



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**FUENTES HISTÓRICAS DEL TESTAMENTO
MILITAR**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :
MAYRA HAYDEÉ QUINTERO CASILLAS

SEMINARIO DE DERECHO ROMANO E HISTORIA DEL DERECHO

ASESOR: LIC. SARA BIALOSTOSKY B.



Ciudad Universitaria

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO

ASUNTO: OFICIO DE TERMINACIÓN
FD/SDR/06/04

Ing. Leopoldo Silva Gutiérrez
Director General de la Administración
Escolar de la U.N.A.M.
Presente

La alumna MAYRA HAYDEE QUINTERO CASILLAS, ha elaborado en este seminario bajo mi dirección, Lic. Sara Bialostoksy, la tesis intitulada "FUENTES HISTÓRICAS DEL TESTAMENTO MILITAR", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciada en Derecho.

Comunico que el trabajo se concluyó satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, para su presentación en examen profesional.

En mi carácter de directora del seminario, apruebo la tesis presentada para que sea sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna Mayra Haydee Quintero Casillas, he inserto la leyenda que dice:

En sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D.F. junio 21 de 2004

LIC. SARA BIALOSTOSKY
Directora

c.p. expediente



*A mis Padres, que además de darme la vida me
iluminaron el sendero con su amor y
sabiduría.*

*A Fabiola y Pamela, por llenar de luz y alegría
mis aciagos días.*

*A Omar, por darle a mi ser la calma inefable del
inconmensurable amor.*

*A quienes llenan de paz mi alma por que están al
lado de Dios...*

*Omne ius aut consensus fecit aut necessitas
constituit aut firmavit consuetudo*

(Todo el derecho lo creo el conocimiento, lo
instituyó la necesidad o lo estableció la
costumbre)



FUENTES HISTÓRICAS DEL TESTAMENTO MILITAR

1. EL TESTAMENTO MILITAR EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

SUCESORIO EN ROMA

1.1 Derecho arcaico _____ 4

1.2 Derecho preclásico _____ 12

1.3 Derecho clásico _____ 18

1.4 Derecho posclásico _____ 20

1.5 Derecho Justiniano _____ 24

2. LA EDAD MEDIA _____ 45

2.1 Derecho Germánico _____ 48

2.2 Derecho Feudal _____ 52

3. MÉXICO Y EL TESTAMENTO MILITAR EN EL DERECHO

SUCESORIO

3.1 Época Prehispánica _____ 58

3.2 La Colonia

3.2.1 El Derecho sucesorio en España _____ 64

• El Fuero Juzgo _____ 68

• Las Siete Partidas _____ 70

• La Nueva Recopilación _____ 73

• La Novísima Recopilación _____ 75

• Otros Ordenamientos

• Las Ordenanzas Reales del Ejército de 1768 _____ 78

• Las Leyes de Indias _____ 81

3.2.2 Francia y el Código Napoleónico _____	86
3.3 México Independiente _____	91
3.4 El testamento militar en los Códigos Civiles. _____	94
3.5 Legislación militar _____	102
4. ANÁLISIS DEL TESTAMENTO MILITAR EN LA LEGISLACIÓN	
ACTUAL _____	105
CONCLUSIONES _____	118
BIBLIOGRAFÍA _____	126

INTRODUCCIÓN

Al iniciar con el estudio de una carrera tan compleja como es la Licenciatura en Derecho, uno de los primeros contactos con el entorno jurídico es la historia del derecho, materia con la cual no todos familiarizamos y sin embargo resulta de trascendental importancia para la comprensión de la naturaleza de las instituciones jurídicas actuales. Esta falta de popularidad radica primordialmente en la creencia de que esta disciplina solo hace referencia a fechas históricas hiladas con la evolución del hombre, sin que exista mas referencia que los argumentos de historiadores sumidos en una completa abstracción carente de emoción plasmada en textos inertes plagados de teorías; sin embargo, la perspectiva histórica del derecho ofrece al estudioso una serie de beneficios que van mas allá de la aprehensión de notas y referencias anecdóticas: es una forma de análisis a través de la cual se logra la comprensión de la génesis y evolución de las figuras jurídicas contemporáneas.

Por esto, consideramos que una de las fuentes primigenias del derecho mexicano es el derecho romano, el cual se transformó con el paso del tiempo dando cabida a la innovación de principios y características intrínsecas, con lo cual se le doto de una estructura comprensible basada en los pormenores históricos. Y nos referimos al derecho romano por que en un sistema jurídico como el de nuestro país la tradición jurídica romana es imprescindible como cimiento del entorno jurídico positivo; debido a ello, para lograr vislumbrar de manera completa una institución como el testamento militar es necesario retomar los principios fundamentales que le dieron origen y tratar de explicar el desarrollo que se presento a la postre.

En principio nos encontramos con el gran problema de la falta de referencia bibliográfica en la cual se agote o por lo menos se refiera mas ampliamente el testamento militar, esto motivado primordialmente por la escasa difusión de esta figura jurídica dentro de nuestro sistema normativo; lo anterior obviamente deriva de la falta de presencia en la vida practica, ya que para que se configuren los requisitos necesarios es menester que se den todas las condiciones que la misma ley señala. En virtud de lo anterior, hacer referencia a los caracteres propios que presento y que reviste en la actualidad es de vital importancia para comprender por que es necesario que se difunda mas esta forma de testar.

El testamento se presentó inicialmente como una figura jurídica que además de exigir el requisito esencial de la solemnidad, requería de la evocación de principios de derecho antiguo que provocaron un hermetismo en la celebración de los testamentos, lo que trajo consigo que los militares manifestaran su ultima voluntad sin atender a todos los requisitos que la ley exigía, respondiendo con ello a la necesidad que se presentaba en esa época de que los soldados elaboraran sus testamentos. Esto se explica en razón de que en la conformación de lo que seria el imperio romano, la parte medular de la conquista se basaba en los ejércitos con que contaban,

Pero el desarrollo de las sociedades trae consigo la transición de las normas jurídicas, las cuales deben atender a las necesidades de la época, por lo que no se puede hablar solamente del derecho romano como fuente única del testamento militar, también hay que hacer referencia a otras influencias que determinaron el progreso de esta figura jurídica. Sin embargo, no todas estas fuentes gozan de un lugar preeminente dentro de la doctrina jurídica, ya que muchas de ellas son poco referidas y consideradas como intrascendentes

dentro de la historia jurídica; tal es el caso del derecho germánico y feudal, los cuales no gozan de gran difusión y aceptación debido a la época en la cual se sitúan.

Incluso el propio derecho español ofrece los cimientos del derecho mexicano en muchas de las instituciones jurídicas que nos rigen, ya que es innegable la influencia de estos ordenamientos y sus principios en la vida jurídica de nuestro país. Y es a través de la evocación de estos principios por medio de la cual se pretende ofrecer una visión conjunta del testamento militar como institución jurídica que trascendió en el tiempo.

DERECHO ARCAICO

Origen y desarrollo de la cultura Romana.

Según la tradición, la historia de la antigua Roma esta íntimamente ligada con los relatos de los historiadores romanos quienes argumentaban que los fundadores de su ciudad habían sido los gemelos llamados Rómulo y Remo, a quienes según la leyenda sucedieron tres reyes latinos: Numa Pompilio, Tulio Hostilio y Anco Marcio, para posteriormente ser gobernada por tres reyes Etruscos: Tarquino el antiguo, Servio Tulio y Tarquino el soberbio, cuyo comportamiento provocó una revolución de los latinos que culminó con el derrocamiento de la monarquía y la instauración del régimen Republicano. La historia hace referencia a invasiones y dominación de diversos pueblos de entre los cuales destacan tres especialmente: etruscos, sabinos y latinos, ya que la población romana nació de la fusión de estas razas que se establecieron en la península itálica conservando el sentido territorialista y en muchas ocasiones hasta las incipientes instituciones que habían creado.

Existe una íntima relación entre la religión y el derecho y las primeras cristalizaciones del sentimiento jurídico se producen a través de prescripciones religiosas, sin embargo no significa que en la vida primitiva la religión haya constituido una fuerza predominante que imprimió su sello al derecho; por el contrario ambos ámbitos se desarrollaron paralela y contemporáneamente en casi en todas las ramas del derecho romano, público y privado, en donde se encuentran plasmadas las huellas de esta estrecha relación.¹

Dos rasgos característicos de este derecho antiguo son el formalismo y el verbalismo, ya que para que el acto logre los efectos queridos en la esfera jurídica es necesario que realice con *rite*, es decir, que se hayan observado determinadas formas solemnes, ya que

¹ Francisci, Pietro de, *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1954. p. 200

existía la convicción de que los efectos religiosos y jurídicos sólo se alcanzaban con la pronunciación de formulas determinadas que mecánicamente producen un determinado resultado. La conexión entre la religión y el derecho se manifiesta en todas las normas primitivas, tanto si están designadas con el término de *fas* como si se les denomina *ius*, aunque resulta difícil establecer una precisión de cual fue la esfera de uno y otro, pero lo que sí es de suma importancia es que en su origen no hubo una distinción entre el *ius sacrum* y el derecho profano, la cual surge cuando los órganos del Estado comenzaron a asumir su función creadora de normas, lo cual puede denominarse como la laicización del derecho.

LA SOCIEDAD ROMANA ARCAICA

En su nacimiento, la sociedad romana se encontraba dividida en dos grupos: la *familia* y la *gens*. La primera se refiere al tipo predominante denominada *familia proprio iure*, en la que los hijos, y los hijos de los hijos están sometidos al *pater*, así como las *uxores in manu* y las otras personas acogidas a la familia mediante la adopción y la arrogación; y es sobre este tipo de familia sobre el que la jurisprudencia religiosa y seglar construyó el derecho familiar y sucesorio (lo cual sucedió paralelamente a la decadencia de la *gens*).

La familia constituía el núcleo fundamental de la sociedad romana y además de ser puramente monogámica reunía las siguientes características:

- 1) Institución política, ya que su origen y desarrollo se encontraba encaminado a fines de orden y defensa social;
- 2) Institución autónoma, debido a que se constituía como un organismo compacto e independiente de otros grupos familiares y frente a la organización estatal;

3) El vínculo fundamental no estaba determinado por la sangre (cognación), sino por la sujeción a un mismo jefe, de lo cual deriva el parentesco de tipo *agnaticio*;

4) La máxima autoridad dentro del núcleo familiar fue el *pater familias*, jefe único, supremo y juez sacerdote con poderes ilimitados sobre todos los miembros de la familia, que podía incluso llegar hasta el *ius vitae necisque*.² Posteriormente las potestades que ostentaba el *pater familias* se desmembraron y sólo pertenecían a la familia los descendientes por línea paterna, por lo cual era patriarcal.

Por otra parte, la *gens* es un complejo de la *familiae*, cuya conexión se manifiesta en el nombre común, entendido este como indicio de ser descendientes de un mismo progenitor, es decir, la *gens* era un consorcio de *familiae* que descendían o creían descender de un mismo progenitor, y que poseían su territorio, su divinidad y sus costumbres.³ La autonomía de ésta figura llegaba a tal grado que podía regirse bajo sus propias normas de derecho privado, en especial en materia sucesoria y tutelar, además de contar con un control interno que vigilaba que el *pater familias* no abusara del poder. Debido a lo anterior se puede afirmar que en sus inicios el Estado Romano fue una federación de *gentes* que posteriormente desapareció para dar paso a nuevas instituciones acordes con las exigencias históricas.

En los dos primeros siglos de la República todavía estaba gobernado el Estado romano por unas pocas *gens*, coaligadas en fracciones, pero que permanecían unidas a

² Bernal de Bugueda, Beatriz, Historia del Derecho Romano y de los derechos neorromanos (de los orígenes de la alta Edad Media), 5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 66.

³ Francisci, Op. Cit., p. 27.

través de un nombre común y el deseo de conservar su casta; posteriormente, despedazado el vínculo del vasallaje, entraron a engrosar las filas y masa de la plebe.

GOBIERNO

Desde la fundación de Roma hasta el 509 a.C. (?) la forma de gobierno fue monárquica, esto es, el poder supremo residía en el rey sin que esto constituyera una monarquía absoluta debido a que no gobernaba solo sino con la intervención de los comicios (asamblea del pueblo) y el asesoramiento del senado (cuerpo consultivo), por lo cual puede considerarse como monarquía electiva o representativa.

FUENTES DEL DERECHO

El derecho romano de la monarquía tiene como fuentes primigenias la costumbre y la ley. La primera surge como fuente en las sociedades primitivas debido a que la función legislativa no está reconocida con claridad ni confiada a un órgano determinado. La costumbre da lugar al llamado derecho consuetudinario, en contraposición al derecho escrito que tiene como fuente principal la ley. La sanción de la norma consuetudinaria se alcanza a través de la sentencia judicial, esto es, cuando el magistrado reconoce la obligatoriedad de la regla consuetudinaria y le impone un fallo la costumbre adquiere eficacia plena.

La segunda fuente del derecho romano es la ley, la cual conforma el derecho escrito y que emana del órgano del Estado investido con facultad legislativa. Este poder Legislativo recaía en las asambleas de patricios llamados *comitia curiata* y *centuriados*, los cuales aprobaban las leyes que les proponía el rey durante la monarquía y el cónsul en la fase inicial de la República. Paulatinamente la ley amplía su ámbito de ejecución dejando en

plano secundario a la costumbre, siendo la actividad legislativa muy limitada durante esta etapa.

La Ley de las Doce Tablas

También llamada Código o Ley Decenviral, atendió en principio a la necesidad de unificación del derecho consuetudinario que existía disperso para darlo a conocer a los ciudadanos romanos. El contenido de la ley es el siguiente: las tres primeras tablas se refieren al procedimiento, la cuarta y parte de la quinta a la organización familiar, conteniendo ésta última disposiciones de derecho sucesorio, la sexta y la séptima versan sobre los derechos reales, la octava sobre delitos, la novena y la décima sobre derecho público y derecho sacro respectivamente y las dos últimas contienen disposiciones adicionales. En la parte relativa a las sucesiones se dispuso la libre testamentifacción como parte importante del derecho sucesorio y de las formas de adquirir la propiedad, lo que significó el fundamento del derecho sucesorio romano.

DERECHO SUCESORIO ARCAICO

Una de las maneras de adquirir la propiedad en el sistema romano era a través del derecho hereditario, el cual estuvo estrechamente ligado con la política y organización de la familia y la figura del *pater familias*. Este periodo se caracterizó por el principio de la libertad testamentaria, en virtud del cual el ciudadano romano tenía el derecho de determinar a un continuador de su persona llamado *heredero*; esta designación podía hacerse de dos modos: por el difunto o por la ley.

Los romanos admitieron la preeminencia de la voluntad del difunto sobre la del legislador para la elección del heredero, quien manifiesta su voluntad en un acto llamado *testamento* y determina quien será quien deba continuar su personalidad. Pero el padre

puede morir *intestado*, esto es, sin haber hecho un testamento válido y solamente en este caso la ley designa al heredero en la familia civil, sin preocuparse por el lazo de sangre. De este modo dentro del derecho sucesorio romano existen dos tipos de sucesiones, una regulada por la voluntad del difunto, o *sucesión testamentaria*, y la otra por la ley o *sucesión ab intestato*, la cual tenía lugar cuando no había testamento, éste no era válido o el heredero no quería o no podía aceptar la herencia; esta figura evolucionó a la par del derecho romano sin dejar de lado su carácter subsidiario; sin embargo la importancia de este tipo de sucesión no es trabajo del presente estudio el agotar sobre este particular.

SUCESIÓN TESTAMENTARIA

La institución jurídica a través de la cual se logra la sucesión testamentaria es el testamento⁴ y entre los romanos era un acto muy importante el cual debía encontrarse revestido de formalidades y requisitos esenciales para su existencia. Esta figura es sorprendentemente antigua y se encontraba contenida incluso dentro de la Ley de las Doce Tablas, aunque los historiadores hacen alusión a la existencia de formas de testar anteriores a la creación de este ordenamiento, resulta difícil confirmar dicha aseveración, en virtud de que la Ley Decenviral era considerada como una recopilación normas de derecho consuetudinario que imperaban en la época, y las codificaciones antiguas en pocas ocasiones creaban instituciones nuevas.

En ésta época se observa una notable tendencia al formalismo en los testamentos debido a que se consideraba que los efectos del acto derivaban más bien de la realización

⁴ Bialostosky B., Sara, Panorama de Derecho Romano, 3ª Edición, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1990, p. 201

exacta de la formalidad ritual que de la voluntad de las partes⁵, es por esto que probablemente el testamento romano nació, quizá como una ley especial; pasó por la fase de contrato y llegó finalmente al concepto moderno de la declaración unilateral de la voluntad⁶, además el testamento atendía a las necesidades específicas de cada caso, tal y como se evidencia en la forma como se formulaba el testamento militar en aquella etapa del derecho romano sucesorio.

EL TESTAMENTO MILITAR EN EL DERECHO ARCAICO

Las formas más antiguas del testamento romano eran el testamento *calatis comitiis* y el testamento *in procinctu*. El primero de estos se celebraba dos veces al año ante el pueblo reunido en los comicios curiados que sancionaban la voluntad del testador y eran presididos por el pontífice máximo; cayó en desuso con el paso del tiempo.

El antecedente más antiguo que se tiene del testamento militar es el testamento llamado *in procinctu* que significa *in acie procincta*, es decir, equipado con las armas del combate, dispuesto para la batalla⁷, a través del cual el jefe de familia soldado que deseaba testar antes de marchar al combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas. Este testamento sólo se practicaba en tiempo de guerra y podía realizarse en lugares distintos a Roma, además el ejército no decidía al respecto de la formulación y aprobación de este limitándose sólo a atestiguar⁸. Era una declaración oral desprovista de forma dirigida a aquellos que estaban más próximos al testador, sin embargo estos

⁵ de Churruca, Juan, Introducción Histórica al Derecho Romano, 6ª Edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 1992, p. 41.

⁶ Margadant S., Guillermo Floris, El derecho privado romano : como introducción a la cultura jurídica contemporánea, 18ª Edición, Editorial Esfinge, México, 1992, p. 469.

⁷ Schulz, Fritz, Derecho Romano Clásico, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1960, p. 230.

⁸ Arias Ramos, J., Derecho Romano, 2 vols. 18ª Edición, Editoriales de Derecho Unidas, Madrid, España, 1991, p. 821.

testamentos no fueron abolidos sino reemplazados en la práctica por otra de las formas del testamento llamada del bronce y la balanza (*per aes et libram*), la cual no fue conocida en la época de las Doce Tablas pero tomó gran auge en el periodo posterior al derecho primitivo romano y en un primer momento consistía en que “el padre de familia que no había podido testar *calatis comitiis* y sentía próximo su fin, mancipaba su patrimonio, es decir, transmitía los bienes propios a un amigo ante cinco testigos y un *libripens* , con lo cual el *familia emptor* (adquirente) quedaba encargado de ejecutar las liberalidades que destinaba a otras personas”⁹ e incluso era considerado como heredero. Esta figura no puede considerarse en rigor un testamento, ya que no contiene en estricto la designación de un heredero. Este testamento fue perfeccionado y trajo consigo el desuso de las otras formas de testar, siendo recurrido incluso por los mismos militares para manifestar su última voluntad, ya fuera de forma oral (manifestándolo ante los testigos y el *librepens*) o escrita (contenida en un escrito – *tabula, codees testamenti*- que contenía sellos y nombre de quienes intervenían en el).

Es menester resaltar que aunque no existía un ordenamiento que pudiera hacer referencia a un derecho codificado, se atendía a la oralidad y formalidad dentro de los actos jurídicos, ya que la mayoría de estos se desarrollaban como escenificaciones teatrales en las cuales se encontraba presente el pueblo o sus representantes, ya que predominaba el derecho consuetudinario y era necesaria la presencia de los testigos en las ceremonias, tal y como se observa en el desarrollo del testamento *per aes et libram*; por ello es importante determinar que existía relación entre el testamento militar y el que posteriormente se creó a partir de nuevas etapas en el derecho romano, ya que los principios relativos a la forma y la

⁹ Ventura Silva, Sabino, Derecho Romano : Curso de Derecho Privado, 12ª Edición, Editorial Porrúa, 1995, p. 217

oralidad perduran incluso hasta nuestros días, ya que nuestra legislación contempla la manifestación de la voluntad de los soldados de forma oral como alternativa a la escrita.

DERECHO PRECLÁSICO

Durante este periodo la Sociedad romana sufrió transformaciones en todos los órdenes, ya que se presentaron las crisis económicas, sociales y políticas debido en esencia a las Guerra Púnicas con las que se consagró el imperialismo romano. En el aspecto jurídico el cambio fue producto de estas transformaciones ya que “el punto de partida fue el *ius civile* o derecho tradicional de los ciudadanos romanos; este derecho se amplió y renovó con nuevas instituciones que en conjunto reciben el nombre de *ius gentium*”¹⁰. La evolución en materia jurídica se debió en parte a la creación de nuevas formas legales, pero en su mayoría a la aplicación que de las normas hizo el pretor encargado de la administración de justicia; por ello, junto al *ius civile* se creó y desarrollo el derecho pretorio o derecho honorario, lo cual enriqueció el ordenamiento jurídico romano. También surgió en esta época la jurisprudencia romana como un “estudio sistemático y ciencia del derecho”, ya que no sólo se limitaban a la aplicación sino a la interpretación de los ordenamientos jurídicos existentes.

El *ius civile*, eje crucial en esta etapa, estuvo constituido por tres elementos fundamentales: los *mores maiorum* (costumbres de los antepasados) también conocido como derecho consuetudinario vigente basado en los principios preexistentes a la existencia de leyes escritas; las leyes (sobre todo las Doce Tablas) las cuales recogieron sólo las partes fundamentales del primitivo derecho consuetudinario romano y son consideradas como la base del *ius civile*; por último, la interpretación de ambos elementos que los juristas hacían

¹⁰ De Churruga, Juan, op. Cit. P. 92

y que recibió el nombre de *interpretatio* y que se utilizó para actualizar a las instituciones caducas.

En cuanto al Derecho Honorario o Pretorio recibió este nombre al ser creado por los magistrados encargados de la administración de la justicia, fundamentalmente el pretor y secundariamente en su campo limitado, los ediles curules. La peculiar impartición de justicia en Roma en materia civil fue uno de los factores que influyeron en la configuración y desarrollo del derecho privado romano preclásico y clásico, ya que el pretor gozaba de un amplio margen de discrecionalidad para la protección de los derechos, no sólo aquellos que se encontraban respaldados por disposiciones legales, sino también aquellos que carecían de él, pero que a su criterio merecían protección; de este modo se creó un nuevo derecho derivado de tales atribuciones, llamado pretorio u honorario.

Estas influencias marcaron a su vez el desarrollo del derecho sucesorio y en particular lo referente a la sucesión testamentaria, ya que la intervención del derecho pretorio es notoria dentro de las figuras que se encontraban vigentes en la época, por los criterios aplicados que en muchas ocasiones no se encontraban unificados.

DERECHO SUCESORIO PRECLÁSICO

Como ya se especificó anteriormente existían desde épocas remotas formas de transmitir la propiedad después de la muerte, pero en esta etapa del Derecho Romano los testamentos *calatis comitiis e in procinctu* cayeron en desuso y el testamento denominado *per aes et libram* (por el cobre y la balanza) se perfeccionó hasta convertirse en un verdadero testamento, ya que las ceremonias de la balanza y el metal se consideraron como solemnidades del acto que tenía como finalidad, no el inmediato traspaso de un dominio más o menos efectivo (como sucedió en un primer momento) sino la institución de un

heres. En esta época el *familiae emptor* está encargado de entregar la sucesión al verdadero heredero, cuyo nombre se escribía sobre las tablas que guardaba el testador. Este testamento comprendía dos operaciones distintas: la *mancipatio*, mediante la cual el testador vendía su patrimonio al *familiae emptor*, declarando este que la operación se llevaba a cabo, no para transferirle los bienes, sino para prestarse a la confección del testamento, obligándose a entregarlo a los verdaderos herederos; la otra era llamada *nuncupatio*, o declaración del testador, ordenando sus disposiciones y designando un heredero. El testador podía expresar oralmente su última voluntad, ante el *libripens* y los cinco testigos o manifestar que se encontraba contenida en un escrito (*tabulae, codex testamenti*) en el que ponían sus sellos (*signatio, obsignatio*) y sus nombres (*superscriptio*) los testigos y generalmente el *libripens* y el *familiae emptor*.¹¹ Posteriormente se admitió que el ciudadano pudiera testar oralmente con ayuda de una *nuncupatio*, declarando en voz alta su voluntad delante de siete testigos sin la elaboración de escrito alguno.

Durante el último siglo de la República, el testamento mancipatorio fue el único testamento romano y durante todo el período clásico el único testamento ordinario.

TESTAMENTO PRETORIANO

Posteriormente, pero abarcando la época preclásica, el Pretor redujo las formalidades exigidas por el derecho civil y apareció el testamento pretorio, en el cual se abandonó la observancia de la *mancipatio*. Si las tablas se encontraban selladas con siete sellos el pretor acostumbró conceder la *bonorum possessio*¹² al heredero instituido *secundum*

¹¹ Ventura Silva, Op. Cit. P. 218

¹² Al igual que la *hereditas*, era la universalidad de cosas y derechos del *de cuius*, en la que unitariamente y por el sólo acto de la concesión pretoriana, sucedía el *bonorum posesor*, que de no surgir quien tuviere un mejor título de sucesión llegaría, con el transcurso del tiempo, a usucapir las cosas *usucapio hereditatis* y, con

tabulas sin tomar en cuenta si se cumplía con las formalidades de la *mancipatio*. En lo referente al testamento militar, el pretor hacía una simple referencia a las constituciones imperiales para sustentar la concesión de este testamento. La *bonorum possessio* surgió dentro del derecho sucesorio como institución meramente posesoria, fue atribuida tanto como posesión provisional de los bienes hereditarios mientras se desarrollaba un proceso de petición de la herencia, a personas instituidas como herederas por cierto acto testamentario no válido según el *ius civile*, la cual recibió el nombre de *bonorum possessio secundum tabulas* (de acuerdo con las tablillas en las que estaba escrito el testamento), así como a favor de aquellos que, justificando una pretensión a la herencia (testamentaria o *ab intestato*), solicitaban ser puestos en la posesión de los bienes hereditarios sin necesidad del procedimiento.

En los casos en que el *de cuius* había muerto intestado, el pretor llegó a conceder la *bonorum possessio* a personas unidas al *de cuius* por cognación, lo cual recibió el nombre de *bonorum possessio sine tabulis* (sin tablillas). Por último, se concedió la *bonorum possessio*, aún existiendo testamento a personas no instituidas por el *de cuius*. En estos casos se hablaba de una *bonorum possessio contra tabulas* (contra las tablillas).¹³ Durante esta etapa, este testamento podía ser invalidado por el *ius civile* si los herederos legítimos así lo reclamaban.

EL TESTAMENTO MILITAR EN LA ÉPOCA PRECLÁSICA

Esta figura observa un régimen especial comparado con los demás testamentos, ya que se aplicó a los militares un régimen de amplia libertad, que determinó la derogación en

el ejercicio de *actiones utiles*, a realizar los derechos personales. Es decir, a conseguir la titularidad, de acuerdo al *ius civile*, de todos los derechos reales y personales que había investido el *de cuius*.

¹³ Di Pietro, Alfredo, Manual de Derecho Romano, 4ª Edición, Ediciones de Palma, Argentina, 1985, p. 399.

su favor de los principios que regían la sucesión testamentaria ordinaria; excepciones y privilegios que poco a poco se implantaron en los testamentos ordinarios desde tiempos de Julio Cesar y sucesivamente a partir de Tito, Domiciano, Nerva y con carácter definitivo desde Trajano, en donde se permitió a los soldados hacer el testamento de la forma en que quisieran. La razón de este régimen especial, estriba en el desconocimiento de los tecnicismos del *ius civile* que tenían los soldados, la mayoría de ellos ni siquiera ciudadanos, o de recién adquirida *civitas*, por lo que se les permitía otorgar testamento <<quo modo volent>> (como quieran) y <<quo modo poterint>> (como puedan). La eficacia del *testamentum militis* cesaba al año del licenciamiento honroso (*honesto missio*), o inmediatamente, tras un deshonoroso abandono de las armas.¹⁴

Este testamento podía hacerse confiando su última voluntad a un compañero de armas o escribiéndola con sangre dentro de su escudo o trazándola con la espada en la arena, servía únicamente en tiempo de guerra y bastaba la presencia de un solo testigo. La duración del privilegio era limitada al tiempo en que se encontrara en servicio activo dentro del ejército romano; sin embargo, dentro de los privilegios que otorgaba dicho testamento se encuentran varios de gran importancia:

- i) El *filius familias* militar, puede testar válidamente respecto a su *peculio castrense*.¹⁵

¹⁴ Giménez Candela, Jimena. Derecho Privado Romano, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, p. 292

¹⁵ En los textos se define al *peculio* como un patrimonio separado que el padre o dueño constituye voluntariamente para que pueda ser administrado con independencia por el hijo o el esclavo. Con respecto a este particular, el *peculio castrense* era aquel que se conseguía en el servicio de armas, como botines de guerra, saldadas, donativos de compañeros, o lo que el *pater familias* le hubiera entregado al entrar al ejército. No podía ser revocado libremente por el padre y esta facultad se extendió incluso a los veteranos del ejército. Si el hijo moría intestado, el *peculio* volvía al padre como cosa propia y no como herencia.

- ii) El militar puede testar si no tiene la certeza sobre su capacidad e igualmente si es sordomudo o esta condenado a muerte y puede instituir como herederos a personas incapaces.
- iii) El militar puede disponer en su testamento de sólo parte de sus bienes y los restantes pueden pasar a través de la vía legítima, con lo cual rompe con el principio *nemo pro parte testatus* y no tiene lugar el derecho de acrecer.
- iv) Varios testamentos militares son igualmente válidos, si son compatibles.
- v) El militar puede testar bajo condición resolutoria o a término, esto en contra de la regla *semel semper heres*.
- vi) El militar no esta obligado a instituir formalmente al heredero y no existe obligación de respetar a los herederos necesarios.
- vii) Puede instituir *ex re certa* o en patrimonios separados con propias obligaciones a cada uno.
- viii) Los legados dispuestos en el testamento no están sujetos a las reducciones que marcaba la *lex Falcidia*¹⁶
- ix) No se admitía en contra de este tipo de testamento la *querella inofficiosi testamenti*,¹⁷ la cual consistía en atacar el testamento como

¹⁶ La *Ley Falcidia* establecía que no se puede legar mas de tres cuartos de la herencia y el heredero debe conservar por lo menos el cuarto de la sucesión, el cual correspondía al cuarto del activo neto de su porción hereditaria. Todos los herederos testamentarios tienen derecho a la cuarta falcidia. Petit, Eugene Henry Joseph, Tratado elemental de Derecho Romano, trad. de la novena ed. francesa y aumentada con notas originales muy amplias por José Ferrandez González, 15ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p.p. 576-577.

¹⁷ Bialostosky, Sara, Op. Cit. P. 204.

inoficioso, hacerle anular y la sucesión se abría *ab intestato* por no cumplir con el deber de afección *officium pietatis*.¹⁸

De lo descrito con anterioridad puede afirmarse que el testamento militar constituye un verdadero *ius singulare*, el cual para ser eficaz sólo necesitaba la pura y simple voluntad del testador sin la observancia de los requisitos formales exigidos de ordinario. A diferencia del antiguo testamento *in procinctu*, el testamento militar podía otorgarse en cualquier momento de la vida de campaña y no necesariamente antes de entrar en batalla. Debido a las transformaciones que ocasionó la introducción de todas estas prerrogativas a favor de una clase social, el derecho sucesorio romano sufrió con el transcurso del tiempo de una evolución en la que se retomaron varios principios establecidos en este testamento especial, lo cual deriva posteriormente en un régimen más patrimonialista y menos apegado a los formalismos.

DERECHO CLÁSICO

Las transformaciones del régimen político del Principado tuvieron gran trascendencia en la formación y desarrollo del derecho clásico, esto debido al cambio que experimentó el sistema de fuentes de creación del derecho clásico al respecto de la época correspondiente a la República. Apareció una nueva fuente originada por la persona del Emperador, que extendió su campo de acción hasta alcanzar una independencia tal que puede considerarse como el origen indiscutible del Derecho imperial.

Durante esta etapa el derecho llega a su máximo florecimiento y se observa una marcada tendencia de transición entre el formalismo y el consensualismo en la realización de los actos y negocios jurídicos. Las causas de esta evolución las encontramos en la

¹⁸ Petit, Eugene Henry Joseph, Op. Cit. p. 536.

internacionalización de Roma a través de la conquista y en el cambio de la economía familiar a la economía mercantilista abierta a la cuenca del Mediterráneo. También el derecho deja de ser oral y adopta la influencia de la escritura a través de la anexión de Egipto, con lo cual se elimina la excesiva publicidad en la celebración de los actos jurídicos.

La labor del pretor peregrino hace que el derecho nacionalista romano se fusione con otras instituciones y perciba la influencia del derecho de gentes, con lo cual se convierte en un derecho cosmopolita y universal, además desaparece la rigidez en el derecho debido a la administración de justicia hecha por los ediles y pretores, ya que intervenía en la solución de las controversias razones de buena fe y equidad, que más que convertir al derecho romano en un derecho liberal, forjaron un nuevo derecho adaptado y derivado del ya existente.

Dentro de las fuentes que predominaron se encuentran esencialmente y sin variaciones de gran relevancia en primer término la costumbre, la ley, el senadoconsulto, edicto de los magistrados (en decadencia), las constituciones imperiales y la jurisprudencia, esta última con un gran apogeo debido a la labor de los juristas llamados "clásicos".

DERECHO SUCESORIO CLASICO

Es muy probable que el pretor ofreciera primero la sucesión pretoriana, a la cual se hizo alusión anteriormente, al heredero instituido en un testamento regularmente según el derecho civil. Pero en el tiempo de Cicerón era suficiente para la concesión de esta *bonorum possessio* que el testamento estuviera escrito sobre tablillas llevando el sello de siete testigos y cuando un testamento estaba revestido de estas formas, el pretor sólo exigía que fuesen cumplidas las formalidades del derecho civil, dando al heredero instituido la

bonorum possessio secundum tabulas. En toda la época clásica la *bonorum possessio* fue concedida únicamente *secundum tabulas testamenti*¹⁹

De este modo, durante esta etapa va a funcionar un testamento civil, con las formalidades de la *mancipatio*, que otorgaba la *hereditas* y un testamento pretoriano en virtud del cual se otorgaba la *bonorum possessio*.

EL TESTAMENTO MILITAR EN EL DERECHO CLÁSICO

En esta época el testamento militar no presenta rasgos excepcionales, ya que no se requiere de otra cosa sino de que el militar manifieste la propia voluntad sin formalidad alguna y sin atender a restricciones, debido a que esta figura no presenta cambio alguno dentro de su evolución en este periodo histórico. La libertad de testar se mantiene al igual que en el periodo que antecedió sin observar formalidades novedosas hasta el llamado derecho Justiniano; sin embargo, aunque gozaban de privilegios (considerados inclusive excesivos), durante este tiempo se les prohíbe el matrimonio y la manumisión de esclavos.²⁰

DERECHO POSTCLÁSICO

Tras la gran crisis que acabó con el principado, se abre una nueva época que en los países de habla latina se ha llamado Bajo Imperio (en contraposición al Alto) y en los de lengua Germana Dominado (en contraposición a Principado). En lo jurídico es denominada época postclásica. En esta etapa se avanzó hacia una estructura dogmática mas sólida y racional, que superó inconsecuencias teóricas que se habían instalado en la

¹⁹ Schulz, Fritz, Op. Cit. p. 234.

²⁰ Carames Ferro, José M., Instituciones de Derecho Romano, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, p. 45.

época clásica y llevó adelante el desarrollo de una regulación de muchas instituciones que habían quedado inacabadas en el periodo anterior. En varios aspectos, el derecho postclásico está más próximo al derecho occidental que el derecho clásico, ya que ha influido de forma decisiva en la formación del derecho de casi todos los países de Europa, del cual proviene la influencia y génesis directa del derecho mexicano.

Debido al carácter Monárquico absolutista del régimen político en esta época, el derecho que procedía del Emperador adquirió una importancia exacerbada, tanto que las normas jurídicas emitidas por éste recibieron la denominación propia y genérica de *leges*, junto a las cuales se encontraban las normas procedentes de la época clásica, a las que se les dio la denominación de *ius vetus* (antiguo derecho).²¹

En cuanto a las fuentes del derecho se debe atender a este dualismo existente, debido al cual se supedita a la costumbre y jurisprudencia a la labor legislativa de los emperadores, que se concreta con la creación de las constituciones imperiales como ordenamientos jurídicos generales y de observancia obligatoria, las cuales constituyen prácticamente la única fuente formal del derecho. La norma emanada del emperador funcionaba como ley general, recibiendo la forma de edictos que se convertían en normas de obligatorias; las otras formas (rescriptos, mandatos y decretos) cayeron en desuso y sólo se aplicaban a casos concretos. Surge una nueva categoría de disposiciones imperiales inferiores a las *leges generales*, las cuales recibieron el nombre de *pragmáticas*, dictadas a petición de entidades oficiales o por iniciativa directa del emperador.²²

²¹ De Churruga, Juan, Op. Cit. P. 220.

²² Bernal de Bugueda, Op. Cit. P. 220.

Debido a que las constituciones imperiales monopolizaron la vida jurídica del imperio, se relegó a un papel secundario las demás fuentes, incluyendo la jurisprudencia, la cual sobrevive en boca de los propios emperadores.

Otro rasgo distintivo en este periodo es la marcada tendencia a la vulgarización²³ la cual significa, en el campo jurídico, un estilo de pensar y de expresarse diferente al derecho técnicamente desarrollado, como lo era en el derecho clásico. Este proceso se dio en forma ilimitada en Occidente, donde el derecho vulgar se enlaza con las legislaciones de los nuevos reinos germánicos surgidos tras las invasiones en territorios del Imperio. Existe además en esta época una marcada propensión a la codificación del derecho ya existente, lo cual no hace más que reafirmar el hecho de que la producción jurídica en esta época era escasa o incluso nula.

DERECHO SUCESORIO POSTCLÁSICO

En esta época se simplifica la legislación sobre los testamentos, y de la fusión de las reglas del Derecho Pretoriano y del Derecho Civil nació una nueva forma de testar. Esta era denominada testamento *tripertitum*, el cual toma su nombre debido a porque tomó sus reglas de legislaciones diferentes, tales como el Derecho Civil Primitivo, Honorario y Nuevo. Este testamento esta descrito en una Constitución de Teodosio II, quedando en vigor bajo Justiniano, el cual consistía en que una vez que el testador hubiere escrito de antemano su testamento sobre tablillas, reúne siete testigos, les presenta las tablillas, cerradas en parte si quiere guardar el secreto de sus disposiciones; cada testigo, lo mismo que el testador, pone su *subscriptio* (declaración expresa) debajo del testamento, cerrándose

²³ *Vulgarismo* utilizado en el sentido de ausencia de producción jurídica y por lo mismo la pérdida de un estilo propio.

después las tablillas y poniendo cada testigo su sello (*signare*) en la parte exterior y escribiendo su nombre cerca del sello (*adscribere*). Estas formalidades deben cumplirse *unitas actus*, es decir, en unidad de tiempo y de contexto celebrándose y cubriéndose con las formalidades, las cuales provienen de diversos orígenes, saber:

- Del Derecho Civil, se tomó la presencia de los testigos y la necesidad de hacerlo todo *uno contextu*;
- En Derecho Pretoriano se basó la exigencia del número de los testigos, los sellos y la *adscriptio*.
- Las Constituciones Imperiales son la fuente de la *subscriptio*.²⁴

Debido a una constitución posterior, se determinó que si el testamento era hecho *holografa manu* (por mano que lo ha escrito todo), es decir, escrito por el testador de su propia mano, no eran necesarios los testigos; además, se admitió también el testamento oral (llamado *nuncupativo*), en el cual solo era necesario que el testador manifestara su voluntad ante los testigos, los cuales tenían la obligación de darle publicidad a la muerte del testador.²⁵

EL TESTAMENTO MILITAR EN EL DERECHO POSTCLASICO

Como ya se refirió con antelación, el desarrollo de esta institución no presentó cambios significativos, y solamente se tomó en consideración la integración del ejército romano, el cual se encontraba compuesto en su mayoría por oriundos de las provincias y no por ciudadanos, esto es, en su mayoría eran extranjeros, los cuales encontraban dificultades para cumplir con las normas de derecho civil; por ello, se estableció la práctica de permitir que los soldados declarasen sus últimas voluntades conforme las costumbres de su país

²⁴ Petit, Eugene Henry Joseph, Op. Cit. p. 517.

²⁵ Bialostosky, Sara, Op. Cit. p. 202.

origen, normalmente correspondiente a sus guarniciones, instituyendo en este mismo acto a sus herederos, los cuales podían ser sus compatriotas de origen, resaltando entre estos los parientes.²⁶

Es en el siguiente periodo en el cual el testamento militar presenta cambios importantes, ya que la visión que Justiniano tenía al respecto repercute en las reformas a los ordenamientos legales que se dan en este contexto.

DERECHO JUSTINIANO

Después de la caída del Imperio de Occidente subió al trono del de Oriente el Emperador Justiniano, el cual se empeñó durante todo su reinado en restaurar el Imperio Romano, el cual tenía como centro a la ciudad de Constantinopla. En cuanto a la labor en el ámbito jurídico, se encargó de compilar las constituciones imperiales en nuevos Códigos, de entre los cuales destaca por su importancia histórica el *Digesto*, el *Código*, las *Instituciones* y las *Novelas*, todas ellas contenidas en una compilación que recibió el nombre genérico de *Corpus iuris civilis*²⁷, el cual no será abordado en este estudio por cuestiones prácticas.

Esta labor de compilación atendió a la necesidad que tenía Justiniano de volver al pasado con las exigencias que su época demandaba; aunque en la compilación se encuentra presente el elemento helénico que caracteriza de un modo especial a la civilización Bizantina, la tendencia primordial en este periodo va encaminada, como ya se mencionó, a

²⁶ Arangio Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, 10ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 591.

²⁷ El *Corpus iuris* es el primer intento de codificación que se presenta con verdadera pretensión de autarquía, esto es, independiente y hermético ya que se prohibía el uso de cualquier otra codificación.

revivir el viejo derecho, tal y como puede observarse en el *Digesto*, el cual retoma y contiene fragmentos jurisprudenciales tomados de la Ley de las Doce Tablas.

Es menester mencionar que, debido a la influencia que la religión tuvo en este periodo, el derecho justiniano es un derecho cristianizado, en oposición a lo que puede llamarse derecho romano pagano, especialmente en el ámbito de la familia, las sucesiones y las deudas; sin embargo, la técnica y la sabiduría de los clásicos se nota en el fondo de este derecho,²⁸ que tiene como característica esencial ser un sistema hermético, debido a que en el la ley escrita debía contener todas las soluciones que el orden jurídico podía ofrecer en la vida diaria, lo cual se traducía en la seguridad jurídica derivada del *ius scriptum*; esto nos habla de un cambio rotundo, de un sistema abierto en la época clásica, hacia un hermetismo casi total, como consecuencia de la decadencia de la jurisprudencia y el derecho honorario, demostrando con ello que en esta época se tenía un sentimiento de reverencia y respeto a la ley escrita contenida en las compilaciones.

DERECHO SUCESORIO

En el derecho justiniano se encontraba aún vigente el testamento *tripertitum*, el cual tuvo su origen en el periodo anterior; sin embargo, en este tiempo se requería que fuera redactado por un notario de profesión, el cual daba forma jurídica a las declaraciones hechas por el testador en presencia de testigos; la suscripción de estos ya no servía para la sola garantía de la autenticidad del *tabulae*, sino que hacían fe de la correspondencia de las cláusulas escritas con las declaraciones verbales.²⁹ Este testamento recibió también el

²⁸ Bernal de Bugueda, Op. Cit. p. 253.

²⁹ Arangio Ruiz, Vincenzo, Op. Cit. P. 592.

nombre de *testamentum privatum*, el que, al igual que el *testamentum publicum*, fueron las dos formas de testar que existieron en la época.

El *testamentum privatum* conserva la forma del *tripertitum* y de igual manera podía hacerse de forma oral o escrita, esta última atendía a dos criterios: podía ser ológrafo escrito por el mismo testador) o *alográfó* (escrito por otra persona). El *testamentum publicum* podía también adoptar dos formas: la de *testamentum apud acta conditum* y la de *testamentum principi oblatum*. El primero se hacía ante autoridad judicial o municipal, la cual levantaba acta de las manifestaciones y palabras del testador. El segundo se entregaba por escrito para ser registrado y custodiado en los archivos imperiales³⁰. Sin embargo, estas dos figuras tuvieron menos difusión hasta llegar a ser obsoletos.

Como podemos observar, muchas de las formas de testar desde la antigüedad se conservaron a través de la labor compiladora del Emperador Justiniano, quien como ya se señaló anteriormente, trató de revivir el derecho romano desde sus inicios integrando las diversas fuentes del derecho existentes hasta ese momento, y de esa forma nació lo que hoy es una obra de gran importancia en el campo del derecho denominada *Corpus Iuris Civilis*.

EL TESTAMENTO MILITAR EN EL DERECHO JUSTINIANO

Las nuevas condiciones del Estado y de la milicia de la época romano-helénica indujeron a Justiniano a poner limitaciones a la libertad del testamento militar, casi aniquilando los beneficios y cambiando sus bases, de tal manera que los privilegios

³⁰ Ventura Silva, Sabino, Op. Cit. P. 219.

sustanciales de este testamento no se justifican, salvo en la parte relativa a la capacidad de los sucesibles, la cual también tendía a desaparecer³¹.

Como ya se mencionó con antelación, la compilación que comprendía el *Codex, el Digesto, las Institutas y las Novelas*, fue determinante en la aplicación de los principios esenciales que regían al testamento militar, ya que desde la época de Julio César se encontraban dispersos; y es con el emperador Justiniano con quien a través de la labor de recopilación de las citas de los grandes juristas, se llegó a la elaboración de los preceptos que gradualmente serían aplicados a los testamentos en general.

En cuanto al contenido de estos ordenamientos, el Digesto en el libro XXIX título II hace referencia a los principios del testamento militar, el *Codex* dentro del Libro VI, Título XXI, contiene la colección de constituciones imperiales que hacen alusión a criterios acordados emitidos por los emperadores romanos y por último *las Institutas*, en su Título XI consagran los esbozos que una vez hiciera Gayo al respecto del testamento militar.

A continuación se presentan los puntos relativos al testamento militar relacionados entre sí con la referencia a las obras que los contienen.

DIGESTO

XXIX TÍTULO II

1. Los militares podían hacer su testamento como quisieran y como pudieran, ya que bastaba la simple voluntad del testador para la distribución de sus bienes después de fallecer.

Este era el derecho que tenían los militares para testar <<*quo modo volent*>> (como quieran) y <<*quo modo poterint*>> (como puedan), en donde el nombre de

³¹ Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, 5ª Edición Trad. Luis Bacci y otro, Editorial Reus, España, 1979, p. 608.

“militar” viene de << milicia >>, esto es, de dureza , multitud o mal, que es de lo que libraban los militares a los romanos, o del numero de <<mil >> hombres, asimismo el nombre de ejercito proviene de <<ejercitación>>.

2. Al tenor de las Constituciones Imperiales se aplicaba un derecho singular a los testamentos militares.

El derecho que se les aplico desde un principio fue propio y atendió además del carácter de militares que presentaban los sujetos, al momento en que realizaban el testamento, el cual debía ser al encontrarse en expedición y durante los intervalos en que se encontraban fuera de toda expedición no podían reclamar este privilegio.

3. Cuando un militar determinaba hacer su testamento regido por el derecho común, no por eso renunciaba al beneficio militar.

Esto encontraba justificación en la idea de que el militar no elegía un determinado modo de testar para que sus disposiciones fueran impugnables, sino que quiso acogerse a los modos de testar para estar a salvo de casos fortuitos que pudieran presentarse y afectaran la validez del testamento.

4. El sordo y el mudo que están en filas, pueden testar con arreglo al derecho militar, antes de ser licenciados por incapacidad física.

Esto se debía a que una vez que estuvieran licenciados por incapacidad física no podrían testar de conformidad con el testamento militar, ya que era necesario que se encontraran en expedición para poder gozar de este beneficio, y al separarse del ejercito obviamente no podrían cubrir con este requisito.

5. Los militares pueden nombrar sustitutos incluso para sus herederos, pero sólo en cuanto a las cosas que aquellos adquirieron en virtud de su testamento.

En este punto encontramos reiterado el derecho que tenían los militares para sustituir a los herederos, el cual como ya se menciono con anterioridad proviene de la época preclásica; este principio rompía con la regla establecida para el resto de los testamento que determinaba *semel semper heres*.

6. Si un militar hubiere nombrado a alguien heredero en un fundo, se considera que murió intestado con respecto al resto del patrimonio, pues el militar puede morir en parte con testamento y en parte con intestado.

Probablemente el principio mas importante que el testamento militar transmitió al resto de los testamentos, ya que presenta la posibilidad de que una parte de la sucesión se lleve por la vía testamentaria y la otra por la vía legítima, esto es, una combinación entre los dos regímenes de sucesión testamentaria que en un principio no se concedía para todos.

7. Si la intención del que testa con arreglo al derecho militar era de que cualquier descendiente que le naciere quedara desheredado, no se invalida el testamento.

Lo anterior era aplicable aun en el caso de que el militar ignorara que la mujer se encontraba embarazada e incluso aunque no lo estuviere y el nacimiento del hijo no invalida el testamento

8. Lo anterior se aplica para el caso de un hijo arrogado al cual le hubiese sucedido un nieto en lugar del hijo (premuerto).

En caso de la adopción de un huérfano o un emancipado, el militar no tenía obligación de instituirlo como heredero, ya que el testamento militar le permitía determinar como tal a cualquier persona, lo cual no afectaba la validez del acto en sí.

9. Si habiendo nacido el hijo en vida de él no alteró su testamento, se considera que rehizo el testamento por derecho militar, puesto que en caso de que el paisano hiciera testamento y luego fuera militar, el primero comenzará a valer con arreglo al derecho militar, si así lo quiso el militar.

Este principio es complemento del anterior, ya que en el caso de que el paisano no hubiera instituido a su hijo como heredero en el testamento hecho de conformidad con el derecho común, al adquirir la calidad de militar y no realizar modificación alguna al testamento anterior, este adquiriría validez como si hubiera sido hecho conforme al derecho singular del testamento militar.

10. Quien ha caído en poder de los enemigos, no puede hacer testamento, ni siquiera con arreglo al derecho militar.

Se consideraba en esta época que cuando un militar se encontraba prisionero durante la guerra, su capacidad para otorgar testamentos se veía disminuida por la condición que guardaba en ese momento; sin embargo, después de su liberación podía realizar su testamento de conformidad con las reglas del militar, sin que esto afectara su validez.

11. Los reos capitales por un delito militar, pueden hacer testamento, pero sólo en cuanto a los bienes obtenidos en su condición de militares. Además el testamento se hará con arreglo al derecho militar dada su condición de presos por hechos vinculados a las armas. Lo anterior sólo era válido siempre y cuando no traicionasen su juramento como parte del ejército romano.

En caso de que el militar no estuviera seguro de que es independiente, su testamento valía solo en el caso de que dudara que su padre se encontraba vivo; en

caso de que hubiera dispuesto en su testamento como militar del peculio castrense ignorando que había muerto su padre, los bienes del padre no pasarían a manos del heredero sino solo los castrenses.

12. Los militares solo dejaban a sus herederos los bienes sobre los que disponen en su testamento.

Esto significa que todos aquellos bienes sobre los cuales no se hacía manifestación alguna seguían la vía legítima, de conformidad con lo que establece el principio que les permite testar bajo los dos regímenes.

13. Lo anterior era aplicable en caso del cambio del testamento, no porque quisiera quitar los bienes castrenses al heredero constituido, sino porque quería testar sobre los bienes paternos e instituir otro heredero. Pero si murió de veterano licenciado, pertenecen al heredero de los bienes castrenses todos los bienes del testador, incluso los de su padre, pues ya no podía testar sólo sobre una parte de sus bienes. También los deportados y en su mayoría quienes carecen de la *testamentum pasiva*, pueden ser instituidos herederos por un militar, pero si este instituye al que cayó en esclavitud por una pena, la institución será nula.

En caso de que el heredero se hubiese hecho ciudadano a la muerte del testador, la institución comienza a convalidarse como si se diera la herencia en ese momento, lo cual era aplicable a todos aquellos designados como herederos por un militar. Si el militar hubiera instituido a su propio esclavo al que creía libre, sin concederle la libertad, la institución es inválida; en este caso si el militar hubiese dado la libertad en testamento a su esclavo y le hubiese dejado como heredero fideicomisario de un primero y segundo heredero (fiduciarios), aunque estos muriesen antes de adquirir la herencia, no se juzgaría que el militar murió sin

testamento, sino que se ha de entender que dejó al esclavo la libertad y la herencia, ya que de la voluntad en la realización del acto, se desprende que el testador quiso que adquiriese ambas cosas.

14. Lo anterior es aplicable a los paisanos haciendo dos distinciones: si muriesen en vida del testador y este lo supiera, nada debe de innovarse, pero si murieron sin el saberlo o después de su muerte, se debe socorrer a los paisanos.

Se establece que este principio es aplicable a los paisanos, esto es, a aquellos que no eran militares, lo anterior con los salvedades o requisitos. A falta de disposición en el derecho común se permitió la aplicación supletoria.

15. El militar no puede instituir mas que un heredero necesario en perjuicio de sus acreedores. Así como el militar puede, a través de la manifestación de su voluntad, revocar un testamento en caso de anular o destruir éste opera la nulidad del acto. Sin embargo, si lo anulase y después pretendiera darle validez, valdrá como última voluntad; por ello si el militar hubiese tachado su testamento, pero después lo hubiera sellado con su anillo, se deberá tener en cuenta la intención con la cual lo hizo, ya que si se prueba que estaba arrepentido de haber cambiado de voluntad, se entenderá renovado el testamento, pero si lo tachó a fin de que no se pudiera leer lo escrito, se ha de creer que lo hizo para que el testamento no valga. También es válido el testamento hecho por un paisano antes de ser militar, pero que murió siéndolo, salvo que otra fuera fuese la voluntad del testador. El militar puede nombrar un heredero hasta determinado momento y otro para que lo sea a partir de entonces; esto es, opera la condición suspensiva y la condición resolutoria. También puede hacer testamento con arreglo al derecho militar para sí y para su hijo, o sólo

para su hijo y no para él; este testamento sólo tendrá validez si el padre muere en el ejército o antes de transcurrir un año desde el licenciamiento.

Al establecerse estos principios en cuanto a la validez del testamento, se disminuye la posibilidad de que el militar muriera intestado, ya que se trata de que la última voluntad prevalezca aun cuando el texto carezca de la solemnidad que se exige al resto de los testamentos, esto es, que solo bastaba con que fuera legible. además, es menester señalar que contaban con la posibilidad de establecer condiciones, ya fueran suspensivas y resolutorias.

16. Si un militar legase un fundo dotal, el legado no será válido con fundamento en la *Ley Julia*, la cual prohíbe enajenar los fondos dotales.
17. En caso de instituirse herederos en cosas determinadas, la institución será válida y se considerará que las instituyó sin atribución de cosas concretas, y estas las hubiera distribuido por legado a los distintos herederos. En el supuesto de que se instituyeran un heredero en los bienes castrenses y otro en los demás, se han de considerar como dos herencias de dos personas distintas, de manera que las obligaciones derivadas de una u otra, deberán ser cumplidas por el heredero respectivo. Pero si alguna de las partes de la herencia no fuera suficiente para cubrir un adeudo, deberá operar la adhesión de las herencias y en caso de negativa de algún heredero, este será obligado a defender toda la herencia o a pagar el todo a los acreedores.

Si un militar hubiese instituido a uno y le hubiese desheredado después en el testamento, se considerara quitada la herencia, aunque en el testamento del paisano no se puede quitar la herencia por mera desheredación

18. Hacía referencia a la aplicación de la Ley Falcidia en cuanto a los legados dejados por militares.

19. En caso de que un militar hiciera varios testamentos valdrán todos, tanto si los hizo a un tiempo como si los hizo separadamente, siempre que hubiese expresado tal deseo, y no se anula el primero por el segundo, puesto que también puede instituir heredero en parte con testamento y en parte intestado.

Esta es una de las reglas a las cuales ya se ha hecho referencia con antelación, además establece la validez de varios testamentos en únicamente en el caso de que el militar así lo haya expresado.

20. En caso de que el paisano no haya hecho testamento antes de ser militar, puede considerarse en algún caso como hecho cuando ya lo era: si lo hubiese tachado, terminado, completado o enmendado. Pero si nada de esto hubiere hecho, el testamento carecerá de los privilegios de los militares.

21. El testamento hecho en tiempo de servicio militar es válido dentro del año de licenciamiento únicamente para aquellos que realmente se licencien, y según esto carecerán de los privilegios los prefectos, los tribunos y otros cargos militares que son relevados por sus sucesores.

El licenciamiento de un militar podía ocurrir de dos maneras: honrosa o deshonorosamente, en este caso cesaba todo beneficio que como militar tuviera el individuo y por ende la capacidad para testar conforme las leyes especiales. En caso del licenciamiento honroso, la validez de un testamento militar era de un año, lo cual atendía primordialmente al hecho de que una vez que el militar se separaba del activo del ejército, su calidad y capacidad como tal se veía disminuida en comparación con los militares que se encontraban en campaña; en pocas palabras,

no se atendía a las dos condiciones para poder ejecutar el testamento militar: la calidad y la circunstancia.

22. Si un militar hijo de familia, fuese *capitidiminutio* emancipado o dado en adopción por su padre, su testamento tenía validez como si hubiera sido renovado por su voluntad.

Se conservaba la validez del testamento atendiendo a la calidad de militar del individuo, ya que aun cuando se perdiera la capacidad, esta solo era en cuanto a los derechos que poseía dentro de su familia, ya que conservaba la libertad y la ciudadanía.

23. Lo anterior también se aplicaba para el caso del padre de familia que se daba en adrogación; sin embargo, el testamento carecía de validez si esto se hacía después de ser licenciado.

La adrogación era la forma a través de la cual el *paterfamilias* era adoptado por otro que ejercía desde ese momento la patria potestad con todos los derechos que conllevaba. Al encontrarse licenciado el pater familias no reunía los requisitos de calidad y circunstancia, por ello el testamento carecía de validez.

24. El privilegio concedido a los militares de que valgan sus testamentos, hagan como los hagan, ha de entenderse en el sentido de que se ha hecho un testamento, que puede hacerse sin escritura incluso por los que no son militares; por ello, si el militar manifestase frente a testigos, quien quería que fuese su heredero y a quien quería manumitir, puede estimarse que de este modo hizo su testamento, sin haberlo escrito, y ha de tenerse por válida su voluntad. Pero si acaso solo hizo declaración diciendo a uno << te hago mi heredero >> o << te dejo mis bienes >> no hay que

respetar esto como testamento, ya que se alteraría la verdadera voluntad del testador por la facilidad con la que declararían los testigos al respecto de la disposición de los bienes.

25. Las constituciones de los príncipes no convalidan los testamentos de los militares cuando estos son hechos antes de formar parte del ejército; sin embargo, debe interpretarse que hizo testamento quien de algún modo declaró que quería que valiese el testamento que había hecho antes.
26. Los testamentos de los que son licenciados por causas deshonrosas dejan de tener validez con arreglo al derecho militar inmediatamente, ya que el espacio de un año solo se concede para los testamentos de los que merecieron un licenciamiento honroso o por invalidez. Este derecho no corresponde a los licenciados por causa deshonrosa, ya que se otorga como un premio a los que lo merecen.
27. Cuando después de hecho un testamento surgiere un segundo y por disposición del testador se declarara restaurado el primero por cualquier circunstancia, deberán considerarse inválidas todas las disposiciones que no sean confirmadas al restaurar el primero.
28. Solo era válido que el padre estableciera en su testamento los sustitutos de sus hijos herederos, pero era inválido que determinara los tutores en virtud de que no podía perturbar el derecho ajeno (del abuelo).
29. Es inválida la manumisión que hace el militar en su testamento cuando se trata de un esclavo cuya libertad está impedida por ley.

Así mismo, se dispensa a los herederos y a los legatarios, así como a los fideicomisos, de realizar el juramento respectivo. El hijo manumitido puede testar libremente sobre aquellos bienes adquiridos con ocasión del servicio militar

30. Respecto al peculio castrense no debe concederse la posesión de los bienes en contra del testamento del hijo militar.
31. Será libre el esclavo que sea manumitido por el heredero que no repudia el legado.
32. Si no se acepta la herencia de un militar conforme a un testamento aceptable del mismo, sus bienes castrenses tampoco corresponden a los herederos.
33. Si un hijo de familia militar hubiese hecho testamento a la usanza militar y luego, después de la muerte del padre, le naciese un póstumo, esto ocasiona que se rompa el testamento. En el supuesto de que pretendiera que el testamento anterior continuara siendo válido, esto sólo podría darse considerándose este como si hubiera hecho otro, siempre y cuando el militar estuviera en servicio al momento del nacimiento del póstumo. Sin embargo lo anterior, existían criterios distintos que se aplicaban para el caso concreto de los hijos póstumos.
34. La validez de un testamento militar continuaba a pesar de verificarse el suicidio del militar y en caso de morir sin testamento podían reclamar sus bienes los herederos llamados por ley. Cuando un militar no terminaba su testamento dentro del año de su licenciamiento, se anulaba lo que había dispuesto siendo militar; en cambio, tenía validez lo manifestado con arreglo al derecho común. Lo anterior no se aplicaba tratándose de un militar en activo, ya que la elaboración de un testamento nuevo dejaba sin efecto al anterior. Salvo lo anterior, si un militar deja un testamento incompleto, la escritura que se presenta tiene la eficacia de un testamento, ya que

este se perfecciona por la sola expresión de la voluntad y la redacción de varias disposiciones se presume como un testamento.

35. Si un militar deja un testamento incompleto, la escritura que se presenta tiene la eficacia de un testamento, pues el testamento de un militar se perfecciona por su sola voluntad, y el que redacta varias disposiciones durante varios días parece hacer testamento varias veces. Se aplica el principio de que el militar puede hacer varios testamentos en distintos momentos.

36. Habiendo instituido el militar diversos herederos en los bienes castrenses y no castrenses y luego instituyó otros herederos de los bienes castrenses, se entiende que lo que puso en el segundo testamento es lo que quito del primero y no parece haber diferencia si en el primer testamento hubiese instituido un solo heredero.

Si un militar que después de más de un año de estar licenciado muere e hizo un testamento con arreglo al derecho común y posteriormente otro con arreglo al derecho militar, es claro que no se convalida el primer testamento en virtud de que quedó anulado, por que el testamento hecho con posterioridad propicio tal hecho.

37. En caso de que un militar liberto hubiere instituido dos herederos y uno de ellos hubiese renunciado a la herencia, se estima que en esta parte murió intestado, ya que el militar puede morir en parte testado y en parte intestado, a no ser que se demuestre que era voluntad que uno de los herederos adquiriese toda la herencia si el otro renunciaba a su parte.

38. El testamento hecho por el militar que fue licenciado honrosamente y posteriormente se enroló nuevamente en otra unidad militar, es válido como si hubiera continuidad entre ambos servicios militares siempre y cuando hubiera sido hecho dentro del año del licenciamiento.

39. Si un militar hijo de familia hubiese muerto en poder del enemigo, se aplica a su testamento la Ley Cornelia.³² Pero en caso de que hubiese muerto dejando un nieto debe decirse que el testamento no se invalida, por que se le considera muerto desde el momento en que fue hecho prisionero.

40. El testamento hecho por un militar empleando formas abreviadas que murió antes de resolverlas es valido de acuerdo a la libertad que estos tienen de testar como quieran y como puedan, siempre y cuando se demuestre con pruebas legítimas cual era su voluntad.

41. En caso de que un miliar instituya a un heredero por un tiempo determinado sin señalar sustituto, tendrá lugar la sucesión intestada, en la cual al instituirse el heredero durara el mismo tiempo que el primero aunque sea corto.

La mujer de la cual se sospeche una conducta inmoral, no puede adquirir nada ni siquiera por el testamento de un militar.

Está impedido el militar para nombrar tutor a quien está bajo la potestad de otro.

42. Se tiene el derecho de testar conforme al derecho militar desde que se entra en filas y no antes, por ello quienes aún no se encuentran enlistados aunque estén destinados al ejército y viajen a expensas públicas, todavía no son militares y por ello carecen del derecho inherente a su calidad.

43. Un hijo de familia distinguido por el rango ecuestre y elegido para la guardia del príncipe, al que sin mas se le permitió enrolarse, puede disponer en el testamento del peculio castrense.

³² Esta ley establecía que el cautivo es un esclavo que esta en una situación especial, ya que disfruta del *ius postliminii*. El testamento hecho durante su cautividad es nulo, aun cuando se escape, ya que ha testado siendo esclavo; sin embargo, el testamento hecho antes de la cautividad es valido en todos sus casos: si vuelve se considera que nunca perdió el derecho de testar y el testamento conserva toda su fuerza, en caso de que muera en manos del enemigo el testamento es valido como si el testador jamás hubiera estado cautivo. Petit, Eugene Henry Joseph, Op. Cit. p. 520.

44. Los rescriptos de los príncipes declaran que todos lo que no puedan testar de conformidad con el testamento militar, si fuesen capturados por el enemigo y en esta situación muriesen, pueden hacer testamento como quieran y puedan, ya se trate del gobernador de una provincia o de otro cualquiera que no pueda hacer testamento con arreglo al derecho militar.

CODEX

LIBRO VI, TITULO XXI

1. La voluntad del militar ocupado en campaña es mantenida como ley, aun cuando instituya herederos solo para los bienes de su campaña sin determinar si también lo serian de los dejados en el campamento, los cuales en su caso seguirían la sucesión intestada.
2. Es valido que el militar instituya como heredero de los bienes castrenses a un compañero, ya que el resto de ellos serán transmitidos por medio de la sucesión *ab intestato*.
3. Los testamentos de los militares no están sujetos a las formalidades del derecho, puesto que por causa de la sencillez de los militares se les concede que los hagan como quieran o como puedan
4. En caso de la manumisión, en caso de que el testador haya tenido suficiente causa para realizarla y esta sea aprobada en consejo viviendo el manumitente, aun cuando sea otorgada por un menor de edad ese testamento militar es valido, así como la libertad otorgada al esclavo.
5. A los militares se les permite establecer a cualquier persona como heredero o legatario, salvo que la ley se los prohíba. Sin embargo, esto solo se respetara en

caso de que la muerte haya ocurrido estando en la milicia o dentro del año de licenciamiento.

6. Es lícito a los militares nombrar sustitutos a los herederos extraños.
7. En caso de que el militar hubiera señalado en su testamento que daba y legaba a su liberto parte de la herencia o legado, se debe entender en virtud de la prerrogativa del testamento militar, que le otorga la libertad directa además del legado.
8. El militar puede instituir heredero aun hasta cierto tiempo.
9. Si el militar que sabe que tiene un hijo e instituye herederos a otros, se entiende que lo deshereda tácitamente.
10. Si hallándose la hija en el vientre de su madre sin saberlo su padre militar, hubiera sido preterida por el o si habiendo creído el padre que no existía no hubiera hecho manifestación alguna, este silencio no representa de ninguna manera desheredación. Mas si el militar nombro a su hija en el testamento y le nombro legado sin instituir la heredera, se entiende que la desheredo.
11. Las instituciones captatorias no son de ningún valor en el testamento del militar.
12. En el testamento de un militar deja de tener lugar la Ley Falcidia y si se pidiera alguna cosa superior a los recursos existía el amparo con la competente defensa.
13. No se les permite hacer testamento a los militares condenados por delito militar, mas que de los bienes castrenses e intestados, y les sucede de propio derecho el fisco.
14. Aunque la escritura del testamento no contenga las prescripciones del derecho y se instituya como heredera a la hermana del militar, el hermano del testador o los hijos del militar no pueden reclamar por la evicción abintestato la herencia.

15. Si algo hubieren anotado con letras hechas con su propia sangre en la vaina o en el escudo o lo hubieren escrito con su espada en la tierra al mismo tiempo en que pierden la vida en batalla, esta disposición se considera como firme.
16. Los secretarios o alguaciles que cumplimentan ordenes de militares, no gozan de ninguna manera de las prerrogativas del derecho militar en las ultimas voluntades, aun cuando sus nombres estén comprendidos en las matriculas militares.
17. A fin de que no se crea que en todo tiempo pueden hacer testamento, solamente gozan de esta prerrogativa aquellos militares que están ocupados en expediciones.
18. No se permitía a los pupilos que hubieran obtenido el tribunado militar hacer testamento, ya que podía perjudicarse a los ascendiente o a otros parientes.

INSTITUTAS

TITULO XI DEL TESTAMENTO MILITAR

La necesidad rigurosa de estas formas, en la formación de los testamentos, ha sido dispensada a los militares por las constituciones imperiales a causa de su excesiva impericia. Por ello, aun cuando no hayan cumplido con el numero legal de testigos ni las demás solemnidades que se requieren, no por eso deja de ser valido su testamento. Sin embargo, solo serán validos en el tiempo en que se hallen ocupados en alguna expedición, pudiendo expresar de cualquier manera su voluntad, ya sea verbal o por escrito.

Pero en los intervalos que pasan fuera de toda expedición, ya sea en sus hogares o en otra parte, no les es permitido de ninguna manera reclamar tal privilegio. Si son hijos de familia, obtendrán por el servicio militar la capacidad de testar, pero con las formas del derecho común observando todo lo que se hay prescrito para los demás ciudadanos.

1. Respecto a los testamentos de los militares se establece por rescripto que el privilegio concedido a los soldados debe entenderse en el sentido de que ante todo debe comprobarse que ha sido hecho un testamento. En caso de que el militar instituyera ante testigos como su heredero a aquel a quien concedía la libertad, esto debe ser considerado como un testamento hecho sin escrito y su voluntad debe ser respetada. Por el contrario, no debe considerarse la declaración <<te hago mi heredero o te dejo mis bienes>> como un testamento, ya que propiciaría que a la muerte de un militar se hallasen testigos que aseguraran haberle oído decir que dejaba sus bienes a tal o cual persona y de esta forma se suplantaría la verdadera intención del testador.
2. El militar mudo o sordo puede hacer su testamento.
3. Este privilegio solo se les concede a los soldados mientras estén en servicio y en los campamentos; por ello, los veteranos después de tomada su licencia y los soldados en activo servicio que no estén en campaña, no pueden hacer su testamento sino con arreglo a las formas del derecho común a todos los ciudadanos. El testamento que hubiesen hecho en campaña no según el derecho común, sino por sola voluntad no será valido después del licenciamiento, sino durante un año y en caso de que la condición no se haya cumplido y el militar muera durante en año, el testamento es valido por la razón de haber sido hecho por un militar.
4. Si antes de entrar en el servicio se ha hecho un testamento militar y después se abrió en una expedición, añadiendo o suprimiendo algunas disposiciones, esto debe considerarse como la nueva voluntad del testador.

5. Ya sea que un soldado se haya dado a si mismo en adrogación, ya que siendo hijo se haya emancipado, su testamento tendrá valor como por una nueva voluntad del militar, y será considerado como si no hubiese sido hecho inútil por la disminución de la cabeza.
6. En caso de los peculios cuasi-castrenses, a pesar de que existía autorización para del por testamento, se establece que quedan sujetos al derecho común.

Como puede observarse el *Corpus Iuris* contiene referencias expresas a la regulación del testamento militar, el cual ya no presenta las prerrogativas propias de su origen, esto debido a que el emperador Justiniano determino que estas fueran disminuidas y en algunos casos suprimidas.

Por ello, es importante puntualizar que a pesar de que, como ya se mencionó anteriormente, estos y los demás privilegios que eran inherentes a este testamento tendían a desaparecer, es con la recepción del derecho romano en países de Europa que prevalecen y en muchas ocasiones renacen figuras tomadas de estas normas para actualizarlas y aplicarlas en los ordenamientos modernos. Tal es el caso de España, por medio de la cual se recibió la legislación hispánica en la cual se regulaba conforme lo establecía el propio Digesto en materia de sucesiones e inclusive se retomaron principios del testamentos militar para aplicarse en general a todas los testamentos.

2. LA EDAD MEDIA

Recibe esta denominación el espacio cronológico que media entre el siglo V y una franja temporal cuyo centro es el siglo XIII, en el cual el occidente europeo vive un “tiempo” que “media” entre la Antigüedad clásica y el Renacimiento humanístico.³³ La base fundamental desde el punto de vista jurídico se encuentra en el Derecho Romano vulgar y el germanismo jurídico; posteriormente adquiere su perfil más representativo con los “*iura propria*” u ordenamientos particulares, y entra en declive con la difusión predominante del “*ius commune*”.³⁴

La división que existía entre los Imperios de Oriente y Occidente influyó de sobremanera en la recepción y desarrollo que tuvo el referido Derecho Romano vulgar; ya que ambas organizaciones no tenían nada en común, ni en el conjunto sistemático de normas, ni en las técnicas y conocimiento de los juristas y mucho menos en las diferentes instituciones jurídicas de la época. De igual forma el Derecho Justiniano no actuó igual, ya que su vigencia se circunscribe al primer espacio bizantino durante la edad media y en este tiempo es sustituido por el derecho romano vulgar en Occidente, reapareciendo con posterioridad al final del medioevo (ya mezclado con elementos jurídicos del *ius commune*). Por el contrario, en el oriente la producción jurídica cesó y la sicología bizantina configuró una sociedad poco apta para impulsar con nueva fuerza al derecho justiniano; estos rasgos diferenciaron a los imperios de oriente y occidente y son fundamentales para lograr la comprensión del desarrollo jurídico ulterior, el cual culminó con la creación de instituciones y modificación de las ya existentes a través de la fusión de

³³ Pérez Prendes, José Manuel, Instituciones Medievales, Editorial Síntesis, España, 1997, p. 25.

³⁴ Se designa así a la particular amalgama entre los ordenamientos jurídicos, Canónico, romano-justiniano, feudal y mercantil, concebida no como simple yuxtaposición, sino como integración de todas ellas, hecha bajo el criterio rector del cristianismo. *Ibidem*, p. 38.

las diversas normas y la aplicación de los principios tomados del derecho romano, el cual se entremezcla con los derechos germánicos dando como resultado la aparición de nuevas tendencias en el ámbito jurídico.

Además de tales influencias del derecho romano en los derechos germánicos, un derecho romano vulgarizado sobrevivió en forma directa a causa de la frecuente aplicación del sistema de la “personalidad del derecho”³⁵ ya que se respetaban los principios jurídicos que regían a la sociedad romana antes de ser conquistada por los bárbaros, con lo cual se buscaba una “pacífica convivencia” entre los pobladores originarios y los nuevos conquistadores.

Para facilitar el análisis de esta época pueden considerarse como límites de la misma, la caída del Imperio Romano Occidental (476) y la del Imperio Romano Oriental (1453), ya que de ello se derivó la mayor o menor influencia que el derecho romano ejerció sobre estos atendiendo principalmente a que, del contacto con otros pueblos conquistadores, se derivó un renacimiento de los principios romanos clásicos, los cuales intervinieron en todos los ámbitos del derecho; es por lo anterior que a continuación se presenta un análisis de ambos imperios, así como de su regulación jurídica.

EL IMPERIO DE ORIENTE

Al morir Justiniano cesó la producción de las novelas que tan fecundamente había logrado este emperador, pero el derecho de la compilación siguió evolucionando a pesar de las prohibiciones existentes de interpretar y comentar el contenido del *Digesto*, *Código* y *Novelas*. La sociedad bizantina se helenizó cada vez más y se reafirmaron cada vez más las antiguas usanzas de los pueblos orientales y se pensaba que mientras el occidente

³⁵ Se refiere al caso en que en un Estado con súbditos de distinto origen “nacional”, sigue la ley propia de su lugar de nacimiento, en lo que concierne a las relaciones jurídico-privadas y el derecho Penal, siendo comunes a todos los preceptos de Derecho público y procesal. *Ibidem*, p. 33.

sucumbía ante los embates de los pueblos bárbaros, en oriente se refugiaba el destino supremo del mundo futuro y debido a esta forma de pensar se configuró una sociedad poco apta para impulsar con nueva fuerza al Derecho Justiniano.

Otra característica propia de esta sociedad bizantina fue la inclinación por lo religioso, la cual se inició con Justiniano y que en pleno siglo VII se fusionó con el antiguo espíritu helénico, dando como resultado la decadencia en el proceso de secularización del derecho, así como la aparición de diversas disposiciones emanadas de las autoridades eclesiásticas y confrontadas con las normas civiles dictadas por el Emperador.

Fue con las Basílicas que se presentó una nueva concepción de la legislación de Justiniano, la cual es considerada como la única obra trascendental bizantina, ya que gozó de una celebridad mayor que todas las compilaciones anteriores. Derivado de ello, el *Corpus Iuris Civilis* quedó relegado a ocupar un lugar subsidiario en la escala de la preferencia legislativa que evolucionó hasta forjar un derecho relativamente nuevo. Es importante destacar que la autoridad de las Basílicas creció hasta que fue destruido el Imperio de Oriente, a partir de lo cual se comienza a producir lentamente la recepción del derecho romano en las nuevas naciones que fueron determinando su sistema jurídico.

EL IMPERIO DE OCCIDENTE

A diferencia de lo sucedido en el Oriente, en la Edad Media el imperio occidental sufrió una destrucción política que propició la recepción del derecho romano, esto a pesar de que la compilación Justiniana careció de vigencia fuera de algunas zonas de Italia sometidas al dominio bizantino. El cuerpo legal romano vigente en el momento de la desmembración y ruina del Imperio era el Código Teodosiano y las Novelas Posteodosianas. El derecho que imperaba era el *vulgar*, el cual con el transcurso del

tiempo se tornó mas vulgarizado y desnaturalizado por el cambio de circunstancias económicas, sociales, políticas y culturales, prolongando su vigencia en los nuevos reinos creados por la minoría dominante de invasores germanos en los territorios que pertenecieron al Imperio, en los cuales los cuerpos legales se mantuvieron fuera del contacto de elementos jurídicos no romanos. Debido a que en este periodo tuvo gran auge el derecho germánico, a continuación se presenta un análisis en específico sobre este particular.

2.1 DERECHO GERMÁNICO

En primer término se debe especificar que se debe hablar de “derecho Germánico”, no como derecho alemán, sino como el antiguo Derecho de la Edad Media antes de la recepción *in complexu* del Derecho Romano, aún cuando ese derecho medieval no represente sino muy parcialmente la herencia del Derecho Germánico.³⁶ Este derecho, consuetudinario en un principio, cambia y la poca consistencia de la filosofía religiosa ocasiona que adopte rápidamente el cristianismo, lo cual facilitó aún más la asimilación de la cultura romana y la adopción de nuevas formas al establecerse los germanos en forma definitiva en territorio del antiguo imperio; era un derecho primordialmente orientado a hacia la paz dentro de un grupo sin individualizaciones, es por ello que se habla del principio de “personalidad del derecho” (al que ya se ha hecho alusión anteriormente) en donde se trata de conservar la armonía entre los romanos y los pueblos conquistadores a través del respeto de las normas aplicables inherentes a su “nacionalidad”.

En cuanto a la organización, la unidad del derecho era la *Sippe*, o familia en sentido amplio, ya que esta era la titular del derecho de propiedad, del derecho de venganza, de la

³⁶ Pérez Prendes, Op. Cit. p. 37.

tutela y de cierto poder disciplinario sobre sus miembros; a las sucesiones no se aplicaba el principio de la primogenitura y en varias ramas del primitivo derecho germánico la mujer podía participar, inclusive concurrentemente con los hombres, en la sucesión del padre.³⁷ Como puede apreciarse, las similitudes que presentan ambos pueblos, aunadas a la aplicación de la personalidad del derecho, propiciaron la conjugación de distintas vertientes del derecho romano y germánico, de lo cual surgió lo que se ha denominado como codificaciones germánicas primitivas, de entre las cuales destacan el *Breviarium Alaricianum*, la *Lex Romana Burgundionum* o *Codex Papianus* y el *Edictum Theodorici*.³⁸

LA SUCESIÓN EN EL DERECHO GERMÁNICO

Al igual que en Roma, en los derechos germánicos la sucesión intestada precedió a la testada. La propiedad no pertenecía a los individuos, sino que se hallaba conectada con la familia (*Sippe*), la cual constituía una “comunidad en mano común”, por lo cual no era necesario que sus miembros destinaran *mortis causa* la herencia, ya que “Dios más que el hombre creaba al heredero”³⁹.

En la época primitiva no se conoce ningún derecho hereditario en el sentido de pretensión individual sobre la herencia o conjunto de bienes ajeno. Esto se debía principalmente por que todo el patrimonio estaba vinculado a la comunidad doméstica o familiar (*Hausgemeinschaft*); por la muerte de un miembro de la casa (*Hausgenosse*) no se produce modificación alguna en las relaciones jurídico – patrimoniales, lo único que

³⁷ Margadant, Guillermo Floris, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, 7ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 149.

³⁸ Margadant, Guillermo Floris, *La Segunda Vida del Derecho Romano*, Editorial Porrúa, México, 1986, p. 75.

³⁹ Zimmermann, Reinhard, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Editorial Civitas, Madrid, España, 2000, p. 288.

provoca es que su cuota acrece a los restantes comuneros en mano común.⁴⁰ En caso de que fuera el señor de la casa, el hijo (junto con la obligación del culto a los muertos) asume la potestad doméstica en virtud de derecho de nacimiento o derecho de sangre (*Geburtsrecht*); por ello, a ningún miembro de la casa le está permitido disponer por última voluntad de los objetos del patrimonio y derivado de esta prohibición, todo el patrimonio tenía que quedar en a comunidad doméstica, y en caso de que esta se hubiere extinguido (lo cual resultaba poco probable) el patrimonio revertía a la *Sippe*.

Dentro de esta época primitiva los objetos destinados al uso personal del individuo forman un patrimonio separado de éste, tal es el caso del *atuendo de guerra* (*Heergewäte*) del marido (vestidos, armas, caballo), la *Gerade* de la mujer (vestidos, adornos), los cuales acompañaban al muerto hasta la tumba, siendo enterrados con él. Posteriormente, este principio desaparece y dejan de ser objeto de transmisión hereditaria separada; con ello, el total de bienes se convierten en una unidad y es transmitido por herencia de una manera unitaria. Al mismo tiempo se comienza a permitir una sucesión hereditaria voluntaria por testamento o contrato sucesorio.

Aunque para el derecho antiguo eran desconocidas las disposiciones unilaterales de última voluntad, la influencia del derecho romano es notable, ya que a raíz de esta es que se comienza a tomar en consideración la eficacia de la manifestación de la voluntad y al propio tiempo adquirió fuerza el poder de disposición del individuo sobre su propiedad. Sin embargo, uno de los requisitos de mayor importancia era la publicidad de la donación, ya que esta exigía que el testamento fuera realizado ante el Tribunal o el Consejo, o por lo

⁴⁰Planitz, Hans, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Trad. Carlos Melón Infante, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1957, p. 343.

menos su presentación por el testador.⁴¹ Tan sólo en los casos de enfermedad grave se prescindía de la comparecencia del testador ante la autoridad, considerándose suficiente la declaración de la última voluntad ante una comisión del Consejo, la cual incluso acudía al lugar donde se encontrara el enfermo. Otro testamento que gozaba de prerrogativas era aquel que realizaban los clérigos, ya que se presentaba libre de formas, y se llevaba a cabo frente al párroco y dos testigos. Cabe destacar que el testamento germánico no requería la institución de un heredero; en caso de no existir ninguna disposición de última voluntad, tenía lugar la sucesión hereditaria legítima; además, la sucesión legítima y testamentaria podían coexistir una al lado de la otra.

EL TESTAMENTO MILITAR EN EL DERECHO GERMÁNICO

Como ya se mencionó, el patrimonio propio de cada persona se encontraba separado de la masa común de bienes de que podían disponer, así es como el *atuendo de guerra* y la *Gerade* eran enterrados con los muertos debido a que nadie podía adquirir estos amparado en la sucesión hereditaria. El *atuendo de guerra* se refería a las armas que tenía el guerrero, al vestido que usaba para la guerra, así como al caballo como medio de transporte; sin embargo, estos objetos no podían ser transmitidos a cualquier persona y mucho menos a aquellas que no pertenecieran a la misma familia. En el periodo Franco desaparece esta costumbre bajo el influjo de la Iglesia, y el *atuendo de guerra* y la *Gerade*, en tanto que el causante no haya dispuesto de ellos conforme a derecho, quedan sometidos a una sucesión hereditaria independiente. El *atuendo de guerra* se defiere a los hijos o a los mas próximos parientes de espada del marido.

⁴¹ *Ibidem* p. 370.

En cuanto al testamento, este debía hacerse conforme las formalidades de cualquier otro, ya que la influencia del derecho romano en el germánico fue gradual y en muchas ocasiones no se incorporaron las figuras e instituciones de este régimen .

DERECHO CANÓNICO

Otro elemento importante del Derecho Medieval es el Derecho Canónico, el cual surgió de la necesidad que tenía la creciente Iglesia de la época de crear el mínimo de seguridad jurídica que requería para el ejercicio de sus funciones. Surgen así normas específicamente creadas por las autoridades eclesiásticas, tal es el caso de los tribunales de la Iglesia que tuvieron una jurisdicción amplia, ya que se arrogaban competencia en todas las controversias en las que se trataban sus intereses, siendo así que conocieron de asuntos matrimoniales y por extensión de asuntos de familia, inclusive sucesorios.

Debido a esta amplia jurisdicción a la Iglesia le fue necesario elaborar un derecho propio, utilizando supletoriamente el derecho justiniano; por ello, se crea el *Corpus Iuris Canonici*, el cual conjuntamente con el *Corpus Iuris Civilis* derivado del derecho romano reciben el nombre de *Ius Commune*.

2.2 DERECHO FEUDAL

Como casi todo el sistema jurídico de la época medieval, la primera edad feudal reposaba sobre la base de que lo que fue, tiene derecho, por ello, a seguir siendo⁴². Sin embargo se encontraba sujeto este sistema a diversas reservas derivadas de una moral más “elevada”, ya que incluso el Rey mismo debía cumplir con ello al impartir justicia, debido a que la costumbre debía de estar basada y no ir mas allá de la rectitud cristiana.

⁴² Bloch, Marc, *La Sociedad Feudal*, Editorial Hispano Americana, Madrid, España, 1945, p. 133.

Aún en este sistema predominantemente consuetudinario, una costumbre parecía condenable cuando era demasiado reciente, ya fuera que se tratara de un reforma de la Iglesia o un proceso entre dos partes, ya que “el prestigio del pasado no podía ser discutido más que oponiéndole otro pasado más venerable todavía”⁴³. A pesar de ello, este derecho fue sujeto a variaciones que no fueron establecidas en escritos, debido a que la mayor parte de los tribunales se contentaba con decisiones orales, las cuales se consultaban de forma directa con quienes habían conocido del asunto concreto, si aún vivían. En los contratos las voluntades se ligaban la mayoría de veces a trabes de gestos y, en ocasiones de frases consagradas, esto es, a través de un formulismo propio que sin duda procedía de la influencia del derecho romano.

Como puede observarse, ya se tratara de transacciones particulares o de reglas generales de uso, la tradición no tenían más garantía que la memoria colectiva, ya que esta etapa en el desarrollo del derecho se caracteriza por la ausencia de una casta de profesionales mantenedores de los “recuerdos jurídicos”, tal y como los conocieron otras civilizaciones, tal fue el caso de la Escandinava. Por ello es que la mayoría de los hombres que pronunciaban Derecho no lo hacían de una manera profesional, lo que ocasionaba que siguieran, en la mayoría de las ocasiones, sus posibilidades o fantasías.

Derivado de lo anterior, en repetidas ocasiones las costumbres o actos que habían surgido como una mera acción sin precedentes de obligatoriedad, terminaban siéndolo por la simple acción del sistema consuetudinario. En virtud de ello, en no pocas ocasiones se legitimó incluso el uso de la brutalidad para exigir el cumplimiento riguroso de las obligaciones nacidas al tenor de este sistema.

⁴³ *Ibidem*, p. 134.

Otro punto de suma importancia en esta época se encuentra contenido en la parte relativa a la propiedad, ya que durante toda esta etapa es raro que se hable de ella, e incluso más raro aun es que se realicen procesos sobre este respecto, ya que se hacía alusión a la posesión más que a la propiedad, debido a que no existía la diferenciación entre una y otra, tal y como se presentó dentro del derecho romano.

Posteriormente, al final de la etapa Feudal y comenzando el llamado “Renacimiento” se retoman los principios del derecho romano y los antiguos escritos jurídicos que se habían olvidado durante no poco tiempo retoman vigencia y comienzan a ser estudiados, y con este resurgimiento del análisis del pasado comienzan nuevas corrientes de pensamiento jurídico basadas en un razonamiento distinto y tendiente al desarrollo de las estructuras del derecho.

DERECHO SUCESORIO FEUDAL

Dentro de esta esfera predominan las relaciones jurídicas toscas, centradas en la tierra sin distinguir apenas otra cosa que algunas variedades en la forma de sucesión para cultivo a cargo de colonos, apenas libre y sin valoración, en procesos celebrados ante jueces ajenos a esa materia. El derecho feudal tomo del Derecho Germánico las tendencias consistentes en la transmisión de la facultad de tener derecho a custodiar o guardar un bien (*weri*), para indicar la relación jurídica que liga entre sí a propietario y tenente, es decir, mas tarde infeudante e infeudado.

Los beneficiarios reciben con la “investidura” no solo la forma jurídica de un derecho subjetivo para detentar una cosa o bien (derecho real) sino algo que es en sí mismo,

transmisible y heredable, los cuales eran transmitidos a través de una serie de formulas simbólicas.⁴⁴

Es importante resaltar que los elementos constitutivos del feudo fueron el *beneficio* o elemento real y el *vasallaje* o elemento personal, ya que estos son determinantes dentro del derecho hereditario. Sin embargo, no puede hablarse propiamente de una herencia si solo existe un disfrute transgeneracional pactado, que no se funda jurídicamente en la potestad de disponer "*mortis causa*" propia del tenente anterior, sino que es la tolerancia o concesión expresa del beneficiante. Por ello, nunca se puede decir que se transmite por herencia cuando esta transmisión se encuentre supeditada a la autorización de un tercero. Por esto se afirma que solo se trata de disfrutes transgeneracionales pactados.

La causa feudal es por su propia naturaleza antihereditaria, sin embargo, la hereditariadad afecta al elemento real de los feudos (el beneficio) y no al vasallaje (elementos personal). La designación de heredero no se concebía como tal, sino que se atendía a un sistema de continuidad transgeneracional, dentro de la cual se estableció una relación feudal nueva con el descendiente adecuado del fallecido, el que en caso de no resultar como tal, debía cubrir el pago de una prestación especial que en la mayoría de los casos era equivalente a los ingresos perceptibles por un año.

Posteriormente, con el proceso de feudalización de Europa se presentó en España la figura de los mayorazgos, con los cuales se implanto la regla de la primogenitura según la cual el primogénito sucede en todo al padre.⁴⁵ En el derecho Feudal germano-lombardo estableció definitivamente dos ordenes de llamadas: el legítimo, que se determina por el orden de proximidad al vasallo de cuya sucesión se trata y el especial (primogenitura,

⁴⁴ Pérez Prendes, Op. Cit. p. 48

⁴⁵ Ibidem p. 80.

mayorazgo, seniorado) que viene determinado por las condiciones pactadas en la investidura.

La edad y el sexo también fueron circunstancias que modificaron la capacidad de suceder los feudos. En el caso de los menores de edad, estos permanecían en cuidado de otros y bajo la custodia de los señores con las tierras y de su feudo. En lo que se refiere a la sucesión femenina, dadas las condiciones materiales se excluía la investidura feudal femenina, la razón de ella se encontraba en la *imbecillitas sexus*⁴⁶, sin embargo la formula adoptada para salvar esto consistió en dotar a la mujer de un representante que pudo ser en algunos casos el marido u otro familiar varón cercano.

EL TESTAMENTO MILITAR EN EL DERECHO FEUDAL

Es menester señalar que, dentro de la prestación de los servicios especializados, se encontraba el servicio militar tarea que se consideraba relativamente dotada de identidad propia. Cuando del servicio guerrero se trata, se pueden distinguir varias modalidades, siendo las mas representativas las actividades de guarnición o de expedición y casi siempre hay correlación entre ambas y la categoría material del feudo.

Las expediciones o empresas bélicas importantes (*hostis, hueste*) requerían prestaciones que incluían en muchos casos la aportación de equipos completos de guerra o solo algunas piezas. La llamada del rey es la que justifica que los señores convoquen a los vasallos para la guerra, sin embargo, las expediciones menores (*cavalcatas, cabalgadas*) eran de reducida intensidad y estuvieron regidas por un derecho consuetudinario general

⁴⁶ “Imbecil” entendido como falta de organización o vertebración para algo, en este caso el lado militar del servicio vasallático. *Ibidem*, p. 82

(*fuero antiguo de las cabalgadas*) que sufrió varias reelaboraciones y recibió aprobación regia, tal es el caso del Fuero de Usagre.

En lo que respecta a otras actividades auxiliares de guarnición o análogas (vigilancia, reparaciones) se incluyeron también como servicios militares, los cuales eran retribuidos de igual forma y se regían con la misma normatividad. En lo que respecta a la disposición de los bienes, como ya se ha puntualizado, no existió una hereditariiedad propia, sin embargo eran aplicables los principios del derecho germánico, el cual establecía la sucesión de los objetos de guerra, siguiendo obviamente las reglas determinadas con antelación.

Cabe señalar que la aportación mas importante de esta época al testamento militar fue en lo que corresponde a los términos que serian utilizados posteriormente por los fueros en España, ya que incluso en el Fuero Juzgo se encuentra el concepto de *hueste* del cual ya se apunto el significado original. Asimismo, resulta interesante como alude este orden a los servicios militares auxiliares, con lo cual se pone de manifiesto que con la evolución histórica del derecho se permitió a otras esferas el gozar de los beneficios propios de los "militares de carrera".

3. MÉXICO Y EL TESTAMENTO MILITAR EN EL DERECHO SUCESORIO

El Derecho Mexicano ha atravesado por una serie de cambios y se ha visto influenciado por diferentes factores que han configurado la cultura jurídica que existe dentro de la sociedad mexicana. Cuando se hace referencia al estudio del Derecho Mexicano no puede dejarse de lado hacer mención de la cultura jurídica proveniente de las culturas antiguas, ya que son parte crucial en la conformación de un régimen jurídico propio, el cual se nutrió de todos los factores externos y atendió a los criterios primigenios de las fuentes del derecho en general.

3.1 ÉPOCA PREHISPÁNICA

Hacer alusión a esta época dentro del desarrollo del Derecho Mexicano es encontrarse con una serie de dificultades que se han esbozado en no pocas ocasiones, ya que el primer problema al que se enfrenta el estudioso es precisamente a la falta de fuentes escritas y fidedignas que hagan referencia al régimen jurídico predominante en este periodo histórico, ya que la mayoría de los testimonios escritos con que se cuenta carecen de objetividad y contienen una perspectiva que no deja de pertenecer al pensamiento propio de una cultura que se impuso a otra. Es por ello que, resulta difícil conocer a ciencia cierta si antes de la llegada de los Españoles se tenían definidas las instituciones jurídicas a que aluden los historiadores y cronistas, ya que establecieron similitudes con el régimen jurídico que existía en la Europa del siglo XVI.

Aunque el derecho prehispánico o precolonial no había alcanzado la complejidad y el desarrollo que ofrecían los países europeos, sí formaba un cuerpo de preceptos y prácticas que conformaron un auténtico sistema jurídico, el cual incluso se fusionó con el derecho implantado por la Corona Española en los Nuevos Territorios. Para comprender de una forma más amplia la localización cronológica del Derecho Prehispánico dentro de la

Historia antigua nos referiremos a la división hecha en los llamados “horizontes culturales”, los cuales se señalan por etapas de civilización, a saber:

- a) Horizonte Prehistórico (12,000 a. C. A 5,000 a.C. aproximadamente), el cual comprende las manifestaciones culturales de los primeros pobladores y corresponde a la época en la cual eran cazadores y recolectores.
- b) Horizonte Arcaico (5,000 a 1,800 a.C. aproximadamente), en donde tienen una importante organización social derivada de la aparición de la agricultura y el levantamiento de pequeñas aldeas.
- c) Horizonte Preclásico (1,800 a.C. a 100 a.C. aproximadamente), nacen las culturas formativas que se concentran en poblaciones más grandes a manera de centros ceremoniales de mayor importancia.
- d) Horizonte clásico (100 a. C. A 850 d.C.) en el cual predominan las grandes culturas controladas por una teocracia absolutista, así como los enfrentamientos y la destrucción de esas culturas.
- e) Horizonte posclásico (850 d.C. a 1250 d.C. aproximadamente), tiempo en el cual las grandes sociedades se convierten en militaristas.
- f) Horizonte histórico (1250 d.C. a 1517 d.C. aproximadamente), cuando las sociedades militaristas forman verdaderos estados que se desintegran bajo la penetración de las armas españolas. Es la época de los Imperios Azteca y Nuevo Imperio Maya.⁴⁷

⁴⁷ Pérez de los Reyes, Marco A., El Derecho Olmeca como un ejemplo del Derecho Prehispánico, Año II número II, Revista de la Escuela de Derecho, Universidad Anahuac, México, Verano 1983, p. 416.

Para el estudio de las instituciones en el derecho mexicano se toma como punto de partida el horizonte preclásico, ya que las fuentes arqueológicas con que se cuentan, permiten confirmar la existencia de sociedades que efectivamente contaron con un sistema jurídico, aunque fuera muy rudimentario. Lo anterior se establece tomando en consideración que pudieron existir ciertos elementos de ordenación de la conducta, pero se carece de pruebas que permitan afirmarlo.

Es importante para el estudio del derecho mexicano antiguo el tomar en consideración a las culturas que prevalecieron y significaron la base de la evolución de la mayoría de las instituciones jurídicas. Tal es el caso en primer término de la civilización Olmeca, cuyo florecimiento ocupa los últimos siglos anteriores a la era cristiana; luego, simultáneamente la teotihuacana y la del Antiguo Imperio Maya (heredera de los Olmecas); después la Tolteca que da origen al Nuevo Imperio Maya, y finalmente la Azteca, ramificación de la chichimeca, con absorciones toltecas y en íntima convivencia con la texcocana.⁴⁸ Lo anterior se traduce en una fusión de principios y preceptos que eran aplicados a la colectividad dentro del marco de referencia del derecho prehispánico.

En primer término, es poco lo que se conoce de la cultura jurídica olmeca, sólo se pueden inferir algunos rasgos aislados que permiten teorizar al respecto, tales como la ausencia de la figura femenina que denota la ausencia de *status* de este género dentro de la organización social. La mayoría de los rasgos propios de esta cultura fueron transmitidos a las culturas que le secundaron en donde se adaptaron a las necesidades propias de cada una de ellas. Es importante destacar que no existen datos ciertos acerca de la existencia de un derecho de familia bien delimitado, y por lo tanto resulta difícil asegurar que concurriera un

⁴⁸ Margadant, Guillermo F., Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 10ª Edición, Editorial Esfinge, México, 1993, p. 14.

derecho sucesorio por la escasez de figuras que se pudieran considerar afines a esta institución.

En cuanto a la cultura maya, la mayoría de los datos con que se cuenta en la actualidad provienen de los conquistadores españoles y de algunos datos arqueológicos que fueron rescatados de la destrucción, por ello subsiste una fuerte tendencia a la interpretación y asimilación de datos inciertos y en muchas ocasiones hasta increíbles acerca de este particular. Sin embargo, la influencia que esta cultura ejerció sobre el territorio del México antiguo fue de suma importancia, ya que el Imperialismo maya generalmente utilizó a la guerra como una forma de expansión, ya que la tendencia de esta cultura fue primordialmente la de imposición de tributos, más que de anexión de nuevas tierras.

Debido a lo anterior, los incipientes principios jurídicos que pudieron haber influido en la conformación del derecho precolonial, y en particular del derecho sucesorio se encuentran entremezclados con una serie de ideas y creencias que, en la mayoría de las veces, no corresponden con la naturaleza real de las fundaciones jurídicas de la época. Es el caso por ejemplo del derecho aplicable en materia de sucesiones, se establecía que la herencia se repartiría entre la descendencia masculina, fungiendo la madre o el tío paterno como tutor, en caso de minoría de un heredero, pero fuera de esta atribución, a la mujer se le tenía relegada de cualquier otra función, incluso de carácter religioso.⁴⁹

El derecho azteca presentó rasgos propios y distintos de las culturas que les antecedieron. En primer término, aun cuando la sociedad se encontraba regida por un gobierno arbitrario en el cual la palabra del emperador era la ley, en vísperas de la conquista parece haberse presentado un movimiento "codificador", orientado

⁴⁹ *Ibidem*, p. 20.

principalmente por la necesidad de impartición de justicia y para el uso exclusivo de los jueces. Las normas obedecían más al criterio impositivo del emperador que a las necesidades inmediatas de la sociedad, tal es el caso de las “ordenanzas, leyes y dogmáticas particulares que instituyera Moctezuma I para que los demás gobernantes se guiaran, dejando ordenado lo que en adelante se había de guardar y cumplir⁵⁰; de la misma forma se instituyeron diferentes preceptos que se aplicaban a cada persona sin importa la calidad o estado que estas tuvieran; es por ello que cada clase social, categoría o situación se encontraba normada según las exigencias del gobernante. Para el desarrollo del presente estudio es menester hacer referencia respecto de la regulación en materia de sucesiones y en particular de los testamentos.

DERECHO SUCESORIO PREHISPANICO

Ya se ha hecho referencia en el apartado anterior al respecto de las diferentes culturas que predominaron en el territorio mexicano antes de la conquista, y se ha puntualizado la influencia y desarrollo que cada una tuvo en un momento histórico determinado; sin embargo, a pesar de que el abordar las características del derecho de esta época resulta extenso, es importante ahondar en el derecho sucesorio, ya que revistió características propias que son de suma importancia para comprender algunos de los principios que regían sobre este particular.

Es poco lo que se conoce de las sucesiones en el derecho anterior a la llegada de los españoles, sin embargo, se tienen datos acerca del derecho Privado y al respecto se señala que en esta época existía la facultad de transmitir los bienes por medio de la expresión de

⁵⁰ Rodríguez Shadow, María, *El Estado Azteca*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 1990, p. 158.

la voluntad de una persona, para que tuviera validez después de la muerte, pero en lo referente a los bienes inmuebles se observaba lo que determinaba la voluntad del cacique, de tal manera que aunque fueran transmitidos por vía testamentaria, la disposición relativa podía resultar nugatoria ante la voluntad de la autoridad.⁵¹

En este sistema la línea masculina excluía a la femenina, incluso no existía la obligación de entregar algo de la herencia a la mujer, ya que si se hacía se debía tomar como un regalo pero nunca como parte de la herencia. Esta se dividía en partes iguales entre los hijos varones, salvo que alguno de ellos hubiera ayudado significativamente al incremento del patrimonio, en cuyo caso se le daba la parte proporcional. En caso de ser todas hijas, heredaban los hijos del hermano y en caso de ser estos menores de edad se le entregaban los bienes a un tutor; también se establecía que a falta de herederos varones, el beneficio recaía en los parientes mas cercanos, excluyendo totalmente a las mujeres.⁵²

En General los bienes de la herencia estaban constituidos por ídolos, trastos y cacaoales, incluso los herederos adquirían la obligación de rendir culto al autor de la sucesión y a los dioses a que este hubiera rendido culto.

En cuanto a otros aspectos de tipo nobiliario, la nobleza era hereditaria, y en el caso de los guerreros plebeyos éstos la adquirían a través de distinciones en el servicio de armas. Es de destacarse la facultad que el Rey tenía para desposeer a los herederos de los bienes del mayorazgo y darlos a un depositario, esto en caso de dar lugar a ello por su mala conducta.⁵³

⁵¹ Köhler, José F., *El Derecho de los Aztecas*, Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México, T.S.J.D.F., México, 2003. p. 432.

⁵² Pérez Palma, Carlos. Consideraciones relativas a diversas Instituciones Jurídicas entre los Mayas, Revista de la Facultad de Yucatán, número 22, Septiembre-Diciembre, México, 1996. p. 35

⁵³ Mendieta y Núñez, Lucio, *El Derecho Precolonial*, 6ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 102.

TESTAMENTOS PREHISPÁNICOS

No se cuenta con antecedentes que permitan afirmar que existió la institución del heredero dentro de la cultura antigua, ya que las sucesiones generalmente se realizaban en actos orales a través de los cuales el testador disponía de sus bienes e instituía herederos, los cuales de acuerdo al sistema patriarcal que existía en esa época debieron ser únicamente hombres. Al no existir fuentes de las manifestaciones escritas de la última voluntad del testador indígena, no puede hablarse del testamento militar de manera formal, ya que lo que se pretenda afirmar al respecto no pasaría de ser divagaciones carentes de fundamento histórico.

3.2 LA COLONIA

3.2.1 DERECHO SUCESORIO EN DERECHO ESPAÑA.

El descubrimiento del Nuevo Mundo significó la apertura en el campo del derecho debido al encuentro entre las culturas europea y americana, las cuales confluyeron para dar paso a la creación y reestructuración de los cimientos jurídicos sobre los cuales habían descansado las instituciones legales vigentes en la época prehispánica.

Se puede afirmar que sí existió en estricto sentido un derecho, ya que las normas que se aplicaban a los casos concretos existían y llegaron a adquirir una fuerza y arraigo tales que, forzosamente tenían que trascender a épocas posteriores, aún sin importar que el derecho europeo, con su alto grado de técnica jurídica, tratara de dominar a las instituciones aztecas. La permanencia de estas estuvo favorecida por la política de la Iglesia Católica de mantener las instituciones aborígenes, en todo aquello que no se opusiera a las normas fundamentales del cristianismo y de las instituciones políticas españolas.⁵⁴

⁵⁴ Kölher, *op. Cit.* P. 394

Por otro lado, el derecho indígena fue desvirtuado por la acción misma de los indios, así como el derecho español fue alterado en América por acciones de los mismos españoles. El indio encontró en muchas ocasiones más beneficio en el derecho español que en el propio, y por ello fue el primero en desconocer sus propias instituciones; por otro lado, al encontrar el español facilidades dentro del derecho aborigen para la realización de sus metas, desvirtuaba en derecho propio, lo cual trajo como consecuencia el nacimiento de un nuevo sistema jurídico que se distinguió por ser preponderantemente hispánico, con marcadas influencias del derecho indio.

Lo anterior resulta de gran trascendencia, ya que en más de una ocasión se ha dejado sentir en nuestro medio jurídico actual la influencia del derecho indígena. En cuanto al derecho español que se encontraba vigente al momento de la conquista se debe realizar un estudio al respecto del derecho sucesorio y en concreto en cuanto a los testamentos, destacándose entre ellos a aquel que era realizado por los militares; es por ello que se presenta a continuación un análisis de la legislación que influyó de manera notable en la conformación del derecho español.

EL DERECHO HISPÁNICO HASTA EL SIGLO XII

Varias fueron las influencias que coexistían en España: los celtas, los iberos, los fenicios y los griegos, aunado a esto las costumbres de los pueblos autóctonos. La influencia romana se hizo más notoria a partir de la concesión de ciudadanía a los españoles libres. Posteriormente se presenta un nuevo elemento que trasciende a la esfera jurídica y deja sentir su influencia en todos los ámbitos de la vida de esa época: el cristianismo, el cual tuvo su mayor resonancia en materias tales como la familia y las sucesiones.

Posteriormente a la ocupación romana surgió un primitivo derecho visigótico, el cual fue codificado en el *Código de Euriciano*, y como los visigodos no podían prohibir la aplicación del derecho romano, ordenaron la codificación de este derecho en el *Breviario de Alarico* también llamada *Lex Romana Visigothorum*. A partir de la conquista del emperador Justiniano y la incorporación del territorio al reino Bizantino, entró en vigencia la gran compilación del *Corpus Iuris Civilis*, aplicándose a su vez en el resto de la península el derecho romano vulgar.

Desde entonces, la nueva nación hispánica comenzaba formarse con los elementos germánicos y romanizados, lo que dio como resultado el nacimiento el *Fuero Juzgo* (o Liber Judicum), el cual tuvo varias versiones e incluso se mantuvo aplicable durante la dominación musulmana, la cual no tuvo grandes repercusiones en el ámbito jurídico a pesar de la superioridad islámica. Posteriormente sobrevino la llamada “Reconquista” de las tierras dominadas por los invasores árabes, siendo el primer producto de este suceso la creación del *Fuero viejo de Castilla*, el cual beneficiaba obviamente a los conquistadores, que en su mayoría eran guerreros. Sin embargo, la reconquista no contribuyó a unificar el derecho de los cristianos y derivó en la aplicación de distintos derechos “forales”, de entre los cuales destacan por su importancia el *Fuero Real*, el *Fuero Soria* y el *Fuero Juzgo*, de vital importancia para el análisis de la legislación española.

EL DERECHO ESPAÑOL DESDE EL SIGLO XII HASTA PRINCIPIOS DEL SIGLO XIX.

Este periodo comprende la denominada Baja Edad Media en donde el surgimiento en la clase burguesa trajo consecuencias importantes, al grado de provocar un cambio en la organización social de la España de esa época. En cuanto al derecho, existieron muchos

intentos de unificación jurídica, destacando en primer término el rey Alfonso X *el Sabio* que a través de la obra denominada *Las Siete Partidas*, en la cual predominan los principios de derecho romano, lo cual se explica por el interés que se tenía en esa época del *Corpus Iuris Civilis*.⁵⁵

Al surgir la monarquía como forma de gobierno fue necesario crear compilaciones que contuvieran las distintas disposiciones monárquicas emitidas constantemente, lo cual se reflejó en la creación de obras tales como *Las Ochenta y tres leyes del Toro*, con las cuales se establecieron innovaciones en cuanto al derecho de familia y el derecho sucesorio.

Debido a la influencia que ejercía el derecho romano dentro de los distintos territorios de España, fue necesario limitar su esfera de acción a través de la declaración de supletoriedad de éste, con lo cual se trataba de reducir la injerencia románica en el ya de por sí caótico derecho hispano. No obstante lo anterior, al verificarse a conquista de los territorios de América se aplicó este derecho como parte de la normatividad al lado del derecho de la corona; así que el derecho hispánico continuo siendo un sistema supletorio del muy fragmentario derecho indiano, y los intentos de recopilación tales como la creación de la *Nueva* y la *Novísima Recopilación* no pasaron de ser un compendio de leyes que en su mayoría no derogaban las que no se encontraban contenidas dentro del cuerpo de este contexto, y así se creo una ambigüedad entre las leyes y la aplicación objetiva de ellas.

Es de suma importancia mencionar que a raíz e la conquista se comenzó a establecer en los nuevos territorios un derecho propio que surgió de la fusión y en muchos casos supletoriedad, entre el derecho español y las costumbres jurídicas de los pueblos conquistados, lo cual culminó con la creación e un *Derecho Indiano*, del cual se hablará con posterioridad.

⁵⁵ Margadant, Floris, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, op. Cit. P. 43.

EL FUERO JUZGO.

Este ordenamiento fue promulgado a mediados del siglo VII y puede apreciarse una clara influencia del derecho romano, a tal grado de lograr la unificación de la situación jurídica de los visigodos y los hispanorromanos. Su contenido se circunscribe a doce libros y su importancia para la época es incuestionable debido a que llegó incluso a considerarse como el primer código nacional de España, aún cuando posteriormente fue abrogado y resurgió a partir de la traducción del *Liber Judiciorum* ordenada por Fernando III, teniendo aplicación en las regiones conquistadas de Córdoba y Sevilla en el siglo XII.

Este código no consagra un título especial que se refiera a los testamentos, es por ello que del análisis del tit. V, Lib. II que trata de los *escriptos que deben valer ó non, é de las mandas de los muertos*, se pueden determinar las leyes que dentro de este ordenamiento regían sobre el particular. Cabe destacar que en lo que respecta a las especies de testamento que se encontraban contenidas, pueden señalarse las hechas principalmente:

- 1º Por escrito firmado por mano del que le hizo o de los testigos;
- 2º El firmado por cualquiera de los anteriores, testador o testigos;
- 3º En caso de no saber escribir, el hecho y firmado por otro, y
- 4º El hecho de palabra ante testigos sin escrito.⁵⁶

Cada una de estas formas tenía requisitos especiales descritos en la misma ley: los de la primera y segunda clase debían ser presentados al obispo dentro de seis meses, jurando los testigos cuando el testador lo selló. El del tercera clase exigía para su validez la presentación ante el obispo dentro de seis meses, jurando el que lo escribió y los testigos

⁵⁶ Gutiérrez Fernández, D. Benito, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo III, Edición Facsimilar, Editorial Lex Nova, Madrid, España, pp. 118-119.

que la manda no tenía ningún engaño, y que había sido hecho conforme a la voluntad del que lo mando escribir. Por último, el de la cuarta clase era necesario que los testigos jurasen dentro de los seis meses lo contenido en la manda y que habían sido rogados para ser testigos, ratificando el juramento con su firma y la de otros testigos.

Esta última formalidad es aplicada a los testamentos militares en la Ley XII, tit. V, Lib. II, que permite a aquel que muriese en romería o en hueste escribir su manda con su mano ante hombres libres, y si no supiere o no pudiese escribir por enfermedad, delante de sus siervos, que sepa el obispo que son de buena fe y que no se encontraran en pecado; y lo que dijieran estos siervos en juramento lo hagan escribir después el obispo o el juez, siendo confirmado posteriormente por ellos y por el rey.⁵⁷

En virtud de lo anterior, encontramos que las formalidades para la realización del testamento militar se mantienen conforme a los que establecía la fuente primigenia del derecho hispano: el derecho romano, ya que del análisis del mismo ordenamiento se puede apreciar que también era necesaria la concurrencia de un número cierto de testigos, así como la presentación ante el obispo en un tiempo determinado para que este acto jurídico se considerara válido. Se puede apreciar que continúa aplicándose la excepción derivada del derecho romano al respecto del beneficio de la oralidad del acto, ya que se trata de dar a los militares o a quienes se encuentren en este supuesto, las facilidades necesarias para manifestar su voluntad y con ello disponer de los bienes con que ellos contaran, sin ser necesario que atiendan a todas las formalidades aplicables al resto de los testamentos de la época.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 166.

LAS SIETE PARTIDAS

Esta obra fue realizada por el Rey Alfonso X *el Sabio*, a quien se le atribuyen a su vez la creación del *Fuero Real* y del *Espéculo*, aunque la que trasciende en importancia es la obra magna que denominó *Las Siete Partidas*, en la cual en algunas materias predominó el derecho justinianeo, en otra el canónico o el feudal, además de el derecho germánico y el visigótico. Su contenido está conformado de la siguiente manera:

- Primera Partida: trata de la fe católica y de la organización de la iglesia (influencia del derecho canónico y de las *decretales*);
- Segunda Partida: referente al poder político, cuestiones militares y tenencias de castillos y fortalezas;
- Tercera Partida: trata del derecho procesal;
- Cuarta Partida: sobre el derecho matrimonial;
- Quinta Partida: sobre los contratos y algunas instituciones de derecho civil;
- Sexta Partida: se ocupa el derecho sucesorio, y
- Séptima Partida: del derecho penal, con un título dedicado a la tortura judicial.⁵⁸

En lo que se refiere al presente estudio, resulta de gran importancia la Sexta Partida que habla acerca de las sucesiones y en especial de los testamentos en su título I, en donde se refiere a la solemnidad de estos, haciendo referencia a la existencia en primera instancia al *testamentum nuncupativum*, el cual siguiendo las fuentes romanas es el que se realiza en presencia de siete testigos, ya sea oral o escrito, y en el cual el testador establece la

⁵⁸ Tomas y Valiente, Francisco, *Historia del Derecho Español*, Editorial Tecnos, Madrid, España, p. 398.

disposición de sus bienes y la determinación de sus herederos. La otra manera de testar es el *testamentum in scriptis*, el cual se realiza únicamente por escrito y no de otra manera. Este testamento debe hacerse al igual que el anterior, en presencia de siete testigos que sean llamados y rogados, no deben de ser siervos ni menores de catorce años, ni hombre o mujer de mala fama, y además debe contener los nombres y firmas de todos los que intervengan en la realización del acto.

El legislador opone al testamento hecho de viva voz el que se hace por escrito, pero ambos coinciden en cuanto a la publicidad, y debe atenderse la intención del testador y no a lo que haga el escribano. Otra forma de testar era por medio del testamento cerrado, el cual se empleaba cuando el testador quería que su voluntad permaneciera oculta.⁵⁹

En lo que se refiere al testamento militar, éste se contiene en la Ley 4ª, tit. I, Part. 6ª, en donde establece:

“Queriendo facer testamento algund caballero si lo ficieseen su casa, ó en otro lugar, que non sea en hueste, débelo facer en la manera que los otros omes; mas si lo oviere de hacer en hueste, estonce abonda que lo faga ante dos testigos llamados é rogados para esto. E si por aventura seyendo en facienda, veyéndose en peligro de muerte, quisiese aquella sazón facer su testamento: decimos que lo puede facer como pudiere é como quisiere, por palabra, ó por escrito. E aun con su sangre misma, escribiéndolo en su escudo, ó en alguna de sus armas; ó señalándolo por letras en la tierra, ó en arena. Ca en cualquiera destas maneras que lo él faga, é pueda ser probado por dos omes buenos que se acertasen, y vale tal testamento. E esto fue otorgado por privilegio á los caballeros, por les facer honra é mejoría, mas que á otros omes, por el gran peligro á que se meten, en servicio de Dios é del rey é de la tierra en que viven.”

⁵⁹ Gutiérrez Fernández, Op. Cit. P. 122

Es de notarse la influencia directa del derecho romano en este precepto, ya que las características para la realización del testamento militar coinciden con las que establecía en derecho romano en la época preclásica, y es importante destacar que en un primer momento los caballeros podían testar de la manera que lo desearan, siempre y cuando no se encontraran en hueste, ya que siendo este el caso debería observarse la forma en que la ley determinaba fuera manifestada la voluntad. En primer término debe realizarlo en presencia de dos testigos llamados y rogados para tal efecto, esto debido a que era necesario que se atestiguara al respecto de la última voluntad del caballero, de lo que se infiere que para que se presentara este caso el militar no debía encontrarse en peligro inminente y menos aún herido en el campo de batalla, tal y como se establece actualmente; por otro lado, en el supuesto de que se encontrara en peligro de muerte, podía hacer su testamento de la forma en que pudiera o quisiera, debido a la premura y a la posibilidad que existía de que muriera sin hacer su testamento.

Resulta interesante la forma como este ordenamiento retoma en derecho romano, ya que al determinar que el caballero podía plasmar su última voluntad con su propia sangre en el escudo o en cualquiera de sus armas, así como en la arena, se esta remitiendo a principios antiguos en que este testamento no gozaba de los privilegios que eran inherentes a su especie, y que además posteriormente se convirtieron en características esenciales de todos los testamentos. Subsiste en efecto, al igual que en épocas anteriores, la idea de que los militares no tenían obligación de conocer las formalidades jurídicas para manifestar su última voluntad y tampoco debía de afectarles su omisión⁶⁰; esto era considerado como una forma de honrarles cuando se encontraban en campaña, ya que era un privilegio del que no gozaban estando fuera de ella. En otra ley de Partidas se determina que el privilegio del

⁶⁰ Ibidem. p. 167

caballero de testar como pueda o como quiera cesa si el caballero es condenado a muerte; si es condenado por quebrantar su fe o por traición no puede testar ni en forma civil, lo anterior en virtud de que eran considerados faltos de honor todos aquellos caballeros que caían en dichos supuestos y por ello no debían gozar de los privilegios reservados para aquellos que eran dignos y conservaban su honor.

La influencia en el derecho español de este ordenamiento es indiscutible, inclusive puede afirmarse que una vez que se estableció dentro del derecho positivo de la época, no existió alteración alguna durante varios siglos posteriores; ni siquiera se encuentran disposiciones relativas a este particular en las *Leyes del Toro*, aún cuando éstas se ocuparon extensamente del análisis del derecho sucesorio de ese tiempo. Sin embargo, sí sufrió varias alteraciones, tal y como sucede con toda institución que goza de algún privilegio, por ello es importante analizar los ordenamientos posteriores a las *Siete Partidas*, ya que a raíz del descubrimiento y Conquista de América, la aplicación y vigencia de las leyes anteriores sufrió transformaciones importantes, lo cual se abordará posteriormente.

LA NUEVA RECOPIACIÓN

En virtud de que la mayoría de las normas de derecho real vigente se encontraban dispersas, fue necesario hacer un ordenamiento que las contuviera a manera de recopilación, el cual una vez concluido recibía la sanción regia y debía ser observado para cualquier cuestión jurídica; por ello se elaboró una obra que llevo el nombre de *Nueva Recopilación* y que fue promulgada por Felipe II en 1567. Consta de doce libros con más de 4 000 leyes, divididos en títulos, y al frente de cada ley se alude a la fecha y al autor de cada una de las normas originales; contiene las *leyes, ordenanzas y pragmáticas*, promulgadas entre 1484 y 1567, entre otras las *Leyes del Toro*, elementos contenidos en el

Ordenamiento de Montalvo o en el libro de las *Bulas y Pragmáticas*, los cuales eran considerador como derecho vigente.

En lo que respecta al derecho sucesorio, este precepto establece en la Ley 1ª (19 del ordenamiento) que deberá hacerse en presencia de tres testigos vecinos del lugar en caso de que se celebre ante escribano, y en caso de hacerlos sin la intervención de este, deberán ser por lo menos cinco testigos de igual forma vecinos; por último, en caso de no poder estar presentes los cinco testigos y el escribano, deberán ser por lo menos tres testigos vecinos al lugar. Esta determinación simplificó la testamentifacción, ya que anula la parte formularia y enigmática del derecho común, la cual fue complementada mediante una declaración del rey Felipe II, por lo cual el texto de la Novísima Recopilación contiene una declaratoria en la cual se establece que aún cuando el testamento fuera hecho en presencia de siete testigos que no fueran vecinos ni ante escribano, mientras tuvieran las otras calidades que el derecho requiere, el testamento se consideraría válido.

En cuanto al testamento militar se encontraba regulado en las leyes 7ª y 8ª tit. XVIII, Lib. X de la Nueva Recopilación que versaban:

“No obstante que por ordenanza de 28 de abril de 1739 tuvo por bien declarar el modo y solemnidades con que deben testar los militares ...informado de los perjuicios que se siguen en la práctica y de los inconvenientes que su observancia produciría tanto a mi servicio, como á la profesión militar y honor de ella; he resuelto se observe la costumbre antigua en cuanto a que los militares usen de sus privilegios y fuero al tiempo de hacer sus testamentos, no sólo estando en campaña, sino cualquier otra parte, siempre que gocen de sueldo...”⁶¹

⁶¹ *Ibidem* p. 168.

Como puede observarse, se trataba de eliminar en un primer momento el privilegio del cual gozaban los militares en cuanto a la elaboración de su testamento, esto en virtud de manifestar que solo sería válido en caso de muerte del militar y no de otra manera;

LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN

Este ordenamiento fue promulgado en 1805 reuniendo las disposiciones de carácter legal, las cuales no se encontraban en desuso y estaban incluidas en la Nueva Recopilación. En las indias esta recopilación fue utilizada generalmente para aspectos prácticos.

OTROS ORDENAMIENTOS

La necesidad de contar con un ejército más numeroso, provocó que la autoridad otorgará mayores privilegios a los soldados, entre los cuales se encontraban las disposiciones relativas a los testamentos, además de que era necesario hacer más comprensible y fácil la celebración de los mismos debido al desconocimiento que existía entre los mismos militares del derecho castellano. Por ello, Alejandro Farnesio dictó en 1587, una serie de ordenanzas donde se establecía además de la institucionalización de la justicia interna del ejército una serie de privilegios en diversas materias, incluida la sucesoria. Entre las disposiciones que establecía se encontraba la forma en como los ejecutores debían llevar a cabo su función, ya que en primer termino debían ser nombrados en el testamento y exhibir este ante el auditor general del ejército, y en su defecto ante los maestros de campo y auditores de los tercios; hecho lo anterior se procedía con el inventario de los bienes del difunto y se proseguía con la administración de los bienes y la rendición de cuentas de los recursos obtenidos durante la misma.

También preveía en caso de muerte *ab intestato* del militar, se debía dar noticia inmediata a los maestros de campo o a los gobernadores de los tercios o auditores y se haría confeccionar un inventario para proceder a la venta de los bienes y al pago de deudas con las ganancias, para que el remanente fuera repartido entre los herederos.⁶² Estas prácticas fueron aprobadas y promulgadas en 1733 mediante la Real Orden de Felipe V.

TESTAMENTO MILITAR EN EL SIGLO XVIII

En esta época se incrementa la producción de normas relativas a las sucesiones de los militares, y es Felipe V por medio de la Real Orden de 1733 en la cual confirma la jurisdicción militar en el conocimiento de los inventarios y abintestatos de los individuos que gozaban del fuero militar.

Posteriormente, la Real Cédula del 28 de abril de 1739 declaró que el testamento otorgado por los militares sin ninguna solemnidad no valía si no fallecían en aquella campaña que les obligó a hacerlo, debiendo otorgar otro con todas las solemnidades prescritas por la ley cuando pasaran por algún poblado; además determinaba que cuando el militar no se encontrara en campaña o en función de guerra, aún cuando se encontrara en plaza sitiada, sólo podía otorgar su testamento en forma civil y la única autoridad que podía conocer de los testamentos, inventarios y abintestatos era la justicia ordinaria.⁶³ Ulteriormente, por medio del Real Decreto de fecha 9 de junio de 1742 se deja sin efecto lo dispuesto por la cédula anterior, y se restablece la antigua costumbre de testar de cualquier manera tanto en campaña como en cualquier otro punto. Este decreto aunado al del 25 de

⁶² Abasolo, Ezequiel, El Testamento Militar en España y en las Indias, publicado en la Revista de Historia del Derecho, N° 19, Buenos Aires, Argentina, 1991, p. 394.

⁶³ *Ibidem* p. 398.

marzo de 1752 forman la ley 7ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. a la cual ya se ha hecho referencia con antelación.

La reforma que se realizó en 1742 fue atinada en el sentido de volver a los principios sobre este testamento, ya que una de las premisas que se trataba de proteger era precisamente la escasa instrucción y conocimiento que al respecto de los testamentos tenían los militares.

Diez años después, Fernando IV por real decreto del 25 de marzo de 1752, resolvió que incumbía a la justicia militar conocer de los inventarios y particiones de los militares en forma privativa, no sólo de los bienes y muebles que éstos tuvieran consigo al momento de su muerte, sino también respecto de los bienes adquiridos o patrimoniales que les pertenecieran en otros parajes, siempre y cuando fueren libres. Este decreto se complementó mediante la real resolución de 13 de noviembre de 1752, por virtud del cual se exceptuaba a los Cuerpos de Casa Real en cuanto a lo que se refería a los testamentos, inventarios, abintestatos y particiones.

Otra disposición de fecha 13 de marzo de 1759 declaró que el conocimiento de los testamentos y abintestatos en lo que se refería a los integrantes de la milicias correspondería a la jurisdicción privativa de las mismas, con apelación al Consejo de Guerra, y no a la jurisdicción militar general de la provincia.

En abril de 1761, como consecuencia de la sanción del Reglamento del Monte Pío militar, se determinó en el artículo 11, capítulo 2, que los bienes de aquellos militares que murieran sin dejar testamento y que carecieran de herederos forzosos, irían a engrosar los fondos del monte, salvo los bienes feudales que poseyeran, que retornarían a la corona; también se dispuso que no se deduciría el quinto a las personas que fallecieran y se encontraran bajo el fuero militar en lo tocante a los testamentos y abintestatos.

En 1764 se declaró que la justicia militar era competente para conocer los inventarios y pleitos de particiones de bienes dejados por los militares fallecidos, en tanto que la justicia ordinaria lo era respecto de los inventarios y pleitos que ocurrieran en las herencias dejadas a los militares por individuos ajenos al fuero militar. Al año siguiente, el rey emitió una real orden en la cual se establecía que los jueces eclesiásticos no podían intervenir en la disposición de inventarios y particiones de bienes de los testamentos militares, pudiendo averiguar pasado un año del fallecimiento si se habían cumplido con las mandas piadosas.⁶⁴

ORDENANZAS REALES DEL EJERCITO DE 1768

Al año siguiente en que se dictó el Reglamento de Milicias, se sancionaron las *Ordenanzas Reales del Ejército de 1768*, las cuales se ocupan en el Título 11 del tratado 8 del testamento militar, que no son más que una síntesis de las normas, cédulas, decretos y resoluciones abordadas con antelación y que serán explicadas en un apartado especial en el presente estudio.

- El 1º declara que todo individuo que gozare de fuero militar, le gozará también tocante á testamentos en cualquiera parte que teste, sea dentro ó fuera de campaña, en guarnición o en cualquier otro paraje.
- Los preceptos 2º y 3º disponen que en conflicto de un combate, ó cerca de empezarle , en naufragio u otro inminente peligro militar en que se halle, pueda testar como quisiere o pudiere por escrito, sin testigos, en cuyo caso valdrá la declaración de su voluntad, como conste ser suya la letra; ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su voluntad.

⁶⁴ *Ibidem* p. 402.

- El 4° determina que será válida y tendrá fuerza de testamento la disposición que hiciere todo militar escrita de su letra en cualquier papel que la haya ejecutado; y á la que así se hallare, se dará entera fe y exacto cumplimiento, bien la haya hecho en guarnición, cuartel o marcha; pero siempre que pudiere testar en paraje donde haya escribano, lo hará con el según costumbre.
- En el 6° señalaba que si el militar difunto hubiera poseído bienes libre en paraje distinto del que falleciera, el juez militar avisará a las justicias ordinarias en que se encontrasen los referidos bienes, para que comisionadas por un militar procedan a hacer el inventario y partición, dando cuenta al Consejo de Guerra, que se constituye en Tribunal de Apelación.
- Dentro del numeral 7° se establecía que cuando el militar difunto perteneciera a un Cuerpo determinado, corresponderá al sargento Mayor de él, bajo la dirección del Coronel o Comandante, abrir el testamento ante un Sargento del mismo cuerpo, que se nombrará para hacer el oficio de escribano; con la presencia de este, el capellán y dos testigos se procederá a realizar el inventario de los bienes del militar fallecido.
- Los artículos 8 y 9 se refieren a la testamentaría y al aviso de los herederos.
- Los preceptos 10 y 13 determinan lo tocante a la remisión de expedientes al Consejo de Guerra y la constitución de éste como tribunal de

apelación, siempre y cuando el militar difunto no fuere de alguno de los cuerpos que cuentan con tribunal propio.

- Con respecto a las herencias destinadas a militares, pero que fueron otorgadas por personas que no gozan de fuero militar, era aplicable el artículo 14 del citado ordenamiento.
- El numero 17 hacia alusión al derecho del sometido a patria potestad de testar su peculio castrense.⁶⁵

Es importante denotar que en estas normas establecían la facultad que tenían los militares para realizar su testamento dentro o fuera de campaña, así como por escrito con o sin testigos, incluso cuando se encontrara en peligro inminente sin tomar en consideración el lugar donde se realizara (guarnición, cuartel o marcha); lo anterior significó el ampliar las prerrogativas que tenían los militares en cuanto a las sucesiones y testamentos. Sin embargo, con la publicación de la Real Cédula de 24 de octubre de 1778 (Ley 8º) que declaraba que *todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por si sus testamentos en papel simple y formado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad , ó hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva pueden usar a su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal; y que así se cumpla y ejecute, no obstante cualesquiera leyes, decretos y órdenes anteriores.*⁶⁶ Por virtud de esta declaración, se les dota a los militares de la opción de realizar su testamento de tres formas, la primera atendiendo a un escrito realizado por él en cualquier papel, la segunda podía ser de la forma

⁶⁵ Ibidem, p. 403-404

⁶⁶ Gutiérrez Fernández, *Op. Cit.* . P. 169

en que le fuera posible y por último, la tercera aludía a la posibilidad de acudir ante un escribano observando las formalidades esenciales para la realización del acto.

La anterior resolución fue confirmada por medio de la Real Orden del 17 de enero de 1835, la cual declara que el militar, *no sólo en campaña, guarnición, cuartel ó marcha, sino también en donde quiera que se halle y cualquiera que sea su estado de sañud, con peligro ó sin el, puede elegir para manifestar su voluntad la forma civil ó la militar, sin tener que sujetarse a los reglamentos locales*, con lo cual se abrían aún más los privilegios de que gozaba esta clase en particular, y determinaba la libertad de acudir ante cualquier fuero para la declarar la última voluntad por medio de un testamento. No obstante lo anterior, las facultades que se le otorgaron a los militares en la citada declaración no eran aplicables a la parte dispositiva del acto, siempre y cuando no decidieran hacer uso del privilegio, ya que en este particular deberán estar a lo que dispongan las leyes de la localidad donde pretendan realizar el testamento.

De un estudio de los ordenamientos analizados al respecto del testamento militar, puede concluirse que de todos los anteriores el más completo y que poseía la mayor claridad en cuanto a este particular, era la Ley de Partidas, debido a que mostraba mas apego a la tutela del privilegio que gozaban los militares con respecto a la realización de su testamento, además de que el citado ordenamiento sirvió de fundamento de todos los cambios y reformas posteriores en leyes subsiguientes, las que se aplicaron supletoriamente en los territorios conquistados de América.

LAS LEYES DE INDIAS

Estas se refieren a todas aquellas normas que conformaban el Derecho Indiano, el cual versa sobre "el derecho expedido por las autoridades españolas peninsulares o sus

delegados u otros funcionarios y organismos de los territorios ultramarinos, para valer en éstos. Por una parte, se encuentra integrado por aquellas normas indígenas que no contrariaban los intereses de la corona o el ambiente cristiano, y por otra (sobre todo en derecho privado) por el derecho castellano.”⁶⁷ En lo que respecta al orden de prelación y aplicación de las fuentes del derecho castellano, se encuentra contenida en la Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias de 1680, que nos refiere a las Leyes del Toro; estas a su vez se basan en el *Ordenamiento de Alcalá* (1348), que establece como orden el siguiente:

- a) El mismo *Ordenamiento de Alcalá*;
- b) Los *Fueros Municipales* y el *Fuero real*; y
- c) *Las Partidas*.

Sin embargo, posterior al año de 1567 eran aplicable en caso de controversias surgidas en la Nueva España, la *Nueva Recopilación* (1567) y para controversias entre 1805 y 1821, incluso la *Novísima Recopilación*.

Debido a la bipolaridad de intereses que giraban en torno a la Nueva España, por una lado la Corona Española que trataba de mantener el control a distancia y por el otro los Virreyes que instalados en el poder absoluto contemplaban en el nuevo territorio una fuente inagotable de riqueza, la existencia de un derecho uniforme aplicado de manera homogénea no era una característica propia de la época. El reconocimiento del Derecho Indígena y del de castilla aparece en dos reinados sucesivos y fundamentales para la historia de España y América: en el de Carlos I y el de su hijo Felipe II. En un primer momento los Reyes de España promulgaron en 1530 la Ley XXII, título II del libro V, en el que “manda a los gobernadores y justicias reconozcan con particular atención el orden y

⁶⁷ Margadant, Guillermo F., Introducción al Estudio del Derecho Mexicano, *Op. Cit.* p. 53

forma de vivir, policía y disposiciones en los mantenimientos y avisen a los virreyes o audiencias y guarden sus buenos usos y costumbres en lo que no fuera contra nuestra sagrada religión.”⁶⁸

Lo anterior fue corroborado en ese mismo año por Felipe II, quien ordeno que en todas las causas, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe de prever por las leyes, cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarden las Leyes de Castilla, conforme a la Ley del Toro;⁶⁹ a la postre, fue Felipe IV decreto que el Derecho de Castilla iba a regir en todo lo relativo a cuestiones sustantivas y procesales. No obstante lo anterior, la lejanía de las colonias originó que se recurriera en muchas ocasiones al diferenciado derecho indígena, o incluso según los intereses que se encontraran en juego, se aplicaban indistintamente uno u otro derecho.

Dentro de la gran cantidad de normas de derecho indiano, se destacan por su gran importancia, entre otras: las *Leyes de Burgos* (1512); la *Provisión de Granada* (1526); las *Leyes Nuevas* (1542); *Las Ordenanzas sobre descubrimientos, población y pacificación de los indios de Felipe II* (1573); y la Reforma agraria (1754). Las normas más importantes en vigor durante el año de 1680 se encuentran compiladas en su mayoría en la *Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias*. Este ordenamiento consta de nueve libros, subdivididos en títulos que tratan de lo siguiente:

- El Libro I se refiere a la Iglesia, los clérigos, los diezmos, la enseñanza y la censura
- El Libro II habla de las normas en general, del Consejo de Indias, las audiencias, y del Juzgado de Bienes de Difuntos (sobre detalladas reglas

⁶⁸ Alcalá-Zamora y Torres, Niceto, *Nuevas Reflexiones sobre las Leyes de Indias*, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1980, p. 10.

⁶⁹ *Idem.*

sobre la conservación y transmisión anuales de los bienes de fallecidos en las indias, si no tenían herederos aquí).

- El Libro III trata del Virrey, y de asuntos militares.
- El Libro IV se refiere a los descubrimientos de nuevas zonas, el establecimiento de centros de población, el derecho municipal, las casas de moneda y obrajes.
- El Libro V contiene normas sobre gobernadores, alcaldes mayores, corregidores y cuestiones procesales.
- El Libro VI está dedicado a los problemas que surgen en relación con el indio: las reducciones de indios, sus tributos, los protectores de indios, caciques, repartimientos, encomiendas y normas laborales.
- El Libro VII se refiere a cuestiones morales y penales.
- El Libro VIII contiene normas fiscales.
- El Libro IX reglamenta el comercio entre la Nueva España y la metrópoli, normas sobre inmigración a las Indias.⁷⁰

En estas leyes encontramos derecho público, para el derecho privado era necesario recurrir al derecho Español (sobre todo las *Siete Partidas*), y en algunas materias, al derecho canónico. Sin embargo, algunos temas de derecho privado tales como lo relativo a la propiedad inmueble, el mandato, el contrato de seguro, el de fletamiento y materias de derecho mercantil, así como reglas especiales para contratos celebrados con los indios, y normas para facilitar la transición del sistema poligámico de los indios hacia la monogamia cristiana.

⁷⁰ Margadant Floris, Introducción al estudio del Derecho Mexicano, *op. Cit.* p. 56.

En lo que se refiere a las sucesiones se aplicaba el derecho proveniente de España, el cual se abordó con anterioridad, y en cuanto al testamento militar, la Corona Española irrumpió abruptamente en el siglo XVII para legislar con respecto a las fuerzas del mar y de la tierra, sin dejar de lado la aplicabilidad de los preceptos hispanos que se encontraban vigentes en esa época.

Por virtud de la Real Cédula del 2 de diciembre de 1608 expedida por Felipe III (repetida en 1614) se concede fuero militar – que incluía la facultad de hacer testamento militar- a la gente de guerra a sueldo de la corona, y agregaba “Y declaramos y mandamos, que cuando por haber nuevas de enemigos salieren los capitanes en campaña, o en las ciudades entraren de guardia, por el tiempo que durare el hacer guardias, y estar con las armas en las manos esperando enemigos, se les han de guardar las mismas preeminencias que a los demás, que tienen y llevan sueldo nuestro”.⁷¹ Con tal disposición los soldados momentáneamente favorecidos con el fuero militar, también gozarían de la facultad de testar con los privilegios inherentes a los militares.

El régimen legal de la sucesión en la Nueva España era, como ya se menciono, en esencia el mismo que regía en la península, debido a que opero el “trasplante” institucional propio de la obra colonizadora de España en América. Sin embargo, por Real Cédula de Felipe IV del 30 de Marzo de 1635, se dispuso que el conocimiento de los bienes de difuntos, aún cuando se tratase de soldados fallecidos en real servicio, correspondía al oidor que fuese juez general. Esta medida no se dirigía contra los beneficios de los soldados, sino que por el contrario los defendía de las posibles arbitrariedades que sus jefes militares podrían llegar a ejercer sobre los bienes de lo militares fallecidos.

⁷¹ Abasolo, Ezequiel, *Op. Cit.* p. 396

Durante los primeros siglos de la presencia hispánica, existió una institución relacionada con la transmisión *mortis causa* del militar denominada *sucesión de encomiendas*, la cual buscaba primordialmente la defensa del imperio, ya que establecía la obligación principal de aprestar las armas para la defensa de la tierra.⁷² La figura de la sucesión en encomiendas, mayorazgos o cacicazgos cayó en desuso durante la época independiente de México.

También el derecho francés influyó en la conformación del derecho mexicano, ya que a través de la dominación que ejerció José Bonaparte en España, se introdujeron algunos principios del Código Civil Napoleónico en la legislación de la Nueva España, por ello consideramos pertinente hacer referencia a este ordenamiento para comprender mejor el desarrollo histórico del testamento militar.

3.2.2 FRANCIA Y EL CODIGO CIVIL NAPOLEONICO

La Revolución Francesa marca el fin del Antiguo Régimen y el surgimiento de una nueva organización socio-política, la cual fue resultado de una serie de causas primordialmente económicas que desembocaron en el levantamiento armado del pueblo francés y la consecuente toma de la Bastilla el 12 de julio de 1789. Posteriormente se presentaron acontecimientos que marcaron decisivamente la forma de gobierno y propiciaron el subsiguiente ascenso al poder de Napoleón Bonaparte.

No habían pasado aún cinco meses desde que el Directorio asumiera el poder, cuando comenzó la primera fase de las Guerras Napoleónicas. Los tres golpes de Estado que se produjeron durante este periodo, reflejaban simplemente el reagrupamiento de las facciones

⁷² *Idem.*

políticas burguesas. El primero de ellos propicio el derrocamiento del Directorio y el general Napoleón Bonaparte, en aquellos momentos héroe de las últimas campañas, fue la figura central y de los acontecimientos que se produjeron posteriormente, los cuales desembocaron en la Constitución del 24 de diciembre de 1799 que estableció el Consulado.

Napoleón instituyó durante el Consulado una serie de reformas que ya habían comenzado a aplicarse en el periodo revolucionario. La reforma y codificación de las diversas legislaciones provinciales y locales, que quedó plasmada en el Código Napoleónico, ponía de manifiesto muchos de los principios y cambios propugnados por la Revolución: la igualdad ante la ley, el derecho de *habeas corpus* y disposiciones para la celebración de juicios justos.⁷³ El procedimiento judicial establecía la existencia de un tribunal de jueces y un jurado en las causas penales, se respetaba la presunción de inocencia del acusado y éste recibía asistencia letrada.

Durante este proceso de codificación desatado en Europa en los siglos XVIII y XIX, el Código Civil francés o *Code* de Napoleón representa el fruto inmediato de la revolución, ya que es el resultado de varios siglos de desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial derivado de un modo peculiar de entender al *Ius Comune* y *el mos gallicus*, sin omitir la tradición de las costumbres y la repercusión que tuvo en las legislaciones de todo el mundo. En el proceso de codificación desatado en Europa durante los siglos XVIII y XIX, el Código Civil francés o *Code* de Napoleón representa el fruto inmediato de la revolución, ya que es el resultado de varios siglos de desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial derivado de un modo peculiar de entender al *Ius Comune* y *el mos gallicus*, sin omitir la tradición de las costumbres y la repercusión que tuvo en las legislaciones de todo el mundo.

⁷³ Ourliac, Paul, *Derecho Romano y Francés Histórico* / Por Paul Ourliac y J. de Malafosse, tr. y anotaciones de Manuel Fairen, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1960, p. 36.

Este Código Civil encuentra su antecedente más lejano en la "codificación" de Justiniano, el *Copys Iuris Civilis*, pero más concretamente en las Instituciones de Gayo y Justiniano, de donde recoge su ordenación sistemática.⁷⁴

El Código Civil Francés fue promulgado el 20 de marzo de 1804 y recibió el nombre de *Code Civil des Français*, ya que existió una segunda edición oficial denominada *Code de Napoleón* y una tercera que retomó el nombre de *Code Civil de 1816* cuando imperaba la Monarquía. Este Código comprende un título preliminar y tres libros: de las personas, de las cosas y de los diversos modos de adquirir la propiedad. Es este último al que nos remitiremos ya que en el se contienen las disposiciones relativas a los testamentos y sus diversas formas.

La parte relativa a los testamentos se encuentra contenida en el Libro Tercero (Livre troisième), Título Segundo (Titre Deuxième), de las donaciones entre vivos y de los testamentos (*Des donations entre-vifs et des Testaments*), Tercera Parte (*Troisième Partie*), consagrado especialmente a los Testamentos (*Consacre spécialement aux Testaments*).⁷⁵ En lo que se refiere al testamento militar, son los artículos el 981 al 984 los que regulan esta institución jurídica.

En primer termino, los artículos 981 y 982 en su texto original establecían:

"Article 981 : Les testaments des militaires et des individus employés dans les armées pourront, en quelque pays que ce soit, être reçus par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur en présence de deux témoins, ou par deux commissaires des guerres, ou par un de ces commissaires, en présence de deux témoins.

⁷⁴ Ibidem, p. 38.

⁷⁵ Demolombe, C., Cours de Code Napoléon, Tomo Quatrième, Imprimerie Generale, Paris, France, 1876, p. 382

Article 982: ils pourront encore, si le testateur est malade ou blessé, être reçus par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice.

En primera instancia hacen referencia a la calidad que deben tener los individuos que pueden manifestar su última voluntad conforme el testamento militar, ya que habla de los militares y los empleados de las armas, quienes gozaban de los beneficios debido a la justificación proveniente del derecho romano que establecía que estos carecían de la *propter imperitiam*⁷⁶, esto es, que no contaban con la pericia suficiente para conocer de las leyes, por lo que estaban exentos de las formalidades que exigían los demás testamentos ordinarios, lo anterior derivado a su vez del riesgo constante de perder la vida en cualquier momento. Es importante señalar que los asimilados eran considerados como todos aquellos individuos que prestaban un servicio a los militares de carrera, tales como los cuerpos de intendencia, médicos, abogados, etc.

Este artículo también establece la necesidad de presentar el testamento ante el jefe del batallón, escuadrón en el cual se encuentren encuadrados los militares o asimilados o cualquier otro oficial de grado superior, esto ante dos testigos o comisarios de guerra. Sobre este particular cabe resaltar que el número de los testigos para este testamento es siempre dos, tal y como se establece actualmente en nuestra legislación civil. El segundo artículo solo dispone que en caso de encontrarse los militares enfermos o heridos, sus testamentos serán recibidos por el oficial de salud en jefe asistido por el encargado de la policía del hospicio, lo cual denota que no se encontraba contenida en esta legislación la

⁷⁶ Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Trad. Mario Díaz Cruz, Tomo V de las Donaciones y Testamentos, Ediciones Cultural, Habana, Cuba, 1946, p. 603.

posibilidad de que el testamento fuera hecho por el militar al encontrarse herido en el campo de batalla.

Otro artículo que se relaciona con el testamento militar es el que ostenta el numeral 983 que establecía:

Article 983: Les dispositions des articles ci-dessus n'auront lieu qu'en faveur de ceux qui seront en expédition militaire, ou en quartier, ou en garnison hors du territoire français, ou prisonniers chez l'ennemi sans que ceux qui seront en quartier ou en garnison dans l'intérieur, puissent en profiter, a moins qu'ils ne se trouvent dans une place assiégée, ou dans une citadelle, et autres lieux, dont les portes soient fermées et les communications interrompues, a cause de la guerre.

Este artículo contiene una excepción que se aplica solo a aquellos individuos que se encuentran en expedición militar o cuartel o guarnición fuera del territorio Francés, así como a quienes tengan la calidad de prisioneros y que se encuentren en poder del enemigo; estos no gozaran del beneficio del testamento militar, ya que tendrán que hacerlo conforme lo establece el derecho común. Lo anterior no se aplica en caso de que se encuentren en otro lugar en donde las puertas estén cerradas y las comunicaciones interrumpidas a causa de la guerra.

En cuanto a la nulidad de este testamento, el artículo 984 establecía que tendría verificativo después de seis meses que el testador se encuentre en un lugar en el cual pueda testar empleando las formas ordinarias. El texto de la ley refería:

Article 984: Le testament fait dans la forme ci-dessus établie sera nul six mois après que le testateur sera revenu dans un lieu ou il aura la liberté d'employer les formes ordinaires.

También era aplicable el artículo 998 que establecía las firmas que debía presentar el testamento, encontrándose en primer lugar la del testador y demás testigos que concurrieron en la celebración del acto.

Como podemos observar, algunas de las características del testamento militar que se encontraban consignadas en el Código Napoleónico no se opusieron a los principios del derecho romano respecto de esta forma especial del testamento, y la influencia de este ordenamiento francés en el derecho mexicano proviene del reinado de José Bonaparte en España (1808), quien introdujo algunos de los principios del derecho francés al hispano, conservando este último las fuentes de su derecho nacional.

3.3 MÉXICO INDEPENDIENTE

La transición hacia la independencia se dio gradualmente, pero encontramos varios factores que contribuyeron a que este proceso se apresurara, tales como la concentración del poder político en los españoles peninsulares (llamados "gachupines"); la abdicación de Carlos IV, seguida de la de su hijo Fernando VII; la exaltación al trono de José Bonaparte; el ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica; la ideología de la Ilustración que había penetrado en los nuevos territorios durante el régimen de los Borbones; la repercusión de las ideas de la Revolución Francesa y en general el ambiente de inseguridad que se vivía en la época con respecto al dominio de la Corona y la pugna por el poder en España y en la Nueva España.

Lo anterior dio como resultado que el 16 de Septiembre de 1810 se iniciara el movimiento de independencia nacional, el cual culminaría con un nuevo status político y la proclamación de la independencia de la Corona Española. Sin embargo, el derecho que se aplicó en los primeros años de vida independiente se contenía en su mayoría en ordenamientos de origen hispánico.

El artículo 15 del *Plan de Iguala* disponía que “*todos los ramos del Estado y empleados públicos subsistirán como en el día, y sólo serán removidos los que se opongan a este Plan, y sustituidos por los que más se distinguen en su adhesión, virtud y mérito.*”⁷⁷

La anterior proclama se encuentra contenida a su vez en el artículo 12 de los *Tratados de Córdoba* (1821) el cual manda que el país se gobernara interinamente conforme a las leyes hasta entonces vigentes, en todo lo que no se opusiera al Plan de Iguala, en tanto se expidieran las leyes nacionales y la constitución del Estado.⁷⁸ Esto significa que, una vez consumada la Independencia el 27 Septiembre de 1821 asumió el poder una Junta Provisional de Gobierno, la cual emitió un Decreto donde disponía que se habilitaban y confirmaban interinamente todas las autoridades coloniales; posteriormente el Congreso Constituyente en 1822 confirmó lo anterior por medio de un decreto en donde mandaba que prevalecieran todos los tribunales y justicias establecidas, con carácter interino, para que continuasen administrando justicia según las leyes vigentes.

El problema surgió al tratar de precisar cuales eran las “leyes vigentes”, su orden jerárquico y las disposiciones que habían sido dictadas por las nuevas autoridades de la nueva nación independiente; sin embargo, no existió una norma que estableciera la

⁷⁷ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2002*, 23ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 115.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 118.

jerarquía de las leyes y se atendió a los criterios establecidos por la doctrina, por lo cual encontramos el siguiente orden:

- 1° Decretos dados por los Congresos Mexicanos;
- 2° Decretos dados por las Cortes de España, publicados antes de declararse la Independencia;
- 3° Reales disposiciones novísimas aún no inscritas en la Recopilación;
- 4° Leyes de la recopilación, primero las más modernas;
- 5° Leyes de la Nueva Recopilación;
- 6° Leyes del Fuero Real y Juzgo;
- 7° Estatutos Y fueros municipales de cada ciudad, en lo que no se oponían a Dios, a la Razón y a las leyes escritas;
- 8° Las Partidas en lo que no estuvieran derogadas.⁷⁹

Los primeros cincuenta años de vida independiente de México, el país se encontraba inmerso en otros problemas que distraían el interés por la creación legislativa, ya que asuntos tales como las guerras, levantamientos, invasiones extranjeras, etc. debían ser atendidos antes que cualquier otra cosa, y ello trajo consigo que los ordenamientos y las instituciones jurídicas que predominaban eran en su mayoría las que habían tenido vigencia en la época de la colonia.

En lo que respecta al derecho sucesorio y al testamento militar, baste decir que le eran aplicables las normas analizadas en el punto anterior, ya que las proclamaciones de los Congresos Mexicanos poco abordaron tales cuestiones, las que fueron desarrolladas con posterioridad dada la creación de las subsiguientes leyes especiales en la materia.

⁷⁹ Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, 5ª Edición, Editorial Porrúa, México 1997, p. 96.

3.4 EL TESTAMENTO MILITAR EN LOS CÓDIGOS CIVILES.

Después de haber surgido a la vida independiente, México carecía de leyes propias que obedecieran al momento histórico por el cual atravesaba la nueva nación, y debido a la confusión y oscuridad de la normatividad hispana, así como su falta de igualdad en contraste con otras leyes, se hacía urgente y necesaria una reforma, ya que no se encontraba acorde con el siglo y con los principios de justicia imperante de la época. La materia de sucesiones no era la excepción, ya que la legislación aplicable sobre este particular permaneció inmutable durante los primeros años después de la emancipación de España.

No obstante, en 1857 se promulgan por primera vez en México dos leyes, de fechas 2 de marzo y 10 de agosto de 1857, las cuales regulaban en materia legítima y destacaba la llamada legítima testamentifacción forzosa de los parientes consanguíneos que la misma ley señalaba. Esta ley se mantuvo vigente hasta 1870, año en que es derogada por el Código, el cual continuaba con el sistema de legítima forzosa que atendía a la tradición española de las Partidas, en la cual las personas carecían de la posibilidad de disponer libremente de sus bienes en vida.⁸⁰

EL CÓDIGO CIVIL DE 1870

La primera codificación de gran alcance en México es el “Proyecto de un Código Civil Mexicano”, obra que culminara el maestro Justo Sierra a finales de 1860 y que contenía fundamentos del Proyecto de García Goyena de 1851; del Código Civil Francés y de las demás leyes de reforma aplicables. Más tarde, este Proyecto se convirtió en el

⁸⁰ Brena Sesma, Ingrid, *La libertad testamentaria en el Código Civil de 1884 publicado en “Memoria del Segundo Coloquio de Derecho Civil Mexicano”*, Editorial U.N.A.M., México, 1985, p. 121.

Código del Imperio, el cual sólo era una ampliación de los preceptos contenidos en el texto primigenio.

Posteriormente, una nueva comisión, laborando sobre la base del Código del Imperio, produciría dos años después el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, cuya integración encuentra sus bases en el Código del imperio (aproximadamente 3,000 artículos); el Código Civil portugués de 1867; el Código Civil Francés y el Proyecto García Goyena, así como la ley hipotecaria española de 1869.⁸¹

Esta codificación consta de siete capítulos, en los cuales se especifican las disposiciones generales y las diversas especies de testamentos, los cuales divide en *públicos* y *privados*. El primero de ellos podía ser abierto o cerrado. Por el contrario, el privado es el que excluye en su redacción la intervención de un notario; además se reconoce la tradición del testamento militar, el *marítimo* y el hecho en país extranjero.

El texto relativo al testamento militar se encuentra contenido en los artículos 3818 al 3822, los cuales a su vez tenían como fuentes el *Proyecto Sierra* (Código Civil Portugués) y el *Proyecto García Goyena*; debido a lo anterior, la influencia que estos ordenamientos ejercían sobre el texto legal era de suma importancia, por lo que se presenta a continuación la comparación entre estos textos jurídicos.

Proyecto García Goyena

Artículo 577.- Durante una batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra ó naufragio, podrá otorgarse el testamento militar de palabra ante dos testigos. Pero el testamento quedará ineficaz, si el testador se salva del peligro

⁸¹ Batiza, Rodolfo, *Las fuentes de la Codificación Civil en la evolución jurídica de México publicado en Memoria del Tercer Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, Editorial U.N.A.M., México, 1984, p. 157.

en cuya consideración testó: si no se salvase, se practicará lo dispuesto en los artículos 507 a 598.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable a las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra ó mercantes, en los casos que en él se espresan.

El primer párrafo esta tomado del 192 Prusiano, título 12, parte 1, y de los artículos 2 y 5, título 6, tratado 6 de las ordenanzas de la Armada de 1748.

Artículo 574.- En tiempo de guerra, los militares en campaña, y demás individuos empleados en el ejército, los voluntarios, rehenes y prisioneros podrán otorgar su testamento ante un oficial que tenga, por lo menos, el grado de capitán, ante el auditor destinado a seguir en el ejército, ó ante un comisario de guerra.

Artículo 575.- Los testamentos otorgados con arreglo al artículo anterior, deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por este al Ministerio de la Guerra; el cual practicará lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 582.

Código Civil Portugués

Artículo 584.- Durante una batalla, asalto, combate y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra o naufragio, podrá otorgarse el testamento militar de palabra ante dos testigos, pero el testamento quedará ineficaz, si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

Artículo 581.- Los militares que se hallen en actual campaña, los demás individuos que en ella se hallen empleados, los voluntarios, rehenes y prisioneros de guerra, podrán otorgar su testamento ante un oficial que por lo menos sea capitán, ó ante el auditor o el comisario de guerra.

Artículo 582.- Los Testamentos otorgados con arreglo al artículo anterior, deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general y por este al ministerio de la guerra; quien los remitirá á la autoridad judicial para que les dé el curso que corresponda.

Código Civil de 1870

Artículo 3818.- Si el militar ó empleado civil hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, ó estando herido, sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad, ante dos testigos idóneos, ó que ante los mismos presente el pliego cerrado que contenga su disposición, escrita y firmada, ó por lo menos firmada de su puño y letra.

Artículo 3820.- Lo dispuesto en los artículos anteriores, se observara en su caso respecto de los prisioneros.

Artículo 3821.- Los testamentos otorgados por escrito conforme á este capítulo, deberán ser entregados, luego que muera el testador, por aquel en cuyo poder hubieren quedado, al jefe inmediato del difunto, quien los remitirá al Ministerio de la Guerra y éste á la autoridad judicial competente, para los efectos legales.

Artículo 3822.- Si el testamento hubiere sido otorgado de palabra, testigos instruirán de él desde luego al jefe inmediato del testador; al cual dará parte en el acto al Ministerio de la Guerra y éste a la autoridad judicial competente, á fin de que, citando á los testigos, se proceda conforme a derecho.

Los cambios que se presentaron entre las fuentes y el Código de 1870 obedecen a la búsqueda constante de identidad jurídica, la cual se materializó por medio de la creación de preceptos jurídicos propios y adecuados a la realidad de la nueva nación mexicana. Posteriormente, debido a los constantes cambios internos, fue necesario crear un ordenamiento distinto, aún cuando en esencia continuara siendo idéntico al que le antecedió; es así como surge catorce años después el Código Civil de 1884.

CÓDIGO CIVIL DE 1884

La trascendencia de este Código radica en el que modificó el sistema de testamentifacción forzosa y cambió el régimen preexistente al reconocer el principio de la libertad del autor para manifestar su última disposición o que fuese la misma ley, de manera supletoria, la que llamara a sus parientes más cercanos. El resto de las disposiciones permaneció en su mayoría inmutable, y en el caso concreto del testamento militar, es importante señalar que los preceptos aplicables se mantuvieron sin cambios sustanciales, por lo que en este particular no se presentaron reformas notables, tal y como puede apreciarse a continuación.

Artículo 3549.- Si el militar ó empleado civil hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, ó estando herido, sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos idóneos, ó que ante los mismos presente el pliego cerrado que contenga su disposición, escrita y firmada, ó por lo menos firmada de su propio puño y letra.

Artículo 3551.- Lo dispuesto en los artículos anteriores, se observara en su caso respecto de los prisioneros.

Artículo 3552.- Los testamentos otorgados por escrito conforme á este capítulo, deberán ser entregados, luego que muera el testador, por aquel en cuyo poder hubieren quedado, al jefe inmediato del difunto, quien los remitirá al Ministerio de la Guerra y éste á la autoridad judicial competente, para los efectos legales.

Artículo 3553.- Si el testamento hubiere sido otorgado de palabra, testigos instruirán de él desde luego al jefe inmediato del testador; al cual dará parte en el acto al Ministerio de la Guerra y éste a la autoridad judicial competente, á fin de que, citando á los testigos, se proceda conforme a derecho.

CÓDIGO CIVIL DE 1928

Este ordenamiento jurídico reconoce una gran diversidad de fuentes, entre las cuales destacan disposiciones de la Constitución de 1917 y de constituciones de otros países; además, al rededor de tres cuartas partes del Código se encuentran integradas por disposiciones contenidas con anterioridad en el Código de 1884 y en la ley de Relaciones Familiares de 1917, estas últimas provenientes del Código de 1870. El sistema de libre testamentifacción que se contenía en el código anterior se mantiene vigente, al igual que un serie de preceptos aplicables en materia sucesoria sin que las diversas reformas al respecto hayan afectado la esencia de las mismas.

En lo que respecta al testamento militar los cambios han sido mínimos y de poca trascendencia, ya que como puede advertirse, la legislación precedente fue utilizada como modelo para la elaboración de esta legislación.

Puede afirmarse que la codificación civil en México procede de múltiples fuentes que a lo largo de los años han influenciado de manera significativa el panorama general que al

respecto se tenía en nuestro país, y el caso del testamento militar no es la excepción; sin embargo, nos encontramos ante una institución de derecho civil que no ha presentado cambios significativos, pero que a pesar de ello se mantiene contenida en la legislación civil como un fiel testimonio de la tradición romana que se introdujo en México tras la dominación española.

El testamento militar se encuentra regulado por los artículos 1579 al 1582 contenidos en el Capítulo VI del Código Civil de 1928, los cuales presentaron los cambios que se denotan comparados con los dos Códigos anteriores de 1870 y 1884:

Artículo 1579.- Si el militar o el asimilado del Ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido en 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.

Los artículos 3818 y 3549 contenían la denominación testigos “idóneos”, sin embargo, el haber suprimido esa característica obedeció a la aplicación supletoria de los artículos 1571 al 1578 relativos al testamento privado, en los cuales se señala entre otras, las características que deben reunir los testigos para que el juez determine que sus dichos son el formal testamento del difunto. Los cambios que presentó este artículo no trascienden a la forma del testamento militar y por ello no son de trascendencia significativa.

Artículo 1580.- Lo dispuesto en el artículo anterior se observará, en su caso, en su caso, respecto de los prisioneros de guerra.

En este caso, en comparación con los artículos 3820 y 3551, sólo se agregó la especificación relativa a “prisioneros de guerra”.

Artículo 1581.- Los testamentos otorgados por escrito, conforme a este Capítulo, deberán ser entregados luego que muera el testador, por aquel en cuyo poder hubieren quedado, al jefe de la corporación, quién lo remitirá al Ministerio de la Guerra y éste a la autoridad judicial competente.

Sobre este punto es menester hacer resaltar que en citado precepto cambia la redacción en cuanto al “jefe de la corporación”, ya que en los Códigos anteriores se hablaba los artículos 3821 y 3552 del *jefe inmediato del difunto*; lo anterior puede obedecer al hecho de que en muchas ocasiones en el medio castrense es mas confiable aquel elemento que este encargado de toda la corporación a la cual pertenezca, debido a que incluso el inmediato superior pudo haber perecido durante la acción de armas.

Artículo 1582.- Si el testamento hubiere sido otorgado de palabra, los testigos instruirán de él desde luego al jefe de la corporación, quien dará parte en el acto al Ministerio de Guerra, y éste a la autoridad judicial competente, a fin de que proceda, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos del 1571 al 1578.

La supletoriedad de los artículos 1571 al 1578 relativos al testamento privado es de suma importancia, ya que estos contienen disposiciones respecto de los testigos, la validez, la vigencia del testamento, entre otras. El antecedente se encuentra en los artículos 3822 y 3553 en el cual sólo se hacía referencia a “proceder conforme a derecho” sin hacer mención de los citados preceptos contenidos en el texto actual del Código de 1928.

Los artículos transcritos se reformaron únicamente en la parte relativa al “Ministro de Guerra”, señalando en el texto actual de la ley al Secretario de la Defensa Nacional, debido a que los cambios en la Administración Pública Federal originaron la escisión en dos

Secretarías de Estado (Secretaría de la Defensa Nacional y Secretaría de Marina) de la denominada Secretaría de Guerra y Marina. Debido a que el Código Civil de 1928 es la legislación que se encuentra vigente en la actualidad, no puede agotarse el análisis del testamento militar en este apartado, ya que en el capítulo siguiente se realizará un estudio a fondo de los artículos aplicables a esta figura jurídica; sin embargo es menester señalar que las transformaciones que ha sufrido la normatividad aplicable al testamento militar no ha cambiado en cuanto a la forma de este, ya que continúa siendo una forma de testar especial, la cual no puede ser llevada a cabo por cualquier persona que no se encuentre en los supuestos que se señalan.

Como podemos notar, la regulación del testamento militar evolucionó en nuestra legislación conforme era requerido por la época y la técnica legislativa se hacía propia; las fuentes también revisten formas propias que hacen patente la influencia que el derecho romano tuvo en la conformación de los distintos ordenamientos jurídicos, los cuales a pesar de las diferencias que presentan, siguen manteniendo un origen común en cuanto a su crecimiento jurídico.

3.5 LEGISLACION MILITAR

El fuero militar encuentra su fundamento en el artículo 13 Constitucional, el cual señala que los militares se regirán por sus propias normas, con lo cual faculta a las Fuerzas Armadas (entendidas como Armada de México, Ejército Mexicano y Fuerza Aérea) para aplicar el denominado derecho militar para cada caso concreto. Existen en el medio castrense dos tipos de normas: las penales y las disciplinarias; las primeras se refieren a

todos aquellos preceptos que se aplican en el denominado Derecho Marcial⁸² y que se encuentran comprendidas principalmente en el Código de Justicia Militar, el cual contiene normas sobre la administración de justicia marcial, delitos y penología y actuación o procedimiento ante los órganos que administran la justicia castrense, y que son reglamentarias del citado artículo constitucional.

En segundo término encontramos que, las normas disciplinarias son aquellas que conforman en Derecho Disciplinario Militar y están contenidas en dos leyes primordialmente: La Ley de Disciplina para el Personal de la Armada de México y la Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, las cuales se especifican desarrollan en los Reglamentos de Deberes Militares, del Ceremonial Militar, y en el caso de la Armada de México, en el Catálogo de Faltas de la Secretaria de Marina.

Aunque no se contempla como un derivado del precitado artículo 13 Constitucional, el Derecho Social Militar encuentra su sustento en el apartado "B" fracción XIII del artículo 123 de la misma ley suprema, el cual preceptúa que el personal de las Fuerzas Armadas Nacionales en el aspecto laboral se regirá por sus propias leyes, las cuales poseen características especiales pero sin llegar a ser de carácter excepcional. Este régimen de Seguridad Social Militar aparece contenido principalmente en la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), la cual regula casi todas las prestaciones sociales para los militares y sus derechohabientes.

Estos son los tres tipos de normas que rigen la vida de los elementos de las Fuerzas Armadas Mexicanas; sin embargo en ninguna de estas u otras aplicables se contempla la regulación concerniente al testamento militar, el cual solo se encuentra en el Código Civil

⁸² Bermúdez F., Renato de J., *Compendio de Derecho Militar Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1996, p. 138

promulgado en el año de 1928 y del cual ya se ha hablado con anterioridad. Esto significa que el tratamiento que al respecto se le da no es del todo acertado, ya que obedeciendo a los criterios Constitucionales acerca de la calidad especial que tienen los militares en cuanto a las normas que los rigen, debería encontrarse regulada esta institución por estas normas; sin embargo este particular se concluye reiterando que no existe normatividad alguna dentro del derecho militar que sea aplicable al testamento militar, objeto del presente trabajo.

4. ANÁLISIS DEL TESTAMENTO MILITAR EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL.

Hasta el momento se ha abordado la parte referente a la trascendencia histórica del testamento militar, pero como veremos mas adelante la influencia de este es tal, que no sería posible explicar abordar el estudio de esta institución jurídica sin hacer alusión al pasado. Es por ello que, para una comprensión conjunta de todas las características que reviste este testamento, es menester tomar los preceptos jurídicos en los cuales se encuentra contenido y lograr un análisis pormenorizado de la estructura de los mismos.

Dentro de la legislación mexicana esta figura jurídica se encuentra inmersa en el Código Civil Federal, específicamente en el Capítulo VI que habla en concreto del Testamento Militar, abarcando los artículos 1579 al 1582, los cuales serán analizados a continuación.

El primero de los preceptos aplicables hace referencia a las características esenciales de este testamento, ya que establece:

Artículo 1579.- 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, firmado de puño y letra.

En primer termino se debe determinar conforme las leyes aplicables a quienes se les considera como *militares*, y para ello es menester hacer referencia al artículo 132 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, el cual establece que:

"Militares son los individuos que legalmente pertenecen a las Fuerzas Armadas Mexicanas, con un grado de la escala jerárquica. Estarán sujetos a las obligaciones y

derechos que para ellos establecen la Constitución; la presente ley y demás ordenamientos castrenses.”

Esta definición contiene el concepto de *Fuerzas Armadas*, las cuales deben ser comprendidas como el conjunto de los efectivos – hombres y materiales – de tierra, mar y aire, que integran los organismos constitucionales respectivos, creados para la defensa del país y salvaguarda de su orden interno ⁸³, y por disposición Constitucional se encuentran integradas por cuatro: La Armada de México; el ejército Mexicano y la Fuerza Aérea Mexicana; la cuarta Fuerza la constituye la hoy inexistente Guardia Nacional prevista en varios artículos de la Carta Magna.

Por lo anterior, podemos afirmar que la calidad de militares sólo puede ser ostentada por todo aquel individuo que forme parte de la Armada, Ejército y Fuerza Aérea, sin importar en que situación se encuentren (activo o retiro). Además para pertenecer a las Fuerzas Armadas es necesario reunir los requisitos que establece el artículo 32 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que en sus párrafos tercero y cuarto enuncia:

Artículo 32.- En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

Esta misma calidad es indispensable en capitanes, pilotos, patrones, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana.

⁸³ *Ibidem* p. 203

Serra también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practica y comandante de aeródromo.

En el precepto anterior establece la prohibición a los para formar parte de las Fuerzas Armadas, ya que es un derecho únicamente de los mexicanos. En caso de quienes están realizando el Servicio Militar Nacional, su situación se encuentra regulada por la Ley del Servicio Militar Nacional (reglamentaria del artículo 5º párrafo cuarto de la Carta Magna), y determina que los mexicanos o extranjeros que presten su servicio de Armas obligatorio pasaran posteriormente a formar parte de las reservas (Primera, Segunda o Guardia Nacional) de las Fuerzas Armadas en las cuales se encontraran encuadrados, y podrán ser llamados en caso de Guerra para servir en la Guardia Nacional, quedando sujetos a las leyes militares que se encuentren vigentes y en caso de ser movilizados se consideraran como pertenecientes al Ejército activo.

En consecuencia se puede afirmar que los militares en tiempo de paz son todos aquellos individuos que al celebrar un contrato de “enganche” con las Fuerzas Armadas Mexicanas, adquieren dicha calidad con todos los derechos y prerrogativas que su condición establezca, lo cual no se aplica a las reservas, ya que solo ostentan la calidad de militares al estar realizando el servicio militar obligatorio, la cual pierden al ser dados de alta en las reservas y sólo se considerarán como integrantes de la milicia en caso de ser llamados por el Ejecutivo Federal cuando las circunstancias así lo ameriten.

Los militares a su vez ostentan un grado en la escala jerárquica, el cual adquieren al causar alta en el servicio activo de las Fuerzas Armadas según lo determinen las leyes castrenses respectivas y corresponde al nivel de estudios y preparación académica que

posea el individuo que causa alta. Asimismo, los grados se encuentran contenidos en jerarquías que abarcan grupos de ellos, siendo correlativos dentro de la organización de las Fuerzas Armadas, esto es, son equivalentes en la Armada, Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.

Ahora bien, dentro de nuestro sistema jurídico existe el denominado “Fuero de Guerra”, el cual puede definirse como el conjunto de leyes que rigen la conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas y que encuentra su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concretamente en el segundo párrafo del artículo 13 que determina que se deberán aplicar las leyes y códigos militares en materia penal y disciplinaria; de igual forma el artículo 123 Apartado “B” fracción XIII establece que en materia laboral se regirán por sus propias leyes. Sin embargo, esta legislación militar no regula la figura del testamento militar, siendo las únicas referencias legales el Código Civil Federal y los Códigos de la entidades federativas como leyes adjetivas y los Códigos de Procedimientos Civiles como leyes sustantivas según sea la materia que se trate.

Como puede observarse la calidad de militar se puede adquirir en dos momentos: en tiempo de paz o de guerra, siendo el último de estos el que reviste mayor importancia para el estudio del presente trabajo, ya que una de las características esenciales del testamento militar es precisamente que sea hecho en acción de guerra. Sin embargo, de acuerdo al texto de la norma en comento, el beneficio para los militares se hace extensivo a los *asimilados* del ejército, quienes son todos aquellos militares que no son considerados “de carrera”, esto es, que no proceden de las diversas escuelas de formación dependientes de las Fuerzas Armadas; tal es el caso por ejemplo de los denominados servicios, los cuales se encuentran contenidos en las distintas Leyes Orgánicas del Ejército y Armada de México,

refiriéndose a todos aquellos elementos que prestan su oficio en apoyo a los militares egresados de los distintos planteles educativos militares.

En nuestro derecho no basta con ser militar para estar en posibilidad de otorgar este tipo de testamento, se necesita a su vez que sea hecho “ *en el momento de entrar en acción de guerra o estando herido sobre el campo de batalla*”, esto nos lleva a realizar las siguientes consideraciones:

En primer término la ley hace referencia a una disyuntiva al referirse a la “acción de guerra”, ya que este concepto presenta diversas acepciones, en primer término se denomina como tal a cualquier enfrentamiento armado entre dos fuerzas, de igual o distinta magnitud; la concepción que al respecto nos ofrece el fuero militar establece que es “el empleo de la fuerza armada, por parte de un país o grupo de países, contra otro, o entre sociedades”⁸⁴, con lo cual se contiene a su vez el supuesto de que una guerra se lleve a cabo al interior del mismo país.

Sin embargo, de conformidad con lo que establece el artículo 89 fracción VIII, corresponde al Ejecutivo Federal declarar la guerra en nombre del país, previa ley emitida por el Congreso de la Unión. Esto significa que para que una guerra exista conforme a derecho, deben observarse los requisitos que la Carta Magna señala y en caso de ser necesario el Presidente de la República cuenta con la facultad de llamar a las reservas que realizaron el servicio militar para que causen alta en las Fuerzas Armadas, siendo considerados éstos como militares en activo. No obstante, para realizar este “llamamiento” no es necesario el estado de guerra, si no que también puede justificarse dependiendo de las circunstancias de urgencia por la que el país esté pasando, por lo cual adquieren la calidad de militares en activo y en consecuencia el derecho de celebrar el testamento militar.

⁸⁴ GLOSARIO DE TÉRMINOS MILITARES.

En virtud de lo anterior, puede apreciarse que existen dos estados en que se puede presentar una “acción de guerra”, el primero de ellos se refiere al momento en que hay un enfrentamiento armado entre fuerzas contrarias, sin que medie la declaración de guerra correspondiente, que puede denominarse material; y el segundo de carácter formal, se considera existe cuando hay declaración de guerra expresa del Ejecutivo Federal, previa Ley expedida por el Congreso y que adquiere publicidad con este acto con todas las consecuencias jurídicas que ello implica. Por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial, el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos el General Manuel Ávila Camacho, realiza la declaratoria formal de guerra en contra de los países del eje (Japón, Italia y Alemania) a partir del 22 de mayo de 1942.⁸⁵ Por ello, se determinó formar un grupo de que marcharía a los Estados Unidos para entrenarse y operar conjuntamente con la Fuerza Aérea Norteamericana, en consecuencia se creó la Fuerza Aérea Expedicionaria Mexicana, la cual estuvo regida por un derecho especial conformada por acuerdos celebrados entre México y los Estados Unidos.

En lo que se refiere a los testamentos, debido a que las modalidades norteamericanas exigían que antes de partir a ultramar, los componentes de las Fuerzas entregaran su testamento. Debido a esto, la Comandancia abordó el problema consistente en la adaptación del tipo de testamento militar aceptado por el Código Civil para el Distrito Federal, a la situación especial de la Fuerza, que por encontrarse en territorio extranjero, según las leyes de los Estados Unidos, deberían testar conforme a las leyes de ese país. De acuerdo a ellas, alrededor de cincuenta individuos expresaron su última voluntad, y por coincidencia favorable, los documentos suscritos que fueron entregados al Agregado

⁸⁵Cárdenas de la Peña, Enrique, *Gesta en el Golfo: La Segunda Guerra Mundial y México*, Editorial Primicias, México, 1966, p. 266.

Militar de México en Washington antes de partir de San Francisco, afectaron la misma forma legal del testamento militar mexicano.⁸⁶

Este antecedente es la única referencia que se tiene acerca de la elaboración de algún testamento militar, y por ello reviste gran importancia debido a que se reunía el requisito que el mismo Código Civil para el Distrito Federal exige en lo tocante al estado de guerra que debe imperar para que pueda ser considerado como válido.

Es por ello que, al referirnos a la utilización del concepto de guerra dentro del Código Civil, se estima que no es necesario que concurra una declaratoria formal de ésta, ya que la existencia de enfrentamientos armados entre dos fuerzas, aún dentro de un mismo país, autoriza para conceder los privilegios que contiene este ordenamiento jurídico respecto del otorgamiento del testamento militar. Es importante señalar que para la normatividad militar el concepto de “campaña” debe entenderse como una serie relacionada de operaciones militares de guerra limitadas en tiempo y espacio, conducentes a la obtención de un objetivo, en virtud de lo anterior, al hacer referencia a una campaña se debe entender esta asimilada a una guerra o como componente de ella. Al respecto el Código de Justicia Militar en su artículo 434 fracción X establece que los militares se encuentran en campaña

1. Cuando la guerra haya sido declarada
2. Cuando se hallen en un lugar donde la guerra exista de hecho o formando parte de las fuerzas, de cualquier clase que sea, destinadas a operaciones militares contra enemigos exteriores o rebeldes;
3. Cuando se hallen en territorio mexicano declarado en estado de sitio, con arreglo a las leyes o en aguas territoriales nacionales;

⁸⁶Sandoval Castarrica, Enrique, Historia Oficial de la Fuerza Aérea Expedicionaria Mexicana, Secretaría de la Defensa Nacional, México, 1946, p. 210.

4. Cuando hayan caído en poder del enemigo como prisioneros; y

5. Cuando se hayan embarcado con plaza o sin ella en escuadra, división, grupo o buque suelto, sea de guerra o corsario, apresado o fletado por el gobierno y destinado a operaciones de guerra, contra enemigos exteriores o rebeldes.

Lo anterior sirve de sustento para considerar que los militares pueden realizar su última disposición conforme el testamento militar aún cuando se encuentren en campaña, siempre y cuando se revistan las formalidades que para tal efecto establece las normas civiles, ya que no es necesario que el país se encuentre en guerra para que puedan gozar de este derecho, incluso el mismo ordenamiento legal hace alusión al caso en que el militar se encuentre herido en el campo de batalla, con lo cual contempla la posibilidad de que se llegue a presentar esta situación estando en campaña, además de ser un caso extremo que puede poner en riesgo la vida de los combatientes.

En cuanto al fondo, este testamento no presenta peculiaridades, sin embargo reviste características especiales en cuanto a su forma, ya que el militar puede otorgarlo de dos formas:

- a) Por escrito, el cual deberá contener su última disposición firmada de su puño y letra, además de ser entregado en pliego cerrado, esto es, que el testamento debe ser cerrado.
- b) De palabra ante dos testigos, ante quienes manifestará su última voluntad o entregará el manuscrito si fuera necesario.

Cada una de las anteriores formas sigue un proceso distinto, ya que la primera de ellas se presenta cuando el militar manifiesta su última voluntad por medio de un escrito, el cual debe ser hecho directamente por él o auxiliándose de quienes se encuentren cerca en caso de estar herido, aunque en ambos casos deberá ostentar la firma autógrafa del interesado.

En lo que respecta a la manifestación oral de la voluntad, esta debe hacerse cuando no se cuenten con medios para elaborar un testamento escrito y en presencia de dos testigos, a quienes también podrá entregar el escrito que contenga su última voluntad.

En lo que respecta al procedimiento posterior al otorgamiento del testamento, este reviste características propias y especiales a las cuales aludiremos a continuación.

PROCEDIMIENTO EN EL TESTAMENTO MILITAR

Una vez que el militar haya manifestado su última voluntad de manera escrita u oral, el Código Civil para el Distrito Federal establece la forma como debe realizarse el trámite correspondiente, por ello el artículo 1581 determina que:

“Los testamentos otorgados por escrito, conforme a este capítulo, deberán ser entregados luego que muera el testador, por aquel en cuyo poder hubieren quedado, al jefe de la corporación, quien lo remitirá al Secretario de la Defensa Nacional y este a la autoridad judicial competente”.

El precepto anterior obliga a que quien tenga en su poder un testamento militar hecho por escrito a entregarlo al Jefe de la corporación, quien puede ser cualquier militar que se encuentre al mando de la unidad o establecimiento al cual haya pertenecido el extinto militar, y como en el fuero de guerra se debe seguir una cadena de mando determinada por los grados y jerarquías puede suceder que se retrase la remisión, sin embargo el no cumplir con esta vía no afecta la validez del testamento, ya que esta se encuentra determinada por una norma civil y depende de la adveración de un juez para tal efecto.

Una vez que llegue a manos del Jefe de la corporación deberá remitirlo al Secretario de la Defensa Nacional para que éste lo haga llegar al tribunal competente, el cual con fundamento en lo establecido en los artículos 888 y 889 del Código de Procedimientos

Civiles para el Distrito Federal, llamará a los testigos que estuvieren en el lugar y girará el exhorto correspondiente para los que no se encuentren en su jurisdicción. Lo anterior en razón de que el tribunal es el único que puede declarar la formalidad del testamento de una persona, sea que conste por escrito o sólo de palabra, tal y como se encuentra establecido en el artículo 884 del multicitado cuerpo legal. De esta declaración se remitirá una copia al Secretario de la Defensa.

Aun cuando el referido artículo 884 señala que la solicitud deberá ser hecha a petición de parte legítima, observamos que como ya se mencionó con anterioridad el mismo Código Civil obliga al Secretario de la Defensa a entregar el testamento a la autoridad judicial competente, con lo cual debe entenderse como legitimada la actuación del Secretario y por lo tanto colmado el requisito contenido en la norma aludida.

Asimismo, no solo se requiere que sea presentado ante una autoridad judicial, sino que debe ser aquella que se encuentre en el lugar en que se haya otorgado, lo cual significa que conocerá del procedimiento el juez del sitio en que el militar haya manifestado su última voluntad lo cual se puede obtener del parte rendido a la Secretaría de la Defensa Nacional, en el cual se establezcan las circunstancias (modo, tiempo y lugar) bajo las cuales tuvo lugar la celebración de dicho testamento, una vez hecho lo anterior, se procederá a la citación de los testigos señalando día y hora para su examen, conjuntamente se le dará vista al representante del Ministerio Público para que asista a las declaraciones y haga las preguntas que considere necesarias para asegurarse de la veracidad de su dicho.

Los testigos deberán declarar circunstanciadamente:

- I. El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;
- II. Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;
- III. El tenor de la disposición;

- IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción;
- V. El motivo por el que se otorgó el testamento privado; y
- VI. Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba.

Lo anterior se debe a que es necesario corroborar la idoneidad de los testigos, ya que si se presentan discrepancias entre las declaraciones el testamento no es formal y por lo tanto es nulo. Si por el contrario, se comprueba que los testigos son idóneos y estuvieren conformes en todas y cada una de las circunstancias enumeradas, el Juez procederá a declarar que sus dichos son el formal testamento de la persona de que se trate.

Con respecto al periodo de validez, el Código Civil determina en su artículo 1571 que el testamento privado sólo surtirá efectos si el testador fallece de la enfermedad y a consecuencia del peligro en el cual se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó. Esto quiere decir que el militar deberá fallecer a consecuencia de la guerra o las heridas que haya tenido en el campo de batalla, ya que en el momento de entrar en campaña o estar herido se encontraba en peligro inminente de perder la vida, y con ello se cumple con la condición establecida en la ley para la validez del acto.

Existe sin embargo una contraposición entre el artículo 1576 y el 1579 del Código Civil, ya que el primero señala que si después de la muerte del testador muriese alguno de los testigos, se hará la declaración con los restantes, con tal de que no sean menos de tres, manifiestamente contestes y mayores de toda excepción; sin embargo, en el texto al que ya se ha hecho referencia respecto de las características del testamento militar se establece que basta que la declaración de la voluntad se haga ante dos testigos, siendo menor el número de estos. Por lo tanto, a juicio propio considero que debido a la naturaleza especial del testamento militar se debe aplicar la normatividad respectiva y en caso de faltar alguno de

los testigos se deberá continuar por la vía sucesoria legítima, ya que una sola declaración no es suficiente para corroborar la última voluntad del testador, ya que es necesario que existan dos criterios para comprobar la veracidad de la última voluntad del militar.

INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO.

El testamento militar, como ya se ha puntualizado, es una forma especial de testamento que proviene de la necesidad de dar a los militares la facilidad de disponer de sus bienes, sin importar las condiciones bajo las cuales lo hagan. Hasta este punto se ha abordado la parte histórica de esta institución jurídica para comprender y explicar las leyes que regulan esta materia, sin embargo, al realizar un estudio tan exhaustivo como el presente trabajo, es necesario establecer los principios que han sobrevivido al paso del tiempo, esto para comprender la importancia del testamento militar dentro de las sucesiones en general.

Al hacer referencia al derecho romano y los principios que regulaban la sucesión testamentaria para los militares, se hizo referencia entre otros al derecho romano, el cual contenía varios principios específicos que con el transcurso del tiempo se incluyeron en la teoría de los testamentos en general, relegando a un plano secundario el testamento especial que les dio origen.

Entre los principios que consignaba el derecho romano aludía en primer término a la posibilidad de testar como pudieran o como supieran, lo cual actualmente se entiende como la posibilidad de realizar un testamento de la forma y bajo las solemnidades que desee el testador, ya que la ley civil otorga esa facultad. En el caso de los herederos, el testamento militar también influyó al incluir dentro de la normatividad de los testamentos la

posibilidad de nombrar sustitutos, los cuales solo podían ser nombrados en cuanto a las cosas que se hubieran adquirido en virtud del testamento.

Otro punto muy importante es el que se refiere a la posibilidad de que algunos de los bienes se rijan por un testamento y otros por disposición de la ley, lo que en nuestro Código Civil se encuentra regulado dentro de un capítulo completo dedicado a las substituciones. La posibilidad de establecer condiciones dentro de un testamento militar, ya fueran resolutorias o a término, también figura en los principios heredados a los testamentos en general, ya que ambas se encuentran permitidas en la celebración de un testamento en el derecho común.

Asimismo, entre los principios del testamento militar, encontramos que no existía la obligación de instituir heredero, lo cual también forma parte de nuestro derecho vigente, el cual establece que el testamento que sea otorgado legalmente será válido aunque no contenga institución de heredero.

Como se ha establecido, la influencia del testamento militar en el desarrollo de la sucesión testamentaria es de suma importancia, debido a que las prerrogativas que en un primer momento solo podían ser invocadas por los militares atendiendo a su condición especial, paulatinamente se incorporaron al resto de los individuos hasta conformar los principios testamentarios que rigen actualmente en la mayoría de los países que incorporaron el derecho romano a su legislación. Tal es el caso de nuestro país, el cual recibió la influencia directa de este derecho, derivado de la conquista de España y la subsiguiente aplicación de un derecho formado por la injerencia de distintas teorías que intervinieron en la conformación de una teoría propia y autónoma.

CONCLUSIONES

1. La historia de las instituciones jurídicas romanas ha sido tema de estudio en mas de una ocasión de varias obras de derecho de reconocidos autores que han tratado de agotar al máximo los antecedentes escritos, apoyándose incluso en algunas ocasiones en los pasajes anecdóticos que conforman parte de la historia no escrita del derecho; sin embargo, son pocas las referencias bibliograficas que aluden al testamento militar como institución jurídica ya que se concretan a contenerla en apartados vagos y escuetos que no explican de forma completa su génesis, desarrollo e influencia en los sistemas jurídicos contemporáneos, siendo esto ultimo de resulta de suma importancia cuando se trata de comprender el derecho sucesorio antiguo y su materialización en figuras jurídicas modernas. Por ello, en el presente estudio se aborda la perspectiva histórica y la evolución del testamento militar en el desarrollo de la cultura jurídica, a través de lo cual se pretende demostrar la existencia remota y la influencia que ha tenido en la sociedad dentro de su derecho sucesorio, ya que al atender a la calidad de los militares y dotarlos de prerrogativas propias, se estrecha la trascendencia de los ejércitos en el sistema político y por ende en el derecho positivo de todos los tiempos.
2. El antecedente mas antiguo que se tiene del testamento militar es el testamento *in procinctu*, no por que este hubiera sido considerado propiamente como una forma de testar exclusiva de los militares, sino por que se atendía a las circunstancias especiales que posteriormente identificarían a este tipo de testamento. En primer termino era necesario que el sujeto fuera padre de familia soldado y que manifestara su ultima voluntad ante el ejercito antes de marchar al combate, esto es, se atiende a

la calidad de soldado del individuo y a la necesidad circunstancial de un estado de guerra para la celebración del acto jurídico.

3. La evolución del derecho romano trajo consigo el cambio en los principios esenciales del testamento militar, ya que aunque la formalidad y solemnidad requeridas para su celebración continuaban vigentes, las prerrogativas de que gozaban los militares tendían a incrementarse según las necesidades de la época. Por ello, se llegó incluso a permitir que los soldados quedaran exentos de la observancia de principios obligatorios de la sucesión testamentaria ordinaria, debido principalmente al desconocimiento de los tecnicismos del *ius civile*, lo que justificaba que se les permitía testar como pudieran o como quisieran; sin embargo, consideramos que la razón primordial de tal permisión estriba en las circunstancias bajo las cuales se celebraba el testamento, ya que el derecho común exigía una serie de requisitos que resultaban difíciles de cumplimentar bajo las condiciones en que se encontraban los militares en campaña.
4. El aumento de los privilegios que otorgaba el testamento militar se debía principalmente a la necesidad de que los militares no murieran intestados, ya que aun cuando en la antigua Roma no era deshonoroso morir intestado, si se le daba preferencia a la sucesión testamentaria por encima de la legítima. Esto viene a reafirmar el criterio que sostenemos de que el testamento militar no derivó de la impericia de los soldados sino de una necesidad de que estos no murieran sin haber manifestado su última voluntad.
5. Derivado de las transformaciones que ocasionó la introducción de todas las prerrogativas en favor de una clase social, el derecho sucesorio romano sufrió con el

transcurso del tiempo, una evolución en la que se retomaron varios principios establecidos en el testamento militar, lo cual derivó posteriormente en un régimen más patrimonialista y menos apegado a formalismos, esto es, que no se daba a la forma el valor superlativo que al resto de los actos jurídicos, sino que la disposición de los bienes y la certeza de los herederos nombrados revestía mayor importancia.

6. Las nuevas condiciones de la milicia indujeron al emperador Justiniano a poner limitaciones a la libertad del testamento militar, con lo cual los privilegios sustanciales de este testamento tendían a desaparecer, tal y como se encuentra establecido en el *Corpus Iuris Civilis*. De esta manera muchas de las prerrogativas que tenían los militares en cuanto a la elaboración de sus testamentos se fueron incorporando paulatinamente a las formas testamentaria ordinarias.
7. Durante la Edad Media se presentó un cambio esencial en el derecho aplicable, ya que el derecho romano se fusiona con los derechos germánicos dando como resultado la aparición de nuevas formas jurídicas que influyeron incluso en el testamento militar. Este último se presenta con características especiales debido a que la recepción del derecho romano fue gradual; sin embargo se atiende a un rasgo similar al *peculio castrense* en cuanto hace al *atruendo de guerra*, ya que aunque en un primer momento no podía ser adquirido bajo el amparo de una sucesión testamentaria, posteriormente quedó sometido a una sucesión hereditaria independiente en la cual solo los hijos o parientes más próximos podían acceder a ser los herederos de tales bienes.
8. Asimismo, aun cuando se pretenda creer que durante la Edad Media no existió producción jurídica, al esbozar los datos históricos del testamento militar es

imposible considerar siquiera que tal afirmación resulte verídica, ya que aun cuando se retomaron los principios del derecho romano y germánico, el derecho feudal debió adecuarse a las necesidades propias de la época y normar la vida y desarrollo de la sociedad. Es por ello que a simple vista no se aprecia la aportación jurídica de la sociedad feudal al derecho, ya que esto es posible solo con una perspectiva homogénea y pensamiento abierto a la posibilidad de influencia, la cual se demuestra primordialmente en los fueros españoles que retomaron varios de sus principios.

9. En lo que respecta al derecho mexicano, es importante apuntar que aun cuando se pretenda afirmar que no existía un régimen jurídico previo a la llegada de los españoles, si existía una normatividad aplicable a los casos concretos que se presentaban dentro del imperio y los reinos conquistados por los nativos de América. Por esto, a pesar de no contar con antecedentes escritos que hagan referencia a la existencia de un derecho sucesorio formal, es imprescindible que se considere que debieron existir principios legales que regulaban la declaración de última voluntad de los antiguos mexicanos, mas concretamente al testamento militar, ya que si existían limitantes en cuanto al género del heredero y los bienes heredables, puede inferirse que también debió existir reglamentación al respecto de la capacidad y limitaciones del testador.
10. Debido a la influencia que el derecho español ejerció sobre los territorios conquistados de la Nueva España, la importancia de los ordenamientos jurídicos provenientes de la península ibérica toma gran importancia, ya que se presenta como un antecedente del testamento militar como lo conocemos actualmente. Como se puede observar, la trascendencia del derecho hispánico resulta notoria

dentro de nuestro sistema jurídico, ya que en muchas ocasiones determino los principios que rigen a las instituciones jurídicas de nuestro derecho nacional. Ordenamientos tales como el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, la Nueva y Novísima Recopilación, por mencionar algunos, son fuente importante del testamento militar, ya que además de retomar principios del derecho helénico, hacen referencia a nuevos conceptos que llegan a nosotros a través de la conquista.

11. La conquista no trajo consigo la dominación absoluta del territorio dominado, sino que permitió la conjunción y convivencia simultanea de normas provenientes del derecho indígena y el derecho español, ya que en muchas ocasiones este ultimo no ofrecía tantas prerrogativas para los españoles que prefirieron el derecho de los territorios conquistados a su derecho nacional. Además, la supletoriedad del derecho indígena era a tal grado que se disponía que debía aplicarse en todo lo que no se opusiera al derecho hispano, lo cual permitía que se colmaran las lagunas de la ley. En cuanto a los testamentos militares, estos continuaban teniendo su carácter especial y se atendía a los criterios especiales para su elaboración, siendo una fuente directa de las normas contenidas en nuestra legislación civil actual.
12. El testamento militar en el Código Civil Napoleónico se presenta como una institución depurada que contiene una serie de requisitos propios que determinan la forma en que se debía celebrar y las características propias que poseía; la influencia en nuestro derecho se presenta a raíz del ascenso de José Bonaparte a la corona Española y se pone de manifiesto al establecerse el numero de testigos, la necesidad de que se presentara ante un superior o jefe de corporación, la extensión del privilegio a los asimilados al ejercito y la validez del testamento.

13. En la etapa del México Independiente fue necesario atender a la doctrina para determinar la normatividad aplicable, ya que no se contaba aun con un sistema jurídico formal sobre el cual descansaran los principios de aplicabilidad de las normas legales. Debido a lo anterior las normas del derecho hispánico continuaron aplicándose hasta que surgieron las leyes especiales que regulaban en concreto el derecho sucesorio y el testamento militar.
14. El primer Código Civil Mexicano de 1870 tuvo varias fuentes que determinaron su constitución y en lo que respecta al testamento militar no fue la excepción, ya que el Código Civil Francés, el proyecto García Goyena, el Código del Imperio y el código Civil Portugués. Entre las características esenciales del testamento militar encontramos que podía realizarse en el momento de entrar en acción de guerra, que era extensivo a los prisioneros, que debía ser entregado al superior jerárquico del difunto y remitirse al Ministerio de Guerra. Estas características se mantuvieron incluso en el Código Civil de 1884 hasta la promulgación del que actualmente nos rige en el año de 1928.
15. En lo que respecta al Código Civil de 1928, este únicamente sufrió reformas en lo tocante a la referencia del “Ministerio de Guerra y Marina” ya que no correspondía a la actual denominación de la Secretaria de la Defensa Nacional y la Secretaria de Marina. Además representa un claro ejemplo de la influencia que los distintos ordenamientos jurídicos han tenido en el testamento militar.
16. Dentro de la legislación militar no se contempla el testamento militar, siendo las únicas referencia legales el Código Civil para el Distrito Federal, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y los códigos estatales en cuanto hace al fuero común, y en el Código Civil Federal en ese ámbito de aplicación. Sin

embargo, consideramos que debe atenderse a la legislación militar en cuanto hace a los conceptos esenciales que regulan estos preceptos legales, ya que términos tales como guerra, acción de armas, prisionero de guerra son propias del fuero castrense.

17. El Código Civil para el Distrito Federal en vigor exige para la celebración del testamento que el militar haga su ultima disposición al entrar en acción de guerra o que se encuentre herido en el campo de batalla, sin embargo se puede entender el concepto de “guerra” como cualquier enfrentamiento armado entre dos fuerzas opuestas, por lo que argumentamos que se puede realizar incluso cuando el soldado se encuentre ante un enfrentamiento bélico, ya que el Código de Justicia Militar establece que los militares se consideraran en campaña cuando exista guerra declarada o bien cuando esta exista de hecho.
18. Las únicas referencias que se tienen en nuestro país acerca de la elaboración de algún testamento militar se encuentran en los datos históricos relativos a la Fuerza Aérea Expedicionaria Mexicana (Escuadrón 201), que establecen que antes de partir al teatro de operaciones durante la Segunda Guerra Mundial testaron conforme a lo establecido en el Código Civil respecto del testamento militar.
19. Consideramos que seria conveniente que se atendiera mas a la calidad de militares que ostentan los sujetos que al hecho de que se encuentren en guerra, ya que este concepto presenta dos vertientes que dejan abierta la posibilidad para que el testamento militar sea realizado incluso al momento de entrar en campaña, esto es, que puede presentarse incluso cuando el soldado este próximo a tomar parte en cualquier tipo de enfrentamiento armado con fuerzas opuestas. Por ello, seria conveniente facilitar a los militares el acceso a esta forma de testamentacion, ya que

además de atender a la necesidad de que dispongan de sus bienes en un caso de emergencia, provee de seguridad jurídica a los herederos y al mismo testador.

BIBLIOGRAFÍA

- Abasolo, Ezequiel, El Testamento Militar en España y en las Indias, publicado en la Revista de Historia del Derecho, N° 19, Buenos Aires, Argentina, 1991.
- Alba Hermosillo, Carlos H., Estudio comparado entre el derecho azteca y el derecho positivo mexicano, México, 1949.
- Alcalá-Zamora y Torres, Niceto, Nuevas Reflexiones sobre las Leyes de Indias, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1980.
- Arangio Ruiz, Vincenzo, Instituciones de Derecho Romano, 10ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.
- Arias Ramos, J., Derecho Romano, 2 vols. 18ª Edición, Editoriales de Derecho Unidas, Madrid, España, 1991.
- Bañuelos Sánchez, Froylan, de la Intepretacion de los Contratos y de los Testamentos, Segunda Edición, Editorial Cardenas, México, 1979.
- Batiza, Rodolfo, Las fuentes de la Codificación Civil en la evolución jurídica de México publicado en Memoria del Tercer Congreso de Historia del Derecho Mexicano, Editorial U.N.A.M., México, 1984.
- Batiza, Rodolfo, Las Fuentes del Código Civil de 1928, Editorial Porrúa, México, 1979.
- Bermúdez F., Renato de J., Compendio de Derecho Militar Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1996.
- Bernal de Bugada, Beatriz, Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas (De los orígenes de la alta edad media), 5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1992.
- Bialostosky B. Sara, Panorama de Derecho Romano, 3ª Edición, Facultad de Derecho, UNAM, 1990.
- Bloch, Marc, La Sociedad Feudal, Editorial Hispano Americana, Madrid, España, 1945.
- Bonfante, Pedro, Instituciones de Derecho Romano, 5ª Edición Trad. Luis Bacci y otro, Editorial Reus, España, 1979.
- Borah, Woodrow Wilson, El juzgado general de indios en la nueva España, tr. de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

- Brena Sesma, Ingrid, La libertad testamentaria en el Código Civil de 1884 publicado en "Memoria del Segundo Coloquio de Derecho Civil Mexicano", Editorial U.N.A.M., México, 1985.
- Brundage, James A., La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- Carames Ferro, José M., Instituciones de Derecho Romano, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- Cárdenas de la Peña, Enrique, Gesta en el Golfo: La Segunda Guerra Mundial y México, Editorial Primicias, México, 1966.
- Demolombe, C., Cours de Code Napoléon, Tomo Quatrieme, Imprimerie Generale, Paris, France, 1876.
- De Churruca, Juan, Introducción Histórica al Derecho Romano, 6ª Edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 1992.
- Di Pietro, Alfredo, Manual de derecho romano, 4ª Edición, Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1985.
- Francisci, Pietro de, Síntesis Histórica del Derecho Romano, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1954.
- Friedlander, I., La Sociedad Romana, trad. Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1947.
- Giménez Candela, Jimena, Derecho Privado Romano, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999.
- Gutierrez Fernández, D. Benito, Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español, Tomo III, Edición Facsimilar, Editorial Lex Nova, Madrid, España, 1970.
- Gutiérrez y González, Ernesto, El patrimonio, el pecuniario y el moral, o , derechos de la personalidad y derecho sucesorio, 4ª Edición, Editorial Porrúa, 1993.
- Ibarrola, Antonio de, Cosas y sucesiones, 4ª Edición, Editorial Porrúa, 1977.
- Katz, Friedrich, Situación social y económica de los aztecas durante los siglos XV y XVI, Editorial UNAM, México, 1966.
- Köhler, José F., El Derecho de los Aztecas, Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México, T.S.J.D.F., México, 2003.

- Margadant, Guillermo F., Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 10ª Edición, Editorial Esfinge, México, 1993.
- Margadant S., Guillermo Floris, El derecho privado romano : como introducción a la cultura jurídica contemporánea, 18ª Edición, Editorial Esfinge, México, 1992.
- Margadant, Guillermo Floris, La Segunda Vida del Derecho Romano, Editorial Porrúa, México, 1986.
- Margadant, Guillermo Floris, Panorama de la Historia Universal del Derecho, 7ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
- Mendieta Y Núñez, Lucio, El derecho Precolonial, 3ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1961.
- Merryman, John Henry, La tradición jurídica Romano-Canónica, 2ª Edición, México, 1997.
- Moreno, Manuel M, La Organización política y social de los aztecas., INAH, México, 1962.
- Nicolliello Nelson, Diccionario del Latín Jurídico, Editorial J.M. Bosch, España, 1999.
- Ortolan, M., Compendio de derecho romano, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1978.
- Ourliac, Paul, Derecho Romano y Frances Historico / Por Paul Ourliac y J. de Malafosse, tr. y anotaciones de Manuel Fairen, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1960.
- Perez Palma, Carlos, Consideraciones relativas a diversas Instituciones Jurídicas entre los Mayas, Revista de la Facultad de Yucatán, número 22, Septiembre-Diciembre, México, 1996.
- Perez de los Reyes, Marco A., El Derecho Olmeca como un ejemplo del Derecho Prehispánico, Año II número II, Revista de la Escuela de Derecho, Universidad Anahuac, México, Verano 1983.
- Perez Prendes, José Manuel, Instituciones Medievales, Editorial Síntesis, España, 1997.
- Petit, Eugene Henry Joseph, Tratado elemental de Derecho Romano. trad. de la novena ed. francesa y aumentada con notas originales muy amplias por José Ferrandez González, 15ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

- Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Tratado Practico de Derecho Civil Francés, Trad. Mario Díaz Cruz, Tomo V de las Donaciones y Testamentos, Ediciones Cultural, Habana, Cuba, 1946.
- Planitz, Hans, Principios de Derecho Privado Germánico, Trad. Carlos Melón Infante, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1957.
- Raimundo de Miguel, Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico, 11ª Edición, Madrid, España, 1897.
- Rodríguez Shadow, María, El Estado Azteca, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 1990.
- Roger, Odile, Organización económica y social de los aztecas y culturas que les precedieron, UAM, México, 1993.
- Rojina Villegas, Rafael, Derecho civil mexicano, T. IV, Editorial Porrúa, México, 1997.
- Sala, Juan, Ilustración del derecho real de España : Ordenada por Juan Sala, reformada y añadida con varias doctrinas y disposiciones del derecho novísimo, y del patrio, y arregladas según las leyes últimamente publicadas hasta 1850, Antigua lib. del portal de agustinos, México, 1852, 2 V.
- Sánchez Vazquez, Rafael, Génesis y desarrollo de la cultura jurídica mexicana, Editorial Porrúa, México, 2001.
- Sandoval Castarrica, Enrique, Historia Oficial de la Fuerza Aerea Expedicionaria Mexicana, Secretaria de la Defensa Nacional, México, 1946.
- Sandoval Pardo, Fernando R., Historia critica del estado mexicano : Análisis Estructural y Superestructural de los estados Azteca, Novohispano e Independiente, 1325-1911, Editorial Porrúa, México, 2001.
- Schulz, Fritz, Derecho romano clásico, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1960.
- Soberanes Fernández, Jose Luis, Historia del Derecho Mexicano, 5ª Edición, Editorial Porrúa, México 1997.
- Tena Ramírez, Felipe, Leyes fundamentales de México, 1808-1964, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1964.
- Tomas y Valiente, Francisco, Historia del Derecho Español, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1979.

- Vaillant, George Clapp, La civilización azteca ; origen, grandeza y decadencia, 2ª Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1973.
- Ventura Silva, Sabino, Derecho romano : curso de derecho privado, 12ª Edición, Editorial Porrúa, 1995.
- Zimmermann, Reinhard, Estudios de Derecho Privado Europeo, Editorial Civitas, Madrid, España, 2000.

LEGISLACIÓN

- Código Civil Federal
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código de Justicia Militar
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Código civil : Concordado para el distrito federal en materia común y para toda la republica en materia federal : Contiene jurisprudencias, ejecutorias, tesis e índice de materias / Jorge Obregón Heredia, Editorial Porrúa, México, 1988.
- Legislación mexicana 3ª colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la Republica / Ordenada por Manuel Dublan y José María Lozano. ed. Oficial, Imp. del comercio, a cargo de Dublan y lozano, México, 1876-1912, 50 v.
- Compilación Jurídica, Secretaría de Marina Armada de México, Centro de Estudios Superiores Navales, México, 2004.