

UNA NUEVA Y POSIBLE FORMA DE DELACIÓN HEREDITARIA:
EL CONTRATO SUCESORIO

*A NEW POSSIBLE HEREDITARY DENUNCIATION: THE CONTRACT OF
INHERITANCE*

Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 314-341



Salvatore
ACETO DI
CAPRIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de abril de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2016

RESUMEN: El concepto de familia, basado exclusivamente en la unión matrimonial entre hombre y mujer, ha evolucionado progresivamente, habiendo sido acrecentado por nuevas tipologías, no solo heterosexuales sino también homosexuales. El proceso de asentamiento de las *new families* ha sido lento y difícil, pero es el fruto de un fenómeno que ya no puede ser ignorado por los legisladores nacionales, los cuales, bajo el impulso de la *law in action*, han facilitado progresivamente el proceso de tuteladas normativas en el ámbito sucesorio para la admisión de nuevas relaciones contractuales, basadas en la experiencia alemana. Esta evolución normativa, de todas formas, resulta cada vez más tortuosa y difícil en el ordenamiento italiano, condicionada a la presencia de valores católicos y al peculiar significado del concepto de "orden público". La progresión del fenómeno de las *new families* y las imperiosas necesidades de los convivientes imponen, en cualquier caso, la revisión de antiguos dogmas y principios tradicionales heredados desde hace varias generaciones.

PALABRAS CLAVE: Contrato sucesorio, delación hereditaria, cuota de legítima, uniones civiles, partners.

ABSTRACT: The concept of family, based solely on a lawful union between man and woman, has gradually evolved and has been joined by new types of unions heterosexual and homosexual. The process of accreditation of new families has been slow and difficult, but it is a phenomenon that can no longer be omitted from national legislators who, in the wake of the law in action, have gradually begun the process of legislative protection in the field of successions, also through new contracts based on the German experience. This evolution law becomes, however, more tortuous and difficult in the Italian system, conditioned by the presence of Catholic values and a peculiar meaning of "public order". The evolution of the phenomenon of the new families and the urgent needs of the partners require, however, to revise the ancient dogmas and the traditional principles.

KEY WORDS: LexNET, Succession contract, denunciation hereditary, fee of legitimate, civil unions, partners.

SUMARIO.- I. Las *new families* como nuevo fenómeno social determinante de una revisión de los obsoletos institutos de derecho sucesorio. – II. Los factores socio-económicos que sugieren la exigencia de revisar el concepto de familia. – III. Los legisladores nacionales intervienen con retraso para regular el nuevo fenómeno familiar: la alternativa contractual a la delación testamentaria y legal. – IV. El *Erbvertrag*, instrumento de delación contractual a disposición también de los convivientes. – V. La evolución del legislador francés. – VI. La coexistencia de la prohibición de los pactos sucesorios con formas de delación contractual en el modelo francés. – VII. El legislador italiano no está todavía preparado para aceptar las nuevas formas de unión familiar. – VIII. La consulta busca tutelas sucesorias alternativas para las *new families*: la emblemática intervención del legislador italiano en el caso de inclusión del conviviente en el contrato de alquiler (ex Art. 6 ley n° 392/78).

I. LAS NEW FAMILIES COMO NUEVO FENÓMENO SOCIAL DETERMINANTE DE UNA REVISIÓN DE LOS OBSOLETOS INSTITUTOS DE DERECHO SUCESORIO.

Desde tiempos ancestrales los ordenamientos jurídicos, influenciados por la ideología cristiana, han sido propensos a considerar que la única forma de matrimonio posible era “la unión indisoluble entre un hombre y una mujer”, rigiendo su *menaje* familiar sobre la base de leyes canónicas y civiles. *Ab origine*, los ordenamientos civiles también ignoraron la idea de que el matrimonio pudiese disolverse por divorcio, a lo que se oponía la influencia, desde luego, política que la Iglesia católica ejercitaba sobre los legisladores nacionales¹.

En efecto, la Iglesia no podía admitir la posibilidad del divorcio, que supone el “pecado” de extinguir un vínculo sacramental válidamente creado. Como es sabido, uno de los primeros gobernantes que se “rebeló” frente a esta concepción del

¹ Véase SCALERA, I.: *I grandi imprenditori del XIX secolo, centocinquant'anni di storia di Italia, di scoperte, di invenzioni, di impresa, di lavoro*. Milán (2011), pp. 133 y ss., donde se mantiene que “la separación estaba ya en uso en la antigüedad, en los pueblos griegos y romanos, además de existir en los primeros siglos de la cristiandad: el Código de Justiniano consentía ya el divorcio [...] sucesivamente la religión católica reteniendo el matrimonio un sacramento, impuso la indisolubilidad”.

• Salvatore Aceto di Capriglia

Titular de las cátedras de Derecho privado comparado y por encargo de las enseñanzas de Sistemas jurídicos comparados en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de los Estudios de Nápoles “Parthenope”. Socio fundador y Secretario, desde junio 2014, de la Región Campana de la S.I.R.D. (Sociedad Italiana para la Investigación en el Derecho Comparado), asociación científica. Director del Máster de primer nivel en “Euro proyectos y public policy”, Departamento de Jurisprudencia, Universidad de los Estudios de Nápoles “Parthenope”, desde Junio 2014. Componente del Consejo Directivo de la escuela de Especialización para la Profesiones Legales, desde 2013 año de su institución, Universidad “Parthenope”. Miembro del Comité de Dirección (Justicia civil) del Foro Napolitano: “Diálogos entre la doctrina y la jurisprudencia local, nacional y europea”, edición ESI 2014. Componente del Comité científico de la selección editorial “Administración Mercado y Finanza Pública, Estudios y materiales” editorial Jovene 2014, y del Comité Científico de la Revista “Actualidad Jurídica Iberoamericana”, editada por el Instituto de Derecho Iberoamericano.

matrimonio indisoluble fue el rey de Inglaterra Enrique VIII, en el siglo XVI, quien, queriéndose unir en matrimonio con Ana Bolena, pretendió disolver su unión conyugal con la reina Catalina de Aragón. Encontrándose con la prohibición de la Iglesia Católica, Enrique VIII decidió separarse de ésta para fundar la Iglesia anglicana, que no consideraba el divorcio un pecado². El principio de indisolubilidad del matrimonio es naturalmente, todavía hoy en día, uno de los valores defendidos por la Iglesia Católica; además de ello, todos los ordenamientos jurídicos han reconocido que el matrimonio y la familia son la plasmación de un derecho fundamental e inviolable del ser humano, merecedor de tutela constitucional (ver el artículo 29 de la Constitución italiana)³.

Sin embargo progresivamente, los diversos ordenamientos, mediante un proceso de descodificación, comenzaron a disciplinar el divorcio como un instrumento jurídico para disolver el vínculo matrimonial, allí donde la persistencia de la unión conyugal resulta imposible⁴. La evolución en el tiempo y el nacimiento de nuevas exigencias sociales han llevado a los legisladores nacionales a la necesidad de enfrentarse a ulteriores problemas que no se pueden dejar de afrontar, como, por ejemplo, la convivencia de hecho entre heterosexuales y, actualmente, también entre homosexuales. La primera representa un tipo de unión que voluntariamente rehúye cualquier tipo de regla formal, sea civil o canónica. Los convivientes deciden sustancialmente basar su relación, exclusivamente, sobre un acuerdo moral⁵. Precisamente, según algunos estudiosos, la razón por la que los legisladores no han regulado este tipo de convivencia de manera orgánica (sin perjuicio de que se tutelén los derechos de los convivientes) se encuentra en la voluntaria elección de los *Partners* de no vincularse mediante una unión formal. Si es difícil regular este tipo de uniones heterosexuales, todavía resulta más arduo disciplinar las uniones homosexuales. En cualquier caso, a este respecto es oportuno precisar que, mientras las uniones de hecho heterosexuales representan, en la mayor parte de los casos – aunque no siempre – una elección personal, las uniones de hecho entre

2 Siempre al respecto SCALERA, I.: *I grandi imprenditori*, cit., según el cual “la reforma protestante en los Estados en los que ha estado difundida, restableció la posibilidad de la disolución del matrimonio”.

3 Véase PALAZZO, A.: “Matrimonio e convivenze”, *Diritto di famiglia* (2009), n. 3, p. 1301, que confirma la introducción a nivel constitucional de la familia, es decir, que según las concepciones de cada uno de los Estados, no hay familia sin matrimonio.

4 En el sistema italiano el divorcio fue introducido con la ley n° 898 de 1 diciembre de 1970 “Disciplina los casos de disolución del matrimonio”. Se señala que el 29 mayo 2014, la Cámara de los Diputados aprobó el texto unificado inherente a la modificación de la ley del 1970, introduciendo el denominado “divorcio breve”, es decir, la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial en un periodo relativamente breve (de seis meses a un año) respecto a los tiempos previsto anteriormente (tres años-doce meses).

5 Véase PALAZZO, A.: “Matrimonio e convivenze”, cit., p. 1301, según el cual, existiendo daño moral, entra en juego el artículo 2034 CC. El autor evidencia, además, que el matrimonio-relación, en su historia, asume una importancia prevalente respecto al matrimonio-consentimiento hasta el Concilio de Trento, donde la prevalencia de este último caracterizará el Derecho matrimonial en la Iglesia latina reformada. Diferente es la reglamentación de las vicisitudes de la relación matrimonial en las Iglesias Orientales, caracterizada por el matrimonio-relación y por el instituto del divorcio. El matrimonio-relación asume en la historia del Derecho civil una importancia siempre mayor respecto al matrimonio-consentimiento y es la actitud a la continuación de la convivencia que señalará el perdurar de su eficacia jurídica.

homosexuales, en cambio, son una necesidad, desde el momento en que en muchos países no les es posible contraer matrimonio.

Además, normalmente los homosexuales buscan una reglamentación de su unión y la tutela de sus derechos. Es necesario, por tanto, según algunos autores, distinguir entre las uniones basadas en una convivencia, donde es relevante el presupuesto de la integración de sexos, y las uniones en las que este último extremo no existe desde el origen y están fundadas en el empeño de una mutua asistencia entre sujetos que tienen solamente un vínculo de orden diverso, sea desde un perfil patrimonial que personal⁶. No obstante, otra parte de la doctrina considera que las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales son realidades equivalentes⁷. En efecto, se sostiene que, si bien muchas parejas heterosexuales no están unidas en matrimonio por elección propia, en algunas ocasiones, existen factores que impiden formar una familia matrimonial, como por ejemplo, un vínculo precedente. Por otra parte, las parejas de hecho moralmente no se diferencian respecto de las parejas casadas, porque al igual que estas últimas, también la convivencia *more uxorio* se caracteriza por una comunidad de vida, por la *afectio coniugalis* y por la presencia de deberes de asistencia espirituales y materiales⁸.

Estas razones inducen a los convivientes -que constituye una pareja heterosexual u homosexual- a reivindicar “el reconocimiento de la propia estructura familiar y la existencia de una legislación que regule y tutele las parejas homosexuales”⁹. Semejantes reivindicaciones han sido en parte tenidas en cuenta por las legislaciones de muchos países europeos, que han aprobado normativas que disciplinan las uniones de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales¹⁰. En cualquier caso, el proceso de “parificación” entre la familia matrimonial y la de hecho se encuentra todavía en estado embrionario. Los legisladores del área euro-céntrica están progresivamente innovando la regulación de la familia, determinados, más por la exigencia de proteger a los hijos nacidos de las uniones de hecho, que por la de tutelar los intereses de los convivientes mismos.

6 Literalmente PALAZZO, A.: “Matrimonio e convivenze”, cit., p. 1305.

7 Cfr. PASTORE, C.S.: *La familia di fatto, analisi e disciplina di un modello attuale e diffuso*. Milán (2007): UTET, p. 165; en contra, véase PALAZZANI, L.: “Ideologia gender: presupposti filosofici e implicazioni giuridiche”, *Cuad. Kóre Revista de historia y pensamiento de género* (2011) 1/n. 4, pp. 30-58, según el cual “las uniones homosexuales, aunque sean duraderas, son estructuralmente estériles: por esta razón no puede ser consideradas o equivalentes a la unión heterosexual”.

8 En este sentido véase PASTORE, C.S.: *La familia di fatto*, cit., p. 165, quien sostiene que “la regla del acuerdo y del consentimiento, cotidianamente renovado, a la relación de pareja caracterizan, tanto la relación de la familia conyugal, cuanto la de la familia de hecho, también heterosexual”.

9 Literalmente PASTORE, C.S.: *La familia di fatto*, cit.

10 Resulta emblemático el caso del sistema francés, que con la ley 99-994, aprobada por el Parlamento el 15 de noviembre de 1999, revolucionó el panorama jurídico familiar, disciplinando el Pacto (*Pacto civil de solidaridad*), mediante el cual se concede a los convivientes heterosexuales y homosexuales un instrumento para reglamentar sus propias uniones.

A la espera de intervenciones legislativas mejor armonizadas, el rol de disciplinar las *new families* ha sido encargado a las Cortes superiores que, con un intenso trabajo de lenta y progresiva “ortopedia” jurídica, están acometiendo la tarea de hallar mecanismos que propicien una mayor tutela de las nuevas formas de unión, como se ha verificado en un reciente pronunciamiento emitido por la Corte constitucional italiana¹¹. El asunto fue originado por dos ordenanzas de remisión del Tribunal de Venecia y de la Corte de apelación de Trento¹². Un oficial del ayuntamiento de Venecia se negó a proceder a la publicación de un matrimonio de una pareja de homosexuales; rechazo, que fue motivado por el hecho de que una publicación similar no era legítima de acuerdo con la normativa vigente. Contra el rechazo de la publicación, la pareja se dirigió al Tribunal, pidiendo, como pretensión principal, que se ordenara al oficial del registro civil del Ayuntamiento de Venecia proceder a la publicación del matrimonio, y subsidiariamente, que se planteara una cuestión de legitimidad constitucional.

La pretensión principal fue rechazada por el Tribunal, que argumentó que “ante una consolidada y ultra milenaria noción del matrimonio como unión de un hombre con una mujer”¹³ no es posible operar una extensión del instituto del matrimonio a las personas del mismo sexo. La pretensión subsidiaria, en cambio, fue acogida por el Tribunal, que, en referencia a los artículos 2, 3, 29 y 117.1 de la Constitución, propuso cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 93, 96, 98, 107, 108, 143 y 143 bis y 156 bis del Código Civil “en la parte en que, sistemáticamente

11 Es de destacar el rol fundamental de estás asumiendo las Cortes superiores en la “hermenéutica de las leyes”. Como ha sido sostenido por PERLINGUERI, P.: *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*. Nápoles (2012), pp.145-146, la incidencia de las Cortes superiores determina “importantes repercusiones en la hermenéutica. A diferencia de cuanto acontecía cuando las todas las leyes tenían un rango ordinario, al cambiar la jerarquía de las fuentes, la función de control se transforma en un elemento ontológico de la hermenéutica. El control de conformidad-legitimidad constitucional, europea e internacional representa una obligación para el juez y para el intérprete y configura, por tanto, una componente imprescindible del principio de legalidad”. Es una opinión común que en los sistemas pertenecientes a la tradición de *civil law* se está asistiendo a un proceso de inversión de la jerarquía de las fuentes; los legisladores, en efecto, emanan las leyes después de un proceso deductivo y no ya inductivo, como ocurría precedentemente, con la consecuencia de que son los jueces, a través de una interpretación extensiva de las normas, quienes crean nuevas figuras jurídicas o institutos que son sucesivamente recibidos por el órgano legislativo. Algunos autores, entre ellos [CAPONI, R.: “Dialogo tra Corti: alcune ragioni di un successo”, en BARSOTTI, V. y VARANO, V. (COORD.), *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*. Nápoles (2012), p. 121], consideran que la razón del actual rol preeminente de las Cortes sobre el legislador depende de múltiples factores, entre ellos, “el cambio que la historia jurídica continental había conocido al final de mil setecientos, con la detentación de un monopolio del Derecho por parte del poder político, y por tanto del Estado nacional, que había relegado al Derecho a un rol anclado a la política. El monopolio de las fuentes del Derecho fundadas sobre la autoridad política y la idea de que el legislador crea el Derecho, partiendo de un programa político que pretende desarrollar e imponer, había conducido a una devaluación de las fuentes culturales fundadas en la idea de que el juez encuentra el Derecho mediante una búsqueda llevada a cabo, esencialmente, con el uso de la razón. El factor fundamental de ruptura de este concepción hay encontrarlo en el advenimiento de las Constituciones democráticas en Europa continental (especialmente en Italia y Alemania) después de la segunda guerra mundial. En particular la ruptura fue propiciada por la creación de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes ordinarias, encomendados a las Cortes constitucionales”.

12 Cfr. Tribunal de Venecia, Ordenanza 3 abril 2009, n° 177 y Apelación de Trento, Ordenanza 29 julio 2009, n° 248 en www.dejure.giuffre.it.

13 Cfr. Tribunal de Venecia, Ordenanza 3 de abril 2009, n° 177, cit.

interpretados, no consienten que las personas de orientación homosexual puedan contraer matrimonio con personas de mismo sexo”.

Un caso análogo al del Tribunal de Venecia ha sido después llevado ante la Corte de apelación de Trento, como consecuencia de una reclamación interpuesta contra un decreto del Tribunal de Trento, el cual había juzgado legítimo el rechazo del oficial del registro civil de proceder a la publicación del matrimonio solicitada por dos parejas del mismo sexo¹⁴. “También en este caso la corte de Trento, desarrollando consideraciones análogas a las del Tribunal de Venecia, ha decidido con ordenanza del 29 julio 2009 presentar una cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis y 156 bis del código civil, en la parte en que, valorados en su totalidad, no consienten a los individuos contraer matrimonio con personas del mismo sexo¹⁵. La Corte constitucional no excluye *a priori* la posibilidad de celebración de matrimonios entre homosexuales, pero sostuvo que la cuestión tenía que ser declarada como inadmisibile en cuanto “dirigida a obtener un pronunciamiento adicional constitucionalmente no obligatorio”. En particular, la Corte sostiene que “los dos pronunciamientos parten del presupuesto de que el instituto del matrimonio civil, tal y como es previsto en el vigente ordenamiento italiano, se refiere a la unión estable entre hombre y mujer. Este dato resulta no solamente de las normas censuradas, sino también de la disciplina de la filiación legítima, y de otras normas, entre ellas, por ejemplo, se puede mencionar el artículo 5, coma 1 y 2, de la ley del 1 diciembre 1970, n° 898 (disciplina para los casos de disolución del matrimonio), además de la normativa en tema de ordenamiento del Registro Civil. En sustancia, la entera disciplina del instituto, contenida en el código civil y en la legislación especial, postula la diversidad de sexos entre los cónyuges”. Si bien la Corte constitucional no acoge la ordenanza de remisión, admite, de todas formas, que “el artículo 2 de la Constitución dispone que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto a nivel individual como en las formaciones sociales donde se desarrolla su propia personalidad [...] ahora bien, por formación social se tiene que entender cualquier forma de comunidad, simple o compleja e idónea para consentir el libre desarrollo de la persona en la vida de relación y en el contexto de un entendimiento estable como convivencia entre dos personas del mismo sexo, a los cuales les corresponde el derecho fundamental de vivir libremente una condición de pareja, obteniéndose – en tiempo y modos y en los límites establecidos por la ley – el reconocimiento jurídico con sus conexos derechos y deberes. Se tiene que excluir, de todas formas, que la aspiración a tal reconocimiento – que necesariamente postula una disciplina de carácter general dirigida a regular derechos y deberes de los componentes de la pareja – pueda ser realizada solamente a través de una equiparación de las uniones homosexuales

14 Cfr. Apelación Trento, Ordenanza 29 julio 2009, n° 248, cit.

15 Para la reconstrucción del caso véase MORLOTTI, L.: “Il no de la Consulta al matrimonio gay”, *Resp. civ. e prev.* (2010), pp. 1505 y ss.

al matrimonio. Es suficiente el examen, no exhaustivo, de las legislaciones de los Países que hasta ahora han reconocido las mencionadas uniones para verificar la diversidad de las elecciones operadas. De ello se deriva que el ámbito aplicativo del artículo 2 de la Constitución es misión del Parlamento, en el ejercicio de su plena discrecionalidad, la de determinar formas de garantía y reconocimiento a las mencionadas uniones¹⁶.

Aun cuando la Consulta no declaró fundada la cuestión de legitimidad es posible ver en ella un atisbo de reconocimiento de la pareja homosexual, demandando al Parlamento la ardua misión de elaborar una solución normativa. En ausencia de intervenciones legislativas específicas, actualmente, el instrumento utilizado –y utilizable– que parece satisfacer mejor la exigencia de reglamentar las relaciones patrimoniales entre convivientes, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, es el contrato.

II. LOS FACTORES SOCIO-ECONÓMICOS QUE SUGIEREN LA EXIGENCIA DE REVISAR EL CONCEPTO DE FAMILIA.

La intervención normativa auspiciada por la Consulta empieza a transformarse en una exigencia fundamental, no sólo para satisfacer exigencias morales, sino también económicas, como ha sido evidenciado por una investigación de carácter socio-económico.

Desde un punto de vista social, la falta de reconocimiento de las uniones de hecho (si bien, actualmente está en fase de discusión y aprobación en el Parlamento italiano sobre la regulación de las uniones civiles que prevé el reconocimiento a las parejas de hecho de derechos de asistencia sanitaria, carcelaria y de pensiones de viudedad) provoca múltiples problemas, como, por ejemplo, ocurre respecto a la posibilidad de que un conviviente pueda asistir a su compañero en caso de hospitalización o por cuanto concierne a la libertad de poder realizar en testamento atribuciones patrimoniales en favor de la persona con la cual se ha compartido un periodo de la propia existencia. Hay, pues, que reconocer abiertamente que las concepciones mantenidas en la materia por el Legislador de 1942 y por el Constituyente del 1948 se ha ido desmoronando progresivamente por las exigencias de la sociedad.

Los datos estadísticos demuestran que se está asistiendo a un exponencial aumento de separaciones/divorcios y que la edad media de las personas separadas o divorciadas es relativamente baja¹⁷, con la consecuencia que, en ocasiones,

16 Cfr. Corte constitucional, 15 abril 2010, n° 138, www.dejure.giuffre.it

17 En Italia los datos ISTAT demuestran que en el 2011 las separaciones han sido 88.797 y los divorcios 53.806, sustancialmente estables respecto al año precedente (+0,7% para las separaciones y -0,7% para los divorcios). Los porcentajes de separación y divorcio total están en continuo crecimiento. En el 1995 por cada 1.000 matrimonios se contaban 158 separaciones y 80 divorcios, en el 2011 se llega a 311 separaciones y 182 divorcios. La duración media del matrimonio en el momento de su inscripción resulta ser de 15 años para las separaciones y de 18 años para los divorcios. La edad media en la separación es de casi 46 años para los maridos y 43 para las mujeres, y en caso de divorcio alcanza, respectivamente, a los 47 y 44 años. Estos valores han

se trascurre gran parte de la vida (quizás, la mitad de ella) con un compañero que probablemente no tendrá derechos hereditarios, sino que los mismos corresponderán a un cónyuge legítimo con el cual, de hecho, se ha convivido un breve periodo de tiempo; si bien la conciencia social está empezando a equiparar las uniones de hecho a las matrimoniales¹⁸. Para dar respuesta a algunas exigencias de los convivientes el legislador, en alguna ocasión, ha intervenido, pero siempre de manera desorganizada y poco exhaustiva¹⁹. Este problema, que parece provocar efectos negativos, exclusivamente morales y/o sociales, sin embargo también determina consecuencias de índole económica.

Como ha ocurrido en el caso del famoso tenor Luciano Pavarotti, los titulares de los bienes podrían decidir trasladar su riqueza al extranjero y someterlos a una ley diferente; fenómeno éste siempre más fácil y frecuente en consideración de la intensa circulación de la riqueza con respeto de los principios de Derecho comunitario europeo; por ello, precisamente, Europa podría incidir de manera decisiva sobre el reconocimiento de las nuevas uniones de hecho. En efecto, esta última, empujada por exigencias morales y económicas podría poner en evidencia que la falta de reconocimiento de las parejas de hecho, tanto si son heterosexuales como homosexuales, puede determinar un alejamiento de la riqueza del propio país²⁰, en cuyo caso, el legislador italiano no podría ignorar lo previsto por la Unión Europea.

Por lo tanto, sería deseable que el legislador se alinee desde ya con otros modelos europeos, reglamentando tales formas de unión y reconociéndoles instrumentos para su tutela, tanto *inter vivos*, como *mortis causa*. Respecto de estas últimas, el contrato sería un instrumento válido a disposición de los convivientes, allí donde se quisiese evitar una total equiparación de éstos con los cónyuges legítimos, tal y como sucede en sistemas análogos, como por ejemplo el francés y alemán, los cuales han reglamentado ya el fenómeno de las *new families* y ofrecido a los

aumentado en los años por efecto de la postergación de las bodas a edades más maduras y por el crecimiento de las separaciones en casos en los que al menos uno de esposos supera los 70 años.

- 18 En tal sentido véase Casación 22 enero 2014, n° 1277, www.dejure.giuffre.it, la cual afirma "eventuales contribuciones de un conviviente al otro, deben ser entendidas en realidad como un cumplimiento de lo que la conciencia social considera que son deberes en el ámbito de una consolidada relación afectiva, la cual no puede no implicar, inclusive sin la obligatoriedad jurídica prevista por el artículo 143 del código civil, párrafo 2°, formas de colaboración y de asistencia moral y material"...
- 19 A tal fin, se recuerda, sin pretensiones de exhaustividad, la ley 4 abril n° 154, por la que fueron introducidos en el código civil los artículos 342 bis y 342 tercero, que extienden la tutela contra los abusos familiares también al conviviente *more uxorio*; la ley del 9 enero 2004, n° 6, que, con referencia al régimen del administrador de apoyo, prevé que la elección del mismo recaiga también sobre la persona con la que se hubiera convivido de manera estable; la ley del 28 marzo 2001, n° 149, que previó que el requisito de la estabilidad de la pareja estuviere satisfecho también cuando los integrantes de la pareja de hecho hubiesen convivido de manera estable por un periodo de tres años con anterioridad al matrimonio.
- 20 Un análisis de los *case law* internacionales permite constatar que ya la Corte de Estrasburgo, sentencia 24 junio 2010, primera sección, caso *Schalk vs Kopf* contra Austria, ha comenzado, en varias ocasiones a evidenciar que el artículo 8 de la Convención europea de los derechos del hombre tutela la vida familiar, prescindiendo que ésta se funde o no, en un vínculo jurídico y formal, con la consecuencia que el concepto de familia puede comprender diferentes formas de uniones.

convivientes instrumentos alternativos de delación hereditaria. En cualquier caso, hay que reconocer que en tales ordenamientos la admisión de figuras contractuales que consienten la transmisión intergeneracional de la riqueza ha sido fácil, en consideración a la progresiva erosión de la prohibición de los pactos sucesorios, fenómeno este último todavía no acaecido en Italia, si bien empieza a estar presente en la mente de doctrina y jurisprudencia la posibilidad de su aceptación²¹.

III. LOS LEGISLADORES NACIONALES INTERVIENEN CON RETRASO PARA REGULAR EL NUEVO FENÓMENO FAMILIAR: LA ALTERNATIVA CONTRACTUAL A LA DELACION TESTAMENTARIA Y LEGAL.

La evolución del modelo familiar; las exigencias derivadas de la jurisprudencia, doctrina y operadores del Derecho, inevitablemente, han llevado a los legisladores nacionales a interesarse en mayor medida en el intento de disciplinar normativamente el fenómeno.

Precursor; también en este caso, ha sido el Derecho francés, que con la reciente ley n° 404 del 18 de mayo 2013, ha aprobado y reconocido jurídicamente el matrimonio entre homosexuales, modificando a tal fin, el artículo 143 del *code civil*, el cual afirma ahora que, “*El matrimonio se contrae por dos personas de sexo diferente o del mismo sexo*” y el artículo 202-1, que dicta normas de conexión, que (derogando a los principios generales de Derecho internacional privado, que para las condiciones para contraer matrimonio remiten a la ley nacional de los contrayentes) reconoce el matrimonio entre personas de mismo sexo, también cuando el mismo sea admitido por la ley nacional de uno solo de los esposos, o también, por la ley del país donde uno de los dos resida o esté domiciliado. El nuevo *code civil* prevé, por lo tanto, una cláusula por la cual la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo parece contraria a la noción francesa de orden público internacional (“*la ley personal de uno de los esposos está descartada, con reserva de los acuerdos internacional de Francia, si obstaculiza el matrimonio de dos personas del mismo sexo, ya que la ley del Estado en el territorio donde se celebra el matrimonio lo permite*”). El modelo francés es el catorceavo entre los Estados que reconoce el matrimonio homosexual, después de Holanda, Bélgica, Nueva Zelanda, Uruguay, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca y México²²; en cualquier

21 Sobre los pactos sucesorios véase PALAZZO, A.: *Le sucesiones. Introduzioni al diritto successorio. Istituti comuni alle categorie successorie. Successione legale*, en *Trattati di diritto privato* (LUDICA e ZATTI). Milán (1996), p. 15, según el cual la prohibición de los pactos sucesorios no sería ya una expresión del principio de orden público, con la consecuencia que se podría, como hipótesis, proceder nuevamente a su revisión a la luz de las nuevas instancias sociales y jurídicas.

22 En Dinamarca – a pesar de una inicial resistencia a admitir el reconocimiento de las parejas de uniones de hecho – con la ley del 7 junio 1989, n° 72, d/341-H-ML (*lov om registeret partnerskab*), modificada por las leyes sucesivas; ley n° 821 del 19 diciembre 1989, *Lov om forældremyndighed*; ley n° 360 del 2 de junio 1999, *Lov om ændring af om registeret partnerskab*, ha sido introducida la *partnership* registrada consintiendo a dos personas del mismo sexo registrar su propia unión. Esta dice textualmente: “*To personer af samme køn kan lade deres partnerskab registrere*”. Además, la ley parificando las parejas homosexuales a las heterosexuales ha consentido también que estos puedan decidir libremente de formalizar o no su compromiso. Originariamente se preveía que pudiesen

caso, en algunos ordenamientos, este fenómeno social no consigue todavía recibir una verdadera y propia acreditación a nivel legislativo. El ordenamiento italiano, por ejemplo, no ha conseguido elaborar soluciones que consientan que tales formas de unión reciban una tutela efectiva y concreta, no obstante la Corte constitucional haya reconocido el derecho de las parejas convivientes a tener una reglamentación²³.

La jurisprudencia alemana parece enmarcarse en esta dirección. El *BVerfG*, confirmando su orientación, ha considerada contraria al artículo 3 *Grundgesetz* (en cuanto violaba el principio de igualdad) una disposición por la cual se preveía un tratamiento diverso en materia de pensión de viudedad entre quienes hubieran contraído matrimonio y los que hubiesen formado parte de una pareja homosexual registrada²⁴. El *case law* ha tenido como objeto “la ley que preveía que los supervivientes de una pareja registrada debiesen pagar hasta el 2008 un impuesto hereditario mayor respecto al que estaban sujetos los cónyuges de un matrimonio. En esta decisión, el Tribunal constitucional federal afirmó que una normativa de este tipo violaba el art. 3.1 GG e impuso al legislador intervenir con leyes para sanar todos los casos en el que, en el periodo de vigencia de la ley, se había consumado una violación del principio de igualdad”²⁵.

El legislador italiano, aunque no pareciera todavía preparado para aceptar rápidamente las demandas de las parejas de hecho, no consigue ignorar las exigencias de la descendencia y recientemente ha equiparado totalmente los hijos legítimos y los naturales con la ley, 10 diciembre 2012, n° 219, con la que ha modificado el art. 315 del código civil, previendo la siguiente locución: “todos los hijos tienen el mismo estado jurídico”²⁶. Por lo tanto, el legislador, con la reforma, ha pretendido

acceder a esta regulación sólo las parejas de nacionalidad danesa, o las parejas en las que al menos uno de los dos componentes fuese danés. En cambio hoy tal requisito no es necesario y es suficiente que los convivientes tengan la residencia danesa. Cfr. PASTORE, C.S.: *La famiglia di fatto*. Turín (2007), Turín, p. 166, la cual observa también que, por impulso del sistema danés, también los países escandinavos han elaborado una normativa que regula las convivencias *more uxorio* y las convivencias entre homosexuales y que la particularidad del sistema suizo consiste en el hecho de que las parejas que conviven supera abundantemente las parejas unidas en matrimonio. Sobre el caso de Dinamarca, véase *in extenso*, DIENESSEN, JKA: “The registered partnership a Nordic approach to legislation for unmarried couplet”, en *Stare insieme, Studi ricerche e proposte sulla famiglia di fatto*, Actos del Convenio de Pisa, noviembre 1999. La particularidad de los dos sistemas mencionados consiste en el hecho que, después de la inscripción, las parejas de hecho gozan de los mismos derechos y deberes derivados del matrimonio. La misma disciplina, finalmente, ha sido predisuelta también en Holanda y en Alemania; y también en Canadá, a partir de los años 70, la legislación estatal y provincial desde hace tiempo ha revisado la denominación “esposos”, considerando igual las parejas casadas como las simplemente convivientes del mismo sexo. La gran novedad ha sido introducida en el 1999 por la Corte suprema canadiense que ha comprendido en el concepto de “esposos” también las parejas homosexuales. Después de este pronunciamiento Ontario ha aprobado la ley 28 octubre 1999, que extiende los derechos y deberes de las parejas no casadas del mismo sexo a los de las parejas homosexuales.

23 Cfr. Corte constitucional, 15 abril 2013, n° 318, www.giustorg.it.

24 Cfr. *BVerfG*, I Bv 611/07; *BVerfG*, I Federal I 164/07.

25 En este sentido SAITTO, F.: “La giurisprudenza tedesca in materia di eingetragene Lebenspartnerschaft entre garantía d’istituto y Abstandsgebot. Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 de la Corte Constitucional italiana”, en www.giustorg.it.

26 La reforma legislativa parece haber sido solicitada por la doctrina, la cual más de una vez ha sostenido que los tiempos estaban maduros para “eliminar cualquier vestigio de diferencia en las disciplinas de la relación de filiación, manteniendo distintos sólo los modos de verificación”. Véase literalmente GENGHINI, L., CARBÓN, C.: *Le*

eliminar cualquier forma de diferencia jurídica entre la familia matrimonial y la familia de hecho²⁷. Tal conjunto normativo no puede incidir también en el art. 537, párrafo 2º, del código civil, conforme al cual los hijos matrimoniales, ejercitando el denominado derecho de conmutación, “pueden satisfacer en dinero o en bienes inmuebles hereditarios la porción que por derecho corresponde a los hijos naturales que no se opongan²⁸. Por otra parte, la Corte constitucional también se había ya orientado en este sentido, afirmando que el legislador debe “ser un atento intérprete de la evolución de las costumbres y de la conciencia social y, en consecuencia, elaborar también, en base a la exigencia, expresamente requerida por el precepto constitucional de la ‘compatibilidad’ de la tutela de los hijos nacidos fuera del matrimonio con los derechos de los miembros de la familia matrimonial, soluciones diferentes en cada momento, en armonía precisamente con la señalada evolución. [...] Con referencia al hecho de que el legislador (desde el 1975), consciente de que ‘ninguna parte del ordenamiento jurídico se resiente tanto como el Derecho de familia, que se encuentra simultáneamente ante exigencias opuestas, por un lado, las que derivan de la tradición y, por otro, las que resultan de las costumbres en evolución’, ha pretendido proceder con ‘sabiduría y equilibrio’ con la finalidad de ‘modular las delicadas correlaciones y la intensidad de los instrumentos de tutela de los diferentes intereses en juego [...] para un mejor del sistema de la normativa de la institución y sobre todo para su adherencia a la realidad social’”²⁹. Parece, pues, que ha llegado el momento de alcanzar una efectiva equiparación entre todos los miembros de la familia, sean matrimoniales o extramatrimoniales. Por otra parte, estas reformas se corresponden con demandas sociales provenientes del Derecho vivo³⁰.

successioni per causa di morte, Tomo I, en *Manualei Notariali*, L. Genghini. Verona (2012), p. 523. Según otra parte de la doctrina, DI FEDE, A.: “La familia legittima e i nuovi modelli diversificati: luci ed ombre, scenari e prospettive”, en PANE, R.: *Nuove frontiere della famiglia, la riforma della filiazione*, en *Quaderni della Rassegna di diritto civile*. Nápoles (2014), p. 48. “La importancia de la Ley n. 219 de 2012 y el nuevo orden que ésta introduce, es fruto de la adquirida conciencia de la existencia, en el escenario jurídico y social, de modelos familiares diversificados. Conciencia que se advierte en la facilidad con que, hasta hoy, se da por sentado la general idoneidad de la relación *more uxorio* para constituir el presupuesto de efectos jurídicos, afirmación que hasta hace algún año parecía discutible”.

- 27 En este sentido, DI FEDE, A.: “La familia legittima”, cit., señala además que “no se puede omitir que la noticia comentada, centrándose en la tutela de la filiación natural y su nuevo *status* de aplicar a los hijos nacidos de parejas convivientes, haya excluido todo tipo de alusión a esas estructuras familiares, como son las parejas de hecho en las que está ausente el fenómeno procreativo”.
- 28 La reforma efectuada por la Ley de 10 de diciembre de 2012, n° 219 ha sido el resultado de un largo recorrido jurisprudencial iniciado por la Corte constitucional, el 14 de abril de 1969, n° 79, www.giustorg.it, la cual ha sostenido que “la Constitución garantiza al hijo natural (tanto reconocido como declarado) no sólo una defensa genérica, sino todo tipo de tutela jurídica o social: lo que no puede entenderse de otra manera que como la tutela adecuada a la posición de hijo, es decir [...] similar a lo que el ordenamiento atribuye en campo de la sucesión legítima”.
- 29 Cfr. Corte constitucional, 14 diciembre 2009, n° 335, www.giustorg.it.
- 30 En este sentido BONILINI, G.: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. I: *La successione ereditaria*. Milán (2009), p. 53, según el cual “el silencio del legislador italiano en el tema de las parejas de hecho parece ser siempre más excéntrico en un panorama europeo caracterizado, en cambio, por una difundida tendencia a dar una disciplina normativa a este fenómeno, con modelos absolutamente heterogéneos”.

Tenemos, en consecuencia, que plantearnos si en una sociedad, en la que cada vez son más numerosas las familias creadas sobre la base de la convivencia y no sobre un vínculo jurídico y formal, tiene sentido seguir manteniendo normas, que ya no se corresponden con dicha realidad. Así, las disposiciones relativas a la herencia, con respeto a los dictados constitucionales, tienen como finalidad tutelar la familia en su acepción tradicional, y sólo raramente y de manera marginal han sido objeto de leves y esporádicos retoques innovadores³¹. Pero el Derecho, que sufre el influjo de una penetrante y extendida globalización, no puede quedar encerrado en su *turris aeburnea*, anclado en antiguas concepciones, sino que debe responder a las exigencias derivadas del hecho social, que cambia y se innova rápidamente.

Según algunos autores, al fin de adecuar la legislación a las nuevas realidades familiares, “el Derecho sucesorio tiene que padecer una progresiva adaptación al *favor veritatis* y, así, garantizar que las múltiples situaciones que puedan darse reciban un tratamiento normativo diversificado: el supuesto de existencia de una única y exclusiva relación conyugal tiene que ser regulado diversamente respecto del caso, tan difundido, de la existencia de varias relaciones matrimoniales y de filiación”³². Por lo tanto, la evolución del valor “familia” no puede dejar incólumes los institutos creados hace muchos decenios, con la finalidad de tutelar, solamente, a los miembros de la familia legítima y tradicional.

IV. EL *ERBVERTRAG*, INSTRUMENTO DE DELACIÓN CONTRACTUAL A DISPOSICIÓN TAMBIÉN DE LOS CONVIVIENTES.

La reconstrucción histórica de algunos institutos hereditarios pone de manifiesto que los legisladores europeos en el curso de los siglos han estado particularmente atentos a atribuir al Derecho de sucesiones el rol simbólico de proteger la unidad familiar; garantizando a los hijos legítimos una cuota de reserva del acervo hereditario ante las eventuales pretericiones debidas a la voluntad punitiva del *de cuius*³³. Sin

31 Cfr. BONILINI, G.: *Trattato*, cit., p. 52, “en nuestro País, el artículo 29 de la Constitución, es un obstáculo fuerte y difícilmente superable para una legislación que, como en el modelo español, equipare indistintamente relaciones heterosexuales y homosexuales en el rayo de acción del instituto”.

32 Cfr. PERLINGIERI, P.: “La funzione sociale del diritto successorio”, *Rassegna di diritto civile* (2009), p. 136.

33 La progresiva regresión del interés científico por la disciplina hereditaria ha coincidido con la decadencia de la función política que en el pasado era desarrollada por la delación hereditaria, en virtud de la cual se efectuaba el paso intergeneracional de las posiciones de mando de las uniones familiares o del poder político. Peculiaridad típica del sistema feudal, que terminó por identificarse con institutos como el mayorazgo o el fideicomiso. El rol del fenómeno sucesorio no finalizaba con la transferencia de los bienes dentro de la estirpe, sino que desarrollaba una función, un rol, de verdadera y propia organización político-institucional. Esto ocurría no solamente en las sociedades de estructura nobiliaria, sino también en las sociedades burguesas, donde el voto censitario constituía la base del sistema político que se fundaba sobre la riqueza, entendida como presupuesto de la participación en los mecanismos de la democracia representativa. De todas formas, ya históricamente, la función eminentemente política del Derecho hereditario no podía conservarse inalterada frente a los profundos cambios sociales e ideológicos originados por la Revolución francesa. En una sociedad refundada sobre los nuevos valores de la libertad, de la hermandad y de la igualdad – no solo jurídica, sino también moral – la materia hereditaria asumió rápidamente una nueva dimensión, para terminar siendo además, un instrumento de garantía de la solidaridad y de la unidad familiar. El temor de un retorno al *ancien regime*, inducía a los revolucionarios a pensar en la total derogación de la sucesión testamentaria, pero debían tener en cuenta la sacralidad que en aquel sistema circundaba y arropaba al principio de la voluntad. Con el fin de armonizar la exigencia de

embargo, en el sistema alemán el dogma de la autonomía testamentaria ha sido matizado por una manera diferente de entender las estrategias de planificación hereditaria, en la que trasluce una dimensión “colectiva” más que individual. Sobre la base de este *ubi consistam* se reconoce, así, al testador la posibilidad de estipular un contrato hereditario (*Erbvertrag*). El *Erbvertrag* es un típico contrato *inter vivos*, cuya causa es el evento muerte, a través del cual el *de cuius* dispone de su propia existencia para el periodo sucesivo a la pérdida de su vida. El *Erbvertrag* es un contrato bilateral, en base al cual un solo disponente decide sobre el destino de sus bienes para el momento de su fallecimiento y la contraparte se limita a aceptar lo dispuesto por el *de cuius* con la finalidad de hacer eficaz el contrato³⁴.

Queriendo hacer un paralelismo con nuestra experiencia jurídica, en consideración a la estructura y a la función que reviste el contrato hereditario de matriz alemana, el *Erbvertrag* debe calificarse como un pacto sucesorio³⁵. Y, en efecto, estructuralmente el *Erbvertrag* es un pacto con el que se dispone, para el periodo sucesivo a la muerte, de los bienes del *de cuius* que serán atribuidos a la parte material del contrato en la forma preestablecida³⁶. Estructuralmente el contrato hereditario se distingue, respecto al testamento, tanto por la doble naturaleza que reviste, como por la vinculación que impone a la voluntad del *de cuius*. Desde el primer punto de vista, se aprecia que tal instrumento de delación hereditaria es, al mismo tiempo, acto *inter vivos* e *mortis causa*, poseyendo los rasgos estructurales del primero, pero siendo su “razón práctica-económica” el evento “muerte del disponente” y la consecuencia devolución de los bienes hereditarios *según sus deseos*. No obstante, el estudio del

salvaguardia de la solidaridad familiar con la preservación de la libre voluntad del *de cuius*, el legislador procedió, contemplando los institutos de la cuota legitimaria y de la prohibición de los pactos sucesorios. El primer sintagma aseguraba a los *heredes* la posibilidad de subentrar en una cuota del caudal hereditario, inclusive, en el caso de existir una voluntad contraria del *de cuius*; el segundo impedía que el testador se vinculase a través de la estipulación de disposiciones testamentarias que le fueran perjudiciales y que la formación de su voluntad estuviese de alguna manera viciada o coartada, sobre todo, desde el punto de vista de su revocabilidad *usque ad vitam supremum exitum*. Esta solución traslucía la preocupación del espíritu del *code civil* de garantizar la más amplia libertad testamentaria, si bien dentro del respeto de los límites del ordenamiento. El tal proscenio cultural-jurídico se insertaron, siempre más, las experiencias del código civil italiano del 1865 y del código alemán del 1900, este último con diferencias significativas.

- 34 Véase ZOPPINI, A.: *Le successioni in diritto comparato* en in *Tratt. dir. comp.* (R. Sacco). Turín (2003), P. 167, el cual observa que la particularidad del *Erbvertrag* consiste en el hecho de que “la naturaleza contractual de este negocio *mortis causa* no confiere naturaleza bilateral a la reglamentación: aquél queda sobre el plano material como un negocio jurídico unilateral, aunque el promisorio puede rechazar la disposición contenida en el mismo”.
- 35 El sistema alemán, a diferencia del italiano y francés, admite el pacto sucesorio. El § 2274 del BGB dice que “la persona de cuya sucesión se trata está legitimada para estipular un contrato sucesorio sólo personalmente”. El sucesivo § 2275 disciplina los presupuestos para la estipulación de un contrato hereditario “solamente el sujeto que tenga plena capacidad de obrar puede concluir un contrato sucesorio por sí sólo. Un cónyuge, por sí solo, junto al otro cónyuge, puede estipular un contrato sucesorio aunque tenga limitada su capacidad de obrar. En este caso, es necesario el consentimiento de su representante legal: si el representante legal es un tutor, entonces se pedirá también la autorización del tribunal de la tutela. Las disposiciones del párrafo 2º se aplican también a los prometidos”.
- 36 Del análisis del BGB pudiera parecer que uno de los pocos límites previstos por el legislador alemán en la estipulación de un pacto sucesorio como el *Erbvertrag* consiste en el objeto. El § 2278 BGB, en efecto, dice así “en un contrato sucesorio cada contrayente puede establecer disposiciones contractuales *mortis causa*. No pueden ser establecidas por contrato previsiones diferentes a las de la institución de heredado, a las de los legados o las de los gravámenes”.

contrato alemán no impone la búsqueda de la causa del *Erbvertrag*, ya que, como es sabido, “el sistema alemán es un sistema totalmente alternativo. En el sentido en que es posible configurar como abstracto cualquiera de los contratos que normalmente son causales. Las partes pueden decidir vincularse mediante un acuerdo puro de voluntad del tipo te prometo x/acepto en vez de recurrir al esquema del intercambio de promesas recíprocamente onerosas”³⁷.

Como prueba de lo que se ha dicho, esta misma doctrina ha confirmado que “la definición comúnmente aceptada de *Vertrag* es aquella por la cual se califica como un subtipo de negocio jurídico, es decir, como una declaración de voluntad de dos o más partes. Como se puede constatar, en tal definición falta cualquier tipo de referencia a la causa [...] de todas formas se puede observar como todos ellos son actos reales, es decir, contratos en los que el solo consentimiento no basta para que nazcan obligaciones jurídicas, siendo necesaria la entrega de la cosa. El Derecho alemán regula además el contrato de donación y el de Derecho sucesorio. Los autores alemanes, lejos de equiparar el *animus liberalis* con la causa de la donación, proclaman que el concepto de donación no implica que su fundamento sea una acto de beneficencia o la intención de efectuar una liberalidad: el motivo no es pertinente en este negocio como no lo es en otros negocios”³⁸. En consideración de tal estructura poliédrica, por un lado, se tienen que seguir las tradicionales reglas que gobiernan la materia contractual (con la consecuencia que, por ejemplo, los remedios para extinguir el vínculo son los tradicionales instrumentos reconocidos a la autonomía privada, excepto cuando se prevean instrumentos específicos); y, por otro lado, determinadas acciones para impugnar el acto pueden ser ejercitadas solamente después de la apertura de la sucesión, como, por ejemplo, la acción de anulación.

El *Erbvertrag* representa un instrumento contractual y para realizar su válida redacción es necesario que sean respetados todo los requisitos, también formales, exigidos por el ordenamiento, evidenciándose ulteriormente la naturaleza híbrida del negocio. En efecto, el contrato hereditario, al igual que el instrumento testamentario, tiene que ser estipulado por acto público (la equivalente forma testamentaria es el testamentario público) y es un acto personalísimo³⁹. Semejante negocio tiene que ser concluido ante un notario, que lo autentica con la presencia de ambas partes. Después de su conclusión, el contrato será depositado y entregado al oficial petionario, que tiene también la obligación de custodia, a no ser que se acuerde

37 Cfr. GALGANO, F., *Atlante di diritto privato*, 5ª ed. Bologna (2011), p. 86 y ss.

38 Literalmente GALGANO, F., *Atlante*, cit., p. 88.

39 En relación a la forma que tiene que revestir el *Erbvertrag*, el § 2276 BGB prevé que “Un contrato sucesorio puede estipularse solamente estando simultáneamente presentes ante el notario ambas partes. Son aplicables las disposiciones del § 2231 n° 1, § 2232, § 2233: lo que en base a estas disposiciones se aplica a la persona de cuya sucesión se trata, vale también para cada uno de los contrayentes. Para un contrato sucesorio entre cónyuges o entre futuros esposos, conexo a un contrato de matrimonio en el mismo documento es suficiente la forma requerida para el contrato de matrimonio”.

que sea custodiado en un tribunal civil. No obstante, después de la apertura de la sucesión, el notario tiene que depositar el contrato hereditario en un tribunal, donde también será custodiado.

En cualquier caso, a diferencia del documento testamentario, el *Erbvertrag* no es libremente revocable, sino que sólo es posible desvincularse del mismo en los casos previstos legalmente, o en el caso de que contractualmente haya sido expresamente prevista una cláusula de desistimiento⁴⁰. De cualquier forma, tal previsión genera en los intérpretes dudas derivadas de la coordinación de las reglas que rigen la *Erbvertrag* con el principio de autonomía testamentaria, cuya manifestación típica se plasma en la posibilidad de revocar el acto *mortis causa* hasta el último instante de la propia vida. En efecto, a la luz precisamente de tales valores, se debería, por un lado, respetar las tradicionales formalidades típicas de la disciplina hereditaria; y, por el otro, considerando que se dispone de las propias últimas voluntades, se debería reconocer a la parte una mayor autonomía de decisión. Numerosos estudios relevan que, en el caso de que se reconociese al contrayente la misma posibilidad de revocación de que goza el testador, la función del contrato hereditario sería vana. En efecto, como ha sido puesto de manifiesto “el contrato hereditario propio del Derecho germánico hunde sus propias raíces en una concepción de la autonomía privada teñida de exigencias comunitarias, conforme a las cuales la asunción de responsabilidad frente al grupo se realiza de manera más adecuada a través de un acuerdo, que mediante un acto unilateral, como es el testamento”⁴¹. Precisamente por esta “función social/colectiva” del *Erbvertrag*, según los estudiosos, el legislador hubiese preferido atribuir a los particulares los tradicionales remedios contractuales y hacer, además, vinculantes las disposiciones testamentarias. El disponente tiene a su disposición múltiples instrumentos para separarse del vínculo contractual/sucesorio, como por ejemplo el desistimiento *ad nutum*, al que se puede acudir en el caso de que una de las dos partes haya sido objeto de violencia moral o maltrato físico. Además, el *Erbvertrag* está sujeto a las tradicionales reglas en tema de nulidad y anulación y, por tanto, estaría viciado de nulidad en los supuestos de violación de normas legales.

No obstante, aunque el contrato hereditario, a diferencia del negocio testamentario, aparentemente limite de forma rígida la autonomía testamentaria del *de cuius*, lo cierto es que, desde hace tiempo, goza de una posición privilegiada, en consideración a su mayor capacidad de adecuarse a las nuevas exigencias sociales. El *Erbvertrag* es, así, un instrumento de transmisión de la riqueza *post mortem* ulterior respecto a las delaciones testamentaria y legítima, y un instrumento adecuado para

40 Véase en tal sentido ZOPPINI, A.: *Le successioni in diritto comparato*, p. 167, según el cual “la naturaleza contractual limita sensiblemente la posibilidad de operar una revocación unilateral”.

41 Textualmente MARELLA, M. R., “Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento. Riflessioni sul dibattito più recente”, *Nuova giur. civ.* (1991), II; véase también RESCIGNO, P., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*. Milano, 1995, p. 1 ss.

satisfacer las exigencias derivadas de la existencia de las *new families*. En efecto, los *Partners* no registrados o los convivientes homosexuales – a los que normalmente la ley impide tener derechos sucesorios cuando se acude a la vía testamentaria, si hay herederos forzosos- pueden concluir un contrato sucesorio. Es más, como ha sido observado por la misma jurisprudencia alemana, la voluntad de reconocer a los convivientes (cualquiera que sea su orientación sexual) la posibilidad de redactar un contrato sucesorio permite, a veces, derogar a las tradicionales reglas en tema de capacidad. Es, así, posible que personas limitadamente incapaces puedan estipular un *Erbvertrag*, si conviven o, incluso, si están meramente prometidos.

También la jurisprudencia, interpretando el § 229 *BGB*, parece haber llegado a tal solución de favor. Los intérpretes se han enfrentado al caso de dos menores de dieciséis años, prometidos, que habían redactado un testamento ológrafo, otorgándose atribuciones patrimoniales recíprocas. Los jueces sostuvieron que, si bien teóricamente el ordenamiento alemán permite la utilización de tres instrumentos hereditarios, en la práctica, sólo es posible utilizar uno solo. Así, la redacción de dos testamentos unilaterales no permite imponer un efectivo vínculo hereditario, en cuanto que es posible revocarlos en cualquier instante. El testamento conjunto no pudo haberse concluido, porque los dos testadores no eran *Partners* registrados.

El único modo, por tanto, para hacer vinculante la recíproca institución de herederos hubiese sido la de insertar esta disposición en un contrato hereditario. Por lo tanto, dado que ambos menores de edad eran testadores, se requería que fueran totalmente capaces, lo que, en este caso, no acontecía. En resumen, con el fin de salvaguardar la intención de las partes, la jurisprudencia alemana ha afirmado que si ambas se hubiesen obligado a concertar un futuro matrimonio, no obstante su entonces limitada capacidad de actuar, hubieran podido estipular un contrato de sucesión válido, pero siempre que ulteriormente sus recíprocos representantes (los padres) hubieran consentido la estipulación del *Erbvertrag*.

V. LA EVOLUCIÓN DEL LEGISLADOR FRANCÉS.

El sistema francés, a diferencia del italiano y mostrándose también en esta ocasión precursor respecto a otros ordenamientos, no ha permanecido indiferente frente a las nuevas exigencias provenientes de las *new families* y de la tipología de los bienes transmisibles que progresivamente llamaban la atención de los diferentes legisladores nacionales centroeuropeos, imponiendo una relectura crítica-constructiva de la materia hereditaria.

Esta última ha sido profundamente reformada en virtud de la ley 23 junio 2006, n° 278 denominada “*réforme des successions e des libéralités*”, la cual representa la natural conclusión de un proceso de reestructuración global de la disciplina, iniciado en el 2001, en relación, no sólo a cada uno de los institutos, sino también, y, sobre

todo, respecto a los principios que la gobiernan⁴². La intervención del legislador cisalpino ha determinado una nueva lectura de la: “*option successoral, bénéfique d’inventaire, successions vacantes, atténuation de l’obligation au passif héréditaire, gestion de la succession, loi de majorité pour certains actes de l’indivision, égalité du partage en valeur, quasi-disparition de la révocation des donations pour survenance d’enfant, généralisation de la réduction en valeur des libéralités excessives, possibilité de renoncer du vivant de de cuius à la réduction des libéralités excessives, recul de réserve*”⁴³ Una verdadera revolución copernicana que ha generado “la ampliación de la autonomía privada, la facilitación de la gestión del patrimonio, la aceleración de la liquidación de la sucesión, sin que ello haya significado una ruptura con las bases tradicionales, y en particular sin suprimir la prohibición de los pactos sucesorios y el sistema de legítimas⁴⁴, disminuyendo, por lo tanto, pero no eliminando del todo, su carácter de principio de orden público.

Conforme a la *ratio legis* inspiradora de la reforma *de quo*, se atribuye un mayor valor a la voluntad del *de cuius* en la atribución de la liberalidad, y en la *donation-partage*, atribuyendo a los legitimarios la facultad de renunciar al ejercicio de la acción de reducción frente al tercer subadquirente, tanto antes, como después del fallecimiento del testador. Inevitablemente, esta última modificación va pareja con la que se refiere a la prohibición de los pactos sucesorios sobre delaciones hereditarias *post mortem*. Con anterioridad a la reforma operada en el 2006 por la ley n° 728, tanto en Francia, como en Italia, estaba prohibida la estipulación de pactos sucesorios, pero en el Derecho francés, a diferencia de lo que acontece en el italiano, la prohibición se limitaba exclusivamente a las sucesiones futuras, existiendo los denominados *pactes de familles*⁴⁵. Dichos pactos se concluían entre los herederos antes del fallecimiento del *de cuius*, con la finalidad de repartirse entre ellos los bienes hereditarios y la gestión de eventuales empresas, sin que el testador hubiese estipulado una *donation-partage*.

42 En este sentido cfr. MALAUIRE, P. y AYNÉS, L., *Les successions les libéralités*, 2014, Issy-les-Moulineaux Cedex, p. 19, según el cual “le droit des successions a connu une évolution législative comparable à celui de la famille”. Según el autor, el legislador cisalpino ha revolucionado la materia hereditaria, actuando también bajo el impulso de los operadores jurídicos, como, por ejemplo, los notarios. Véase igualmente sobre este punto VIALLETON, H., *Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le Code civil*, II, Paris, 1960.

43 Literalmente MALAUIRE, P. y AYNÉS, L., *Les successions*, cit., quienes observan que la multiplicidad de los institutos sobre los que ha incidido la reforma es sintomática del “*ampleur de la réforme*”.

44 Literalmente, FUSARO, A., “L’espansione dell’autonomia in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani”, texto de la comunicación presentada en el XVIII Coloquio Bienal AIDC *Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto - Incentivi, premi, sanzioni alternative*, desarrollado en Ferrara del 10 al 12 mayo 2007, p. 9.

45 Véase en tal sentido SÉRIAUX, A.: *Manuel de droit des successions et des libéralités*, Paris, 2003, p. 100 y ss., según el cual, a fin de evitar un compromiso de la libertad del *de cuius*, la jurisprudencia francesa ha ampliado las redes de la prohibición de los pactos sucesorios, declarando nulas múltiples cláusulas contractuales que simulaban pactos sucesorios, como por ejemplo “*la promesse d’un bail de trente ans sur un immeuble dont le promettant n’est propriétaire que pour moitié et héritier présomptif pour le reste [...] les contrats conclus cette fois pas le de cuius sur sa propre succession: la clause d’un contrat de vente qui stipule un prix payable sous forme de rente soit pendant douze ans, soit jusqu’au décès du vendeur, puisque alors, en cas de décès avant l’expiration des douze années prévues, les héritiers perdront la propriété du bien vendu sans avoir perçu l’intégralité de la rente stipulée en contrepartie*”.

Desde el punto de vista de su contenido, estos pactos preveían que a uno de los herederos le fuese transferida la propiedad de los bienes o la gestión de la empresa y que los otros renunciaban a sus derechos. La estructura de tal institución – que ha sido el enésimo *escamotage* privatista realizado con la finalidad de reglamentar de la mejor manera posible los propios intereses patrimoniales – evidenciaba inevitablemente sus límites y su contraste con la disciplina sucesoria. Mediante estos pactos, en efecto, se corría el riesgo de vulnerar las legítimas, que antes del 2006 era sin duda consideradas como una materia de orden público, como también el de crear una desigualdad en la transmisión intergeneracional de la riqueza⁴⁶. Por tanto, surgían dudas acerca de su validez. El legislador cisalpino, no obstante, con el fin de adecuar el dictado normativo a la praxis jurídica – que cada vez con más frecuencia se valía de negocios *transo mortem*, y que sustancialmente erosionaban y eludían la prohibición – ha decidido, en su constante obra de ortopedia jurídica, ampliar “la autonomía privada, pero sin derogar la prohibición de los pactos sucesorios”⁴⁷.

VI. LA COEXISTENCIA DE LA PROHIBICIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS CON FORMAS DE DELACIÓN CONTRACTUAL EN EL MODELO FRANCÉS.

La ampliación del ámbito de actuación reconocido a la autonomía privada por el legislador francés ha permitido la divulgación en este ordenamiento de formas de delación contractual, que se han acabado por convertir en un válido instrumento de los particulares para disciplinar y reglamentar las propias exigencias, a las que no se les daba respuesta desde las viejas instituciones jurídicas tradicionales.

Según los intérpretes, precisamente, la existencia de un nudo gordiano entre Derecho de sucesiones y Derecho de familia, por un lado, y entre Derecho sucesorio y Derecho de la economía, por otro, ha inducido al legislador cisalpino a prever el instituto de la sucesión contractual⁴⁸. La delación contractual se subdivide en tres subcategorías: *l'institution contractuel ou donation de biens à venir, la donation-partage, la substitution fidéicommissaire*. *L'institution contractuel ou donation de biens à venir* es una donación por la cual se determina el futuro titular de todo o parte del patrimonio

46 Sobre el carácter de orden público de la legítima, véase SÉRIALUX, A.: *Manuel*, cit., p. 23.

47 Véase FUSARO, A.: “Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa”, *Ric. giur.* (2013), Suplemento, 10, p. 355.

48 Se observa que en la jurisprudencia han sido plenamente reconocidos los contratos sucesorios sobre bienes futuros “relativos a la *clause commerciale*”. Véase 72 *Congrès des Notaire de France*, I voeu de la 3 Commission, Refrénaís, 1975, en *Actual. Notar.*, p. 136. La doctrina ha sido la primera en pronunciarse en contra de tal prohibición, sugiriendo “la oportunidad y las razones de un posicionamiento menos invasivo en la autonomía de los privados”. De tal manera la doctrina francesa se ha posicionado en antítesis con la jurisprudencia la cual, al contrario, había mostrado la preferencia de aplicar la prohibición a múltiples hipótesis, ampliando su radio de acción. Quien ha remediado este contraste ha sido, precisamente, el legislador, mostrando “la propensión que el ordenamiento francés manifiesta cuando remite la modificación de la regla *iuris* a la explícita intervención de la norma escrita”.

del donante para el momento sucesivo a su fallecimiento: de todas formas, sus efectos se producen solamente como consecuencia del evento “muerte”⁴⁹.

Tal instituto de matriz jurisprudencial, según los estudiosos, representaba ya *ab origine* el arquetipo de los pactos sucesorios sobre sucesiones futuras, excepcionalmente autorizada, justamente en razón de intereses económicos y familiares⁵⁰. La comparación con institutos de nuestro ordenamiento jurídico lleva a la conclusión que también el Derecho italiano reconoce figuras jurídicas similares. Así, a través de negocios *trans mortem*, es posible disponer de bienes hereditarios con modalidades semejantes a las previstas en el modelo cisalpino, las cuales son excepcionalmente admitidas, porque su propia causa no se identifica con la muerte del disponente, sino que estructuralmente se pueden asimilar a los negocios *inter vivos*⁵¹.

La verdadera diferencia respecto a esta última categoría se halla en la operatividad de los efectos, sucesivamente al fallecimiento del *de cuius*. El *discrimen* entre el modelo cisalpino y el italiano radica en la fuente de producción de los mencionados institutos, que sustancialmente en el modelo francés tienen una fuente legislativa, mientras que en italiano está basado en el Derecho real vivo⁵². Similar resultado no sorprende, considerando que el legislador francés, desde hace tiempo, se muestra mucho más propenso y ágil en la reglamentación de nuevos institutos, en vez de dejarlos a libre interpretación de los operadores del Derecho. Sin embargo, por exigencia de exhaustividad y de claridad, se tiene además que evidenciar que el instituto francés, a diferencia del italiano, deroga el principio de irrevocabilidad de la donación por ingratitud y la prohibición de los pactos sucesorios.

Con la expresión *biens à venir* se designan los bienes que todavía no forman parte del patrimonio del donatario en el momento del acto de donación. Estos bienes entrarán en su patrimonio sólo en el momento del fallecimiento del *de cuius*. La verdadera particularidad del instituto consiste en el hecho que sucesivamente el donante no puede disponer de sus bienes, en cuanto el acto de disposición es irrevocable. La excepcionalidad de tal negocio, al igual que lo acontecido con

49 Véase ZOPPINI, A.: *Le successioni*, cit., p. 163, según el cual el instituto representa la excepción más significativa de la prohibición de los pactos sucesorios junto con la *donation-partage* y la sustitución de los fideicomisarios en los casos en que se ha admitido.

50 En tal sentido LEVENEUR, L. y LEVENEUR, S.: *Successions-Libéralités*, 1999, Issy-les-Moulineaux Cedex p. 34 ss.; los autores subrayan la utilidad de las sucesiones contractuales, no sólo para disciplinar los asuntos patrimoniales de una familia fundada sobre el matrimonio, sino también de una familia no tradicional – es decir, legítima- sino natural. Otras excepciones previstas por el instituto se refieren a la institución del concebido como heredero, mientras que tradicionalmente en Francia, a diferencia de nuestro sistema, el *nasciturus* no se considera heredero.

51 Véase en este sentido PALAZZO, A.: *Testamento e istituti alternativi*, en *Tratt. dir. Priv.* (ALPA y PATTI). Padua (2008), p. 242 ss.

52 Cfr. ZOPPINI, A.: *Le successioni*, cit., p. 163, según el cual “en un ambiente normativo inspirado en principios no diferentes de los que informan el ordenamiento italiano, el legislador francés ha intervenido para dar certeza a las reglas estatutarias”.

la *donation-partage* y con la *substitution fidèicommissaire*, ha llevado al legislador a prever límites rigurosos a su conclusión, y en efecto, puede ser “*stipulée dans un contrat de mariage, en faveur d'un époux ou des deux*”⁵³, con la consecuencia de que cualquier donación concluida en contraste con tal regla es anulable, representando eventualmente un pacto sobre la sucesión futura no autorizado por la ley. Diversa es la función, y según algunos autores, también la estructura, de la *donation-partage*. En efecto, esta última cumple la precípua función de asignar a un heredero seleccionado por el empresario las cuotas societarias de la empresa, a fin de intentar garantizar la continuación de esta última, consintiendo atribuirle a quien se considera más hábil en la gestión de los bienes empresariales⁵⁴.

No obstante, a diferencia de la *institution contractuelle ou donation de biens à venir*, en la *donation-partage* los efectos se realizan con anterioridad a la muerte del empresario. En consecuencia, centrándose en momento en que tiene lugar la producción de los efectos, estudiosos e intérpretes vuelven a equiparar tal negocio con la categoría de los actos *inter vivos*, y, concretamente, con una donación sobre los bienes futuros hereditarios. Podría correrse el riesgo de eludir la prohibición sobre los pactos sucesorios futuros, pero un sector autorizado de la doctrina considera que tal negocio no deroga dicha prohibición, sino las reglas, todavía más tradicionales del Derecho hereditario francés, que tienen que ver con el cómputo de la masa hereditaria. En efecto, lo que es atribuido a título de *donation-partage* no será sucesivamente incluido entre las donaciones que deben detrarse en el cálculo del caudal hereditario, a diferencia de cuanto ocurre con las tradicionales donaciones. Sin embargo, contra lo sostenido por la jurisprudencia, otra parte de la doctrina entiende que el instituto *de quo* deroga de manera efectiva y concreta la prohibición de los pactos sobre sucesiones futuras, al reglamentarse la distribución de las cuotas societarias también para el periodo sucesivo al fallecimiento del testador. No obstante ello, los estudiosos, en cualquier caso, parecen mostrarse benévolo en relación con la reforma legislativa del 2006, a diferencia de la magistratura que, en cambio, parece manifestar dudas y perplejidad respecto a la misma, la cual considera que una derogación de la prohibición de los pactos sucesorios pudiera comportar el peligro de incurrir en los riesgos que, desde hace tiempo, han llevado a gran parte de los legisladores de Derecho civil a predisponer la mencionada prohibición, como por ejemplo el *votum captandae mortis*.

Precisamente, por esta razón, la jurisprudencia admite una aplicación restrictiva de la *donation-partage* no consintiendo, en ningún modo, una aplicación analógica del instituto⁵⁵ y considerando nulas todas las hipótesis que aparentemente entran en el ámbito de la *donation-partage*, pero que, en realidad, sólo son negocios que tratan

53 Cfr. LEVENEUR, L. y LEVENEUR, S.: *Successions-Libéralités*, cit., p. 40 ss.

54 Cfr. ZOPPINI, A.: *Le successioni*, cit., p. 166.

55 Civil I^º, 3 enero 2006, n° 02-18.586, inédito.

de eludir la prohibición de los pactos sucesorios. La reforma del Derecho francés de las sucesiones llevada a cabo con la ley núm. 728 del 23 junio 2006, que ha previsto formas contractuales de delación hereditaria, no obstante la existencia de la prohibición de los pactos sucesorios, ha llevado a demostrar su posible coexistencia y ha permitido evidenciar el intento del legislador francés de modernizar la disciplina hereditaria. La voluntad reformadora tiene su origen en un cambio sustancial del valor de la familia, de la nueva concepción de la propiedad y de un progresivo fenómeno de armonización entre sistemas, y no solamente en el área euro-continental.

VII. EL LEGISLADOR ITALIANO NO ESTÁ TODAVÍA PREPARADO PARA ACEPTAR LAS NUEVAS FORMAS DE UNIÓN FAMILIAR.

En el código civil italiano del 1942 – que como es sabido, sigue las orientaciones del modelo francés, habiendo tomado del *BGB* alemán solamente su orden sistemático⁵⁶ – se evidencia de forma clarísima, la voluntad del legislador de eliminar la conexión funcional entre el fenómeno sucesorio y la conservación de la riqueza y el poder en el seno de estrechos núcleos familiares, teniendo como finalidad principal la de reforzar la tutela de la unidad de la familia, entendida ésta como “célula primigenia de la Nación”⁵⁷. La familia se ha transformado de una unidad productiva en un núcleo de consumo, atribuyéndosele misiones y roles que antes recaían sobre otros entes, entre ellos, destacadamente, los típicos del Estado social. Desde este planteamiento, ven la luz las normas reguladoras de la sucesión necesaria, si bien – poco tiempo después – con la promulgación de la Constitución del 1948, se evidenciarían los límites conceptuales congénitos al instituto de la legítima, fundado sobre profundas disparidades entre hombre y mujer, en neto contraste con el principio de igualdad expresado por el artículo 3 de la Constitución. A este problema trató de dar solución, después de decenios, la reforma del Derecho de familia llevada a cabo por la ley nº 151 del 1975, que entre otras novedades, incluyó al cónyuge superviviente en el elenco de los legitimarios, consagrando el definitivo tránsito de la “familia extensa” a la “familia nuclear”, de la familia de tipo patriarcal a la familia igualitaria, con las imaginables repercusiones jurídicas en el seno del fenómeno sucesorio.

Una interpretación sistemática de la Carta constitucional ha permitido, además, tomar distancia respecto de la tradicional concepción jurisprudencial y doctrinal, propicia a crear un nudo gordiano entre propiedad y Derecho de sucesiones, es decir, a considerar el Derecho hereditario como el instrumento privilegiado de

56 En este sentido cfr. GALLO, F.: *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti giuridici*, 2ª ed. Turín (2003), pp.199 y ss., quien reivindica la originalidad de la codificación italiana del 1865, aunque modelada sobre el *Code civil* francés; pero observando que el legislador post-unitario no se limitó a hacer un seguimiento pasivo o a realizar una imitación acrítica, sino que hizo propias las innovaciones aportadas por la jurisprudencia en el mismo código napoleónico y, además, acogió soluciones elaboradas por la pandectística alemana.

57 Cfr. CICU, A.: “Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile”, *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 3 ss.; MOSCATI, E.: “I limiti della successione per rappresentazione nella linea collaterale (profili storici e costituzionali)”, *ibi*, 1977, I, pp.518 ss. y 541.

transmisión de la riqueza, olvidando las también existentes conexiones entre el fenómeno sucesorio y la unidad de la familia. Si bien es cierto que del artículo 42, párrafo 4º, de la Constitución, en relación con los párrafos anteriores del precepto, y, sobre todo, con el art. 2 de la Constitución, se desprende la voluntad de los Padres Constituyentes de reconocer la propiedad, determinando “los modos de adquisición, el disfrute y los límites al fin de asegurar la función y de hacerla accesible a todos”⁵⁸, no lo es menos que es en dicha disposición en donde se debe buscar el fundamento ideológico moderno del Derecho hereditario; como también es indudable que existe una estrecha unión entre este último y la ideológica cohesión del instituto familiar⁵⁹.

A la exigencia de preservar la unidad del conjunto familiar responde también, en nuestro ordenamiento, el instituto jurídico de la legítima, que se traduce en un límite sustancial a la facultad de testar del *de cuius* en favor de sus herederos⁶⁰

- 58 Cfr. CAPOZZI, G.: *I diritti reali*. Milán (2001), p. 43 y ss. El autor sostiene que el art. 42 de la Constitución es una norma de fundamental importancia para la tutela de la propiedad, la cual puede ser comprimida sólo en presencia de intereses socialmente relevantes. El constituyente ha pretendido reconocer una función social al instituto de la propiedad.
- 59 Cfr. GABRIELLI, G.: “Rapporti familiari e libertà di testare”, *Familia* (2001), p. 11 ss.; para los expertos sociológicos GLENDON, M.A.: *The transformation of Family Law State, Law, and Family in the United States and in Western Europe*. Chicago-London (1989), p. 238 ss.
- 60 Cfr. MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte*, II, 4ª ed., en *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo y Mengoni, continuado por P. Schlesinger. Milán (2000), p. 18; MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, 6. Milán (1962), p. 291; AZZARITI, G.: *Le Successioni e le donazioni*. Turín (1990), p. 215 ss.; BIGLIAZZI GERI, L.: *Le successioni a causa di morte*. Turín (1996), p. 11 ss. *Contra*, A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 10; MENGONI, L.: loc. ult. cit., p. 140. El objetivo del instituto es garantizar el principio de solidaridad familiar; asegurando a los legitimarios el derecho sobre una cuota del caudal hereditario, después del fallecimiento del *de cuius*, incluso existiendo una voluntad contraria del causante. En cualquier caso, para evitar una total mortificación de la autonomía privada se ha previsto una limitación cuantitativa, pero no cualitativa, pudiendo el testador decidir libremente qué bienes se incluyen en el denominado patrimonio indisponible. Después de la reforma del Derecho familia 1975 el cónyuge superviviente ha sido incluido en la categoría de los legitimarios, lo que en el ordenamiento francés ha acontecido mucho más tarde (en 2001). El código de 1942 no contemplaba entre los legitimarios a los hijos naturales y al cónyuge superviviente. A este último, como en el sistema francés, se le atribuía solamente el usufructo sobre una cuota de propiedad. La adquisición de la cualidad de legitimario se ha verificado sólo con la entrada en vigor de la ley de reforma del Derecho de familia, que está claramente impregnada por los valores constitucionales de la igualdad. La diferencia es sintomática de una parcial diversidad de funciones de la *legittima nostrana* respecto al homólogo instituto francés; el legislador italiano se ha mostrado más atento a garantizar el principio de solidaridad familiar respecto a la exigencia de transmisión del patrimonio, en obsequio al espíritu de los padres fundadores de la República Italiana transmitido en la Carta. El “nexo relacional que une el Derecho sucesorio con el Derecho de familia” se ha traducido, sobre el plano normativo, en la revalorización *tout court* de la persona del cónyuge, tanto en las fases fisiológicas y patológicas del matrimonio, como desde el punto de vista hereditario. Cfr. En tal sentido SCALISI, A.: “La famiglia e le famiglie”, en AA.VV.: *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*. Padua (1985); RESCIGNO, P.: “Interessi e conflitti nella famiglia: l’istituto della mediazione familiare”, extraído de los *Studi in onore di M. Mazzotti di Celso*. Padua (1995), p. 417 ss., y ahora en *Matrimonio e famiglia. Cinquanta anni del diritto italiano*. Turín (2000), p. 331 ss.; AUTORINO STANZIONE, G.: “La famiglia non fondata sul matrimonio”, en *Studi in onore di P. Rescigno*, II, *Diritto privato*. Milán (1998), p. 347 ss. A diferencia del legitimario francés, el legitimario italiano no concurre en el pago de las deudas. La cuota variable está calculada, en efecto, sustrayendo del *relictum* las deudas y añadiendo el *donatum*. El legitimario no tiene necesariamente la cualidad del heredero. En este sentido véase MENGONI, L.: loc. ult. cit.; CAPOZZI, G.: *Successioni e donazioni*. Milán (2009), p. 276. A juicio de la doctrina prevalente, tal cualidad se adquiere sólo después del ejercicio exitoso de la acción de reducción. Por tanto, el legitimario no sería titular de la cuota de patrimonio que le corresponde *ex lege*, ni de otra forma de delación, más de la lesiva; al estar en vigor en nuestro sistema la prohibición de predisponer dos formas de delación incompatibles entre ellas en relación a los mismos bienes. Ha sido muy debatido si el legitimario preterido – dado que el ejercicio de la acción de reducción presupone la aceptación de la herencia- “debe aceptar la herencia después de la sentencia de reducción o si la aceptación está ya implícita en la demanda de reducción”. La cuestión parece haberse resuelto en el segundo sentido, dado que en esta circunstancia, se ha invertido el orden cronológico de la secuencia de los hechos; en primer lugar, se halla el acto

. Aun dirigiendo su mirada a otras experiencias jurídicas ajenas, nuestro texto constitucional continúa siendo un formidable caleidoscopio que se halla en grado de acoger las relaciones *también* sistemológicas propias de una realidad ya “globalizada”. Se presenta como un insustituible instrumento para penetrar en la estructura y en la función de los institutos de carácter sucesorio, y en virtud de su complejidad jurídica se comprueba que el reparto de la riqueza entre los miembros de misma unidad familiar es un objetivo alcanzable, incluso a través de reglas no codificadas, por parte de la sociedad civil.

Efecto colateral de esta producción normativa que emerge de elementos meta jurídicos es precisamente el de evitar luchas intestinas, preservando la unión agnaticia en el tiempo. Se garantiza, así, a los legitimarios que les será atribuido parte del patrimonio, pero se evita también que el patrimonio se disgregue, tanto si es conspicuo como de exigua entidad, encontrándose el testador en la condición de poder/deber transmitir los propios bienes a los miembros de su mismo núcleo familiar⁶¹. El Derecho sucesorio, quizás de modo inconsciente, se transforma entonces en guardián del principio consagrado en el art. 47 de la Constitución, de tutela del ahorro⁶².

La reserva de ley contenida en el último párrafo del artículo 42 de la Constitución, suministra también significativas indicaciones acerca de la estructura del Derecho de sucesiones⁶³. La misión que le ha sido encomendada por el legislador no es seguramente fácil de cumplir; debido al progresivo desquiciamiento del “principio” de la tipicidad de los actos *mortis causa* llevado a cabo por la autonomía privada, que reviste un rol, cada vez más relevante, en un sector científico que hasta ahora no ha sido particularmente explorado.

Prueba de lo dicho es la profunda discrepancia entre las normas y la praxis; mientras el legislador italiano, a diferencia del alemán y francés, ha previsto como instrumentos de delación hereditaria el testamento – cuya naturaleza jurídica, en parte, está todavía en discusión, mientras que son ciertas las formalidades que deben respetarse para su validez – y la sucesión legítima, los particulares, para satisfacer sus propios intereses, disciplinan la situación jurídico-patrimonial para el periodo posterior a su muerte a través actos “atípicos”, *trans mortem*, inspirándose no solamente a soluciones maduradas más allá de los Alpes, sino también a experiencias de *common law*. Esto determina sustancialmente dos consecuencias: la

de voluntad del legitimario, después la delación y sucesivamente la adquisición. En cualquier caso, la delación es una forma de delación hereditaria pero atípica; para la adquisición de la cualidad de heredero, además de ser legitimario, es necesaria la aceptación de la heredad y el eventual ejercicio exitoso de la acción de reducción.

61 Cfr. PANZA G. y PANZA, F.: *Successioni in generale tra codice civile e Costituzione*, en *Tratt. dir. civ. CNN*, dirigido por P. Perlingieri. Nápoles (2004), p. 13.

62 En este mismo sentido cfr. BONILINI, G.: “Autonomia negoziale e diritto ereditario”, *Riv. not.*, 2000, p. 789 ss.

63 Cfr. PANZA G. y PANZA, F.: *Successioni*, cit., p. 10 ss.

imposibilidad de considerar absolutamente típicos los actos *mortis causa* y la entrada en nuestro ordenamiento de una sucesión “anómala”, la contractual, que se añade a la testamentaria y legítima, como *tertium genus*, y que pareciera ser alguna vez el único instrumento a disposición de los privados para reglamentar los intereses patrimoniales en el respeto de los propios deseos. En cualquier caso, se debe observar que este tipo de praxis innovadoras no puede llegar hasta el extremo de *novar* las normas hereditarias, pues ello sería contrario a los principios que, desde siempre, regulan los sistemas de *civil law*, en los que, como es sabido, la fuente primaria es solamente la ley ordinaria. Por lo tanto, sería deseable que tal labor de ingeniería jurídica fuera llevada a cabo por el legislador o, por lo menos, por el “Juez de leyes”, con sentencias *manipulativas* (*rectius* aditivas), que es el único intérprete en grado de modificar la estructura y función de una norma, además de interpretarla en sintonía con el juicio de constitucionalidad. De todas formas, la *law in action* demuestra que es, precisamente, la jurisprudencia la que está abriendo el camino para la tutela de nuevas formas de uniones también en la materia hereditaria, en disfavor de la antiguas tradiciones que caracterizan nuestro ordenamiento jurídico.

VIII. LA CONSULTA BUSCA TUTELAS SUCESORIAS ALTERNATIVAS PARA LAS NEW FAMILIES: LA EMBLEMÁTICA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR ITALIANO EN EL CASO DE INCLUSIÓN DEL CONVIVIENTE EN EL CONTRATO DE ALQUILER (EX ART. 6 LEY N° 392/78).

Las intervenciones esporádicas del legislador italiano, que modifican e integran los instrumentos de delación hereditaria, no suscitan excesivo interés y no parecen todavía estar preparadas para aceptar la evolución del Derecho de familia⁶⁴.

En realidad, en los pocos casos en los que el legislador parece haber pretendido tutelar al conviviente *more uxorio*, una investigación sistemática permite deducir que su finalidad última es siempre la protección de los hijos. Así lo demuestra una reciente sentencia de la Corte constitucional, la cual al interpretar el art. 6, párrafo tercero, de la ley del 27 julio 1978, n° 392, ha considerado manifiestamente infundada

64 En la actualidad (abril 2016) está en curso de aprobación en la Cámara de Diputados del Parlamento italiano, después de haber sido aprobado el 25 de febrero en el Senado, una importante reforma querida por parte de la mayoría del Gobierno, relativa a la Regulación de las Uniones civiles y de las convivencias (denominada *Decreto Cirinnà*). Si bien el *iter* de la aprobación parlamentaria no está exento de obstáculos y variaciones, fruto de enmiendas al texto original, la intención del legislador es la de establecer una reglamentación de la materia de las uniones civiles, también desde un punto de vista sucesorio. En particular, se siente la necesidad de disciplinar el caso de muerte de uno de los dos convivientes, encontrándose el *partner*, a falta de testamento, privado de cualquier tutela, en una situación *delicada*, si el *partner* en vida es más débil desde un punto de vista económico. El art. 42 del texto aprobado en el Senado disciplina, en caso de muerte del propietario de la casa, residencia común, “el derecho del conviviente de hecho, supérstite, de continuar habitando en la misma por dos años o por un período semejante a la convivencia, si es superior a los dos años, con el límite, no obstante, de los cinco años. En el caso de que cohabiten hijos menores o discapacitados del conviviente supérstite, el mismo tiene derecho a continuar habitando en la casa, residencia común, por un período no inferior a tres años. Además (art. 43), en los casos de muerte del arrendatario o de rescisión del contrato de arrendamiento en la casa, residencia común, el conviviente de hecho tiene la facultad de sucederle. Tal disciplina remite a la disposición equivalente (art. 6) presente en la ley n. 392/78 (*Equo Canone*), extendiéndola al caso de las uniones civiles.

la cuestión de legitimidad constitucional promovida por el juez proponente, quien denunciaba que la norma sólo permite subrogarse al conviviente en el contrato de arrendamiento cuando hay hijos⁶⁵.

No obstante, la jurisprudencia ordinaria realiza una labor precursora respecto al legislador, equiparando sustancialmente la figura del conviviente *more uxorio* a la del cónyuge. La Corte de Casación, refiriéndose siempre a los problemas inherentes al contrato de arrendamiento sobre inmuebles, ha sostenido que “el cónyuge del arrendatario es titular de una mera expectativa en la sucesión en el contrato de arrendamiento, al igual que conviviente *more uxorio*, de los herederos, de los parientes y de afines, habitualmente convivientes con el inquilino”⁶⁶

Así mismo, el *Supremo Consesso* de justicia administrativa ha observado que “el artículo 107 (Sucesión en la asignación del alojamiento) l. provincia Bolzano 17 diciembre 1998, n° 13 (Ordenamiento edilicio de habitación subvencionada), después de haber seguido en el párrafo 1° el principio general de que ‘en caso de fallecimiento del arrendatario, el cónyuge lo sucederá y el contrato de arrendamiento será inscrito a su favor’, establece en el párrafo 4° que ‘a falta de sucesores convivientes o de padres se equipará al cónyuge superviviente a la persona que hubiera convivido *more uxorio* con el inquilino, al menos durante dos años, en el momento su fallecimiento, a condición que esté incluido en el elenco de los arrendatarios, conforme a lo previsto por el art. 105’ [es decir, el elenco – que el IPES tiene que conservar – de los arrendatarios a los que ha sido asignada una habitación edilicia residencial pública] [...] El art. 7, letra b) d.P.G.P. n° 42 del 1999 ha considerado convivientes *more uxorio* a dos personas de sexo diverso que conviven desde, al menos, dos años en una ‘habitación común’; las normas vigentes no exigen

65 Cfr. Corte constitucional, 14 enero 2010, n° 7, en www.dejure.giuffre.it; en igual sentido Corte constitucional, 11 junio 2003, n° 204, en *Giur. cost.*, 2003, p. 3, según la cual “Está manifiestamente infundado, en referencia al art. 3 de la Constitución, la cuestión de constitucionalidad del art. 6 l. 27 julio 1978 n° 392, en la parte en que no prevé que, en caso de cesación de la convivencia *more uxorio*, el arrendatario de un inmueble para uso habitacional sea sucedido en el contrato de arrendamiento por el conviviente que haya quedado en la posesión del inmueble, también a falta de prole común, en cuanto que la consideración de que la convivencia *more uxorio*, basada sobre el afecto cotidiano, libremente y en cualquier momento revocable, presenta características profundamente diversas respecto a la relación conyugal, tales de impedir la automática parificación de las dos situaciones al fin de deducir la exigencia constitucional de una parificación de tratamiento, vale también en relación a la comparación entre la cesación de la convivencia con prole y la cesación de convivencia sin prole: se trata, también en este caso, de situaciones totalmente heterogéneas, respecto a las que no se pueden invocar ni el principio de igualdad ni las argumentaciones contenidas en la sentencia n° 404 del 1988, para sostener la exigencia de tutelar un núcleo familiar sobre el presupuesto de la existencia de la prole natural”. Con estos pronunciamientos la Corte constitucional parece apartarse de una pasada orientación, Corte constitucional, 24 marzo – 7 abril 1988, n° 404, según el cual, interpretando el art. 6, párrafo 1°, ley 27 julio 1978, n° 392, en materia de “Regulación de arrendamiento de inmuebles urbanos”, la sucesión en el contrato de arrendamiento también en el caso de conviviente *more uxorio* está garantizada; en el mismo sentido Casación, 27 enero 2009, n° 1951, en *Dir. giust.*, 2009, 4, p. 353, la cual precisa que “la convivencia con el arrendatario difunto [...] a efectos de sucesión en el contrato de arrendamiento de inmueble para uso de habitación tiene que ser progresiva, estable y habitual. Tal convivencia constituye una situación compleja caracterizada por una comunidad de vida, anteriormente existente a la muerte del arrendatario, que no se da cuando el aspirante a sucesor se haya transferido en la habitación alquilada sólo por razones transitorias”.

66 Véase, 21 noviembre 2011, n° 24456, en *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1145.

una determinada prueba para reconocer tal convivencia, remitiendo la misma a los documentos expedidos por los órganos administrativos competentes”⁶⁷.

Los estímulos innovadores, provenientes de la jurisprudencia, demuestran que la realidad social suscita inevitablemente a los juristas problemas diversos de los disciplinados por el legislador del 1942 y por el Constituyente del 1948, periodo histórico en el que el valor *familia* tenía connotaciones diferentes.

El legislador, por tanto, no puede seguir ignorando fenómenos sociales, que merecen y necesitan una nueva reglamentación. El camino que debiera seguirse no es de eliminar institutos de orden público, sino el de realizar una relectura de los mismos, consintiendo a los particulares la posibilidad de auto reglamentar sus propios intereses, tanto con actos *inter vivos*, como *mortis causa*. Por otra parte, el legislador italiano ya ha legislado en este sentido, introduciendo el denominado pacto de familia para satisfacer necesidades de tipo económico (l. 55/2006).

Ha llegado el tiempo de interesarse también por los problemas derivados de las *new families*, que ya están sugiriendo con urgencia nuevas dinámicas para los llamados a la herencia.

67 Cfr. Corte Constitucional, 18 mayo 2012, n° 2879, en *Foro amm. C.d.S.*, p. 1113.

