la atención sobre la categoría de tipicidad que definitivamente redirige a la noción de causa del negocio.

¿Qué es típico y atípico en el testamento? Esta es una interrogante crucial para dilucidar el tema abordado.

La categoría tipo puede identificarse mediante tres notas conceptuales: su generalidad, su abstracción y su vinculación y elaboración empírica. Así, dice ENGISCH que el tipo “es, aunque un universal, un ‘universal in re’, es immanente a la realidad como ‘entelequia’, o ‘plano’, o ‘estructura’, o ‘tendencia estructurado-ra real’ o principio dinámico. No es por tanto simple residuo de consideración de cosas similares, ni simple síntesis mental, ni simple universale ‘post res’ o ‘in

³⁵ BARBA, Vincenzo, “El contenido atípico del testamento en el Derecho italiano, superación del concepto y acto de última voluntad”, *Revista de derecho privado*, No. 105, mes 1, 2021, p. 112.

mente”.³⁶ Estas notas llevan directamente a la conclusión de que “tipo” es una categoría mucho más amplia de la que se suele usar en las ciencias jurídicas.³⁷ Esta distinción señala que la categoría “tipo” no abarca solamente lo regulado en el ordenamiento positivo. O sea, si bien se habla de contratos atípicos, al referirse a aquellos que no poseen una regulación legal, e incluso de atipicidad social para los innominados que ni siquiera tienen *nomen iuris*, ha de partirse de la idea que estos también responden a la categoría tipo.

Otro fenómeno diferente es la tipicidad, la cual se concibe como un especial modo de organizar la regulación de los actos jurídicos por medio de la noción de “tipo”. Es un mecanismo jurídico que tomando como base al tipo de la realidad social, culmina con la creación de un tipo legal o normativo. LARENZ lo analiza de la manera siguiente: “Cuando el legislador los ha regulado los ha encontrado antes en la realidad de la vida jurídica, ha aprehendido su tipicidad y les ha adicionado aquellas reglas que él estimó adecuadas para un tal tipo de contrato. No los ‘inventó’, sino que los ‘descubrió’, en cuanto no los tomó sencillamente de la tradición jurídica”.³⁸

Todas estas notas conceptuales apuntan a la idea de que a lo que debe referirse el llamado contenido típico o atípico del testamento no es a la naturaleza patrimonial o no de sus estipulaciones, sino a la estructura y función jurídica que determina cuándo estamos ante un negocio testamentario y cuándo ante otros negocios *mortis causa*, que utilizan al testamento como reservorio formal. Así, podemos ver como parte de ese contenido atípico, estipulaciones de naturaleza patrimonial como la creación de fundaciones o el reconocimiento de deudas. Esto lo sistematiza muy bien JORDANO BAREA,³⁹ quien clasifica el contenido del acto testamentario en tres grupos de estipulaciones:

- *Declaraciones normales y típicas*, dentro de las que se encuentran la institución de herederos, legados y carga modal; así como otras instituciones que el autor señala como accesorias (v.gr., el pago de legados, el testamento revocatorio de otro anterior, el nombramiento de albaceas).

³⁶ ENGISCH, Karl, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, p. 418.

³⁷ Para DE CASTRO (*El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 202), “[...] se considera como tipo del negocio el esquema fijado por las leyes para cada una de las figuras negociales”.

³⁸ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, pp. 456-457.

³⁹ JORDANO BAREA, J. B., *El testamento...*, cit., pp. 10 y 11.

- *Declaraciones anómalas testamentarias*, que pueden ser patrimoniales o no patrimoniales, de índole negocial.
- *Meros actos jurídicos mortis causa*, que no constituyen exteriorización de una voluntad. Aquí sólo hay que señalar que a lo que se refiere el autor sería a declaraciones no negociales de voluntad (las llamadas declaraciones de ciencia), que no es adecuado llamarlas actos jurídicos porque en estos es imposible, jurídicamente hablando, que no exista una declaración de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir una relación jurídica.

También es deducible de lo explicado que a la tipicidad a la que se refiere esta categoría no es a la recepción legal de un contenido u otro. No se trata que en los códigos decimonónicos o aquellos promulgados en los últimos siglos, que sólo conceptualicen el testamento como un negocio de atribución patrimonial mortis causa (lo cuales ya citamos en el segundo epígrafe de esta obra), la atipicidad del contenido testamentario venga dada por la ausencia de este en la definición legal; como tampoco que en las legislaciones más contemporáneas (igualmente citadas) dejen de considerarse atípicas las estipulaciones no patrimoniales por el mero hecho de su inclusión en el concepto de testamento.

En los primeros casos, es de señalar que aun cuando la norma excluya de su definición de testamento a todo lo que no sea atribución *mortis causa* de bienes y derechos, existen otros preceptos que de forma expresa aluden a la posibilidad de establecer por testamento otras cuestiones patrimoniales o no, pero que no van dirigidas a ordenar la sucesión. Así, por ejemplo, el Código Civil español es de las leyes que adopta una concepción restrictiva del contenido testamentario en su artículo 667, mas permite la posibilidad de incluir en el testamento el reconocimiento de hijos (cfr. artículos 120 2.º, 124 y 741), la rehabilitación del indigno (cfr. artículo 757), el nombramiento de tutor para el hijo menor (cfr. artículo 213 1.º), disposiciones sobre sufragios, funerales y enterramiento del testador (cfr. artículo 902 1ª); sin obviar todas las demás instituciones recogidas en otras normas españolas y que expresamente remiten a la forma testamentaria: la constitución y revocación de una fundación (cfr. Ley No. 50/2002); las disposiciones sobre utilización del propio material reproductor del testador (cfr. artículo 9.2 de la Ley No. 14/2006); la designación de la persona que puede ejercitar determinadas acciones en materia de defensa del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (cfr. artículo 4, 1.º de la Ley Orgánica No. 1/1982); la designación de la persona que puede ejercitar determinadas acciones en defensa de la autoría e integridad de una obra (cfr. artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo No. 1/1996).

Visto todo lo cual, no sería pertinente llamar a estas disposiciones testamentarias atípicas, si nos referimos a la tipicidad legal o normativa.

Pero incluso en los casos de los códigos más recientes, que incluyen en la definición legal de testamento que ofrecen la posibilidad de establecer –incluso como contenido exclusivo del testamento– estipulaciones no patrimoniales, este reconocimiento legal no ha representado la exclusión de la clasificación de estas cláusulas como atípicas. Por una parte, vemos cómo todas estas regulaciones parten de considerar esencialmente al testamento como un acto dispositivo de bienes y derechos con vistas a la muerte y colocan un segundo párrafo en el que se limitan a señalar la posibilidad de establecer cláusulas de contenido no patrimonial y de la vigencia del testamento, aun si contiene sólo este tipo de estipulaciones; de esta manera, más que integrar este contenido a la naturaleza típica del testamento, lo que se está remarcando es su atipicidad negocial. Por otra parte, podemos aludir a cómo en estas naciones, amén de su reconocimiento legislativo, la doctrina y la jurisprudencia continúan dándole a estas disposiciones testamentarias el nombre y el régimen de contenido atípico; tal vez el caso paradigmático sea el Derecho italiano, primero en positivizar en el *Codice* de 1942 este concepto, digamos moderno, del testamento, sin embargo, sólo basta analizar la icónica sentencia de la Corte de Casación de 16 de junio de 1966 para ver cómo el más alto foro de la nación mediterránea acoge al completo la distinción y tesis de GIAMPICCOLO que venimos siguiendo.

Así, vemos cómo lo realmente trascendente a la hora de distinguir entre contenido típico o atípico del testamento, con sus correlativas implicaciones prácticas, no es la recepción normativa de un concepto, ni siquiera la admisibilidad expresa por parte de una ley, de que el testador pueda disponer sobre esta o aquella materia, menos aún el carácter patrimonial o extrapatrimonial de la estipulación. De lo que se trata es de identificar el tipo negocial de determinadas cláusulas contenidas en el testamento como reservorio formal, pero que tributan a otros tipos negociales genéricos, que no se corresponde con el del negocio testamentario. En palabras de BARBA:

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

“Coherente con la idea de que la causa del negocio debe ser evaluada según una apreciación abstracta y, en parte, coincidente con el tipo, se hace

absolutamente prevalente la idea de que el testamento es un negocio jurídico unitario , aunque se considere complejo , o negocio marco”.⁴⁰

Desde esta perspectiva, podemos sostener que el llamado contenido atípico del testamento hace alusión a una serie de negocios jurídicos que gozan de autonomía no sólo en cuanto naturaleza, sino, incluso en relación con sus efectos, pero que todos comparten la naturaleza *mortis causa*,⁴¹ aunque no unánimemente la condición de actos de última voluntad. Un ejemplo que ilustra este último elemento es el reconocimiento filiatorio testamentario.

Tanto la doctrina como la legislación comparada es conteste en señalar que este acto jurídico de naturaleza familiar puede ser contenido en un testamento, pero la revocación, que constituye un elemento esencial del negocio testamentario, precisamente por ser un acto de última voluntad, no le alcanza; o sea, que el reconocimiento filiatorio contenido en testamento será eficaz, aunque dicho testamento sea revocado. ¿Cómo explicar esto? Su fundamento radica es que, aunque este acto adopte como forma al testamento, su tipo negocial responde a otra causa, dicho de otro modo, forma parte del testamento, pero no es un testamento. Al respecto, señala con acierto LACRUZ:

“... mientras la razón de la revocabilidad de las disposiciones testamentarias es la soberanía de la voluntad individual, la del reconocimiento de la filiación, que no constituye una muestra de soberanía y excede de la esfera individual, obedece a razones de sentido familiar y social. Entre vivos, nadie ha pensado en su posible revocación. Pues bien, autorizado el reconocimiento en acto mortis causa, simplemente como medio de facilitar el negocio y protegerlo con el secreto si el testador lo desea, no pierde su

⁴⁰ BARBA, V., “El contenido atípico del testamento...”, *cit.*, p. 117.

⁴¹ *A contrario sensu*, DE LA CÁMARA (Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, t. III, Vol. 1, dirigidos por Manuel Albaladejo, EDESA, Madrid, 1990, p. 440) niega también el carácter de acto mortis causa del reconocimiento filiatorio contenido en testamento, señalando que su eficacia es la de un acto inter vivos. Sostiene el ilustre notario que “1.º) Si el reconocimiento subsiste aunque se revoque el testamento en que se hizo nos encontramos ante un reconocimiento sin más que asumió la forma testamentaria; 2.º) Si en el testamento abierto se formaliza solamente un reconocimiento es evidente que nos encontramos sólo y exclusivamente ante un reconocimiento, por lo cual no existe razón, ni teórica ni práctica, para que la eficacia del reconocimiento quede subordinado, en cuanto a su eficacia, a la muerte del testador-reconocedor. Por todo ello creemos que la eficacia inmediata del reconocimiento testamentario solo es posible y predicable del testamento notarial abierto; tratándose de un testamento cerrado notarial, es evidente que el reconocimiento acogido o comprendido en el mismo, verá suspendidos sus efectos hasta que con la muerte del causante se desvele el contenido de la disposición mortis causa”.

naturaleza familiar y social ni se transforma en acto de soberanía individual y conserva igualmente su carácter irrevocable”.⁴²

Un elemento importante de esta frase es el que señala que entre vivos nadie ha pensado en su revocación, lo que lleva a la conclusión de la autonomía negocial de este acto respecto a su reservorio formal, y es que todos los actos contenidos en el testamento y al que con justicia se le atribuye el adjetivo de atípico tienen una naturaleza tan propia, que bien se les podría instrumentar por separado y en documento que sólo lo contenga a él, sin que por eso deba ser llamado testamento. Este elemento es vital, porque si bien no puede instituirse heredero fuera del acto testamentario (dada cuenta que los contratos sucesorios no están generalmente admitidos) y lo mismo con los legados, cualquier otra disposición (constitución de una fundación, reconocimiento de deuda, nombramiento de tutor para los hijos menores de edad o de apoyo para los mayores en situación de discapacidad, disposiciones sobre el cadáver y un largo etcétera) puede ser otorgada de forma autónoma sin necesidad imperativa de ser contenida en un testamento. Lo cierto es que muchas de ellas se contienen en el testamento como reservorio formal para darles la naturaleza *mortis causa*. Y esto es el núcleo central de todo el análisis que le debe arrojar hoy este tema al Derecho.

En realidad, la admisibilidad del contenido atípico como parte del negocio testamentario no es algo novedoso ni cuestionable en la actualidad. Es *communis opinio* que el testamento puede contener estipulaciones no dirigidas a ordenar la sucesión y que estas pueden figurar como único contenido de dicho negocio. Algunos autores incluso ya abogan por superar la distinción señalando que la validez y eficacia del testamento nada tiene que ver con la naturaleza de sus estipulaciones; en este sentido son potentes las palabras de PERLINGIERI: “[...] *patrimonialità, tipicità, natura attributiva o devolutiva non possono essere elementi che condizionano la validità e l’efficacia delle disposizioni testamentarie. La loro validità ed efficacia dipendono dalla liceità e meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti, nonché dal controllo di conformità a norme imperative, all’ordine pubblico e al buon costume*”.⁴³

Siendo así, la cuestión actual está en valorar la necesidad de incluir estos negocios en el testamento para que valgan como actos *mortis causa*. La exigencia

⁴² LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, V, cit., p. 255.

⁴³ PERLINGIERI, Pietro, “La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento”, *Rassegna di diritto civile*, 2016, p. 507.

está en darles la suficiente autonomía negocial y también instrumental, de forma que se admitan otros negocios con causa de muerte más allá del testamento. Al respecto señala con acierto BARBA:

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

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

Si algo le cambiaría a estas certeras palabras es que el llamado es a ampliar los actos *mortis causa*, que, de hecho, van más allá que los de última voluntad. Algunos de estos actos jurídicos que catalogan como contenido atípico del testamento no son revocables esencialmente, otros ni siquiera pueden revocarse, como el caso aludido del reconocimiento filiatorio; lo que sí tienen en común es el interés de su autor de que no surtan efectos en vida, sino que los desplieguen tras su muerte. En resumen, si bien el testamento, entendido no sólo como negocio, sino además como instrumento, puede ser reservorio formal de los más disímiles actos jurídicos, aunque estos no estén destinados a ordenar la sucesión del testador; la defensa de este llamado contenido atípico, en la actualidad debe ir dirigido a defender la posibilidad de que las personas los otorguen con efectos *mortis causa*, pero sin necesidad de recurrir a la figura del testamento, donde tradicionalmente se les ha circunscrito.

6. EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS EN LA INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA

La interpretación del testamento no es tema pacífico. Ya desde las fuentes romanas existía controversia a partir de dos textos de Paulo (cfr. D. XXXII, 25, § 1 y D. L., 17, § 12) sobre el significado que podrían tener las palabras empleadas por el testador. Señala PÉREZ GALLARDO: “La peculiaridad de la hermenéutica

testamentaria está dada por la misma naturaleza y estructura del acto de última voluntad [...] El criterio hermenéutico de la real *mens testantis*, encuentra su verdadero fundamento técnico-jurídico en esta especial naturaleza y estructura del acto de última voluntad, que obliga al intérprete a encararlo desde el ambiente del testador”.⁴⁴

Estas mismas precisiones nos las encontramos en muchos autores que han abordado la cuestión. Ciertamente es que, como acto jurídico unilateral y no recepticio, resulta consecuente que en relación con el testamento, sólo se interprete la voluntad relevante del testador; en palabras de JORDANO BAREA,⁴⁵ esta es la principal, y a veces única, motivación del principio *voluntas est spectanda*. En igual sentido, afirma WINDSCHEID⁴⁶ que las disposiciones de última voluntad están en principio destinadas no tanto a atribuir alguna cosa a alguien, como a regular el destino *post mortem* del patrimonio, por lo que la autonomía privada del autor singular del negocio es lo único relevante, sólo hallando límite por la ley imperativa.

Vemos cómo tradicionalmente la hermenéutica testamentaria ha girado en torno a la literalidad del negocio *mortis causa*, bien sea desde una visión más objetiva (enfocada en el análisis semántico del texto), o bien desde un prisma más subjetivista (buscando la intención del testador, pero siempre a partir de lo expresado en la escritura). Ahora bien, ¿cómo enfrentarnos ante un cambio de circunstancias tan radical que sin lugar a dudas haga cuestionarse esa plasmación escrita de la voluntad? En relación con la respuesta a esa pregunta, dos posturas vienen enfrentándose desde hace un tiempo.

Por un lado, tenemos la tesis tradicional, aquella que, sustentada en el carácter solemne del testamento y en la seguridad jurídica, buscan preservar la eficacia íntegra del testamento, incluso si cambiaron radicalmente las circunstancias existentes al momento del otorgamiento de la escritura y que motivaron al testador a ordenar su sucesión de esa manera. Al respecto son épicas las palabras de JORDANO BAREA: “que la llamada voluntad verdaderamente última del testador es, jurídicamente irrelevante, queda fuera del negocio jurídico. La nueva orientación de voluntad no puede valer ni como medio interpretativo

⁴⁴ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El acto jurídico testamentario. Contenido e interpretación”, en *Derecho de Sucesiones*, t. I, p. 242.

⁴⁵ JORDANO BAREA, J. B., *El testamento...*, cit., p. 53.

⁴⁶ Vid. WINDSCHEID, Bernhard y Theodor KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 3, p. 176.

del testamento, ni como negocio unilateral *mortis causa*, si no reviste de la forma requerida”.⁴⁷

Por otro lado, se encaminan las tesis más contemporáneas que esgrimen la necesidad de la búsqueda de la última voluntad del testador, la cual se corresponde más con las circunstancias existentes al momento de la muerte que con las motivaron el otorgamiento de la escritura. Pensemos que entre ambos momentos pueden transcurrir años e incluso décadas, por lo que la ficción de considerar al testamento como acto de última voluntad sólo porque no se revocó con las solemnidades establecidas –según esta postura– significaría vaciar de contenido real a la *voluntas testatoris*. En tal sentido se pronuncia BOSQUES HERNÁNDEZ:

“Creo firmemente en la protección de la última voluntad del testador, pero no se puede convertir en un afán ciego por protegerla a todo dar y abstraernos de la realidad. Es como si el intérprete del testamento tuviera gríngolas que no le permiten darse cuenta de que la última voluntad testamentaria inevitablemente ha cambiado, es decir, la voluntad plasmada en testamento no es realmente la última voluntad, pero por alguna razón el testador no modificó su testamento”.⁴⁸

Entre estas dos posturas, como es habitual, encontramos tesis intermedias que buscan armonizar los postulados más razonables de ambos extremos, desechando, por su parte, aquellos criterios que la convierten en injusta o inviable. En este sentido, VAQUER ALOY invita a buscar el equilibrio “entre la realización de la verdadera voluntad del testador y las exigencias del principio de seguridad jurídica, que requiere que las titularidades no queden indefinidamente sujetas a cambios, independientes de la voluntad de sus sujetos”.⁴⁹

No obstante, la tesis que defiende la revisión del negocio testamentario, e incluso la ineficacia de algunas estipulaciones contenidas en la escritura de testamento, ante un cambio significativo de circunstancias, se va abriendo paso, inclusive en el Derecho patrio. Al respecto, y ante la pregunta sobre qué hacer ante un cambio de circunstancias, responde GHERSI ALMARALES:

⁴⁷ JORDANO BAREA, J. B., *El testamento...*, cit., p. 119.

⁴⁸ BOSQUES HERNÁNDEZ, Gerardo José, “El ex cónyuge como heredero testamentario. El efecto del divorcio”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Vol. 48, 2003, p. 2.

⁴⁹ VAQUER ALOY, Antoni, “La integración del testamento”, p. 6.

“Ante un cambio de circunstancias que sobrevenga al testamento otorgado, caben, *a priori*, dos alternativas: la primera es instar a la revisión judicial del testamento por cuestiones de hermenéutica, siempre que la voluntad manifestada sea conciliable con la presumible última voluntad del testador; la segunda gira en torno a instar a la ineficacia de las disposiciones testamentarias cuando la última voluntad y la voluntad declarada no sean compatibles, u optar por la fórmula de preservar la eficacia del testamento ignorando la variación sobrevenida de las circunstancias”.⁵⁰

En esta misma línea podemos encontrar en el Derecho comparado, múltiples disposiciones legales que sancionan con la ineficacia a la institución de heredero y a la designación de legados si cambiaron vínculos importantes que se traducían presumiblemente en el motivo determinante para que esas estipulaciones se configuraran de esa manera y no de otra. No debe extrañar que la gran mayoría de estos cambios estén asociados a las relaciones familiares, pues –como ya señalamos en el análisis sobre la *testamentifactio* activa–, lo más trascendente para el testador a la hora de ordenar su sucesión es el rango de sus afectos. Salvo muy contadas excepciones, que no servirían más que para confirmar la regla, las personas instituímos herederos o designamos legatarios a aquellos más cercanos afectivamente hablando; en consecuencia, si por alguna razón ese afecto varió o si nacieron otros afectos contradictorios o complementarios de aquel, es de suponer que el testador haya cambiado su última voluntad, aunque, por la razón que sea, no haya podido otorgar un nuevo testamento.

Así, a guisa de ejemplos, el Código Civil y Comercial argentino estipula en su artículo 2514: “El matrimonio contraído por el testador revoca el testamento anteriormente otorgado, excepto que en éste se instituya heredero al cónyuge o que de sus disposiciones resulte la voluntad de mantenerlas después del matrimonio”; solución parecida se adopta en el Derecho inglés, según lo dispuesto en la Sección 18 del *Will Act* y en el número 22 de *The Law Reform Committee Report*. En esa misma línea, aunque para el supuesto inverso, el artículo 479 *bis* del Código Civil cubano dispone en su apartado primero que: “La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, sobreviene una ruptura del proyecto de vida

⁵⁰ GHERSI ALMARALES, Janet, “El cambio en las circunstancias: su incidencia en el testamento otorgado”, en Joanna Pereira Pérez (coord.), *El cambio de circunstancias, múltiples miradas actuales fuera de su zona de confort*, p. 146.

afectiva de la pareja, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte hay pendiente una demanda en proceso de divorcio o nulidad matrimonial”; disposición que es extendida a las parejas de hecho en su apartado segundo. En una dirección homóloga a la norma cubana se pronuncia el Código Civil portugués (cfr. artículo 2317), el Código Civil alemán (cfr. parágrafo 2077) y el artículo 772 del Código Civil peruano, aunque vinculado sólo a los legados: “Caduca el legado: [...] 2. Si el legatario se divorcia o se separa judicialmente del testador por su culpa”.

Por su parte, el *Codice* de 1942 mantuvo la llamada revocación presunta –ya presente en su antecesor de 1865 (cfr. artículo 888)– para los supuestos de la aparición, nacimiento o reconocimiento de hijos tras el otorgamiento de negocio testamentario. De esta forma, el artículo 687 del *Codice* italiano regula:

“1. Le disposizioni a titolo universale o particolare, fatte da chi al tempo del testamento non aveva o ignorava di aver figli o discendenti, sono revocate di diritto per l’esistenza o la sopravvenienza di un figlio o discendente del testatore, benchè postumo, anche adottivo, ovvero per il riconoscimento di un figlio nato fuori del matrimonio.

2. La revocazione ha luogo anche se il figlio è stato concepito al tempo del testamento.

3. La revocazione non ha invece luogo qualora il testatore abbia provveduto al caso che esistessero o sopravvenissero figli o discendenti da essi.

4. Se i figli o discendenti non vengono alla successione e non si fa luogo a rappresentazione, la disposizione ha il suo effetto”.

Como vemos, son varios los mecanismos que han diseñado los ordenamientos para resolver el conflicto de interpretación y ejecución testamentaria ante el cambio de circunstancias. Dentro de estas soluciones legales o jurisprudenciales, las más comunes son: anulabilidad por error en los motivos, nulidad por defecto de causa, la llamada “revocación presunta”, caducidad y la condición resolutoria expresa o tácita. De estas, las dos más defendidas por la doctrina son la revocación legal o presunta y la condición tácita.

La tesis de la revocación legal tiene mucha acogida en el Derecho italiano, así como en la doctrina argentina, sustentada en el dictado del precepto 687 del *Codice* y en el artículo 2514 de la norma rioplatense, ambos ya citados. Pero

esta postura es incluso anterior a la legislación actual, ya que ambas disposiciones tienen reflejo en los códigos derogados de ambos países. Así, en Italia, DE RUGGIERO apuntaba: “Además de por voluntad expresa o tácita del testador, la revocación puede tener lugar legalmente, es decir, cuando interpretando la ley la voluntad del testador la sustituye, por estimar que el propio testador habría en el caso dado revocado la disposición”.⁵¹ Con argumentos muy similares, pero en la nación sudamericana, ZANNONI señalaba: “[...] suele aludirse también a una suerte de revocación legal que opera independientemente de la voluntad expresa o tácita del testador y por la cual el testamento queda sin efecto *ministerio legis*”.⁵²

No obstante, la concepción de una revocación legal *per se* es una contradicción, ya que este es uno de los tipos de ineficacia voluntaria. Más sustento tendría considerarlo una voluntad presunta, que es por donde lo justifica la doctrina italiana, pero aun así no es un argumento que muchos defiendan en la actualidad fuera de esas fronteras. Entre los autores cubanos, señala al respecto COLLADO BETANCOURT que “el establecimiento de estas regulaciones, suerte de «revocación legal», es una consecuencia del desconocimiento de la naturaleza jurídica de la revocación existente en el plano doctrinal, de no concebirla como un derecho subjetivo de la persona en el ejercicio de su autonomía de la voluntad”,⁵³ mientras que GHERSI ALMARALES sostiene que: “[...] aun cuando la revocación presunta sitúe muy bien el contexto objeto de análisis basado en la presunción de que así hubiese actuado el testador, tal presunción tiene un carácter legal, porque se basa en una voluntad presumible legalmente, no en una voluntad manifiesta. En consecuencia, constituye una causal de ineficacia legal y no una revocación propiamente dicha”.⁵⁴

Mucha más fortuna goza la noción de condición resolutoria tácita. En este sentido apunta GHERSI ALMARALES:

“Somos de la opinión que en los ordenamientos jurídicos que permiten someter a condición las instituciones de herederos y legatarios pudiera

⁵¹ RUGGIERO, Roberto DE, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. segundo – *Derecho de obligaciones, Derecho de familia y Derecho hereditario*, p. 1184.

⁵² ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de las Sucesiones*, p. 703.

⁵³ COLLADO BETANCOURT, Julián Agustín, “La revocación de las disposiciones testamentarias”, *Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, bajo la dirección de Caridad del Carmen Valdés Díaz, Universidad de La Habana, 2014, p. 105.

⁵⁴ GHERSI ALMARALES, J., “El cambio en las circunstancias...”, *cit.*, p. 162.

admitirse la ineficacia de las disposiciones testamentarias al producirse los cambios sobrevenidos de circunstancias, homologados a la concurrencia de una condición tácita siempre que pueda inferirse o indicarse del testamento los llamados ‘hechos concluyentes’, que dejen observar los motivos del testador y existan elementos para deducir que de haberlo previsto hubiese testado de otro modo, lo cual tiene amparo en la configuración legal de la condición para la institución de heredero y legatario, para todo lo cual tendrá un rol fundamental la labor hermenéutica testamentaria con la utilización de todos los medios extrínsecos necesarios para arribar a la real voluntad del testador”.⁵⁵

En definitiva, la misma noción del cambio de circunstancias en el Derecho contractual se asocia con frecuencia a una cláusula tácita presente en el negocio y que tiene efectos resolutorios. Para REZZÓNICO,⁵⁶ la formulación más clara de la teoría de la imprevisión se encuentra en una expresión de los posglosadores, según la cual, “*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futurum, rebus sic stantibus intelliguntur*” y, además, en los desarrollos de los canonistas medievales, cuyos tribunales consideraban contrario a la moral cristiana y a la equidad el enriquecimiento de un contratante a expensas del otro, cuando las circunstancias bajo las cuales se pactó el negocio hubiesen sido alteradas por acontecimientos imprevisibles.

No obstante, sería interesante someter esta tesis a las mismas críticas que se le hacen a la revocación presunta, pues, si como parece interpretarse de los argumentos de la doctrina que la defiende, estamos ante una *condictio facti*, porque entonces tenemos que sostener que este elemento accidental del negocio nace también de un precepto de autonomía privada, o sea, se sustenta en la voluntad tanto como la revocación. Podría, claro está, sostenerse que cuando el testador instituye como heredera a su esposa, esta cualidad sirve como *condictio*, ya que si pierde tal estado, será ineficaz la estipulación testamentaria. A esto, como bien sostiene GHERSI ALMARALES,⁵⁷ habría que añadir la prohibición que nuestro Código Civil establece sobre condicionar la institución de heredero o los legados, salvo que esa condición se relacione con el cuidado y la asistencia de personas vulnerables (cfr. artículos 481 y 498).

⁵⁵ *Ibidem*, p. 165.

⁵⁶ REZZÓNICO, Luis María, *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, pp. 21-22.

⁵⁷ GHERSI ALMARALES, J., “El cambio en las circunstancias...”, *cit.*, p. 166.

Empero, es prudente señalar que esta condición, más que el testador, la pone el legislador, que es quien decreta la ineficacia de la disposición testamentaria si ocurre el cambio de circunstancias. Entonces, más que con una *condictio facti*, parecería que nos encontramos frente a una *condictio iuris*, o sea, no es un elemento accidental del negocio testamentario incluido por voluntad del testador, sino una previsión del legislador que puede ser removida por voluntad expresa del autor del testamento.

Finalmente, y probablemente sea lo más importante de toda esta cuestión, es necesario señalar el rol fundamental que tiene el notario como conformador del Derecho en esta cuestión. Hasta ahora hemos aludido a consecuencias litigiosas en su mayoría, que pueden provenir de una *voluntas testatoris* expresada de una manera más o menos genérica y que puede acarrear dudas sobre su interpretación. Mas todo eso se salva con una precisa y profusa redacción de las últimas voluntades del testador por parte del fedatario. Como sostiene VAQUER ALOY:

“... un buen notario puede actuar a manera de jurisprudencia cautelar si logra expresar sin ambigüedades la voluntad del testador. Cuando menos, el buen notario puede proporcionar pistas valiosísimas para el intérprete, con las cuales asegurar una interpretación fiel a la intención testamentaria. En este sentido, el notario debe saber transmitir la finalidad perseguida por el testador con el concreto contenido de su testamento.”⁵⁸

En este sentido, la intervención notarial resulta muy oportuna para evitar cláusulas en el testamento que puedan suscitar dudas sobre su vigencia ante un cambio de circunstancias, sobre todo al tratarse de las referidas a la aparición de hijos o una ruptura matrimonial. Para cumplir su tradicional rol preventivo, el notario ejerce sus tres funciones principales: la previa de *respondere* (o asesoramiento), la de *cavere* (o de conformación y redacción del instrumento público) y la de *autenticare* (o de fe pública).

Por la primera, el fedatario asesora al testador y le alerta sobre posibles cambios de circunstancias que pueden afectar la ordenación de su sucesión tal y como la ha previsto. Deberá instruirlo sobre lo previsto en la legislación nacional para el caso de ruptura del vínculo afectivo o sobre la aparición de nuevos hijos, según sea el caso. Mediante su asesoría, el notario convierte una voluntad genérica del testador, en una voluntad informada y adecuada

⁵⁸ VAQUER ALOY, Antoni, “La legitimación para interpretar el testamento”, p. 1.

a lo dispuesto en el ordenamiento positivo, tanto en relación con las prohibiciones que no puede franquear, como en relación con las alternativas que ofrece la norma dispositiva.

En su función conformadora y redactora de la escritura correspondiente, el notario no sólo creará un negocio perfectamente adecuado a las exigencias normativas, que tendrá plena validez y eficacia, sino que deberá, previo asesoramiento y aceptación por parte del testador, señalar los efectos queridos por el otorgante frente a un cambio de circunstancias. En este sentido, la introducción del citado artículo 479 *bis* en el Código Civil cubano constituye una clara muestra de la necesidad de una mención por parte del notario en el testamento donde se instituye heredera a la cónyuge, sobre la eficacia de la estipulación frente a la ruptura del vínculo matrimonial; así, si el testador desea que la institución de herederos perviva incluso ante la extinción del matrimonio, el notario deberá dejarlo expresamente acotado en la parte dispositiva; si, por otra parte, no desea realizar esta salvedad, el notario deberá advertir en el otorgamiento sobre la ineficacia que le sucederá a la ruptura conyugal de esta producirse.

La función fedante propiamente dicha, o sea, la que convierte al testamento en un documento auténtico con presunción de veracidad, también apuntala la seguridad sobre las intenciones del testador expresadas en la escritura. Además, señala VAQUER ALOY que “el notario puede aportar una prueba –extrínseca, evidentemente– de la voluntad del testador como testigo en su condición de receptor de esa voluntad a la que habrá dado forma en la concreta redacción de las cláusulas testamentarias.”⁵⁹

7. EL FUTURO DEL TESTAMENTO

El testamento sigue siendo, aun con su larga historia a cuestas, una de las instituciones jurídicas más valoradas y estudiadas por la doctrina científica, además de tener una vitalidad importante en muchos ordenamientos y escenarios nacionales, donde las personas lo otorgan con frecuencia a fin de ordenar su sucesión acorde con su voluntad. Lamentablemente, en otras naciones se testa poco o casi nada, y aunque esto es con frecuencia atribuido al amplio porcentaje de la cuota legitimaria, lo cierto es que en Derechos con absoluta libertad de testar, como los mexicanos, la realidad tampoco es muy alentadora en

⁵⁹ *Ibidem.*

cuanto a cifras (v.gr., sólo 1 de cada 20 adultos cuentan con un testamento en México, concentrándose el 30 % de estos en la Ciudad de México⁶⁰).

Señalaba DE TRAZEGNIES: “Cuando una institución humana, creada por el hombre para el servicio del hombre, comienza a escribir su nombre, con letras de molde, cuando una institución humana cristaliza, se abstrae de la historia que le dio origen y pretende ser un valor universal, entonces hay algo que se quiebra y que se pierde: nuestra capacidad de inventiva y de respuesta frente a situaciones nuevas.”⁶¹

Estas palabras advierten con claridad sobre la necesidad de actualizar y ajustar a las nuevas realidades sociales las más clásicas figuras jurídicas; claro está, esto no significa desconfigurarlas o perder su esencia en sucesivas adaptaciones, que a la larga hagan que se convierta en un significativo vacío sin sustrato conceptual. Así, es necesario volver a ULPiano y MODESTINO, quienes, como ya vimos, situaban a la autonomía privada, a la voluntad humana, como centro y esencia del testamento. Todo *aggiornamento* que pretenda hacerse de esta milenaria institución ha de tender a dar mayor valor a la libertad humana, a la posibilidad de que toda persona pueda ordenar su sucesión acorde con sus preferencias y según la primacía de sus afectos.

¿Cómo se traduce esto? Pues hemos analizado tres interrogantes que tributan a ese fin: la ampliación de los márgenes de la capacidad de testar, para que menores de edad y personas en situación de discapacidad accedan a esa institución acorde con su capacidad progresiva y con los apoyos necesarios que permitan el libre desarrollo de su personalidad; la posibilidad de otorgar otros actos *mortis causa* distintos del testamento, que no constriñan la voluntad haciendo que se utilice como mero reservorio formal para instrumentar negocios que responden a otra causa, y sin que esto signifique vedar la posibilidad de un contenido atípico en el acto de última voluntad por excelencia; y ajustar las pautas hermenéuticas, así como la redacción del testamento de forma que se logre un equilibrio entre la voluntad real del causante y la seguridad jurídica frente a un cambio de circunstancia.

⁶⁰ Cfr. <https://www.forbes.com.mx/en-mexico-solo-1-de-cada-20-adultos-cuentan-con-un-testamento/> [consultado el 17 de septiembre de 2024].

⁶¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “La Transformación del Derecho de Propiedad”, *El Derecho*, No. 33, 1978, Fondo Editorial de la Ruca, Lima, p. 104.

A estas tres propuestas, sin dudas se pueden sumar otras, tal vez relativas a la adecuación de las solemnidades testamentarias a los avances tecnológicos o a múltiples cuestiones más. El propósito es no dejar morir al testamento, sino mantenerlo como piedra angular de la sucesión por causa de muerte y abordarlo como una institución que es tan nuestra como lo era de los antiguos romanos, tan actual como clásica, como expresión jurídica de los deseos de toda persona de trascender a esta vida breve.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFARO GUILLÉN, Yanet, "El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de *lege data* para la autorización notarial en Cuba", en *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*, tirant lo blanch-Consejo General del Notariado, Madrid, 2019.
- BARBA, Vincenzo, "El contenido atípico del testamento en el Derecho italiano, superación del concepto y acto de última voluntad", *Revista de derecho privado*, Año No. 105, mes 1, 2021, p. 112.
- BISCARDI, *Diritto greco antico*, Giuffrè, Milano, 1982.
- BOSQUES HERNÁNDEZ, Gerardo José, "El ex cónyuge como heredero testamentario. El efecto del divorcio", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Vol. 48, 2003, p. 2.
- COLLADO BETANCOURT, Julián Agustín, "La revocación de las disposiciones testamentarias", *Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, bajo la dirección de Caridad del Carmen Valdés Díaz, Universidad de La Habana, 2014.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DE LA CÁMARA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. III, Vol. 1, dirigidos por Manuel Albaladejo, EDESA, Madrid, 1990.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de Sucesiones del Código Civil? (Un ejercicio de prospectiva)", disponible en https://www.researchgate.net/publication/45338274_Que_reformas_cabe_esperar_en_el_Derecho_de_Sucesiones_del_Codigo_Civil_un_ejercicio_de_prospectiva [consultado el 5 de septiembre de 2024].
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "La Transformación del Derecho de Propiedad", *El Derecho*, No. 33, 1978, Fondo Editorial de la ruca, Lima, p. 104.
- DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto, *Derecho Romano*, t. I, parte 2, Félix Varela, La Habana, 2006.

- DRI, Rubén R., "La filosofía del Estado ético. La concepción hegeliana del Estado", en Atilio A. Borón (coord.), *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Ciencias Sociales, La Habana, 2007.
- ENGISCH, Karl, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, estudio preliminar y traducción de Juan José Gil Cremades, ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.
- FILOMUSI GUELF, Francesco, "Successione (diritto di successione) Introduzione", en *Il digesto italiano*, t. XII, parte III, Torino, 1889-1897.
- GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen, "Conceptualización de la capacidad: del pater-nalismo a la autonomía", en Manuel García Mayo (coord.), *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021.
- GHERSI ALMARALES, Janet, "El cambio en las circunstancias: su incidencia en el testamen-to otorgado", en Joanna Pereira Pérez (coord.), *El cambio de circunstancias, múltiples miradas actuales fuera de su zona de confort*, Olejnik, Santiago de Chile, 2024.
- GIAMPICCOLO, Giorgio, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954.
- GÓMEZ DE ORBANEJA, Emilio, "La prueba preconstituida", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. II, 1946.
- GRIMALDI, Michael, *Droit Civil: Successions*, 5ª ed., Litec, París, 1998.
- GROSMAN, Cecilia, "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad paren-tal", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, No. 66, 2014, p. 321.
- HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, traducción Angélica Mendoza de Montero, 5ª ed., Claridad, Buenos Aires, 1968.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, 17ª ed., Ariel, Barcelona, 2008.
- Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en el 34º periodo de sesiones en el Consejo de Derechos Humanos, ONU, A/HRC/34/58
- JORDANO BAREA, Juan B., *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999.
- KANT, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, estudio preliminar de Adela Cortina Orts y traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 2005.
- KERRIDGE, R., "Wills made in suspicious circumstances: the problem of the vulnerable testator", *Cambridge Law Journal*, No. 59, 2000, p. 310 y ss.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil V – Sucesiones*, 5ª ed., Bosh, Barcelona, 1993.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994.
- ORDÓÑEZ ARMÁN, Francisco Manuel, “La autonomía de la voluntad y el Derecho de sucesiones de Galicia”, discurso leído el día 18 de junio de 2010 en la Solemne Sesión de Ingreso del Académico de Número, Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña, 2011.
- PALACIOS, Agustina, “El ‘derecho a tener derechos’. Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyos”, en *Derechos de las personas con discapacidad*, Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2017.
- Pequeño Larousse Ilustrado*, de Miguel del Toro y Gisbert, refundido y aumentado por Ramón García-Pelayo y Gross, Editorial Revolucionaria, La Habana, 1968.
- PERLINGIERI, Pietro, “‘Principi generali’ e ‘interpretazione integrativa’ nelle pagine di Emilio Betti”, *Rassegna di diritto civile*, No. 1, 2019.
- PERLINGIERI, Pietro, “La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento”, *Rassegna di diritto civile*, 2016, p. 507.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Diez interrogantes sobre el juicio de capacidad notarial: un intento de posibles respuestas”, *Revista Jurídica*, tercera época, Año 5, No. 11, enero-junio 2013, p. 82.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *El Derecho de sucesiones que viene*, Olejnik, Santiago de Chile, 2023.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El acto jurídico testamentario. Contenido e interpretación”, en *Derecho de Sucesiones*, t. I, Félix Varela, La Habana, 2006.
- REZZÓNICO, Luis María, *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, 2ª edición (actualizada y aumentada), Perrot, Buenos Aires, 1954.
- RUGGIERO, Roberto DE, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. segundo – *Derecho de obligaciones, Derecho de familia y Derecho hereditario*, traducción de la cuarta edición italiana, notas y concordación con la legislación española de Antonio Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Reus, Madrid, 1929.
- SANTOS MORÓN, María José, “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, en *AFDUAM 15*, 2011, p. 64.
- SAVIGNY, Friedrich Karl, VON, *Sistema del Derecho Romano actual*, t. I, traducido por Guenoux, Mesía y Poley, Góngora, Madrid, 1878.

VAQUER ALOY, Antoni, "La integración del testamento", disponible en [http:// www.vlex.com/vid/193187](http://www.vlex.com/vid/193187), consultado el 17 de septiembre de 2024.

VAQUER ALOY, Antoni, "La legitimación para interpretar el testamento", disponible en <http://www.vlex.com/vid/193190> [consultado el 17 de septiembre de 2024].

WINDSCHEID, Bernhard y Theodor KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 3, 9ª ed., Frankfurt am Main, 1906.

ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

Recibido: 28/3/2025

Aceptado: 1/6/2025