

## SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO CIVIL ROMANO Y EL DERECHO CIVIL CONTEMPORÁNEO

Por J. Jesús LEDESMA URIBE

Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM

### 1. *Introducción.*

EN ATENCIÓN A LOS MOVIMIENTOS DE REFORMA UNIVERSITARIA, con mucha razón se ha preguntado recientemente si el Derecho romano cumple o no una verdadera función educativa de la mente jurídica del joven estudiante. Nosotros hemos considerado que el aspecto formativo de la disciplina queda patente en toda su importancia, cuando se produce un acercamiento entre Derecho romano y Derecho contemporáneo,<sup>1</sup> especialmente tratándose del Derecho privado, aun cuando no sólo del Derecho civil.<sup>2</sup>

Por lo anterior nos ha parecido muy interesante ir tratando de hacer algunos intentos que, aun cuando puedan parecer provisionales, nos permitan por el momento tener una primera visión de este importante aspecto de la enseñanza universitaria *ius-romanista*.<sup>3</sup>

Cuando el estudiante aprecia la importancia y el número de los llamados sectores vivos del Derecho romano, comprende con gran facilidad por qué la impartición de esta materia en las Escuelas de Derecho obedece a imperativos que derivan de la necesidad de conocer la génesis, evolución y cristalización de muchas de nuestras instituciones vivas en materia jurídica.

Desde el punto de vista histórico, debe reconocerse que el Derecho es una realidad cultural que evoluciona, a veces progresiva y a veces regresivamente, de acuerdo con una serie muy compleja de fenómenos de la más diversa índole, que a veces le imprimen su propia fisonomía.

Hasta ahora el Derecho, como elemento de la cultura de una nación, no ha sido aún estudiado en los múltiples procesos de formación y

<sup>1</sup> Este aspecto lo hemos tratado con amplitud en nuestra tesis doctoral: *El usufructo en Derecho romano y actual: Usufrutto nel Diritto Romano e nel Diritto Attuale*, Roma, trabajo universitario, agosto de 1967.

<sup>2</sup> Como es sabido, salvo pocas excepciones, las instituciones jurídicas de los romanos en materia de Derecho mercantil no han sido objeto, hasta ahora, de las investigaciones de los especialistas.

<sup>3</sup> En Italia existe ya un intento positivo de localizar los antecedentes romanistas del propio Código civil, hecho por el profesor De Marzo hace varios años, y quizás en breve de próxima reaparición.

conformación que presenta a la vista del historiador, procesos que unas veces, más o menos visibles y otras en forma velada, se entrecruzan o corren paralelos en esa incesante evolución de la ordenación jurídica de las colectividades.<sup>4</sup>

Ya la sociología de la cultura nos muestra esas tendencias visibles en todos los pueblos hacia la diferenciación de los diversos valores sociales, que naciendo primitivamente mezclados, van diferenciándose con el correr de los siglos.<sup>5</sup>

Basta dar una ojeada histórica a la evolución del Derecho civil, para apreciar cuántas e importantes materias se han ido desprendiendo de su tronco, para dar vida a múltiples disciplinas cuya autonomía es en nuestro tiempo de una indiscutibilidad cierta.<sup>6</sup>

Si revisamos, verbigracia, el Derecho penal en su trayectoria histórica, podremos apreciar cómo de unos pocos delitos existentes en el Derecho antiguo, se han configurado muchas figuras en nuestros sistemas vigentes.<sup>7</sup>

La razón es bien sencilla de encontrar, a la multiplicidad y complejidad de las necesidades sociales, el Derecho corre y lo hace tratando de acomodarse a ellas, incluso a veces de manera algo retardada. Hemos de notar cómo el Derecho privado evoluciona con mucha mayor lentitud del público, y cómo dentro del propio Derecho privado, materias técnicas, como la teoría de las obligaciones y del contrato, se mueven muy lentamente.

Lo que ocurre es que el Derecho romano, en ciertas materias, como por ejemplo tratando de las obligaciones o de algunos contratos, ha enunciado principios que contienen verdades de validez permanente que derivan de la naturaleza misma de las relaciones jurídicas, y que por lo mismo se desentienden definitivamente de la experiencia.<sup>8</sup> Pensemos, por ejemplo, en el principio según el cual para lograr una cesión de créditos se precisa solamente hacer sabedor de este suceso al deudor, y como, contrariamente, para llevar a cabo una cesión de deudas se necesita el consentimiento claro e inequívoco del acreedor.

<sup>4</sup> Excepción hecha, por ejemplo, de los procesos de laicización y consensualismo del Derecho romano.

<sup>5</sup> Cuán variadas y heterogéneas son las disposiciones que en la más remota antigüedad se encuentran contenidas en los cuerpos legales. Ver por ejemplo las leyes de Hammurabi.

<sup>6</sup> Como lo son el Derecho mercantil, el Derecho propio de las relaciones laborales, parte del Derecho penal y muchas materias propias de la técnica jurídica contenidas en el Derecho civil de los romanos.

<sup>7</sup> Esta angustiosa situación se explica, en parte, por la estructura y naturaleza de nuestro sistema de Derecho, de tipo romano-germánico, para el cual la derogación legislativa precisa de un tratamiento mucho más complicado del que debe llenarse en otros sistemas, en este sentido más flexibles. Piénsese también en la naturaleza moral e ideal del Derecho frente al desarrollo de las ciencias técnicas que en nuestra sociedad actual han alcanzado una velocidad impresionante.

<sup>8</sup> Se trataría de verdaderos juicios analíticos, es decir, de verdades valederas con independencia de la experiencia.

El principio que enunciamos arriba es en sustancia ajeno a la evolución jurídica, ya que implica un descubrimiento necesario al correcto funcionamiento de lo que en Derecho se entiende por crédito, de tal manera que la historia del Derecho puede mostrarnos diversos procedimientos conforme a los cuales se practicaba esa notificación o se expresaba ese consentimiento, pero en afirmaciones de tal validez, podemos asegurar que no es posible la historicidad porque el principio ha alcanzado un grado de autosuficiencia.

## 2. *Notas para un estudio sobre la formación y la conformación del Derecho privado romano*

Sabemos cuán difícil es iniciar un estudio que pretenda analizar cómo se formó y conformó el Derecho privado romano a través de más de dos mil años de evolución.<sup>9</sup>

Por el momento pretendemos solamente fijar algunas ideas que posteriormente puedan conducirnos a una investigación más profunda y completa. Antes que otra cosa, debemos precisar el concepto de proceso en este sentido histórico, ya que arriba hemos dicho que el Derecho evoluciona a través de diversos procesos de formación y conformación. Por proceso debemos entender una sucesión o secuencia homogénea de movimientos en la evolución jurídica, que producen una transformación de las instituciones jurídicas.

Muchos y muy variados son los factores que coadyuvan a esa sucesión de las estructuras de Derecho. En el caso de Roma se ha hablado con frecuencia de filosofía griega, cristianismo, orientalismo, etcétera.

Es cierta, sin duda, la presencia de todos esos factores en los procesos a que nos estamos refiriendo, solamente que lo que resulta interesante es que los autores y especialistas no se hayan ocupado sino de esos elementos y no de los procesos mismos.<sup>10</sup> Por ahora haremos algunas afirmaciones que encontrarán su corroboración en el esquema que presentamos en la parte final de este pequeño estudio.

El Derecho romano se ha ido laicizando a partir de la época de las leyes de las Doce Tablas, hasta el año 304 a C.<sup>11</sup> A pesar de que en épocas posteriores encontramos varios elementos que nos permiten pensar que este proceso, lejos de haber concluido, solamente ha recorrido una parte de su camino.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Si pensamos que del 753 a.C. al 1453 d.C. corren más años de los que a la fecha han transcurrido en lo que va de nuestra era actual.

<sup>10</sup> Véase la nota 4.

<sup>11</sup> Momento del legendario *Ius Flavianum*.

<sup>12</sup> Esto nos lo comprueba, por ejemplo, la división de las cosas, que separa a las "religiosas" de las que no lo son.

Encontramos también en el Derecho de Roma una visible tendencia hacia lo que se puede denominar la publicización del Derecho originalmente privado, lo cual es especialmente visible en materia de Derecho procesal y de Derecho criminal. En materia de personas y familia, encontramos pronto mermadas las facultades omnímodas que el Derecho arcaico concedía al *pater familias*, de modo que en épocas sucesivas la *domus* ya no parece, en modo alguno, ser una "pequeña república".<sup>13</sup>

La materia jurídica se ha ido separando lenta, pero seguramente, de otras, tales como la religión, la magia y las meras prácticas sociales. La rapidez con que se ha desarrollado este proceso de aislación, es ciertamente una de las razones a las que se debe la segura evolución del Derecho de Roma, tan sólida y patente, única en el mundo antiguo.<sup>14</sup>

La filosofía griega ha dejado un importante sedimento en la transformación de las concepciones de Derecho de la primera edad de la república. Así, el pragmatismo de los romanos no les ha permitido construir tipos generales o conceptos universales, sino que les ha llevado a contemplar sólo los tipos singulares de cada figura.

El concepto que la época clásica tuvo de Derechos subjetivos,<sup>15</sup> nos presenta a esta entidad unida sustancialmente al concepto de las acciones, de ahí que pululen con tal proliferación las acciones en esta época del Derecho, y no así en el periodo posterior en el que poco a poco se había introducido, merced a la cultura helénica, la categoría de la generalidad que ya permite a Gaio proporcionar a los jóvenes, a los que dirige sus *Comentarii*, un importante acervo de definiciones que, por el contrario, un jurista de la época pre-clásica no hubiese nunca concebido.

Es seguro que el cristianismo y el estoicismo han aportado su propia contribución en la configuración ulterior del Derecho de las personas y en el de las sucesiones, principalmente.<sup>16</sup>

En general, el Derecho de familia es una de las zonas del Derecho de Roma que mayor transformación muestra. Lo anterior obedece ciertamente a la radical evolución que esas fuerzas innovadores han dejado en la materia más humana del Derecho, en la región de la normación jurídica que más se encuentra vinculada con la concepción moral y filosófica del ser humano.

<sup>13</sup> Como se sabe, ésta era aquella consideración arcaica de la *domus*.

<sup>14</sup> Especialmente si pensamos en Derechos como el egipcio o inclusive el griego, que evolucionaron lenta y tímidamente frente al romano.

<sup>15</sup> Hablamos intencionalmente en plural para ser congruentes con la afirmación anterior de que los conceptos generales son posclásicos.

<sup>16</sup> De sobra conocidos son los estudios de Troplong, Riccobono y Biondi, más recientemente, que acreditan sobradamente esta postura.

El Derecho romano, igual que todos los Derechos del mundo antiguo, ha nacido especialmente apegado al mundo de lo material.<sup>17</sup> No obstante a este propósito, Roma muestra un fenómeno insólito que no encontramos en el caso de las otras culturas antiguas; es decir, entre los romanos, relativamente pronto, el Derecho se ha desmaterializado, entrando en un terreno más psicológico y espiritual, siendo por esto el primer ejemplo que la historia general del Derecho nos muestra en este sentido. Ténganse presente instituciones como la de la *Quasi Traditio* y las *traditio longa aut brevi manu*, el concepto de *quasi possessio vel possessio iuris*, el desarrollo de los contratos consensuales, libres del formalismo requerido inicialmente, y será apreciada en seguida la validez de la tesis que pretendemos sostener.

En íntima comunión con el proceso de desmaterialización del Derecho de Roma, se nos presenta el del desarrollo del consensualismo en detrimento del formalismo contractual, especialmente.

De esta manera encontramos uno de los más interesantes y fascinadores capítulos de la historia del Derecho en la labor del pretor romano, que teniendo a los particulares como coadyuvantes, logran a la postre la más completa victoria que pudiera esperarse, en beneficio de la libertad de formas en materia de la contratación, con el desarrollo de los pactos, de los contratos llamados innominados y con el funcionamiento de los contratos consensuales, últimos en nacer, pero más próximos, sin embargo, a este espíritu que anima a todo el Derecho de la contratación romana.

De pura estofa romana, el tema de la escasez de formas en la época arcaica. De enorme interés el apreciar cómo el pueblo romano, dotado de una imaginación jurídica de tipo práctico que no conoció jamás el griego, pudo, a través de los llamados "negocios imitados" dar desahogo a sus necesidades, hasta que el Derecho pretorio y el mismo Derecho civil se fueron ocupando de ir dotando de multiplicidad y flexibilidad al número de instituciones jurídicas.

Desde el punto de vista del ámbito personal de validez del Derecho objetivo, se aprecia también lo que podríamos llamar el proceso de internacionalización del Derecho, primero limitado a los ciudadanos romanos exclusivamente, pero poco a poco extendido a los *peregrini*, y ya en el siglo III de nuestra era, a todos o casi todos los habitantes del inmenso imperio.<sup>18</sup>

Desde luego que un estudio completo de esta materia debiese comenzar por examinar la validez de esta serie de procesos con riguroso apego a las fuentes jurídicas y literarias que han llegado a

<sup>17</sup> El formalismo, ampliamente estudiado por JHERING, en su inmortal *Espritu del Derecho Romano*, es en favor de esta idea, hoy considerada como irrefutable por la romanística.

<sup>18</sup> De acuerdo con la interpretación que se dé al *Papiro Giessen*.

nosotros, para emprender seguidamente la complicada tarea de precisar qué relación se puede establecer entre todos ellos a través de las diversas épocas del desarrollo histórico del Derecho romano.

De esta manera estimamos que se puede dar al estudio de un Derecho histórico una visión útil y de efectivo resultado, que además ilumina directamente nuestras instituciones vigentes.

### *3. Esquema comparativo entre el Derecho privado de Roma y el Derecho contemporáneo privado*

Presentamos seguidamente un primer intento de esquema en esta materia, que presenta sintéticamente una visión de las diferencias que pueden precisarse entre el Derecho romano y el Derecho contemporáneo privado, tratando de indicar, de la misma manera, las semejanzas que se derivan de la propia comparación.

Se ha evitado la insistencia de referencias a diversos periodos del Derecho romano, para no recargar excesivamente el diagrama con explicaciones cronológicas, no obstante debe ser considerado el Derecho romano como un ente en evolución y no como una realidad estética.

## CUADRO DE LAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CONTEMPORÁNEO EN MATERIA DE PERSONAS

### SEMEJANZAS

1. El concepto de persona como sujeto capaz (de goce) de derechos y obligaciones, referido tanto a las personas físicas como a las colectivas.
2. Los nociones de capacidad de goce y de ejercicio como elementos de la personalidad, así como los diversos atributos de la persona: nombre, domicilio, estado civil, patrimonio (aun cuando en relación con este último, sólo en el Derecho posclásico se consideró como atributo de la persona).
3. La ficción de considerar como persona al no nacido. La idea de que la personalidad se extingue con la muerte.
4. El registro de los nacimientos para probar dicho fenómeno, así como el respectivo estado civil.
- 5.
6. La noción de ciudadanía como un complejo de facultades y deberes, así como la idea de que no se pueden tener simultáneamente dos o más nacionalidades. La concesión de la nacionalidad por *ius sanguinis* o por naturalización.
7. La idea de que el ciudadano goza de atribuciones que no le pertenecen al extranjero, concediendo, no obstante a este último, el derecho a acudir a los órganos judiciales.

### DIFERENCIAS

La amplitud del concepto, ya que al existir la institución jurídica de la esclavitud, no todo hombre es persona en Derecho.

Restricciones y limitaciones para conceder la personalidad a los entes colectivos. En materia de patrimonio antes del Derecho posclásico se concede en forma limitada al hijo de familia.

La tendencia, aunque aislada, de considerar a la persona del difunto prolongándose después de la muerte. Diferente sistema en materia de presunción de conmorienencia.

La consideración de que la plena personalidad se adquiere sólo con la existencia de los tres *status*. Las disminuciones de la personalidad por pérdida de los *status familiae, civitatis y libertatis*.

Las variadas formas intermedias existentes entre la plena ciudadanía y la plena extranjería, que proceden de una especial concepción del Derecho público. La inexistencia del principio de adquisición de la nacionalidad por *ius soli*.

## DIFERENCIAS

- 8.
9. La responsabilidad penal de los administradores de las personas colectivas. El sistema de la sociedad de responsabilidad ilimitada que se aprecia en materia de peculios.

## SEMEJANZAS

Las nociones de *infamia e interdictio aquae et ignis*.



## CUADRO DE LAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CONTEMPORÁNEO EN MATERIA DE FAMILIA

### SEMEJANZAS

1. La concepción de la familia como el conjunto de personas que descienden de un tronco común y que están sometidas a una misma potestad.
2. La noción del parentesco, especialmente tratándose del llamado por cognación, afirmada definitivamente con Justiniano. Igualmente la noción de parentesco por afinidad.
3. La obligación de suministrar alimentos entre parientes, en determinados grados.
4. La división de las personas en razón de su capacidad o incapacidad de ejercicio.
5. La concepción de la patria potestad como una relación jurídica bilateral establecida en beneficio de ambas partes.
6. El usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos. Aunque en Roma este derecho pertenecía sólo al *pater* como hoy se establece en una minoría de códigos, pues la mayor parte lo conceden a ambos progenitores.
7. La consideración del matrimonio como fuente genuina de la patria potestad. Igualmente el sistema de presunciones para establecer la filiación de los hijos nacidos de matrimonio.
8. La legitimación y la adopción como formas de establecer la patria potestad.

### DIFERENCIAS

- La concepción de la familia como una entidad política sustraída a la jurisdicción del Estado.
- El reconocimiento, en época clásica, del parentesco por agnación en forma exclusiva por el Derecho civil.
- La división de las personas en *sui iuris* y *alieni iuris*, como resultado del concepto de potestad familiar que campea en el Derecho romano clásico de familia.
- La noción primitiva de la patria potestad como un vínculo unilateral, expresión de un poder ilimitado del *pater familias*.
- El instituto de la adrogación ya que al desaparecer la diferencia entre *sui iuris* y *alieni iuris*, no tiene razón de ser.

## SEMEJANZAS

## DIFERENCIAS

- |  |   |
|--|---|
| 9.   | La posibilidad, al menos en el Derecho antiguo, de desconocer arbitrariamente al hijo por parte del <i>pater familias</i> ( <i>tollere liberos</i> ). La imposibilidad de investigación de la paternidad. |
| 10.  | La exposición del hijo no extinguía la patria potestad como ocurre hoy en día.  |
| 11. El régimen jurídico de los esponsales.   |   |
| 12. La coexistencia de las uniones monogámicas del matrimonio y del concubinato, sin embargo en Derecho romano el concubinato estaba dotado de un grado de licitud y de aceptación social, que en nuestro Derecho aún no existe. |   |
| 13. El carácter monogámico, consensual y disoluble del matrimonio (al menos en la mayor parte de las legislaciones). Así como el sistema de requisitos y de impedimentos para su celebración.                                    | La diferencia entre matrimonio con y sin manu. La institución actual se asemeja más, como es evidente, al segundo.  |
| 14.  | No reconoció el Derecho romano el adulterio cometido por el marido.   |
| 15. Libertad para tomar estado a partir de la abolición de las Leyes Caducarias, en época de Constantino.  |   |
| 16. El sistema de la dote se conserva aún en el Derecho contemporáneo, así como la prohibición de donaciones entre consortes.  | Las instituciones de las donaciones ante <i>nuptias</i> y <i>propter nuptias</i> poseen en Derecho romano un sentido que ya no existe.  |
| 17. La prohibición de libre contratación entre consortes.  |   |
| 18. Las medidas de precaución que adopta el Derecho, en caso de segundas nupcias, para evitar confusión en la paternidad y para proteger los bienes de los hijos del matrimonio anterior.  |   |

## SEMEJANZAS

## DIFERENCIAS

- |   |  |
|---|--|
| 19. El sistema de disolución del matrimonio, existente en diversa medida en la mayor parte de las legislaciones actuales, como resultado del carácter eminentemente consensual del Instituto. |  |
| 20. Protección de los incapaces de ejercicio a través de los tres tipos de tutela, incluyendo la mayor parte de las legislaciones el estado de interdicción del pródigo.                      | El criterio de diferencia entre tutela y curatela, así como la desaparición de la tutela fiduciaria derivada del patronato.  |
| 21. Las diferentes medidas de protección que establece el Derecho a favor del pupilo contra malos manejos del tutor.  |  |
| 22. La tutela de las mujeres que conoció el Derecho en la época clásica, fue abolida en los primeros siglos de la era cristiana.  | La tutela en el Derecho actual comprende también a la persona y educación del pupilo, y ya no tiene sentido la posibilidad dual de actuación del tutor.                                      |
| 23.   | No existe ya una incapacidad parcial para los menores de 25 años.  |
| 24. El actual instituto de la emancipación corresponde al romano de la <i>venia aetatis</i> , y no a la emancipación romana que no existe en el Derecho actual.                               |  |
| 25.   | Aun cuando existen en las fuentes romanas normas expresas para resolver el problema de la ausencia, no se construyó en esta materia el sistema de presunciones que conoce el Derecho actual. |

## CUADRO DE LAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CONTEMPORÁNEO EN MATERIA DE BIENES

### SEMEJANZAS

1. El concepto del patrimonio y su consideración como un atributo de la persona. La noción de cosa u objeto de Derecho.
2. Las nociones de derecho real y personal, base de la dogmática civilística en la materia, así como la idea de que los derechos reales forman un *numerus clausus*. La división de los derechos reales de goce y de garantía.
3. La clasificación de las cosas con exclusión de los criterios de "Derecho divino" y de las cosas *mancipi*.
4. El sistema posesorio y su diferencia dogmática frente a la propiedad, por más que algunas legislaciones, siguiendo el pensamiento de Ihering, no exijan el *animus* para configurar la posesión. La noción de la *quasi* posesión.
5. La diferencia procesal entre interdictos posesorios y acciones.
6. La concepción de la propiedad como un derecho real de goce, exclusivo pero limitado por una serie de figuras entre las que destaca la expropiación.
- 7.
- 8.

### DIFERENCIAS

- El patrimonio como atributo de los *alieni iuris* no existió sino hasta que se configuró el sistema de los peculios.
- Al igual que el resto de los derechos subjetivos, los reales y personales se concebían a través de sus respectivas acciones.
- El dualismo del Derecho clásico entre propiedad quirritaria y propiedad bonitaria o pretoria.
- El dominio geográfico de la propiedad hacia el subsuelo y hacia la columna de aire sobrestante que las legislaciones actuales ya no reconocen.
- El concepto de la propiedad provincial como un sistema posesorio dotado de acciones reales.

## SEMEJANZAS

9. El sistema de la cotitularidad de la propiedad o copropiedad, y la idea de la división como derecho de los copropietarios.
10. Los modos de adquirir la propiedad han pasado al Derecho contemporáneo, con excepción de la *mancipatio* y la *in iure cessio*. La *occupatio* ha sido limitada por los reglamentos administrativos, la adquisición del tesoro y el régimen de la accesión se conciben más o menos en la misma forma que lo hizo el Derecho de Roma. Lo mismo puede decirse en líneas generales respecto a la *traditio*, a la *usucapio* y a la *lex*.
11. La división de la servidumbre en reales y personales. En especial el usufructo, el uso y la habitación han sido recibidas por el Derecho actual como fueron entendidas por la concepción justiniana.
12. La prenda y la hipoteca como derechos de garantía sancionados por acciones reales.

## DIFERENCIAS

Aun cuando el Derecho romano ofrece ejemplos de derechos de preferencia, no deriva de él el derecho al tanto.

De los modos de adquirir la propiedad no ha pasado al Derecho contemporáneo ni la *mancipatio* ni la *in iure cessio* propios de la mentalidad romana anterior al periodo de Justiniano.

Las servidumbres legales no fueron conocidas por el Derecho romano.

El Derecho romano no conoció el sistema de registro público del que deriva el instituto de la oponibilidad. No han pasado al Derecho actual, en términos generales, las hipotecas tácitas y preferentes que proliferaron en Derecho romano.

## CUADRO DE LAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CONTEMPORANEO EN MATERIA DE SUCESIONES

### SEMEJANZAS

1. El concepto de la sucesión, por causa de muerte, de los derechos y obligaciones transmisibles.
2. La sistemática de las tres posibles vías sucesorias: testamentaria, legítima y oficiosa.
3. El sistema de capacidad para testar —*testamenti factio* activa— y de la capacidad para heredar —*testamenti factio* pasiva.
4. El principio de que la vía testamentaria es predominante sobre la vía legítima siempre que se respeten los derechos alimentarios.
5. En materia de sucesión legítima, principio de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, las nociones de herencia por cabeza y herencia por estirpe.
- 6.
7. El concepto de testamento como un acto unilateral, personalísimo, revocable y solemne.
8. La necesidad de la forma. La diferencia entre testamentos ordinarios y extraordinarios.

### DIFERENCIAS

- El dualismo entre sucesión de Derecho civil y sucesión pretoria o *bonorum possessio*.
- El principio de la no coexistencia en Derecho romano de la vía testamentaria con la legítima.
- Como consecuencia del tardío reconocimiento del parentesco por cognación, en épocas anteriores a la posclásica, no se reconoció a todos los parientes, el derecho a la herencia, aun cuando se atemperó este rigor por las *bonorum possessiones* ofrecidas por el pretor.
- Las diferentes categorías de herederos necesarios, de lo suyo y voluntarios.
- No es ya esencial la institución de heredero para la configuración del testamento, pudiendo agotarse el caudal hereditario en legados. Han desaparecido las consideraciones psicológicas y románticas del testamento romano.

## SEMEJANZAS

## DIFERENCIAS

- |   |  |
|---|--|
| 9. El sistema de la adquisición de la herencia bajo el régimen del beneficio de inventario.   | La abolición de la <i>cretio</i> en la adquisición de la herencia. Dada la existencia del beneficio de inventario, el Derecho contemporáneo no tiene ya necesidad de la <i>separatio bonorum</i> .   |
| 10. La idea de que la adquisición de la herencia se retrotrae a la fecha de la muerte del de <i>cuius</i> .   | No existe ya la tendencia a considerar que el difunto presta personalidad a la sucesión, antes de la aceptación del heredero.  |
| 11. El Derecho contemporáneo acepta la sustitución vulgar y la recíproca pero no la pupilar, ni la <i>quasi</i> pupilar, ni la fideicomisaria.                                    | El sistema de las sustituciones en Derecho romano presenta una amplitud que no acepta el Derecho en nuestros días, prohibiéndose expresamente la fideicomisaria. El derecho de acrecer no es tampoco aceptado por todos los Derechos contemporáneos. |
| 12.   | Toda vez que ya no existen categorías de herederos necesarios ni de lo suyo, no existe ya el sistema de la desheredación.  |
| 13. Aun cuando doctrinariamente se distinguen las nociones de herencia yacente y vacante, no son instituciones que consagren las legislaciones contemporáneas, salvo excepciones. |  |
| 14.   | No se concibe la adquisición de la herencia por <i>usucapio</i> .  |
| 15. El concepto de legado como sucesión a título particular.  | Las formas de los legados. El Derecho actual ya no precisa el complicado sistema romano en materia de adquisición del legado, dada la independencia entre herencia y legado.   |
| 16. La interpretación del testamento con apoyo en criterios que permitan conocer la intención del testador.   |  |
| 17. El sistema de modalidades.  |  |
| 18. El <i>favor testamenti</i> tratando, cuando es posible, que el testamento conserve su valor.  |  |

19. Por la solemnidad del testamento desaparecen paulatinamente los codicilos y la cláusula codicilar.
20. La concepción romana del fideicomiso.
21. El testamento inoficioso, conservando en lo posible su validez.



CUADRO DE LAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL  
DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CONTEMPORÁNEO  
EN MATERIA DE TEORÍA GENERAL  
DE LAS OBLIGACIONES

SEMEJANZAS

DIFERENCIAS

- |   |  |
|---|--|
| 1.  | La inexistencia en Derecho romano de una Teoría General de las Obligaciones.   |
| 2. El concepto de derecho personal apoyado en el principio de la responsabilidad exclusivamente patrimonial. Las nociones de deuda y responsabilidad. | El derecho personal concebido como una acción <i>in personam</i> . La responsabilidad personal en Roma antes de la <i>Lex Poetelia Papiria</i> .   |
| 3. La clasificación de las obligaciones elaborada sobre elementos de las fuentes romanas.   | El Derecho contemporáneo no conoce la diferencia entre obligaciones de estricto derecho y de buena fe, aun cuando en materia cambiaría algo de este criterio se proyecta sobre tales obligaciones. |
| 4.  | La división justinianea de las fuentes de las obligaciones ha sido ampliada con elementos que se localizan las más de las veces en los textos romanos mismos.                                      |
| 5. El contrato como fuente de obligaciones, aun cuando Roma no conoció sino tipos especiales y no un concepto comprensivo.                            | El concepto de contrato y de negocio jurídico.   |
| 6. La configuración de los contratos como formados de elementos esenciales, naturales y accidentales.   |  |
| 7. Los diversos tipos de capacidad e incapacidad de ejercicio en materia de contratos.  | Algunas de las incapacidades de ejercicio para la contratación, en Roma ya no se aceptan como tales por la diversa concepción de las personas.   |
| 8. El fenómeno de las obligaciones mancomunadas solidarias y de objeto indivisible.   | Las obligaciones correales de carácter acumulativo no se aceptan en el campo del Derecho privado.  |
| 9. El fenómeno y mecanismo de las cesión de derechos y deudas como lo conoció el Derecho posclásico.  |  |

## SEMEJANZAS

10. El contrato a favor de tercero. El Derecho contemporáneo, al igual que el bizantino, concede acción al tercero, generalmente a partir del momento en que conociendo éste la estipulación en su favor, la acepta.
11. El sistema de representación directa que el Derecho romano conoció sólo en forma excepcional, es la más aceptada concepción actual en la materia.
12. El fenómeno del consentimiento, tanto expreso como tácito, necesario para la formación del contrato.
13. El complejo de los vicios del consentimiento, aun cuando en esta materia el sistema de acciones que presenta el Derecho moderno, es más flexible.
14. Las características del objeto contrato con excepción de su carácter de apreciación monetaria.
15. Las obligaciones complejas por pluralidad de objetos, así como la concepción de la cláusula penal —de carácter moratorio y compensatorio.
16. La consideración de la causa lícita como elemento esencial, no permanente, de los contratos.
17. Remedios legales para combatir el fraude de la ley, la simulación y los actos realizados en perjuicio de acreedores.
18. La concepción de la forma necesaria para la configuración de algunos contratos.

## DIFERENCIAS

El Derecho actual es menos riguroso respecto al principio romano de que sólo las partes que intervienen personalmente en un contrato pueden obtener derechos y obligaciones del mismo. El sistema de representación indirecta.

Las acciones que derivan de los vicios del consentimiento poseen hoy carácter penal solamente cuando se tipifica un delito. La lesión como vicio del contrato se ha desarrollado bastante más de lo que la concibió Justiniano.

El objeto del contrato ya no debe ser necesariamente apreciable en dinero, como lo concibió el Derecho clásico.

El Derecho actual ya no exige el ajustamiento a contratos tipos, concediendo en este aspecto amplia libertad a los particulares. La noción romana del pacto no posee ya, por lo tanto, su original sentido.

## SEMEJANZAS

## DIFERENCIAS

- |  |  |
|--|--|
| 19. Las modalidades de los contratos. Aun cuando el Derecho romano no concibió a la condición resolutoria como la conocemos hoy. La condición suspensiva opera retroactivamente en época justiniana como en la mayor parte de los Derechos actuales. |  |
| 20.  | El modo o carga carece de sanción en la época clásica.   |
| 21.  | Sólo recientemente se ha elaborado una teoría sobre la invalidez e ineficacia de los actos jurídicos.  |
| 22. El incumplimiento de las obligaciones y sus consecuencias. La mora, caso fortuito y fuerza mayor.  | La teoría de la culpa en el Derecho romano se lleva a cabo sobre grados y sobre el modelo del <i>bonus pater familias</i> .  |
| 23. El fenómeno de la mora del deudor y del acreedor, formas de constituir y purgar la mora.   |  |
| 24.  | El dualismo en las formas de extinguir las obligaciones derivado de las defensas concedidas por el pretor para evitar los rigores del Derecho civil en materia del acto contrario. |
| 25. Formas de extinción de las obligaciones han sido recibidas, casi en su totalidad, por los Derechos de nuestra época.   | La <i>capitis diminutio</i> , el pacto y otras pocas formas de extinción de las obligaciones romanas, no han pasado al Derecho actual.   |

CUADRO DE LAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL  
DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CONTEMPORANEO  
EN MATERIA DE FUENTES, EN ESPECIAL  
DE LAS OBLIGACIONES

SEMEJANZAS

DIFERENCIAS

- |  |   |
|--|---|
| 1.   | La estipulación romana como forma de contratar.   |
| 2.   | Las aplicaciones de la estipulación a relaciones como la fianza, el mutuo y otros negocios hoy independientes de su origen estipulatorio.         |
| 3. El carácter abstracto de los contratos <i>litteris</i> se proyecta en cierto modo en materia cambiaria.   | Los contratos <i>litteris</i> del Derecho romano.   |
| 4. Los contratos reales, aun cuando no todos conservan tal carácter, han mantenido su sistemática jurídica en los actuales códigos.  |   |
| 5. Los contratos consensuales han sido recibidos por las legislaciones actuales, aun cuando algunos de ellos han dado origen a contratos no civiles —contratos de trabajo. |   |
| 6.   | El carácter de la compraventa romana no trasmisorio de propiedad, por lo que hace a la mayor parte de las codificaciones de nuestra época.        |
| 7.   | El contrato de mandato da origen hoy en día a una representación de tipo directo.   |
| 8.   | Las sociedades universales han dejado el lugar que les correspondía en Derecho romano. La <i>aparcería</i> se ha colocado al lado de la sociedad. |

## DIFERENCIAS

9. Los contratos innominados que otorgan la más amplia libertad a los particulares para su configuración dentro de los marcos legales.
- 10.
11. Los cuasi contratos como fuente de obligaciones.
12. La culpa extracontractual como fuente de obligaciones, aun cuando el Derecho romano no llegó a los extremos del Derecho actual en materia de responsabilidad objetiva.
13. Los delitos como fuente de obligaciones civiles.
14. La consideración y regulación de los cuasi delitos o ilícitos civiles, como fuente de obligaciones civiles, aun cuando frecuentemente en el Derecho actual su diferencia con la culpa extracontractual no es ya tan marcada como en el Derecho romano, pues se comprenden todas estas nociones bajo el rubro de "actos ilícitos" referidos, naturalmente, a la materia civil.

## DIFERENCIAS

La donación, originalmente sancionada como un pacto legítimo, aparece hoy como contrato formal.

El Derecho romano desconoció la actual teoría de la responsabilidad objetiva.

## CUADRO DE LAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CONTEMPORÁNEO EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO CIVIL

### SEMEJANZAS

1. Función que desempeña el procedimiento civil en el seno de la sistemática jurídica.
2. El proceso como fenómeno de Derecho público sólo en la época del sistema extraordinario.
3. La generalidad de la acción sólo en la época posclásica.
4. La jurisdicción, atribución del Estado, desempeñada por el juez como uno de sus órganos, en la época del sistema extraordinario.
5. Uni-instancialidad del proceso, sólo en el sistema extraordinario.
- 6.
7. Introducción del sistema escrito en el procedimiento formulario.
8. La *litis contestatio* como momento procesal al cual se refiere la fijación del debate y el momento para el cómputo de intereses debidos.
9. La excepción, la réplica y la dúplica como momentos procesales posteriores a la demanda para la fijación del debate que se cierra con la *litis contestatio*.
10. El emplazamiento o notificación de la demanda como un acto público llevado a cabo por funcionarios del tribunal, a partir del procedimiento extraordinario.

### DIFERENCIAS

El proceso como un asunto de Derecho privado antes del sistema extraordinario.

El principio de la especialidad de la acción, como resultado de principio de que ésta es un elemento integrante del Derecho subjetivo.

La consideración del juez como un simple privado que acepta resolver la controversia no en nombre del Estado, sino en nombre propio y por encargo del pretor.

Bi-instancialidad del proceso.

Formalismo riguroso en el sistema de las acciones de la ley. Oralidad.

El efecto novatorio de la *Litis contestatio* antes del sistema extraordinario que implica, además, un contrato procesal.

La *in ius vocatio* o notificación de la demanda como un acto privado a realizarse a cargo del actor.

## SEMEJANZAS

## DIFERENCIAS

- |  |  |
|--|--|
| 11. Efecto de la <i>pluspetitio</i> en la sentencia.   | La <i>pluspetitio</i> en cualquiera de sus especies hace perder el pleito al demandante antes del sistema extraordinario.        |
| 12. El sistema probatorio incluyendo a las presunciones que se desarrollan, especialmente en la época posclásica, y el juramento que por el contrario decae después del procedimiento formulario pero que todavía se acepta en algunas legislaciones contemporáneas. |  |
| 13. El juez está en posibilidad de ordenar el desahogo de pruebas distintas de las ofrecidas por las partes para mejor proveer, en el procedimiento extraordinario.  | Sólo pueden desahogarse las pruebas ofrecidas por las partes.  |
| 14. La secuencia procesal que va de la presentación de la demanda hasta la interposición de los posibles recursos, especialmente en el procedimiento extraordinario.   |  |
| 15. La sentencia como acto de autoridad en la época del sistema extraordinario, de la cual se deriva la presunción de cosa juzgada, ya conocida en la época clásica.   |  |
| 16. La sentencia puede contener la condena del demandado o la del actor, ya que a partir del sistema extraordinario se admite la posibilidad de la <i>mutua-petitio</i> o reconvencción.   | La sentencia propia del sistema formulario solamente puede contener la condena o absolución del demandado en una suma de dinero. |
| 17. El sistema de recursos especialmente estructurado en el procedimiento extraordinario.  |  |
| 18. Los medios de ejecución y de apremio.  |  |
| 19. Diferentes medidas para combatir la temeridad de los litigantes.   |  |