

FUNDAMENTOS DEL DERECHO SUCESORIO ACTUAL

M.^a Teresa Duplá Marín
Patricia Panero Oria
(Coords.)

Colegio Notarial de Cataluña
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

Sumario

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO (Patricia PANERO ORIA).....	11
FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DE LA PROTECCIÓN DE LA <i>PARS LEGÍTIMA</i> Y LA REGULACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA, CON RELACIÓN A LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE LAS DONACIONES INOFICIOSAS <i>INTER VIVOS</i> (Mirta BEATRIZ ÁLVAREZ)	17
LA FALTA DE ATENCIÓN AL DISCAPACITADO COMO CAUSA DE INDIGNIDAD: DE LA NOVELA 115 A LAS LEYES 41/2003 Y 15/2015 (María José AZAUSTRE FERNÁNDEZ)	31
EL NÚMERO DE TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS MEDIEVALES (Sarah BAKKALI-HASSANI)	53
ELEMENTOS ROMANÍSTICOS DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (Myriam BENARRÓS).....	63
EL DERECHO ROMANO EN EL DERECHO DE SUCESIONES DEL PRINCIPADO DE ANDORRA (Miguel Ángel CANTURRI MONTANYA y Laura CANTURRI GISPERT)	93
EVOLUCIÓN DE LAS REDUCCIONES POR PARENTESCO EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES (Francisco José CAÑAL GARCÍA)	105
BASES ROMANÍSTICAS DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN SUCESORIA (Santiago CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ)	117
LA EVOLUCIÓN DEL TESTAMENTO DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO MEXICANO (Olivia CASTRO MASCAREÑO).....	145
UN TESTIMONIO DEL CARÁCTER PROTEIFORME DEL DEPÓSITO: LA TRANSMISIÓN DE LA ACCIÓN A LOS HEREDEROS (Jean CHARRIAUD).....	153

	Pág.
CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO ROMANO AO DISCIPLINAMENTO DO IMPOSTO SUCESSÓRIO (ITCD) NO BRASIL (Hugo DE BRITO MACHADO SEGUNDO y Raquel CAVALCANTI RAMOS MACHADO)	169
LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN LOS RESCRIPTOS DE DIOCLECIANO. LA NECESIDAD DE DENUNCIA DE LA MUERTE VIOLENTA DEL <i>DE CUIUS</i> (Adolfo A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES y Elena PUCHE PALAO)	183
ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LA CUARTA MARITAL JUSTINIANEA Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO CATALÁN (Paula DOMÍNGUEZ TRISTÁN)	191
A INDIGNIDADE SUCESSÓRIA NO DIREITO ROMANO. REFLEXOS NO DIREITO PORTUGUÊS (António DOS SANTOS JUSTO).....	211
LA ACEPTACIÓN CON PLAZO A TRAVÉS DE LA <i>INTERROGATIO IN IURE</i> ROMANA. ALGUNAS CONSIDERACIONES A PARTIR DE LA RECIENTE MODIFICACIÓN DEL ART. 1.005 DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (M. ^a Teresa DUPLÁ MARÍN y Elisabeth GARCÍA-CUETO)	229
LA INDIGNIDAD SUCESORIA ROMANA Y SU EVOLUCIÓN JURÍDICA HASTA LA REGULACIÓN ACTUAL DEL ART. 756 DEL CC ESPAÑOL (Antonio ESPÍN MARTÍNEZ)	243
INTERPRETACIÓN DEL MALTRATO DE OBRA DEL ART. 853.2 CC: LÍNEAS JURISPRUDENCIALES (Teresa ESTÉVEZ ABELEIRA).....	263
UN EJEMPLO DE RECEPCIÓN DE DERECHO ROMANO: LA LEY 216 DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA (FUERO NUEVO DE NAVARRA, FNN) (Pablo FERNÁNDEZ BELZUNEGUI).....	279
LA VENTA DE BIENES HEREDITARIOS POR UN COHEREDERO AISLADAMENTE (Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN).....	293
<i>IUS ADCRESCENDI</i> E INDIGNIDAD SUCESORIA: EN ROMA Y EN EL DERECHO ACTUAL (Belén FERNÁNDEZ VIZCAÍNO)	309
LA PRETERICIÓN DE LOS DESCENDIENTES (Clara GAGO SIMARRO).....	325
EL TESTAMENTO ANTE EL PÁRROCO: UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE RAÍCES ROMANAS (Beatriz GARCÍA FUEYO y Justo GARCÍA SÁNCHEZ)	343
«AMBOS FALLECIERON LOS ÚLTIMOS Y LOS PRIMEROS»: SOBRE LA MUERTE SIMULTÁNEA (CONMORIENCIA O PREMORIENCIA) EN DERECHO ROMANO Y EN DERECHO ACTUAL (María Olga Gil GARCÍA)	381
LA <i>CAUTIO DE NON MINUENDA HEREDITATE</i> EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO Y SU PROYECCIÓN ACTUAL (Albert GÓMEZ JORDÁN).....	399

	Pág.
<i>MATER INTESTATA</i> : LA HERENCIA DE LA MADRE DESDE LA ETAPA ARCAICA AL GOBIERNO DE MARCO AURELIO (Aurora LÓPEZ GÜETO).....	409
ALGUNAS NOTAS SOBRE LA EFICACIA DE LA TRANSACCIÓN EN EL DERECHO HEREDITARIO (Carmen LÁZARO GUILLAMÓN)	423
PASADO Y PRESENTE DE LA CAUTELA SOCINI (Álvaro MARTÍNEZ FERNÁNDEZ).....	433
A AQUISIÇÃO DA POSSE DOS BENS DA HERANÇA. UM PERCURSO DESDE O DIREITO ROMANO ATÉ A ALGUNS PROBLEMAS DO ACTUAL DIREITO PORTUGUÊS (David MAGALHÃES)	445
ALGUNOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE SUCESIONES PERUANO (Carmen MEZA INGAR)	455
<i>PIETAS</i> Y SOLIDARIDAD FAMILIAR EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA: LA MEJORA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD (Marilina ANDREA MICELI).....	461
ALGUNOS ASPECTOS DE LA CUARTA VIUDAL EN EL LIBRO IV DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN Y SU FUNDAMENTO ROMANÍSTICO EN LAS NOVELAS 53,6 Y 117,5 DE JUSTINIANO (Chantal MOLL DE ALBA LACUVE).....	473
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA <i>FIDES</i> EN EL DERECHO SUCESORIO. CICERÓN, <i>DE FINIBUS BONORUM ET MALORUM, II, XVII, 55 Y II, XVIII, 58</i> (Amparo MONTAÑANA CASANÍ)	481
LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN EL ORDEN DE LLAMAMIENTOS EN LA SUCESIÓN <i>AB INTESTATO</i> : EVOLUCIÓN HISTÓRICA (Alfonso MURILLO VILLAR).....	493
O DIREITO DE TESTAR COMO EXPRESSÃO DA AUTONOMIA PRIVADA- DO DIREITO ROMANO AO DIREITO BRASILEIRO (João Luis NOGUEIRA MATIAS).....	513
DOS LECTURAS DE TRADICIÓN JURÍDICA ROMANÍSTICA. CATALUÑA, 1339; CASTILLA, 1348 (Francisco Luis PACHECO CABALLERO)	523
EL FIDEICOMISO EN LA EMPRESA FAMILIAR ACTUAL (Pilar PÉREZ VALENZUELA).....	541
EL LEGADO <i>DENOTANDI LEGATARII GRATIA</i> EN APUL. <i>APOL. 97 Y D. 30,54 PR. (POMP. 8 AD SAB.)</i> (Bernardo PERIÑÁN GÓMEZ)	551
DE LA IMPOSIBILIDAD DE RENUNCIAR A DERECHOS SUCESORIOS FUTUROS EN EL DERECHO ROMANO A SU LEVE ATENUACIÓN (Maria PLANAS BALLVÉ).....	563

	Pág.
FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL <i>LEGATUM REI ALIENAE</i> (Eva María POLO ARÉVALO).....	581
UN BREVE APUNTE SOBRE LA EDAD COMO BASE PARA LA VALORACIÓN DEL LEGADO DE USUFRUCTO VITALICIO (Gema POLO TORIBIO).....	599
PERMANENCIA DE CUESTIONES ESTRUCTURALES DEL DERECHO ROMANO DE SUCESIONES EN EL DERECHO DE SUCESIONES VIGENTE EN CATALUÑA. PRIMERA APROXIMACIÓN (Encarnació RICART MARTÍ).....	609
SUPUESTO ESPECIAL DE PARTICIÓN TESTAMENTARIA: UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA (Karin J. ROBLES RAMOS).....	617
PROYECTO DE EXÉGESIS DE D.29.2.60 (Ramón P. RODRÍGUEZ MONTERO).....	633
LOS FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL CONCURSO DE LA HERENCIA (M. ^a DE Montserrat ROMAGUERA EDO).....	647
EL <i>MANDATUM POST MORTEM</i> DE ROMA AL DERECHO CIVIL MODERNO (Elena SÁNCHEZ COLLADO).....	655
HACIA EL <i>IUS TESTANDI</i> DE LA MUJER: EL COMPLEJO INSTRUMENTO DE LA <i>COEMPTIO TESTAMENTI FACIENDI GRATIA</i> (María SALAZAR REVUELTA).....	671
O DIREITO DAS SUCESSÕES - DO SENTIDO TRADICIONAL ROMANO AO SENTIDO CAPITALISTA DA ATUALIDADE (Aloísio SURGIK).....	689
EL <i>DE TESSERA FRUMENTARIA</i> , RARO EJEMPLO DE FIDEICOMISO DE ALIMENTOS (José Ángel TAMAYO ERRAZQUIN).....	709
LA PROTECCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS EN LOS PROCESOS DE ADULTERIO DE LA LEGISLACIÓN VISIGÓTICA: <i>LEX WISIGOHORUM</i> 3,4,12 Y 13 (Armando TORRENT RUIZ).....	725
ADQUISICIÓN SIN ENTREGA DE LOS BIENES HEREDITARIOS. FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DE NUESTRA REGULACIÓN (Carlos VARELA).....	755
CONSIDERACIONES SOBRE LA HISTORIA DE LA TUTELA TESTAMENTARIA (Esteban VARELA).....	773
ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: COMPARAÇÃO COM O DIREITO ROMANO (Maria VITAL y Laura MAPURUNGA).....	789

Prólogo*

Sra. Secretaria, Exc. Sr. Tugores, Decano de la Facultad de Derecho, Presidente de la AIDROM, Honorable Sr. Guardia.

Sras. y Señores:

Gratitud emocionada y disculpa sincera. Con estas palabras empezaba el Prof. Ricardo Panero muchas de sus intervenciones públicas, palabras que hoy tomo prestadas:

Gratitud a la Universidad de Barcelona, a la Facultad de Derecho, y a la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, por haber tenido a bien celebrar este acto aunando tres cosas que Ricardo Panero quería y respetaba: la Universidad, el Derecho y el Derecho Romano. Gracias no solo por la presencia de las instituciones a las que representan la Universidad de Barcelona —la Dra. Noguera—, la Facultad —el Dr. Pons—, y la AIDROM —el Dr. Murillo—, sino por su presencia a nivel personal. Es para mí un honor contar con ustedes, lo que hago extensivo a los demás miembros de la mesa: al Excelentísimo Sr. Tugores, y al Honorable Sr. Guardia.

Emocionada, pues, estoy hoy aquí y ahora, frente a ustedes, frente a vosotros, para disertar sobre Ricardo Panero, mi padre, mi maestro y, a pesar de tener un nudo en la garganta, voy a intentar hablar desde mi doble condición de hija y de discípula, dirigiéndome a ustedes, a vosotros, en nombre de su familia y de su cátedra.

Hace unos días, una hermana mía nos contaba que en su trabajo, durante un workshop, había tenido que hablar de nuestro padre. Y recordaba algo que yo desde que tengo uso de razón siempre le he oído decir a él: que en la vida solo le importaban tres cosas y por ese orden: su familia, el fútbol

* Intervención de la prof. Dra. Patricia PANERO ORIA en el transcurso del Acto Homenaje al catedrático emérito de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona, prof. Dr. Ricardo PANERO GUTIÉRREZ, celebrado el miércoles 5 de abril de 2017 en el Paraninfo del Edificio Histórico de dicha Universidad, y en el que intervinieron, además, la Secretaria general de la Universidad de Barcelona, prof. Dra. Belén NOGUERA, el exconsejero de la Generalitat de Cataluña, D. Josep GUARDIA, el presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, prof. Dr. Alfonso MURILLO, el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, prof. Dr. Xavier PONS, y el ex Rector de dicha Universidad, prof. Dr. Joan TUGORES.

y el Derecho Romano. Yo he tenido la inmensa suerte de poder formar parte no solo de su vida personal y familiar, sino también de su vida profesional, heredando de él su amor por el Derecho y por la docencia.

*Y una de las primeras cosas que aprendí de mi padre fue que, para ser un buen jurista, no basta con **aprender el Derecho**, sino que hay que **conocerlo**, y **comprenderlo** y qué mejor forma de comprender los conceptos jurídicos que remontarse a su origen: por ello, cuando nos planteábamos llevar a cabo este acto, lo primero que hicimos fue preguntarnos qué tipo de acto queríamos hacer, y cuál era su finalidad, para lo que, siguiendo esas enseñanzas, acudimos a su origen terminológico:*

El término acto, del latín actus, está vinculado con el de acción, como la capacidad de llevar a cabo una determinada tarea.

Ya teníamos el acto, —la tarea—, pero cómo lo calificábamos: ¿de acto homenaje?

La palabra homenaje proviene del provenzal homenatge y era utilizada en el contexto del feudalismo como primer paso de la ceremonia de homenaje e investidura por la que se establecía un vasallaje.

Fuera del contexto histórico, en la actualidad se utiliza el término para denominar la celebración de un acto público (civil, militar o religioso) en la que se «homenajea» o «rinda homenaje» a una persona o institución con motivo de alguna ocasión especial, entendiéndose por homenajear: agasajar, honrar, celebrar (... nos quedamos con el de honrar).

Hasta aquí cumplíamos con los dos requisitos exigidos para hablar de homenaje:

Teníamos la persona, Ricardo Panero, y teníamos la ocasión especial: mortis causa (su reciente fallecimiento), y aún mejor: la celebración en Barcelona del Congreso Internacional e Iberoamericano de Derecho Romano, organizado por la Asociación Iberoamericana de cuya junta directiva formó parte muchos años.

Sin embargo, estoy convencida de que mi padre, el Dr. Panero, hubiera preferido no hablar de acto homenaje y, si me lo permiten, les explicaré muy brevemente el porqué.

Hace unos años, cuando nos planteamos organizar al Dr. Panero un acto homenaje con motivo de su jubilación, a pesar de que tenía que ser una sorpresa, el texto que de la invitación fue redactado por él mismo y, como muchos recordaréis, decía así:

Cuando en mayo de 1963 tres personajes importantes controlaban el mundo en sus respectivas áreas: Kennedy, Krouchev y Juan XXIII, unos alumnos, que hacía cinco años habían inaugurado la nueva Facultad de Derecho de la UB, acababan su carrera. Eran los componentes de la llamada promoción Alfa-Pedralbes, de la que formaba parte el estudiante Ricardo Panero Gutiérrez. Al cumplirse el 50 aniversario de esta pro-

moción, sus amigos del Área, del Departamento, de la Facultad y de la Universidad creen oportuno recordarlo, reuniéndose durante una hora académica, para testimoniar el reconocimiento, respeto y cariño que por él sienten (2012/2013).

También concurrían los dos requisitos exigidos: la persona: esta vez un estudiante, Ricardo Panero (no el catedrático), y también el motivo: el 50 aniversario de la primera promoción que cursó la carrera en la nueva facultad (no su jubilación).

Y a pesar de ello, nos sugirió que mejor unos amigos acudían a su advocatio —llamada—, para testimoniar el cariño que por él sentían. No quería un homenaje, quería una advocatio inter amicos, y eso es lo que tuvo.

Siguiendo el iter que nos propuso el propio Ricardo Panero en aquella ocasión, hoy, casi cuatro años después, hemos creído oportuno, si me lo permiten, convocare concilium no para «homenajear» a Ricardo Panero, sino para «dissertare» sobre él. Volviendo al origen terminológico, la dissertatio latina, a pesar de admitir una pluralidad de significados, debe ser aquí entendida en su sentido más literal: «disertación», y esa dissertatio, como no podía ser de otra manera, debe ser accademica, entendiendo por academia, no la escuela de filosofía platónica, que curiosamente Justiniano clausuró en el año 529, por considerarla pagana, sino en su sentido más vulgar: el de casa donde se reúnen..., ¿quién? sus amigos, sus compañeros, su familia, para hablar —dissertare— sobre él. Y se reúnen aquí, en su casa, su Universidad, a la que quería, respetaba y por la que se preocupó durante toda su vida.

Porque si algo caracterizaba a mi padre, era, como me decía la semana pasada un catedrático de la facultad, que era una de las personas con más sentido institucional que había conocido.

Por ello, en el título de este acto reza, como pueden ver, el de DISSERTATIO ACCADEMICA AD PERPETUAM MEMORIAM EGREGII LEGUM DOCTORIS RICARDO PANERO.

*Si antes hablábamos de las tres cosas que más le importaban, dejando al margen las dos primeras, nos centraremos en la tercera: **su vida universitaria.***

Como él mismo decía muchas veces, su singladura universitaria se remonta a la noche de los tiempos y estaba orgulloso de haber pertenecido a la promoción «alfa-pedralbes», la primera promoción que cursó íntegramente la carrera de Derecho en el edificio de la Diagonal: eran tiempos en los que los alumnos se ponían de pie al entrar el catedrático, llevaban corbata, y ni se les ocurría tratar de tú al profesor; sin embargo, eso no le impidió disfranzarse de legionario romano, participar en Juicios Bufos, o jugar a fútbol en el vestíbulo de la facultad.

¡El deporte! Otra faceta vinculada a Ricardo Panero, su fútbol, su querido Universitario del que me consta también se hablará.

Después de aquellos días como alumno, se vinculó al área de Derecho Romano en el año 1966, donde ha permanecido durante medio siglo, hasta el año pasado, como catedrático emérito.

Esta vida universitaria también se puede vertebrar en tres grandes facetas:

La institucional, su faceta como romanista e investigador, y como docente.

*De su vida **institucional**, así como de su **trayectoria como investigador y como romanista**, hay presentes en esta sala voces mucho más autorizadas que la mía para hablar de ello, y me consta que así será,*

*Me ceñiré por tanto a la faceta que más de cerca conozco y «he sufrido»: la **docencia** en general y su **maestría** en particular.*

En relación a lo primero, la docencia, creo no equivocarme al afirmar que los alumnos han sido parte importante en su periplo académico, a los que, si bien siempre ha exigido respeto, educación y consideración, siempre ha tratado de la misma forma. Como él decía, a pesar de su clásica agresividad, histéricos chillidos, y nula confianza con ellos —que no en ellos—, exigió hasta el último día que le trataran de Usted y de Doctor (lo primero por viejo, y lo segundo por título), ello no ha impedido que le invitaran a acompañarles en numerosos actos deportivos, gastronómicos, lúdicos y académicos, como demuestra que dos meses antes de morir, el 13 de diciembre de 2015, estuviera en esta misma sala, acompañando a los alumnos de la promoción del curso 2012/2013 que se graduaban ese día, la última de las 45 promociones en la que impartió clases antes de su jubilación.

Muchos de ellos le han demostrado y me han demostrado, en lo público y en lo privado, un gran afecto, consideración y cariño. Y no me tiembla la voz al afirmar que fue un profesor que con su entusiasmo consiguió transmitir a muchos de sus estudiantes amor por el Derecho y por el Derecho Romano.

El otro día, ordenando papeles en el despacho de mi padre, encontré una carta remitida por una profesora aquí presente, en la que le enviaba unas fotos de una tesis a la que había sido invitado, y le contaba que había una página web —patatabrava.com— en la que se decía de él que era el Dr. House del Derecho Romano. El, que no sabía ni lo que era una página web, ni quien era el tal Dr. House, nos preguntó preocupado si eso era bueno o malo.

*Me queda lo segundo: su **escuela**, formada por todas las que estamos aquí y que han tenido a bien designarme como su portavoz. Sus «niñas» como las llamaba en casa, fuisteis para mi padre, todas, un arquetipo de algo tan romano como el officium, que para los no versados, es el conjunto de deberes y obligaciones entre personas ligadas por ciertos vínculos que exige actuar de determinada manera y del que la amicitia (amistad) y la fides (confianza) son dos claras manifestaciones.*

Habéis (hemos) sido parte de su vida, y él de las vuestras (nuestras) más de 30 años, nos tocó como profesor, y lo elegimos como maestro; nos enseñó a ser meticulosas y rigurosas en nuestros trabajos, el valor de las cosas bien

hechas, y nos transmitió su pasión por el Derecho, y por la docencia, su espíritu de sacrificio, su generosidad y su humildad.

Nos deja un gran legado material y personal: su trabajo sigue vivo entre nosotros a través de sus libros, los cuales hizo con pasión. Dedicó su vida al Derecho Romano y últimamente, estando ya enfermo, trabajó en la quinta edición de su manual, y consiguió acabarlo. Tenaz hasta el final.

No puedo olvidarme de los profesores Asociados del Área de Derecho Romano, los de ahora, y los de antes, profesionales del Derecho a los que les unía algo más que el compartir una asignatura.

A pesar de que me estoy limitando a hablar de su vida profesional, no puedo dejar de mencionar a su esposa, a quien muchos conocéis, pues le acompañó a muchos congresos de la Asociación y a quien conoció con tan sólo 16 años, y que permaneció a su lado siempre, hasta el último día de su vida, y que sufrió más con el nacimiento de su primer manual, que con los de sus cuatro hijos; hijos, de los cuales me consta, Ricardo, Paloma, Natalia, Ricardo Panero se sentía muy orgulloso.

Mi padre siempre me decía, desde que enfermó, que no podía más que dar gracias a Dios porque se lo había dado todo en esta vida, que había sido plenamente feliz, y yo me quedo con eso; con eso y con sus enseñanzas a nivel personal y profesional, porque tuvo en mí su mayor alumna.

*He hablado al principio de gratitud y de **disculpa sincera**.*

A lo primero, ya me he referido, si bien quiero reiterar a la mesa a la Dra. Noguera, al Dr. Pons, al Dr. Murillo mi agradecimiento por habernos ayudado a llevar a cabo este acto.

Al Excelentísimo Sr. Tugores al que mi padre conoció como estudiante y del que siempre contaba que aprendió una gran lección: que las cosas se demuestran con hechos, no con palabras: et non verba sed, facta. Gracias por su apoyo incondicional en todos los actos relacionados con mi padre (recordemos que tuvo a bien asistir y participar en el acto que realizamos con motivo de su jubilación).

Y al Honorable Sr. Guardia gracias por su presencia hoy aquí entre nosotros, y por su amistad durante más de 30 años. El Sr. Guardia, además de un gran jurista como demuestra el que fuera Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, o Conseller de Justícia de la Generalitat, tenía cita obligada todos los sábados con mi padre y con su querido Universitario. Compartieron viajes por Europa allí donde hubiera equipos universitarios dispuestos a desafiarles, largas sobremesas jugando al dominó, y ratos agradables en los que «aguantaban» estoicamente que mi padre se metiera con ellos, eso sí, en verso...

También quiero agradecer en nombre de mi familia, y de sus discípulas vuestra compañía hoy aquí a todos, al personal de Administración y Servicios, a los profesores, a los compañeros de la romanística y de otras disciplinas, a los miembros de Departamento, y del Área, estudiantes y amigos. Es un honor vuestra asistencia, y me llena de orgullo la amistad y el cariño que

le profesasteis y que habéis demostrado, no solo con vuestra presencia, sino haciendo posible la realización de este acto.

*Aún les debo la **disculpa sincera**, primero, porque las palabras que he dicho sobre Ricardo Panero, sobre mi padre, han sido dictadas en su totalidad por lo que García de Goyena, en su proyecto del Código Civil de 1851 llamó, hablando de la prohibición de las donaciones entre cónyuges, los extravíos del cariño, y lo segundo por no haber sido capaz de hacerlo con mayor entereza.*

Y para terminar, un ruego: que no le olviden, que no le olvidéis, ya que como me dijo hace unos meses una compañera de la facultad, el Dr. Panero vivirá mientras lo recordemos.

Señoras, Señores, amigos todos: muchas gracias por su atención.

Fundamentos romanísticos de la protección de la *pars legítima* y la regulación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, con relación a la acción de reducción de las donaciones inoficiosas *inter vivos*

Mirta BEATRIZ ÁLVAREZ*
Universidad de Buenos Aires

I. INTRODUCCIÓN

La evolución hasta el reconocimiento de la legítima en Roma corre paralela a la evolución de la concepción de la familia: desde la familia agnaticia monolítica con un criterio de unidad patrimonial y sujeción a los poderes del *pater*, a la familia consanguínea doméstica, que comienza a perfilarse a través de las protecciones pretorianas, hasta alcanzar con el cristianismo el carácter de protección total hacia los miembros.

Conforme Paulo en D. 28,2,11 y Gayo, II,157, los hijos son los dueños de la sucesión, que se caracteriza por la indivisión hereditaria (*consortium hereditarium non cito*). Pero se puede desheredar a los que se puede matar.

El Testamento es, según D'Ors¹, uno de los cuatro logros del genio jurídico romano (junto con la distinción entre propiedad y posesión, la justa causa y los contratos consensuales). En el testamento, la institución de herederos se realiza para que se ejecuten las mandas (legados).

Girard² define tres clases de sucesiones: testamentaria, *ab intestato* y sucesión conferida *contra* el testamento.

* Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Profesora Titular de la Cátedra de Derecho Romano. Investigadora Categorizada UBA. Directora de la Carrera de Abogacía de la Universidad de Flores.

¹ A. D'ORS, *Cuatro logros del genio jurídico romano*, La Ley, Tº 1984 B, 597 s., Buenos Aires. 1984.

² GIRARD citado por J. CAREMES FERRO, *Curso de Derecho Romano*, 10.ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1976 p. 578, nota 2.

D'Ors³ distingue dos tipos de herederos: los *necesarios*, que lo son respecto a sí mismos y, por consiguiente, no pueden repudiar la herencia y, por otra parte, los herederos *forzosos o legitimarios*, que lo son con respecto al testador.

Hay autores que distinguen la sucesión forzosa formal, que solamente defiende al heredero olvidado (preterido) de la sucesión forzosa material, en la que se reserva una cuota a determinados herederos, que se considera impuesta por ley⁴.

El Derecho civil reconoce preferencia a determinados descendientes contra la voluntad testamentaria (García Garrido citando a La Pira).

La desheredación, en el supuesto de los hijos varones *sui*, debe ser nominativamente (D. 28,2,1 y 2 y Gayo, II,128). En cambio, en el caso de hijas mujeres y demás descendientes, la desheredación podía ser *inter ceteros* (Gayo, II,128).

En el Derecho pretoriano, la desheredación de los varones *sui* o emancipados debe ser nominativamente, y en el caso de los demás *liberi, inter ceteros*.

Las excepciones a estos principios se daban en el testamento de los militares y en el de los ascendientes maternos, que no tienen *heredes sui*.

En el Derecho justiniano, en cambio, conforme C. 6,28,4, todos deben ser desheredados o instituidos nominativamente.

II. EL DERECHO ROMANO. EVOLUCIÓN

1. Derecho civil

Como podemos deducir del fragmento de Pomponio en D. 50,16,120 (referido a la Ley de las XII Tablas): «Lo que el *pater* disponga sobre su patrimonio y la tutela de su hijo, sea ese el derecho».

Para Miquel⁵ la primera sucesión prevalente fue la de los *heredes sui*. Por la necesidad de evitar la fragmentación de un patrimonio agrícola, se debió llegar a la institución de heredero por testamento, imponiéndose la obligación de desheredar a los demás *sui*, expresamente. La institución y la desheredación son dos caras de un mismo hecho.

La desheredación consiste, para el autor citado, en la expropiación en la continuación de la propiedad por parte de los hijos.

³ A. D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1975, p. 308.

⁴ F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 258, afirma: «La distinción entre Derecho hereditario forzoso, material y formal es demasiado desdichada para que merezca ser mantenida».

⁵ J. MIGUEL, *Curso de Derecho Romano*, Barcelona, PPU, 1987, p. 177.

Schulz⁶, en cambio, opina que si fuera la desheredación una expropiación, debería colocarse antes de la institución de heredero para «abrir la» y no, a continuación (Ulpiano en D. 28,5,1, menciona que Trajano había establecido que se podía desheredar al hijo nominativamente, antes de la institución de heredero).

Basada en la copropiedad de la familia, se debe instituir o desheredar (Ulpiano, Reg. 22,14). No hay porción determinada.

Los hijos deben desheredarse nominativamente (aunque también con maldición conforme Marciano, D. 28,5,48,1). Los demás, *inter ceteros*.

Si ocurría preterición (*praeter ire*: pasar por encima, pasar por alto), podían ocurrir distintos supuestos, según quien fuera preterido.

i) Hijo varón bajo *patria potestas* (Gayo, II,123), el testamento es nulo *ab initio*. En este supuesto, los sabinianos estimaban que el testamento era nulo, aunque el hijo premuera al *pater*. Los proculeyanos sostenían que el testamento era nulo, solo si el hijo subsiste al *pater*.

ii) Restantes *sui* (Gayo, II,124), El testamento es válido, pero concurre con los instituidos (*ius ad crescendi*). «Esta es una de las excepciones a la regla *nemo pro parte testatus por parte intestatus decedere potest*». Si el instituido es *sui*, cada preterido obtiene una porción viril. En cambio, si el instituido es un extraño a la familia, la mitad de la herencia se atribuye conjuntamente a los preteridos.

iii) El hijo póstumo (cualquiera sea su sexo o grado) provoca la nulidad del testamento (*ruptum*).

Los herederos preteridos eran «como si hubieran sido instituidos herederos», por tanto, se producen los mismos efectos que para los herederos: son responsables de los legados (C. 6,23,4).

2. Derecho pretoriano

El pretor extiende la protección a los *liberi* (*sui* o emancipados). Los varones *sui* o emancipados, deben desheredarse nominativamente. Y las hijas y nietos, *inter ceteros*.

El pretor concede la *bonorum possessio contra tabulas* (*cum re*), que se imponía al *ius civile*.

Los *bonorum possessores* no quedan ubicados como herederos (como en el Derecho civil), sino «en el lugar de herederos» (*loco heredis*, Gayo III,32).

Protege a los *liberi* como en la herencia *ab intestato* (*unde liberi*). Los emancipados son protegidos a través de una ficción «como si la *capitis deminutio* no hubiera ocurrido y por ello fueran *sui heredes*» (Paulo, D. 37,1,61 y Ulpiano, D. 37,4,3,5).

⁶ F. SCHULZ, *Derecho Romano...*, cit., p. 256.

Los hijos dados en adopción, por pertenecer a otra familia agnaticia, son considerados extraños, salvo que mientras viviera el padre natural, hubiesen sido emancipados por el *pater* adoptante (Gayo, II,135).

El efecto de la *bonorum possessio* es *cum re*. Esto significa que el pretor los protegía, aún contra la petición de herencia hecha por los herederos instituidos en el testamento, otorgándole una *exceptio doli* (Gayo, II,125).

Los *liberi* desheredados no pueden pedir la *bonorum possessio contra tabulas*.

Con la protección otorgada por el pretor, no cae el testamento. Los legados a ascendientes, descendientes y mujer o nuera, deben cumplirse. Son válidas las sustituciones pupilares y las manumisiones.

3. *Querella*⁷ *Inofficiosi testamenti*

Su aparición puede ubicarse al final de la República, pero es estable a partir de Trajano⁸.

García Garrido⁹ sostiene que para los herederos civiles correspondía interponerla ante el Tribunal de los Centumviros, para los herederos pretorianos, ante el Tribunal *Septemviri* en Roma, y ante el gobernador, en las provincias.

Definida por Paulo en Sentencias 4,5,1: «Se llama testamento inoficioso porque, habiendo sido desheredados en vano los hijos, parece que no ha sido escrito según oficio (deber) de piedad».

Gayo no se refiere en su obra a la querella. Parece desconocida para Cicerón.

Se concede contra quien, de manera injustificada, procedía a desheredar o preterir a sus hijos.

Se trata de un remedio procesal extraordinario y excepcional. El fundamento no es jurídico, sino moral: faltar al *officium pietatis* por haber redactado el testamento bajo los efectos de *color insane* (Marciano, D. 5,2,2; I. 2,18, pr.).

Por este deber de piedad, el testador debe dejarle una cantidad determinada de bienes, que en términos modernos, podríamos denominar *legítima*.

i) Pueden iniciarla:

⁷ A. D'ORS, *Elementos...*, cit., p. 322 afirma: «En el momento de su aparición había caído ya la ortografía *querela* (que mantienen algunos autores modernos con cierto anacronismo)».

⁸ F. SCHULZ, *Derecho Romano...*, cit., p. 263 y afirma que su desenvolvimiento fue debido a la práctica del tribunal de los *Centumviri*.

⁹ M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, Madrid, Dykinson, 1993, p. 918.