

EL TESTAMENTO MILITAR ROMANO Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO CASTELLANO Y MEXICANO

*El testamento militar romano desde su nacimiento
hasta el derecho justinianeo*

“Hagan sus testamentos como quieran y como puedan. . . D,29,1,pr.”

Para un acto por esencia formal como lo era el testamento romano clásico, la autorización dada a los militares, de poder evadir el formalismo testamentario parecía una herejía; pero efectivamente, a partir de Julio César, Tito, Domiciano y Nerva, ese privilegio se concedió temporalmente a los militares; pero fue Trajano en uno de sus *mandata*¹ quien lo otorgó definitivamente a los compañeros de armas; beneficio que posteriormente se plasmó en el *Digesto* en la mencionada respuesta de Ulpiano, en las *Instituciones* (2.12) y en el Código (6.21,1 y ss.).

Por testamento militar entendemos, no el que hacen todos los militares (pues también ellos pueden testar según el derecho común [D 29,1,5]), sino solamente los realizados en virtud del mencionado privilegio militar. El testamento hecho por el resto de los ciudadanos recibe el nombre de pagano.²

Las investigaciones hechas por Mitteis,³ Partsch,⁴ Taubenschlag,⁵ Arangio

¹ *Los mandata principum* eran reglas administrativas y procesales, o instrucciones generales dirigidas por los emperadores a altos funcionarios del imperio, que sólo excepcionalmente contenían derecho privado, es decir, fuentes normativas, si aplicamos un criterio sustancial. Los juristas no incluyen estos *mandata* dentro de las constituciones imperiales, sino que las mencionan como un grupo aparte de decisiones imperiales, 6,21,1,15 Cod. Theod. 7,0,2. Por lo que respecta al *mandatum* que concedió el beneficio de la falta de forma al T.M. fue dado por primera vez a los militares activos y veteranos de la legión III Cyrenaiet y a la XXII Deiotana, que se encontraban en Alejandría y es un ejemplo de *mandata* reglamentando derecho privado, D. 9,1,24. Ver Labruna; *Mandata en Labeo* 1962; Guarino A; *Storia del Diritto Romano*; Edit. Jovene Nápoles, 1969, pp. 472 y 581; Meyer, P.Z.S.S. XXIII pp. 44 y ss. Arangio Ruiz, V; *Instituzioni di Diritto Romano*, 1947, p. 4.

² Vinnio, *Comentario Académico y Forense*, tomo 1, Edit. Olivares, Barcelona, 1867, p. 465. Ver nota 9 de este trabajo.

³ Mitteis, L. *Romanistische Papyrustudien*, Z. SS. 23 p. 274 *Über die Kompetenz zur Vormundschaftsbestellung in den römischen Provinzen*; Z.S.S. 29 p. 390; Zu P. Oxi Ni 1408, Z.S.S. p. 290; y *Catalogue of the greek papyri in the John Rylands Library*, Z.S.S. 30 p. 317.

⁴ Partsch, J., *Griechisches Burgschaftsrecht*; Z.S.S. 30, p. 314.

⁵ Taubenschlag, R., *The Law of Greco Roman Egypt in the light of the papyri*; Warszawa, 1955; *Opera Minora*, Varsovia, 1959. Esta recopilación de artículos, conferencias, actas de congreso, etc., publicadas un año después de su muerte, nos revela no

Ruiz⁶ y Chevalier,^{6 bis} entre otros, nos han demostrado que para una correcta evaluación de las instituciones romanas, para conseguir ubicarlas en su paso por el derecho preclásico, clásico, posclásico en general y justinianeo en particular; para poder diferenciar su vigencia en las provincias y en la ciudad, es indispensable el estudio de las primarias.⁷ Sin lugar a duda, a la luz de la papirología y la epigrafía, se han aclarado en las últimas décadas muchas interrogantes sobre la dogmática de las instituciones, pero sobre todo, se han aportado numerosos datos acerca del derecho realmente aplicado en las diferentes provincias del imperio antes de la Constitución Antoniniana. La importancia del estudio directo sobre documentos es inminente y da una visión clara de cómo la norma positiva se transforma a veces al aplicarla al caso concreto. Si nosotros quisiéramos hoy día reconstruir el derecho positivo con base en documentos notariales, en legajos procesales, etcétera, seguro obtendríamos una imagen jurídica diferente a la señalada en las codificaciones vigentes.

Una de las partes del derecho romano que mejor nos muestra esa diferencia y que más se ha beneficiado con la investigación papiroológica y epigráfica de los autores citados, es sin duda el derecho sucesorio y dentro de él es el testamento militar en especial el que nos brinda un rico material de estudio.

Hemos dividido la presente comunicación en dos partes: en la primera vertteremos las primicias del contacto con las investigaciones realizadas, por lo que nuestra labor en esa primera parte se reducirá a la traducción, sistematización, síntesis y crítica de los autores mencionados; en la segunda, estudiaremos la recepción del testamento militar en el derecho castellano, indiano y en la legislación mexicana, tratando en ambas partes de relacionar la dinámica de la institución con la línea general de su evolución.

El testamento militar clásico⁸ que evidentemente derogó el derecho enton-

sólo la fecundidad y variedad de los trabajos del autor, sino además el desarrollo y bondad de esa rama de la historia del derecho que llamamos papirología jurídica.

⁶ Arangio Ruiz, V., *La successione testamentaria secondo i papyri grecoegizii*, Napoli Editore, 1906, pp. 249 y ss. Patsch en *Z.S.S.* 28 pp. 446 y ss., hace una extraordinaria reseña de la mencionada obra de Arangio Ruiz.

^{6 bis} Chevailler, L., *Notes sur le testament militaire*. Sivej, Paris, 1956.

⁷ Entendemos por fuentes de conocimiento primarias, aquellas que reproducen fielmente, sin elaboración o deformación de ningún género, el estado del ordenamiento jurídico romano, o sea, inscripciones, papiros, tablillas de cera, ostraca y restos arqueológicos. Las fuentes derivadas y secundarias son aquellas que implican cualquier elaboración del ordenamiento jurídico romano y por lo tanto una reconstrucción directa. Para ampliar estos conceptos, ver Guarino, A., *L'esegesi delle fonte del diritto romano*, Edit. Jovene, Nápoles, 1968.

⁸ El testamento militar clásico, según la mayor parte de los autores, no tiene ninguna relación con el testamento de la ley de las *Siete Tablas*, el llamado *in procinctu*, que era una forma de estar y no un privilegio. Ver Arangio Ruiz, *L'origine del testamentum militis e la sua posizione nel diritto romano clásico*, B.I.D.R.18, 1906, pp. 157 y 196;

ces vigente, no significó sólo un privilegio⁹ en cuanto a la forma de la materia testamentaria, sino que como veremos en líneas posteriores lo fue también respecto al contenido. Si bien su nacimiento aparece como un privilegio, posteriormente va convirtiéndose en un derecho particular oponible al *ius commune* con tendencias a ser *ius singulare*, pero sin devenir, creemos nosotros, un sistema coherente e independiente, es decir *ius militae*.

Por el contrario, debido a que la institución de la que se separa, el testamento pagano va incorporando las características excepcionales del testamento militar (éste aparece en el derecho clásico como un campo de experimentación en el cual la legislación y la jurisprudencia ponen a prueba principios novedosos), al aceptar termina por contaminar, como ya indicamos, al derecho testamentario en sí, el que abandona su rigidez primitiva, gracias no sólo a los privilegios del testamento militar sino también a la introducción en él del codicilo¹⁰ y del fideicomiso.¹¹ El testamento militar, debido a ese fenómeno de recepción que de él hizo el pagano, deviene en el derecho justinianeo a ser un privilegio reducido principalmente a la forma de testar ilimitado a la circunstancia de estar en campaña, cuya vigencia caduca al año (*inst.* 2, 11, 3), por lo que se refiere al fondo, podríamos catalogarlo como un caso especial de los testamentos parte del *ius commune*.

¿A qué se debió el nacimiento del testamento militar, una institución tan peculiar que irrumpe en el enclaustramiento del testamento civil? No hay en la doctrina una *communis opinio* acerca de los factores que motivaron su nacimiento; hay discrepancias también en lo que respecta a la importancia de los mismos.

Gluck,¹² basándose en numerosas fuentes, sostiene que son factores psicológicos los que impulsaron el origen del testamento militar; así cita la *simplicitas militum*.¹³

Scialoja, B.I.D.R.7, 1894, p. 1., Derenburg, A. *Pandecten*, III. p. 973; Girard, M., *Manuel élem. de droit romain*, 1924, p. 862. Al respecto Arangio Ruiz señala que en la época en que apareció el testamento militar, el *in procinctu* ya había olvidado. Pensar en una relación entre uno y otro es tomar una posición antihistórica y antijurídica. Gluck F., *Comentario alle Pandette*, pp. 193-209, Milano, 1907. Sobre la antigüedad del testamento *in procinctu*, Gayo II, 102.

⁹ El testamento militar, según la romanística moderna, es una institución que oscila entre la categoría de *ius singulare* y la de privilegio de clase. Si bien nació a partir de Trajano como un beneficio personal pierde paulatinamente ese carácter pero no llega nunca a convertirse (como pretenden algunos autores) en *ius singulare*, opuesto al *ius commune* es decir, en un sistema jurídico independiente, en *ius militae* sobre la diferencia entre *ius commune*, *ius singulare* y privilegio, ver: Bussi, E., *Intorno al concetto di diritto Commune*; Calasso, F., *Medioevo del Diritto*; Guarino, A., *Il problema dogmático e histórico del diritto singulare*; Orestano, R., *Ius singulare e privilegium in diritto romano*, in *Ann. Un. Macerato XII-XII* (1938-39), 190 p.

¹⁰ C. 6, 36 sobre codicilo ver Seeck R.E. 4; Guarino, Z.S.S. 62 (1942).

¹¹ D. 30,1; C.3,17; sobre fideicomiso ver Leonhard; R.E. 6; Zchwarz Z.S.S. 68 (1951).

¹² Gluck, *op. cit.*, *Comm alle pondete*, t. XXIX, p. 26.

¹³ En las fuentes encontramos esta motivación en: D. 29, 1, 1, pr; Gayo II, 109, y

Los soldados gozaron de favores de parte de los ostentadores del poder en la medida en que constituían una clase social que día a día se convertía más en un instrumento de la dominación política.

Por otro lado, las legiones eran cada vez más provinciales, lo que pudo haber sido, si no el efecto, sí la causa de las liberalidades que otorgaba el testamento militar.

Guarino,¹⁴ considera que el testamento militar fue una concesión dada a los soldados en reconocimiento a los peligros que éstos vivían, y encuentra su justificación en razones políticas.

Los privilegios que otorga el testamento militar se refieren tanto a la forma como al fondo.

Son numerosos los textos, además del famoso D 29, 1, 1, pr. que así lo señalan¹⁵ por lo que respecta a la liberación de la forma, lo que históricamente aparece como la primera excepción del régimen testamentario. Constantino acepta que los militares lo escriban con sangre, sobre la funda de su espada, su casco, etcétera.¹⁶

De una u otra manera la doctrina coincide en reconocer que el testamento militar marca la erosión de los principios tradicionales, no de una manera brusca sino mediante la obra progresiva de la jurisprudencia clásica que sirvió de precedente a la reforma del derecho sucesorio romano que culminaría con las reformas de Justiniano.

En relación al fondo, encontramos en el testamento militar suprimida una de las características más relevantes del testamento romano: la institución del heredero, que como sabemos los textos la consideran *caput et fundamentum*.

*Totius testamenti*¹⁷ que entre paréntesis, había ya sufrido una excepción en la creación pretoria de la *bonorum possessio contra tabulas*¹⁸ y las seguirá sufriendo hasta Justiniano, pero sin llegar nunca a abrogar el principio general mencionado. El testamento militar es válido aunque se agote nombrando puros legatarios.

Otro ejemplo que nos muestra el tratamiento especial que se da al testamento militar clásico es el de aceptar en él, la *institutio ex re certa*,¹⁹ contraria a todas luces al pensamiento tradicional romano que separa el concepto de *heres* de aquel de *certa res*.

Esta "atrocidad" ante los ojos de los clásicos, fue vista como natural por

104. Inst. 2, 11; C. 6, 30, 22 pr; D. 22, 6,9,1; D. 29, 1, 40, 2. Éstas consideran a los militares con inteligencia poco desarrollada e inexperiencia completa de la vida jurídica.

¹⁴ Guarino, A., *L'oggetto del costrense peculium*, B.1 D.R. 1941, p. 40.

¹⁵ Gayo, 2, 109, 114; Inst. 2, 11 pr; D. 29, 1, 24; D. 29, 40; 44; 1, 21, 15.

¹⁶ C. 6, 21, 15.

¹⁷ Gayo 2, 229, 248; Inst. 2, 20, 34; D. 28, 61, 3.

¹⁸ D. 37, 5, 1.

¹⁹ D. 28, 5, 1, 4; D. 36, 1,30; Inst. 2, 17, 3.

Justiniano, quien considera que el heredero *ex certa res*, es completamente igual al legatario. Cabe hacer notar que ya Gayo reunía para justificar tales casos al concepto de *praeceptio*.²⁰

Otra característica del derecho testamentario común que no se aplica al testamento militar es la regla *semel heres semper heres*, en virtud de la cual la condición de heredero instituido no se puede sujetar a una condición o término resolutorio,²¹ es decir el heredero válidamente instituido lo es para siempre. Sin embargo, en el testamento militar se puede sujetar la institución de heredero tal como se desprende de los textos,²² a condición o a término. Esta situación privilegiada fue plenamente confirmada por una Constitución de Gordiano del año 239.²³

Una de las reglas más significativas y populares que caracteriza al *ius civile* en la materia sucesoria es sin duda la regla *nemo pro parte testatus pro parte in testatus decedere potest*, que se localiza en muchos textos²⁴ y que puede encontrar su fundamentación tanto en la aplicación rígida de la voluntad del difunto, como en la continuación de la personalidad del testador, o en los intereses del acreedor. Si bien es cierto que dicha regla sufrió excepciones en el derecho sucesorio común, dichas derogaciones dependieron de hechos ajenos a la voluntad del testador, como por ejemplo la *Actio ad supplendam legitimam*²⁵ contra los herederos testamentarios, el *ius ad crescendi in partem*²⁶ y la *bonorum possessio contra tabulas*.²⁷ Sin embargo la excepción mencionada a favor del testamento militar se deriva de la voluntad del testador.

Una de las instituciones que se ha prestado a discusión por su complejidad, dentro del derecho sucesorio romano, es sin duda el *ius ad crescendi* en virtud del cual los coherederos tienen derecho de aprovechar una cuota hereditaria, que haya sido repudiada o atribuida a un heredero incapaz. La mayor parte de los autores coinciden con la distinción que hace Bonfante²⁸ entre crecimiento necesario y voluntario, el primero, que por definición no puede ser rechazado por el coheredero,²⁹ se produce independientemente de

²⁰ C. 6,24, 13; ver Beseler, G. en *Studi Riccobono*, 1936, 1 p. 294; Brondi B. *Successione test e Donazioni* (1943), p. 226, Gayo en D. 29, 1, 17.

²¹ D. 28, 5, 89; D. 4, 4, 10, 7; D. 35, 1, 75.

²² D. 29, 1, 41, pr.

²³ C. 6, 21, 8.

²⁴ D. 50, 17, 7, D. 28, 5, 56, *Inst.* 2, 14, 5, ver: Radel E; Z.S.S. 50 (1930). 1 p. 306; Dernburg, *Pandectas* III, 57 p. 103, nota 5; Floris Margadant, G. en su ponencia al Primer Coloquio Italo Mex. Agosto 1982. México, trata este principio.

²⁵ D. 5, 12, 15, 2, D. 5, 2, 24; D. 38, 2, 12, 4, C. 3, 8, 13. Ver Bonfante, *Corso*, VI, p. 179.

²⁶ Gayo 2, 124; D. 2, 7, C. 6, 28, 4. Ver: Bonfante, *op. cit.*, p. 180.

²⁷ D. 37, 5, 7; D. 37, 5, 5, 6. Bonfante, *op. cit.*, p. 76.

²⁸ C. 6, 21, 2; ver Bonfante, *Corso*, VI, pp. 253-272; Guard, M., *op. cit.*, p. 934; Aranjó Ruiz, *Inst.* ... p. 259; Biondi: *op. cit.*, p. 225.

²⁹ D. 29, 2, 35; D. 29, 2, 53, 1.

la voluntad del difunto y se puede producir aun en contra de su voluntad; el segundo depende directamente de la voluntad del testador.³⁰ Dentro del testamento militar sólo se produce el acrecentamiento voluntario, no se reconoce el necesario. Esta derogación va íntimamente ligada a la facultad que se da a los militares de no observar la regla *nemo pro parte*, ya analizada en líneas anteriores.

Otra institución que sufre un tratamiento diferente con el testamento militar es la substitución pupilar³¹ en virtud de la cual el *paterfamilias*, al instituir heredero al hijo que está bajo su potestad, le nombra a su vez al heredero, para el caso de que el hijo muriera antes de llegar a la pubertad. El testamento militar permite al militar hacer la substitución pupilar aunque el hijo ya no esté bajo la *potestas del paterfamilias*³² esta misma facultad se extiende en el Código aun a los herederos *extranei*.³³

Otro de los principios que deroga el testamento militar es el que se refiere a la obligación que tiene el testador respecto a la forma como debe desheredar; que en el derecho clásico se observa claramente en Papiniano,³⁴ el militar por el contrario puede guardar silencio respecto a sus *heredes sui* y dicho silencio se considera como desheredación tácita.

A través de los privilegios del testamento militar analizado se puede observar la transformación profunda que sufrió el sistema civil testamentario, el cual utilizó dicha institución como un campo de experimentación y que después generalizó, al mismo tiempo que sentenciaba su decadencia al acercarlo al derecho común. Su ubicación en el código justinianeo, como vemos, tiene una importancia relativa.

No cabe la menor duda de que la posición justiniana sobre el testamento militar se aleja del concepto clásico y se acerca más al testamento *in proximo*: así vemos cómo la concesión del beneficio depende de la situación del *milite* (C. 6, 21, 15).

Las reformas justinianas al respecto se tradujeron en pérdida de la sustantividad del testamento militar y al mismo tiempo restringe notablemente su campo de aplicación, que como hemos señalado, la limita al tiempo de guerra y a los soldados en expedición. Podríamos aventurarnos a afirmar que es sólo en la forma que el T. M. justinianeo se diferencia del "pagano".

³⁰ D. 32, 80; D. 7, 2, 1, 3.

³¹ Sobre esta institución ver Costa, *La sostituzione pupillare*, in B. 1. D.R. 6 (1893); La Pira, *La sostituzione pupillare*, in Studi Bonfante III, pp. 275-347.

³² D. 29, 1, 41, 4.

³³ C. 6, 21, 6.

³⁴ D. 28, 3, 1; Ver Girard, *op. cit.*, p. 905 nota.

Recepción del testamento militar en España, en la Nueva España y en México

No es casual, sino por el contrario sintomático que la *Lex Romana Visigothorum*³⁵ no mencione al testamento militar para los soldados visigodos. La existencia de un régimen sucesorio depende entre otros factores de la individualización de la propiedad, del papel asignado a la familia y a la patria potestad, de la organización política y del sentimiento religioso imperante; resulta explicable que a pesar de que el breviario de Alarico tenga esencia romana, no reglamente dicho testamento militar. Los germanos no concebían que una persona pudiera disponer de sus bienes después de su muerte.

Como señala García Gayo³⁶ el concepto de *successio* sólo abarcaba la sucesión legítima, por *testamentum* o *charta testamenti*; entendían, dice el autor,³⁷ todo documento, cualquiera que fuera su contenido, sus otorgantes, su finalidad o su formalismo.

Siglo y medio después el *Liber Iudiciorum* en la ley II, Tel V, libro II³⁸ menciona el testamento in *expeditione publica moriens*, cuyo texto (inspirado según los germanistas en la famosa novela 20 de Valentiniano III) dice:

Aquel que muere en romería o en hueste si oviese ones libres consigo, escriba su manda con su mango ante ellos. E si non sopiere escribir, o non pudiere por enfermedad, faga su manda ante sus siervos; que sepa el obispo que son de buena fe, e que non fuesen ante fallados en pecado. E lo que diferen estos siervos por su miramiento, fagalo el obispo o el juez escribir después, o sea confirmado por ellos é por el rey.

Tao Anzoátegui³⁹ considera que en este texto se percibe ya la influencia del derecho canónico, mismo que se mostrará triunfante en las *Partidas* en las cuales la recepción del derecho justinianeo, junto a los principios romanos canónicos, se translucen en el derecho sucesorio que ocupa una séptima parte del código alfonsino y en el cual el testamento, utilizando las palabras de Tao,⁴⁰ aparece triunfante ya que en él se conjugaban los intereses jurídico-religiosos de la época.

³⁵ Llamada también *Breviario de Alarico de Amiano*; forma junto con la *Lex Romana Burgundium* y el *Edicto de Teodorico* las codificaciones romano-germánicas.

³⁶ García Gayo, A., "Del testamento romano al medieval las líneas de su evaluación en España", *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo 47, Madrid, 1977, pp. 449 y ss.

³⁷ García Gayo, *op. cit.*, pp. 442 y ss.

³⁸ Con este libro de los jueces cristaliza el proceso de unificación legislativa española (645).

³⁹ Tao Anzoátegui, *Esquema histórico del derecho sucesorio. Del medioevo castellano al siglo XIX*, Buenos Aires, 1971. Ver la introducción.

⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 42-43.

La doctrina justiniana del testamento militar es acogida completamente por las *Partidas*; la ley 24, título 21 de la partida 6 menciona como uno de los privilegios de los militares (a los que llama defensores) el no sujetarse a las formalidades de los testamentos del derecho común: "puedan fazer testamento o manda en la guisa que ellos quisieren..." pero dicha ley agrega "cuando estuvieren en hueste o fueren en mandadería del rey o en otro lugar qualquier...". Este agregado vislumbra la posibilidad de utilizar la fórmula en otras circunstancias, tal como lo señalaba el derecho clásico, es decir, tenían la *testamenti factio activa* y gozaban del privilegio mencionado los militares siempre que estuvieran en servicio y no sólo estando en campaña como lo delimita el código justiniano.

El legislador bajomedieval permite al militar que haga su testamento oralmente o por escrito o en cualquier otra forma, dándole así vida a la Constitución de Constantino,⁴¹ en la partida 6, título 1, ley 4 "dezimos que lo puede fazer como pudiere e como quisiere por palabra o por escrito, aún con su sangre misma, escriviendolo en su escudo o en alguna de sus armas...".

Esta referencia especial a la forma no se localiza en el derecho justiniano; encuentra su antecedente en el derecho anterior, el cual, como la legislación alfonsina, considera el testamento militar como un privilegio fundamentado en el peligro que el oficio de militar implica.

Durante el siglo XVI a través de la sanción en 1505 de las Leyes de Toro (la mayoría de las cuales están dedicadas al derecho sucesorio o materias afines), la publicación en 1555 de la edición de las *Partidas* con las glosas de Gregorio López y la sanción y publicación en 1567 de la *Nueva Recopilación* de leyes castellanas, observamos cómo se adapta la recepción romanista a la realidad peninsular y obtenemos una visión del moderno derecho sucesorio.

Es necesario hacer notar que a pesar de estar vigentes los ordenamientos mencionados, y de reglamentar las *Partidas* el testamento militar, éste permanezca arrinconado. Encontramos una disposición dictada por Felipe II en 1566, inserta en la *Nueva Recopilación*, ley 1, título 5, libro 3, según la cual el militar al hacer testamento debe observar la misma formalidad que los que hacen testamento ordinario, "pues no tiene razón de ser que el militar se exprese en otra forma...".

Renace el testamento militar casi dos siglos después; el 28 de abril de 1739 Felipe V expide una cédula que permite al militar, en campaña o en función de guerra, testar por escrito, de palabra, sangre, tinta, en su espada o en cualquier forma que quiera expresar su voluntad, bastaba que dos testigos lo vieran escribir, sujetando la validez de dicho testamento a que el militar muriera durante dicha campaña, de lo contrario, debería hacer

⁴¹ C.J. 6, 21, 15.

testamento común. Esta disposición, a pesar del júbilo por el renacimiento de la institución, debió de producir reacciones negativas entre los militares, y así el 9 de junio de 1742, el propio monarca dicta un nuevo decreto derogando al anterior y asentando que el testamento elaborado en los términos mencionados no se condicionaria a la muerte del testado y que no forzosamente debería elaborarse en campaña sino en cualquier parte que ocurriera, y añade la idea de premio o recompensa como justificantes a los privilegios que otorgan "a costa de su sangre" los militares. Cabe hacer notar que en la cédula del 28 de abril de 1739 se guardaba silencio respecto a las justificaciones de esos privilegios y que aparecen por primera vez expresadas en la cédula antes mencionada.

Las Ordenanzas de la Armada de 1748, título 6. tratado 6º, artículo 1º, extienden el privilegio del testamento militar a todos aquellos que gozan del fuero de marina y contiene una reforma en cuanto al fondo ya que se permite al militar testar respecto a los bienes castrenses, sin autoridad de sus padres, es decir que el que se halla bajo potestad, de ordinario incapaz de instituir heredero por vía testamentaria, puede disponer de los bienes castrenses (artículo 17, título 11, tratado 8).

El tomo V, libro 10, título A de la *Novísima Recopilación* en las leyes 6º y 7º, establece que los militares gozan del privilegio de hacer sus testamentos libres de formas como quieran, no sólo estando en campaña, sino donde estuvieren, siempre que gozaran de sueldo. Estas leyes anulan expresamente las Ordenanzas del 28 de abril de 1739. Asimismo las Ordenanzas del Ejército de 1768 corroboran dicho fuero y privilegio en el título 8, tratado 11, artículo 1º y subsecuentes 19 artículos.

El testamento militar en el derecho indiano y en el México independiente a pesar de estas Ordenanzas y de cédulas dictadas desde el siglo XVI y de la creación de los juzgados de bienes de difunto (1550) los militares en Indias no gozan en materia testamentaria de los privilegios de su fuero. Ese virtual desafuero determina que el virrey de Nueva España, marqués de Covillas, suplique al rey por carta del 23 de junio de 1761 que se publique y observe en Indias el decreto del 25 de marzo de 1752 (respecto a que los inventarios comprendieran no sólo los bienes que se tuviesen en el lugar donde fallezcan "sino también... los que gozaren y tuvieren en cualquier paraje") "pues de otra manera no se conseguiría el fin de ver que los militares vieran gustosamente empleado su honor... y que no querían perder lo que habían ganado a costa de su sangre...".

El rey resuelve, en fecha 16 de diciembre de 1762, extender a los dominios el privilegio extraordinario del mencionado decreto de 1752, "por lo que mira al otorgamiento, práctica y estilo". Se manda a los virreyes de Nueva Granada, Perú y Nueva España que guarden y cumplan dicha cédula.

dula. Así, los militares de Indias a partir de esa fecha gozaron de las prerrogativas de su fuero.

Es notable el movimiento unificador que se realiza de la legislación española y la indiana; bajo el mando de Carlos III, en dichas Ordenanzas se mantiene la orientación de las *Partidas*; así establecen como principio general que todo individuo que gozara de fuero militar lo goza en materia de testamentos; por lo tanto puede testar como quiera y pueda (tratado 8, título 11, artículo 2º). Por otro lado, se conmina a los militares a que elaboren testamento ordinario si "en el paraje hubiera un escribano" (tratado 8, título 11, artículo 4º).

Esta alternativa suscitó posiblemente dudas y problemas respecto al arbitrio que tenían los militares de testar conforme al testamento militar o común, y encontró una solución en la cédula expedida el 24 de octubre de 1768, por el Consejo de Guerra y comunicada a las Indias el 3 de diciembre del mismo año, incorporada en la *Novísima Recopilación* en las leyes 7 y 8 del libro 10, título 18, en virtud de las cuales los militares pueden hacer uso del privilegio de forma no sólo estando en campaña sino en cualquier parte siempre y cuando gocen de sueldo, o podían utilizar el testamento "ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo... según las facultades que les da la ley militar, civil o municipal".

Esta cédula, como podemos observar, se refiere no sólo a la forma, sino al arbitrio de utilizar diferentes ordenamientos jurídicos, el militar, el civil o el municipal y se acerca más a la postura clásica que a la justinianea.

No encontramos en el *Febrero Mexicano* (1850) ni en el *Novísimo Sala Mexicano* (1870) ninguna otra disposición en relación con nuestra institución que complemente o derogue la real cédula del 24 de octubre de 1768 ni la ya citada ley 8, título 18, libro 10 de la *Novísima Recopilación*.

Cabe hacer notar que don José Febrero considera que dicho privilegio tiene justificación sólo cuando el militar esté en peligro, pero según palabras textuales "no alcanzó la razón de eximirlos del derecho común en tiempo de paz, cuando se encuentran en las poblaciones sin riesgo ni exposición alguna".⁴²

El *Novísimo Sala Mexicano* considera que al no derogar las Ordenanzas del Ejército⁴³ el privilegio de las *Partidas* lo extiende a todos los que tuvieran fuero de guerra, así que pueden testar por escrito, sin testigos o de palabra con dos testigos.

La cédula del 24 de octubre de 1778⁴⁴ añade que si quieren, los militares pueden hacer su testamento ante escribano, pero no hace referencia a los

⁴² *Febrero Mexicano*, tomo 1, tit. 4, lib. 18, siguiendo por lo tanto la tónica justinianea.

⁴³ *Orden.*, trat. 8, tit. 11 art.

⁴⁴ Lib. 8, tit. 18 lib. 10 (de A. N.)

testigos que requieren las Ordenanzas. Considera el autor que al no derogarlo expresamente la cédula, queda vigente el artículo de la Ordenanza.

Las *Pandectas hispano-mexicanas* de Juan N. Rodríguez de S. Miguel (1840) recogen las Ordenanzas del 28 de abril de 1739 y la cédula del 24 de octubre de 1768.

La contradicción y el caos que se encuentra en la reglamentación del testamento militar nos hacen ver a todas luces la necesidad que había de una codificación.

La legislación castellana mencionada rige hasta 1870, hasta este año México no contaba con una base jurídica en materia civil. En 1870 se promulga el Código Civil distrital en el cual la materia que nos ocupa se reglamenta desde los artículos 3817 a 3823.

El artículo 3818 que a la letra dice:

Si el militar o empleado civil hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra o estando herido, sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos idóneos, o que ante los mismos presente el pliego cerrado que contendrá su disposición escrita y firmada, o por lo menos firmada de su puño y letra.

Sigue la tradición establecida por el derecho castellano, restringiendo su campo de aplicación y haciéndole perder la sustantividad de que gozaba en el derecho romano clásico; el testamento militar no es más un beneficio sino una de las formas especiales de testar que acepta el derecho civil. Dicho Código es sustituido por el de 1884 que en su artículo 3549 es copia fiel del artículo 3818 del Código de 1870.

El Código de 1928 que entró en vigor el 1.º de octubre de 1932, vigente actualmente, reglamenta el testamento militar en el título 3.º, capítulo VI desde los artículos 1579 a 1582.

El artículo 1579 que a la letra dice: "Si el militar o el asimilado del ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra." Este artículo reproduce casi fielmente al de los dos códigos anteriores.

Podríamos concluir afirmando que todo lo expuesto marca una continuidad de la tradición romana justiniana, salvo las excepciones señaladas en las legislaciones castellana, indiana y mexicana.