



# El Derecho privado militar de los romanos

POR EL

**DR. MANUEL LUZON DOMINGO**

*De las Carreras Fiscal y Judicial y del  
Cuerpo Jurídico del Aire*

## INTRODUCCION

Después de largo tiempo dedicado a esta materia, he encontrado un campo tan amplio y tales posibilidades que me he visto obligado a delimitar el objeto de este estudio, pues agotar todas las sugerencias que se ofrecen a la investigación sería tarea de tantos años que se necesitaría el reposo de una cátedra, para desarrollar toda la sistemática de un Derecho que no estimo aventurado definir como especial.

Tal vez fuese la parte más atrayente de este trabajo ir concretando, a base de una eliminación de interpolaciones, el desenvolvimiento histórico de las peculiaridades que constituyen el que he dado en denominar Derecho privado militar de los romanos, pero, sin renunciar a desarrollar algún día esta labor, he creído preferible reducir la parte histórica a lo estrictamente imprescindible para llegar a la noción de lo que vaya a entenderse por Derecho militar, y dedicar especial atención al intento de lograr un sistema que permita reducir a unidad la variedad de sus disposiciones y llegar a una definición dogmática de esta especialidad jurídica.

Se observa, con reiterada frecuencia, a través de las diversas instituciones jurídicas romanas, una serie de preceptos, más o menos salpicados



por todo el campo del Derecho, que confieren un trato jurídico diferente a los componentes del ejército o de diversas instituciones armadas, y al estudio de esa diversidad de estereotipadas disposiciones y a investigar la correlación que entre las mismas pueda existir, así como su fundamento y naturaleza jurídica, están dedicadas estas páginas, en las que he creído conveniente, a imagen del método de recopilación justiniana y para facilitar su examen comparativo, construir un cuerpo de doctrina legal a base de disposiciones fragmentarias y aisladas, prescindiendo de su conexión histórica y aun muchas veces de su evolución, para cristalizarlas en un sistema ordenado que, si bien plagado de imperfecciones, ofrezca a cualquier superficial examen una idea bastante completa del conjunto. Por otra parte, y por tratarse de un estudio fundamentalmente romanístico, he preferido el plan, de división de materias, clásico, de personas, cosas y acciones, al de Savigny, que, más científico en un estudio del Derecho común, no lo es tanto en un sistema de Derecho romano, y además ofrecería la dificultad de la heterogeneidad, cuando de analizar sus normas en relación con las del *Corpus Iuris Civilis* se tratase.

Mas no sólo tiene interés determinar qué haya de entenderse por Derecho militar de los romanos y cómo se estructura éste en el sistema general del Derecho romano, sino que quizás pueda tener aun más valor el averiguar cuándo surge este Derecho y por qué razón, porque en estas últimas respuestas se encontrará sin duda la clave de su naturaleza jurídica y de su fundamento.

A la vista de un interesante trabajo de Sinaïski (1), sobre el Derecho de los Quírites, se plantea una consideración previa en el estudio del Derecho privado militar de los romanos, y es la de dilucidar si ha de estimarse éste como una supervivencia de aquél, o, por el contrario, hay que partir de bases nuevas en que encontrar su origen y fundamento.

La originalidad del Derecho romano quirritario ha obligado a los historiadores y juristas a buscar la explicación de las instituciones jurídicas en la organización quiritaria, que es la de las XXX curias, que no son otra cosa que 30 pequeñas fraternidades de guerreros profesionales (Quírites), que forman la federación (*curia máxima*); teniendo cada curia su culto, con su jefe y su ayudante, y que deviene a través del tiempo a restar como exclusivamente cúltica, por cuya razón, tan sólo como cúltica o sagrada se la ha estimado por algunos escritores modernos, si bien su carácter primordial es el de organización de guerreros profesionales, fraternales (2).

La ciudad quiritaria, como organización de guerreros, tenía su expresión en la *manus* o en la *hasta*, y la propiedad en este orden recaía sobre las *res mancipi*, es decir, que las cosas son adquiridas por la mano (*manus*) o la lanza (*hasta*, *festuca*) de los guerreros, y, como esta última, *hasta*,

era también llamada *vindicta* (Gaius, IV, 16), la *vindicatio* no era sino el retorno de la cosa por la misma fuerza de los guerreros, en virtud de la cual se había adquirido, por lo cual se trata de explicar en la literatura francesa la *legis actio per sacramentum*, cuya base está en la lucha de los guerreros, por el simbolismo, pero sin explicar suficientemente de dónde viene esta lucha simbólica (3). El Derecho del orden quirritario de los guerreros está basado en la *auctoritas* y sostenido, como última razón, por la mano poderosa del guerrero, con lo que se da, a juicio de Sinaïski, una continuidad en esta concepción desgraciadamente justa hasta nuestros días, que consiste en defender la autoridad por la fuerza física; la *auctoritas* privada romana es la misma *auctoritas* pública, al igual que el Derecho privado quirritario tiene sus orígenes en el Derecho público (4).

De igual manera, explica dicho autor la noción de la palabra *proprietas*, sobre términos que faltan en la lengua latina (*proprietas* = *pro* + *prietas*), como cosas *privadas* por la *manus* del guerrero, dado que *privatus* o *privus*, de *privare* = separar, deliberar, se expresa con la palabra *privatio* (el pillaje), solamente que este pillaje no era, como entre nosotros, un crimen, sino el resultado de una guerra con la mira de adquirir los bienes del enemigo, y no es sino el resultado de la actividad de la *manus* guerrera o militar (5). La ocupación bélica de los territorios enemigos y de las cosas que en ellos se encontraban, engendraba la adquisición de la propiedad sobre los mismos, «*iure occupationis*», a favor del Estado romano; la ocupación que los ciudadanos hicieran de las cosas de los extranjeros que se encontrasen en territorio del Estado romano ocasionaba, por el contrario, la adquisición de la propiedad en beneficio de los particulares, salvo las posibles convenciones internacionales (6); la ocupación de las tierras libres (*agri occupatorii*) y de las cosas tomadas al enemigo por los ciudadanos en un acto unilateral, que consiste en aprehender una cosa según su voluntad, constituyen el primer modo de adquisición de las cosas en posesión y en propiedad, y es quirritario, como también lo es la venta *sub hasta* y *sub corona* y los *dona militaria* (7).

El Derecho popular es el de la posteridad de los quírites, que surge con la expansión de la ciudad quiritaria, ya que la sociedad quiritaria contiene dos géneros de camaradas: quírites propiamente dichos (*urbani*) y quírites impropriadamente dichos, el pueblo romano (*coloni*, *paganii*), (8).

Por otra parte, según nos dice Ihering, «la constitución militar es la que determina las formas fundamentales del Estado, y los intereses religiosos y políticos vienen a adaptarse enseguida a este orden así establecido: He aquí el punto característico de toda la constitución romana (9).

y ¿de dónde nace sino del formalismo militar el orden y la disciplina de los actos jurídicos, que tienden inexorablemente al rigor de la uniformidad y que castigan irremisiblemente cualquier falta, cualquier extravío, por indiferente que sea y sin importancia para el orden exterior? Así, el formalismo fué para el Derecho romano la misma escuela de disciplina y orden que gobernaba al pueblo en los campamentos» (10). Formalismo éste que, a su vez, trae origen del Derecho sacro quirritario, al igual que los actos jurídicos primordiales tienen su origen en los actos sagrados, y, como la máscara, la persona era necesaria para realizar los actos sagrados, la personalidad viene a ser como la expresión de la capacidad sagrada y jurídica a la vez, ya que la capacidad jurídica (personalidad) no era entre los antiguos como en la actualidad, pues tenía un carácter divino, teocrático, sagrado. Las facultades de la personalidad residían en su poder sagrado (potestas), y hay que distinguir entre la *manus* como facultad laica y la *potestas* como facultad teocrática, hasta llegar al Derecho clásico (la jurisprudencia laica) en que se extiende la personalidad (capacidad teocrática) a un concepto laico, que da lugar a la terminología *persona alieni iuris*, es decir, hombres de la potestad de otro, y viniendo instituciones como la del peculio castrense a no ser otra cosa que el desenvolvimiento jurídico de la noción laica de la persona (11). Resumiendo: se ve que el formalismo del Derecho privado y procesal tiene su origen en la forma pública de los guerreros, de donde se sigue: 1.º El Derecho privado es un desenvolvimiento del Derecho público, y 2.º Los orígenes del Derecho privado deben ser buscados en el Derecho público de los quirites (12).

No cabe, pues, duda que el origen del Derecho privado romano está en el Derecho teocrático y guerrero de los quirites y nada repugna este parentesco al concepto tradicional en que se expresa la institución romana de Derecho civil con las palabras *ex iure Quiritium*, mas este origen guerrero de las fundamentales instituciones no puede ser, en modo alguno, el primer paso a un Derecho militar que, en todo caso, lo es de excepción, y que no supone nunca ni el producto de una evolución normal de anteriores principios, ni una reminiscencia peculiar de un anterior Derecho común, que a su vez lo era guerrero. El primitivo Derecho quirritario suponía una norma rígida, seca, de formalismo austero y preciso, propia de una comunidad primaria en la que el sentido religioso y guerrero preside todo los actos, mientras que, por el contrario, el Derecho militar implica normas excepcionales de mayor suavidad, menos formales y más flexibles, frente a la norma común, motivada por la situación especial de unas personas que, por profesión o circunstancias, viven en condiciones distintas a la generalidad de los ciudadanos.

Buena prueba de que este Derecho militar no tiene su raíz en el

quiritario, no obstante lo atractivo de tal teoría, está en que hasta el Imperio no empieza a surgir aquél, no obstante la evolución social y jurídica que se va operando en el pueblo romano, durante la República, cuando el pueblo organizaba las milicias para defender su territorio; el comicio militar tenía sus comicios militares y los jefes de las dos legiones eran los rectores de la ciudad popular militar, al par que los 300 padres no son más que el consejo (senado), y la ciudad de las curias continuaba su existencia (13).

Los quírites son *guerreros profesionales*, pero la ciudad quiritaria tiene necesidad de una armada más poderosa para extender el poder de las armas romanas y para esto es preciso organizar la armada de la ciudad quiritaria o popular, a través de la clientela, que era la armada privada de las gentes, y que da lugar a que el plebeyo devenga en el *ciudadano romano* como *miles*. Milicia, esto es el ejército reemplazando a los guerreros profesionales (quírites) (14).

A pesar de ello, aun no hay un Derecho militar, y la razón podrá encontrarse probablemente, en las siguientes palabras de Pacchioni (15): «El ejército romano fué en sus orígenes un ejército nacional en el sentido más estricto de la palabra ya que, como hemos explicado en su lugar, *populus* y *exercitus* eran en los orígenes términos *equivalentes*, conceptos idénticos. Al llamamiento del magistrado todo ciudadano abandonaba su casa, sus campos y toda ocupación, para prestar con sus propias armas y manteniéndose a sus propias expensas, su servicio en las legiones. Terminada la campaña, volvía de nuevo al lugar doméstico a tomar el arado y la azada. Con semejantes ejércitos, reforzados por los contingentes de *soci*, se libraron todas las guerras que condujeron a la fundación del Imperio. Por estos ejércitos fueron derrotados los de Cartago, de Pirro, de Filipo de Macedonia, técnicamente superiores, pues como se demostró en todo el curso de las guerras púnicas, las deficiencias tácticas y el inferior adiestramiento de las tropas romanas fueron ampliamente compensados por el valor personal y el elevado espíritu de las mismas. Pero cuando estos dos factores de la victoria fueron debilitándose; cuando el vasto alcance de las empresas políticas determinó una guerra de larga duración en tierras lejanas, pronto se evidenció que la época de los ejércitos nacionales había pasado ya para Roma y que era necesaria una amplia reforma de la organización militar».

Naturalmente, cuando el ejército romano era netamente nacional no había necesidad de un Derecho especial para los militares, que aun no tenían este carácter profesional, pues al acudir a las armas los ciudadanos les bastaba en esta situación excepcional, en ocasiones de dificultad o peligro, con el uso de algunas instituciones como la del testamento *in procinctu*, que venían a llenar todas sus necesidades.

Mas cuando se establecieron ejércitos permanentes, que habían de ser desplazados a distancia y en los que hubo necesidad de admitir elementos extraños, se sintió la precisión de ir regulando su situación jurídica con normas que respondiesen a las exigencias de lugar y personas de la milicia.

Surge, por tanto, el Derecho militar durante el Imperio, en que se tiene de la milicia el concepto de profesionalidad de los que, en multitud, o en número de mil hombres, soportan el mal y el duro servicio, por la seguridad de los demás ciudadanos (16). Ya no es la nación sobre las armas, sino una comunidad de nacionales y extraños en pie de guerra para la seguridad de la nación, o para secundar sus fines imperialistas, que por los demás soportan los rigores y penalidades inherentes a tal condición.

Es, indudablemente, el Derecho quirritario un Derecho guerrero, a la vez que teocrático, pero no es un Derecho militar, en el sentido de Derecho profesional (sin que importe que los quírites fueran guerreros profesionales), o Derecho de los que se encuentran sobre las armas o frente al enemigo, sino que se trataba del Derecho mismo de todos los ciudadanos; pero lo que sí parece probable es que el originario carácter guerrero del Derecho civil de los romanos facilitase la introducción del Derecho militar en el campo de una comunidad que, cuando deja de ser guerrera, tiene necesidad de valerse del concurso de guerreros, que venían a constituir una comunidad dentro de la comunidad romana.

Es un Derecho que surge, según se podrá apreciar, en la época clásica y que se desenvuelve y rectifica en la época postclásica, especialmente en la justiniana, según veremos al estudiar las peculiaridades en cuestión, y que se va estructurando, casi sistemáticamente, aun sin proponérselo sus mismos redactores, en el *Corpus Iuris Civilis*, no obstante la extraordinaria dispersión de sus preceptos y lo casuísticamente que aparecen en sus libros.

U.  
M.  
T.  
S.

## I

EXAMEN DE LAS PECULIARIDADES QUE CONSTITUYEN EL  
LLAMADO DERECHO PRIVADO MILITAR DE LOS ROMANOS

## PRIMERA PARTE

**Modificaciones introducidas en el concepto de la personalidad**

Si bien todas las disposiciones que confieren un trato jurídico especial a los militares afectan a su personalidad, en cuanto que, por ampliar, modificar o restringir sus facultades, alteran su capacidad jurídica, es conveniente, a fin de lograr una concatenación de principios, deducidos del conglomerado de disposiciones que se hallan dispersas en los diferentes cuerpos legales y que hacen relación al *miles*, examinar separadamente las que introducen modificaciones en el contenido y concepto de la personalidad, de las que se refieren a las cosas y derechos patrimoniales y de las que alteran el alcance de las acciones y el ejercicio de los derechos.

En el primer grupo encontramos una serie de preceptos, debidos en su mayor parte a constituciones de los príncipes, cuya génesis va ligada generalmente a trascendentales acontecimientos políticos, y que responden todos, de una parte, a robustecer la disciplina de los soldados; fomentar el sentido del honor, y evitar extralimitaciones en el ejercicio de la fuerza, y, de otra, a evitar que, debido a su situación y circunstancias, sean los militares de peor condición que todos o parte de los ciudadanos comunes.



Y es en este primer conjunto de disposiciones que varían el perfil jurídico de la personalidad, donde va adquiriendo una fisonomía propia el *miles*, dentro del campo del Derecho privado, al modelar la esfera de sus facultades en los estrechos límites que permite la rigurosidad de la disciplina del ejército, con las compensaciones que la equidad exige para quienes se hallan sometidos a tantas y tan graves privaciones.

En su consecuencia, examinaremos las especialidades que he podido haber con relación al *status libertatis*, al *status civitatis* y al *status familiae*.

## Título I

### EN EL «STATUS LIBERTATIS»

No se trata, como es lógico, en esta clase de normas, de la atribución de libertad a esclavos que sirvieron en el ejército, porque jamás el individuo no libre podía propiamente tener cualidad militar, ni tampoco de favorecer la libertad del soldado que al servicio de las armas la perdiera, ya que en estos supuestos bastaba con instituciones de Derecho común, como el derecho de postliminio y la ficción de la ley Cornelia, sino de las manumisiones otorgadas por los militares y de las facultades que a éstos hayan de corresponder como patronos de sus libertos.

Dos razones imperan fundamentalmente, cuando de las concesiones de libertad hechas por militares se trate, a saber: la de favorecer las manumisiones, a fin de procurar libertos hábiles para la milicia, y la de conceder un predominio absoluto a la voluntad sobre la forma, en los casos de manumisión testamentaria.

Sin estudiar la naturaleza del peculio castrense, que queda para más adelante, podemos observar una derogación de las reglas referentes a las manumisiones y al derecho de patronato, cuando de hijos de familia que manumitan se trate, en que la facultad de manumitir y el subsiguiente derecho de patronato parecen más consecuencia de una exigencia de la milicia que del contenido mismo del peculio castrense, ya que, se comentó por Ulpiano, si la mujer da un esclavo al hijo de familia militar, para que lo manumita, no debe entenderse que haya de contarse en el peculio castrense, pero si la mujer donó esclavos a su marido, para que los manumitiera, al ir al campamento, y *tuviese libertos hábiles para la milicia*, los hace libres, sin la voluntad de su padre, y libertos suyos (17).

Según Juliano, los esclavos manumitidos por el hijo de familia militar son libertos de su padre, aunque el hijo sea preferido en vida en los

bienes de aquéllos, según la doctrina clásica del peculio, en que el verdadero propietario del mismo es el padre, pero, sin duda por estimar la especial naturaleza de esta clase de manumisiones, que habían de proporcionar libertos hábiles para el ejército, dispuso el emperador Adriano que el hijo militar hace liberto suyo al esclavo que manumite (18), y es admitido a la posesión de los bienes contra el testamento, como patrono (19).

Cuando se trata de la manumisión testamentaria, y de acuerdo con el predominio de la voluntad sobre la forma, que estudiaremos más adelante, en su lugar oportuno, encontramos las siguientes peculiaridades dignas de mención:

Según el emperador Antonino, si con palabras como «le doy y lego a mi liberto Fortunato» un testador no militar se expresase en su testamento, no se podía reivindicar la libertad, pero si era militar y no inducido a error lo creyó liberto, sino que tuvo la intención de dar la militar, la prerrogativa del privilegio militar hace que le competa la libertad directa, juntamente con la reivindicación del legado (20).

Dice Ulpiano, que después de la muerte del heredero o antes de su institución no puede concederse libertad por medio del testamento, excepto en caso de un testamento de militar (21).

Si un militar hace testamento en el que nombra a un esclavo por heredero de todo el as y después, en otro capítulo, deja el mismo esclavo a un compañero, a cuya fidelidad encomienda su manumisión, es manumitido y hecho heredero directamente, aunque por error hiciese tal encargo a su compañero, por lo que fué después inútilmente legado (22).

En caso de testamento militar se puede reivindicar la libertad del esclavo a quien se dejó un legado condicional (23).

Dice Marcelo, que es libre el esclavo legado por un militar a dos personas si uno de los legatarios lo manumite mientras el otro delibera, aunque luego no admita el legado, como también en el caso del esclavo legado a alguien si es manumitido por el heredero y luego el legatario repudia el legado (24).

No obstante, tratándose de leyes prohibitivas, rige el derecho común; así:

Pomponio determina, que ni aun al militar menor de veinte años se le permite que pueda manumitir por testamento a un esclavo (25), y Marcelo añade que tampoco puede el militar manumitir en su testamento a aquel cuya libertad está impedida por la ley Aelia Sentia, o por otra (26).

Africano establece, que si en testamento militar se hubieren dado libertades en fraude de acreedores, y muriese insolvente el testador, se invalidan las libertades (27).

## Título II

## EN EL «STATUS CIVITATIS»

Son muy significativas las peculiaridades que con relación al «status civitatis» encontramos, cuando de militares se trata, ya que, si bien aparecen casi siempre como recompensas concedidas por los emperadores a los soldados, hay que ver en ellas más bien la consecuencia lógica de una situación creada por la erección de ejércitos de mercenarios, reclutados entre latinos o peregrinos o entre los mismos ciudadanos, en que los miembros más útiles para el bienestar de la República se hallaban en una inferioridad de trato jurídico respecto de aquellos miembros sociales a quienes protegían, ya por carecer del derecho de ciudadanía, o de otros derechos determinados, que poseían los habitantes de la ciudad, ya porque una estricta parificación les sería desventajosa en la excepcional situación de servicio, que les impediría el ejercicio normal de sus derechos.

## CAPÍTULO 1.º

*Concesión de derechos e inmunidades de carácter ciudadano*

Formado el ejército romano por individuos procedentes de todas las provincias del Imperio, era lógico que se pensase en premiar los servicios de aquellos que con su esfuerzo personal habían contribuido a la expansión de Roma, cuando no ya a su misma subsistencia. Habría de ser, unas veces, atribuir la ciudadanía a aquellos peregrinos o latinos que, a riesgo de su propia vida, habían sostenido la de Roma y de sus ciudadanos; otras veces, se trataría de conceder tal derecho de ciudadanía a los hijos habidos de mujeres no ciudadanas romanas, así como el conubio con éstas, pues sería muy duro privar siempre de reconocimiento legal a las uniones, y prole habida en ellas, de individuos que habían estado de por vida prestando su servicio en los más apartados lugares, no obstante las leyes prohibitorias de matrimonio de soldados, o militares de superior graduación, con mujeres del punto o provincia de su destino.

Sin embargo, debemos estudiar bajo distintos puntos de vista la concesión de derechos ciudadanos a los militares mismos, de la atribución de ciudadanía a sus descendientes y otorgamiento del conubio con sus cónyuges, privilegios estos últimos que sólo se concedían a los licenciados honrosamente del servicio. Además, bajo este título, sólo estudiaremos

el hecho de la concesión de tales derechos a sus hijos y cónyuges, sin entrar a fondo en los problemas que estos supuestos plantean, que serán examinados más detenidamente al tratar del «status familiae».

En un pasaje de Gayo se dice que en virtud de la ley Viselia, se concede la ciudadanía romana a los manumitidos latinos, tanto mayores como menores de treinta años, si hicieren seis años de servicio en la guardia urbana de Roma, y añade que un senadoconsulto posterior concedía dicha ciudadanía romana si cumplían tres años de servicio militar (28). Igual afirmación hacen las *reglas* de Ulpiano, pero concretan la concesión de ciudadanía hecha por dicho senadoconsulto innominado a los que sirvieran tres años entre los vigilantes (29).

Esta atribución de la ciudadanía a quienes presten determinados servicios a un Estado o sirvan bajo sus banderas, que hoy día suele encontrarse en casi todos los Códigos civiles, debe sin duda su origen a los preceptos que comentamos.

Más numerosos y de carácter más complejo, son los derechos e inmunidades concedidos a veteranos, en un edicto de Domiciano del año 88 ú 89. Dada la repugnancia que en Roma hubo siempre hacia los matrimonios de los soldados en activo servicio, no es extraño que, cuando de otorgar derechos a los cónyuges e hijos de los militares se trate, no se haga hasta su licenciamiento, pues si se quiere impedir que quienes sirvan en las instituciones armadas puedan distraerse de las atenciones del servicio, o relajar su disciplina, por causa de solicitudes familiares, no hay ya ninguna razón para no conceder tales derechos cuando sean veteranos, que han de encontrar precisamente en el seno del hogar el reposo y cuidados que constituyan la mejor recompensa a los duros años de la milicia. Como premio a haber cumplido el servicio con licencia honrosa, concede el edicto, a dichos veteranos y a sus cónyuges y a los hijos cuyos padres obtuvieron el conubio, que pudieran ser por derecho ciudadanos romanos y fueran inmunes de los impuestos de puertos públicos y libres y exentos con toda inmunidad, y que del mismo derecho y condición fuesen sus predios, casas, almacenes, y que si fuesen célibes tuvieren tales derechos con la esposa que después tuviesen (30). Esta última concesión, que hace inmunes a los soldados del pago de ciertos impuestos, carece de justificación jurídica y es una verdadera gracia, que se aparta del sistema general de las excepciones que vamos estudiando, pues a lo más se la podrá estimar como una cierta forma de pago de la soldada, pero completamente intrascendente por su carácter aislado.

«Leges datae» imperiales concedían a los soldados, cuyo tiempo de servicio llegaba a su fin, ciertos privilegios: así, si eran ciudadanos romanos, el conubio con la primera mujer que tomaren después de su licenciamiento, y si no lo eran el derecho de ciudadanía para ellos y sus

hijos y el conubio con su mujer actual, o si eran célibes con la primera que desposaren. Esta concesión era hecha en bloque a todos los soldados de una misma categoría, por decisión que era gravada en tablas de bronce y publicada en Roma. De esta disposición se hacía un extracto auténtico, que constituía una especie de carnet, para cada soldado, gravado en dos placas de bronce, cuyo interior contenía el diploma y cuyas caras exteriores una llevaba una reproducción del texto y la otra los sellos y el nombre de siete testigos (31).

Girard reproduce tres diplomas militares de licenciamiento, que tienen interés porque nos hacen ver la forma en que eran redactados y los derechos concedidos en los diferentes supuestos. Se refiere, el primero de ellos, a un soldado ciudadano romano y es del año 76, después de J. C.; en él se concede el derecho de conubio solamente con la primera mujer con quien contrajere nupcias, aunque fuere de Derecho peregrino, y la ciudadanía romana a los hijos (32). El segundo de los diplomas, hace referencia a un soldado peregrino y es del año 71 después de Cristo; en él se concede la ciudadanía al licenciado y a sus hijos, así como el conubio con la mujer que tuviere al dársele la ciudadanía y si es célibe con la primera mujer que desposare (33). El tercer diploma (del año 166 después de Cristo), se refiere a un licenciado de la flota de guerra y contiene idénticas concesiones (34).

## CAPÍTULO 2.º

### *Capacidad jurídica y sus modificaciones*

Aunque todas las modalidades de trato que a los militares se refieren afectan a su capacidad jurídica en forma tal que manifiesta Cuq (35) que «al soldado se conceden numerosos privilegios que suponen un distinto trato en cuanto a su capacidad jurídica», debemos hacer especial mención de las referentes a la capacidad de obrar de los militares, a su disminución de cabeza y a determinadas especialidades de tipo punitivo.

1.º *Ignorancia y error de Derecho.*—A pesar de que es principio general en Derecho romano el de que la ignorancia del Derecho no exime de su cumplimiento, no rige esta regla con los militares, pero no como privilegio concedido a una clase, sino como excepción equitativa establecida en favor de cuantos a causa de su falta de madurez o de su apartamiento de los centros de población no les es fácil instruirse, como ocurre con los menores y en algunos supuestos con los campesinos y algunos otros individuos, y se estima que aquéllos, a causa de la sencilla instrucción de la milicia, pueden ignorar la ley o padecer error jurídico.

Así, un militar puede oponerse a la ejecución de la sentencia antes de haberla cumplido y emplear contra ella los medios de defensa que hubiere omitido a causa de su ignorancia del Derecho (36).

No corre el plazo para la adición de la herencia al hijo de familia militar que, instituido heredero por un compañero, ignoraba podía adir la herencia sin la intervención de su padre (37).

Si un militar instituye heredera a una esclava suya, y luego, por error de Derecho, la deja en legado a un conmitón, a cuya fidelidad encomienda su manumisión, no perjudica en nada este legado a su libertad, puesto que en virtud de la institución fué hecha libre y heredera (38).

Es remitido de la pena de la ley Cornelia el militar que, por error, llamado a escribir el testamento de un conmitón, se adjudica, por mandato de éste, determinado elemento patrimonial (39).

2.º *Domicilio*.—Si el domicilio es la sede jurídica de un ciudadano, con carácter de permanencia y sin que, en su consecuencia, pueden influir en él los cambios más o menos accidentales de residencia, no sucede así al militar, que, en no poseyendo bienes en su patria, se entiende tiene su domicilio allí donde more (40), sin que se requiera ninguna otra circunstancia de asiduidad ni intención evidente de atribuirle tal cualidad.

3.º *Ausencia por causa de la República*.—Se conceden los beneficios de la ausencia por causa de la República a los militares en general, con tal de que estén prestando activo servicio, no en consideración a su carácter personal.

Es curioso observar que, mientras se concede dicha condición de ausente por causa de la República al militar que, dentro de la misma Roma, se halle prestando servicio (41), no se atribuye tal cualidad a aquel que está con licencia, sea cualquiera el punto de su residencia (42).

Se considera ausente por causa de la República al militar que sin peligro no puede apartarse de las banderas (43); al que va al campamento y vuelve de él, aunque sea por causa de licencia, pero no mientras está en su casa disfrutándola, por estimarse que el ir y venir lo hace por razón del servicio (44).

También se concede el beneficio de la ausencia por causa de la República a los encargados de llevar y traer soldados, o de su recluta (45), con independencia del carácter personal de dichos individuos.

4.º *Representación*.—En el personalismo del Derecho romano clásico no se concebía la representación propia, y únicamente a través de determinados organismos y ficciones se fué dando paso, aunque con excesiva prudencia y lentitud, a esta institución jurídica.

De indudable utilidad para la evolución de dicho instituto hubo de ser sin duda la acción concedida al militar cuyo procurador dió dinero de éste en mutuo y aceptó fiador (46). En tal sentido dice Hernández

Gil que «al militar, lo mismo que al pupilo, al menor, y a las personas jurídicas, le compete acción útil contra el tercero en orden a los negocios concluidos por el representante, así como a éste se le concede una excepción contra la acción intentada una vez concluida la representación» (47).

5.º *Disminución de cabeza y especialidades penales.*—Tienen de común todas las disposiciones legales relativas a los militares, comprendidas bajo este subtítulo, el suponer una mayor rigurosidad de trato por estimar que el honor, si bien es patrimonio de todo el género humano, ha de ser enseña esencial del soldado, quizás como freno espiritual a los posibles desmanes, tan propios de los que imponen la razón, no por la fuerza de la razón misma, sino por la razón de la fuerza bruta.

Según se dispone en el Edicto del Pretor, el militar deshonrado no es estimado digno de pertenecer a la comunidad castrense y es expulsado de las filas, pero no en paridad de condiciones con el licenciado por causa no deshonrosa, sino con la nota de infamia, cuando hubiere sido despedido por el Emperador, o por quien tuviere tal facultad (48). Es la llamada «infamia inmediata» en la que se incurre directamente—*ipso iure*—, a consecuencia de un acto punible (49).

A los despedidos con ignominia del ejército, a más de las notas censorias e incapacidades anejas a la infamia, les está vedado habitar en Roma, ni en parte alguna en donde esté el Emperador (50).

El licenciamiento ha de ser ignominioso y así se ha de añadir expresamente, salvo el caso de exoneración, esto es, si se le hubieren arrancado las insignias militares, en que se incurre en infamia sin expresar que se le había exonerado por causa de ignominia, pues también hay licenciamientos no deshonrosos, como son el concedido por el Emperador cumplido el tiempo del servicio, o antes, y el motivado por falta de salud; así como el que fué licenciado por haber entrado en la milicia para evitar el desempeño de algunos cargos, que no perjudica la estimación (51).

Por el licenciamiento ignominioso incurre en infamia desde el soldado raso, hasta el centurión, o el que manda una cohorte, o una legión, y hasta el que usa las insignias consulares es notado de infamia en virtud del Edicto del Pretor, pero siempre que el Príncipe añada que es despedido por causa de ignominia, pero no cuando, sin incurrir en la indignación de éste, se le ha designado sucesor (52). Al hablar de expulsado del ejército, se ha de entender por éste no a una cohorte, o ala, sino a muchos cuerpos de soldados, pero también se estima expulsado del ejército al que lo es de un pequeño cuerpo de soldados (53).

Como contrapartida, lo mismo que el pertenecer a las fuerzas armadas supone una mayor rigurosidad para quien ejecute actos deshonrosos, el hecho de ingresar en el ejército exime de determinadas penalidades,

como sucede con el reo acusado del crimen de miedo que diere su nombre para la milicia (54).

El militar que atentó contra su vida, y no consumó el hecho, incurre en pena capital, o en infamia, mediante el licenciamiento por ignominia; si lo hizo, en este último caso, por no poder sufrir un dolor, enfermedad o pesar (55), a diferencia de los demás individuos para los que, el hecho de atentar contra su vida, no suele llevar aparejada ninguna sanción, sin duda por estimarse, bien que no es digno de pertenecer a la profesión de las armas quien es de espíritu tan pusilánime que no es capaz de sufrir un tormento, ya que hace traición a los altos intereses de la patria quien sin ninguna causa justificada intente privar, con su vida, de uno de sus miembros al ejército.

El militar que hubiera sido condenado por la ley Julia sobre adulterios, de tal suerte es infame, que hasta la misma sentencia le absuelve de su juramento por causa de ignominia (56). Por otra parte, dicha ley Julia para la represión de los adulterios, establece una penalidad especial para el militar que pactó con el adúltero de su mujer, que debe, a más de desligado de su juramento, ser deportado (57); así como al que tuvo en contubernio a la hija de su hermana (58).

Vemos, pues, en todo caso, como por aquellos hechos que tengan carácter ignominioso está sujeto el militar a penalidades, de las que está exento o las tiene menos graves, el paisano, como ocurre con el que ejerce arte cónica, que incurre en infamia, o el que consiente en ser vendido como esclavo, que pierde la libertad, si es paisano, mientras que, si es militar, es reo de muerte, escribe Menandro (59).

### Título III

#### EN EL «STATUS FAMILIAE»

Casi todas las peculiaridades que dentro del Derecho familiar encontramos con relación al soldado, responden a la necesidad de preservar la disciplina y los intereses superiores del ejército de las distracciones que para los militares pudieran suponer determinadas situaciones o cargas familiares, porque, las especialidades que se dan en consideración al honor carecen de trascendencia sistemática y cuando no hay obstáculo para el mantenimiento de la disciplina suele imperar el Derecho común.

## CAPÍTULO I.º

*Matrimonio*

1.º *Validez y licitud*.—Vittorio Scialoja (60), sobre la base de un artículo del Dr. G. Botti, plantea el problema de la validez y licitud del matrimonio de los soldados romanos.

Comenta Scialoja (61) el referido artículo, aparecido en la *Rivista egiziana, Anno VI, n. 23 (Aleussandria d'Egitto-1894), págs. 529-533*, en que se contenía un papiro judicial, que reproduce y que hace seguir de breves comentarios.

«El papiro «Cattaoui» mide actualmente ochenta centímetros de largo por veintidós de alto y está escrito en el anverso y en el reverso en lengua griega judicial.

«En la primera columna, que contiene importantes lagunas, se encuentra la parte dispositiva de una sentencia que se refiere a los diversos puntos en discusión, especialmente sobre la legalidad de un matrimonio contraído por un soldado de caballería itúrea y una hispana. La herencia es reclamada por la viuda para el hijo nacido de esta unión a la que la ley romana parece no reconocer efecto.

«A la línea misma de la segunda columna se da comienzo a otra sentencia; aunque ésta en materia de legitimidad del hijo nacido de un soldado romano en el tiempo de su servicio en Nubia. El procedimiento judicial data del reinado de Trajano y probablemente de antes del año 115 de Cristo.

«Inútil el resto de la sentencia que está muy incompleto. El matrimonio es contraído entre Longino, ciudadano romano militante en el primer escuadrón de caballería romana y una mujer que él dice ciudadana romana. Del mismo nacieron dos hijos: Longino Apolinar y Longino Pomponio. Cuestión primera: ¿el matrimonio era legal? Cuestión segunda: ¿Apolinar y Pomponio son hijos legítimos y consiguientemente ciudadanos romanos y herederos según la ley romana? El magistrado no admite la romanidad de la conviviente o al menos que sean nacidos de esta unión (la mujer alejada probablemente del marido que militaba en Nubia) los dos hijos.

«Con la tercera columna se da comienzo a una sentencia en el asunto de Khrôtis, viuda de Julio Marciano, soldado de caballería romana, primer escuadrón tebano, de guarnición en la frontera de Nubia. El asunto es juzgado en el año 115 de nuestra era. La viuda está representada por el retórico Filoseno.

«La parte expositiva de la sentencia empieza con una laguna de varias líneas y, después, se dice: Khrôtis afirma ser ciudadana, pero se debe entender que ésta tiene la ciudadanía alejandrina. Esta ha casado con un alejandrino, de nombre Isidoro. El feliz marido viene incorporado a la caballería romana, escuadrón tebaico, y deviene en Julio Marciano Isidoro. Su escuadrón es mandado a guarnecer el fuerte de Cortis, en el confín del Dodecaneso. La abandonada esposa tiene un hijo al que da el nombre de Isidoro. El marido muere estableciendo que Isidoro es por testamento heredero del as de Julio Marciano Isidoro, y que por tanto es hijo legítimo de Julio Marciano Isidoro y de Khrôtis.

«Filón, el juzgador, ordena la lectura del testamento y decide: (existe una laguna de varias líneas), -a saber, que no podía Marciano, cuando era soldado, tener un hijo legítimo; sin embargo, lo instituyó heredero legalmente. Así pues, el pobre Isidoro no tiene por derecho de nacimiento la ciudadanía alejandrina; Khrôtis pasó por concubina, y sin embargo su hijo fué heredero legítimo porque el matrimonio ilegal fué equiparado a una sociedad con comunidad de bienes.

«A la línea 16.<sup>a</sup> el ideólogo Eudemón, probablemente el mismo a que se refiere la inscripción 2.492 de nuestro museo (la referencia es del Dr. Botti), juzga en el año V de Antonino, 142 después de Cristo, en materia de matrimonios legítimos. La sentencia hace referencia a rescriptos del poderosísimo Eliodoro, confeccionándose así cuando C. Avidio Eliodoro era todavía prefecto de Egipto en el año 142, y dando noticia de que en aquel año, con opuesta decisión y en apelación, había regulado ciertos puntos controvertidos en materia de matrimonio de militares y de eventuales derechos a la ciudadanía alejandrina, (después hay otra laguna).

«A saber, sobre poco más o menos: *et omissis. omittendis*: «Yo confirmo lo que para ayer he resuelto. El hijo de uno que se encuentra fuera o en el escuadrón, o, en destacamento, o en un ala, no puede ser legítimo. No siendo hijo legítimo de un padre que es ciudadano alejandrino, él no puede ser ciudadano alejandrino. Tal es el hijo que es nacido a Valente; es el hijo de uno que militaba en un campamento. No puede ser inscrito en la ciudadanía de Alejandría».

«Como se ve, el magistrado romano es de una lógica inexorable.

«La última columna contiene una sentencia del ideólogo Juliano, menos legible pero más completa. Después de varias líneas ilegibles, el ideólogo resulta ser, como se ha dicho, Juliano, del año 136 de Cristo. Cornelia, viuda del soldado Acuciano está representada por el retórico Teón y atacada por Serapio y Aroisis (representados por el retórico Apolonio Senior) por posesión ilegal de siete esclavos.

«Si bien he comprendido el sistema de la defensa (la referencia y afir-

mación, como todas las anteriores que transcribe Scialoja, es del doctor Botti), la mujer Cornelia sostiene que Acuciano fué de ella marido con comunidad de bienes; que ella misma compró Dafne y Musa a los otros esclavos. Musa cuando fué comprada tenía un amancebado, junto al cual habría podido en el contubernio servil aumentar la familia. El hijo de Musa pertenece por tanto a Cornelia. El magistrado juzgando rechaza lo que es el fundamento de la defensa, a saber que el matrimonio entre Acuciano y Cornelia es legal y de ahí repele los consiguientes».

Queda, pues, planteada la cuestión del matrimonio de los soldados a las distintas fechas de Roma, pues resulta claro, de algunos textos de Livio (62), que podían tener mujer, si bien le estaba vedado a la misma seguir a su marido a los campamentos (63).

El citado papiro plantea diversas controversias en torno a las resoluciones judiciales que determinan la nulidad del matrimonio y dan lugar a la invalidez de la constitución de dote y a la ilegitimidad de los hijos nacidos durante la milicia del padre (64). Además, la indicada discusión se limita al soldado ciudadano romano, o alejandrino, pues el peregrino tenía facultad de tener mujer durante la milicia, según resulta de diplomas militares (65), en que se concede la ciudadanía al soldado junto con el conubio con la mujer que tuvieren y con la legitimidad y ciudadanía a los hijos de ambos. Por otra parte, es necesario distinguir entre la facultad de tener mujer; la de cohabitar con ella y la de tomarla durante el tiempo de servicio (66).

Surgen dudas de importancia en cuanto al primer siglo del Imperio, pues algunos textos demuestran que los soldados no solían ser casados, como por ejemplo Tácito, que lamenta el hecho de que los colonos veteranos no dejaran descendientes, porque no contraían matrimonio, y Tertuliano, que menciona a los soldados entre los célibes, pero sin que esto baste a probar que jurídicamente el soldado no pudiera tomar mujer, sino que la vida militar es poco apta para el matrimonio. Pero ya en tiempos de Augusto hay indicios para suponer la existencia de una prohibición legal para tomar mujer, y desde luego, por lo menos, queda probada la prohibición de cohabitar con ella (67).

Adriano, según refiere Papiniano, dispuso que la herencia dejada por la mujer al marido, soldado, hijo de familia, le pertenece a éste como parte de su peculio castrense, lo que presupone el matrimonio perdurante y constituye un favor concedido a éste (68).

Las palabras usadas por Dión y el caso del «papiro Cattaoui», relativo al matrimonio de *Khrôtis* (69) pudieran hacer creer que el soldado romano al tiempo de Claudio y de Trajano no podía, no sólo contraer matrimonio, sino siquiera tener mujer, pero esto parece excesivo, a juicio de Scialoja (70), quien entiende que Dión se expresó de un modo inexac-

to y que la sentencia referida por el Dr. Botti hay que entenderla en otro sentido, porque puede ponerse en duda el supuesto de que el matrimonio romano tuviera lugar antes de la incorporación a la milicia y entender la sentencia como la declaración de una prohibición legal de cohabitar con la mujer, con la grave sanción de la ilegitimidad de los hijos (71).

El papiro berlinese 140 conserva una epístola de Trajano, fechada entre los años 98 y 117, en la que el emperador hace constar que los hijos nacidos durante la milicia del padre no son llamados a recoger la herencia paterna abintestado, habiendo el genitor contravenido a la disciplina militar, pero que puede admitírseles benignamente a la *bonorum possessio unde cognati*, y aunque esto podría significar que los soldados no podían tener mujer, más bien puede entenderse, como prohibición de cohabitar con la misma, con la grave sanción de la ilegitimidad de los hijos, o como prohibición de contraer matrimonio (72).

Marcelo (D. 29, 1, 8), habla de la sucesión de un nieto *in locum filii* de un soldado; lo que demuestra que, al menos en su tiempo, podían los soldados haber hijos legítimos, aunque no aclara en qué momento generados (73).

En fin, se puede llegar a la conclusión de que el soldado ciudadano romano, durante el primer siglo del Imperio y gran parte del segundo, podía tener mujer, pero no cohabitar con ella, con la sanción de la ilegitimidad de los hijos generados durante la milicia, en contravención a la disciplina; así como también le estaba prohibido contraer matrimonio, si bien se puede dudar del carácter absoluto de esta prohibición, en cuanto al matrimonio entre ausentes y con mujer de distancia provincia a la de su guarnición (74).

2.º *Impedimentos especiales*.—Por razón del poderío, y a semejanza del matrimonio del tutor con la pupila, se prohíbe, so pena de nulidad, el matrimonio del prefecto de cohorte o de caballería o del tribuno con mujer de la provincia de su cargo; sin embargo, como en el caso de la pupila, adquiere la mujer, que se casó siendo virgen; lo que se le dejó por testamento, sin perjuicio de que en todo caso haya de restituirse a los herederos de la mujer el dinero dado en dote (75).

Sin embargo, no se considera que, los que ejercen la milicia en su patria, toman contra lo mandado mujer de la misma provincia, y en estos casos es lícito el matrimonio (76).

Además, aunque contra lo mandado, se haya contraído matrimonio en la provincia del cargo, se hacen legítimas las nupcias después de resignado el cargo, si persevera en la misma voluntad, y, por tanto, los hijos nacidos después, de legítimo matrimonio, son legítimos (77).

3.º *Disolución*.—Sin duda, por estimar indispensable para la validez, aun subsiguiente del matrimonio, en razón a la consideración de contra-

to natural que en Roma tenía, la posibilidad del cumplimiento de sus fines, se dispone que, o por vejez, o por enfermedad, o *por cargo militar*, no se puede conservar con bastante comodidad el matrimonio (78), y por ello se disuelve de buen grado (79), aunque lo que no indica es si esta disolución operará de pleno Derecho e *ipso iure*, o por el contrario hará falta un procedimiento especial y que medie instancia de alguno de los interesados, si bien, y por analogía con lo dispuesto para las segundas nupcias de la mujer del soldado, nos inclinamos por el segundo supuesto.

4.º *Autorización*.—La milicia no supone la emancipación del hijo de familia, aunque se atenúe este rigor con la institución del peculio cástrense, y en su consecuencia, el hijo de familia, militar, no contrae matrimonio sin la voluntad de su padre (80).

Por el contrario, como consecuencia de la facultad que se concede al patrono de impedir que la liberta que se casó con él se case con otro, corresponde este derecho al hijo de familia militar, que hubiese manumitido una esclava de su peculio castrense, y no a su padre (81).

5.º *Segundas nupcias de la mujer del soldado*.—Constantino dispuso que si alguno hubiese estado en una expedición y no hubiese dado noticias a su mujer durante cuatro años y no le hiciese ninguna demostración de afecto, tenía licencia la mujer para pasar a segundas nupcias, presentando instancia al jefe de la milicia y acreditando tales extremos, de tal forma que la mujer pasa sin culpa a otro marido sin perjuicio de la dote, pero sin lucrarse con la donación antenuptial. Mas a Justiniano pareció poco meditada dicha constitución, por estimar que imponer al marido ocupado en los quehaceres de la guerra la privación de la mujer es pena no menor que ser aprisionado por los enemigos, y dispuso que había de transcurrir el tiempo de diez años y que la mujer importunara al marido con cartas o recados y que éste renunciare claramente a las nupcias o callare en absoluto, para que la mujer, dirigiendo instancia al jefe militar a cuyas órdenes estuviere el marido y súplica al Emperador, obtenga autorización para pasar a segundas nupcias; pero si lo hace sin estos requisitos incurre en pena (82).

## CAPÍTULO 2.º

### *Relaciones entre ascendientes y descendientes*

Por no ser, en términos generales y contra lo que por muchos se ha afirmado con gran ligereza, el Derecho militar un conjunto de disposiciones privilegiadas, que eximan al soldado de cuantos deberes pudieran

resultarle incómodos, sino que responde a razones de utilidad o equidad, cuantas veces no se den éstas habrá de regir el Derecho común, y así sucede en las relaciones que podríamos denominar naturales entre ascendientes y descendientes.

Se insiste en el Digesto acerca de que también para los militares debe existir la razón de piedad hacia sus ascendientes, sin que, ni las exigencias de la disciplina, ni los rigores del servicio, puedan eximir de las atenciones que son debidas a los progenitores, pues, por esta razón, si el hijo militar comete alguna falta contra su padre debe ser castigado con arreglo a su delito (83). También, como consecuencia de la misma razón de piedad a los ascendientes, se dispone que por el hijo militar, que tenga recursos, deben de ser alimentados sus padres (84).

### CAPÍTULO 3.º

#### *Tutela y curatela*

1.º *Excusas*.—Numerosa es la bibliografía referente a la exención de la tutela concedida a los soldados, ya por razón de los rigores del servicio, ya por razón de su ausencia por causa de la República, ya como premio concedido a ciertas dignidades, por razón del honor, o a los veteranos, por razón de las privaciones y sacrificios sufridos durante el servicio, etc., etc. (85).

Sin número, también, el casuismo con que están determinadas en los textos las causas de excusa (*Vatic. Fragm.*, 123-248; *Sent. de Paulo*, II, 27; *Cód. Theod.*, III, 20; *Dig.* 28, 1; *Inst.*, I, 25; *Cód.*, V, 62-69; etc.), nos limitaremos a señalar los casos típicos que permitan formar una idea de todo el sistema.

Podemos empezar señalando que excusa para la tutela el servicio militar, aunque haya concluído, siempre que lo sea con honor, y, con más razón, si se ha servido en muchas empresas (86).

Los militares que honrosamente cumplieron el tiempo de la milicia, tienen exención contra los que en dicho momento son particulares, pero respecto de los hijos de los que fueron militares solamente pueden excusarse durante un año, mas no después, porque el honor de la milicia es más fuerte que el privilegio de los que fueron militares; aparte siempre, claro está, las excusas comunes a quienes no son militares. Además, lo dicho respectó a los descendientes de los veteranos no se entiende aplicable a los nietos, que son considerados particulares (87).

Pero únicamente los licenciados honrosamente, o por enfermedad que los hace inválidos, que también es honrosa, tienen excusa, pero no los licenciados deshonorosamente (88), pues éstos son considerados semejante a los que nunca fueron militares; si tampoco se obligan los veteranos que fueron nombrados tutores respectivos a los hijos de los licenciados con ignominia (89). Sin embargo, los licenciados con ignominia tienen excusa de la tutela de los que están en la ciudad, porque no les es lícito entrar en ella (90), dice Ulpiano.

En virtud de constituciones imperiales, los primipilarios, o sea, los que manejan la primera lanza, están exentos de la tutela de los demás, pero no de los hijos de un primipilario, aunque estando restringida esta excepción última al caso en que el primipilario, cuyo hijo cae en tutela, hubiera muerto estando de servicio (91).

Además la excusa de la tutela se disfruta durante un año después de su regreso, no sólo por los primipilarios que militaren en las milicias de las cáligas, sino también por los que de algún modo estuvieron ausentes por causa de necesidad pública de la plebe romana (92). Por otra parte, si el que desempeñó el cargo de primipilario que empezó a ejercer la tutela, aunque sea de un solo hijo, hubiese sido tomado nuevamente para los servicios militares, dejará el cuidado de la tutela (93).

Los hijos perdidos en la batalla favorecen la excusa para la tutela, mas, según Ulpiano, solamente los perdidos en la batalla, y no todos los que por causa de guerra fueron arrebatados a sus padres, porque aquellos, sea cualquiera su sexo o edad, murieron por causa de la República (94).

Tienen excusa, igualmente, los que militan en los campamentos, si fueren nombrados tutores por quien no milita en los mismos (95).

El tribuno que hubiere militado mucho tiempo en las cohortes pretorianas, está excusado aun de la tutela de los hijos de sus colegas, según beneficio del divino Severo (96).

2.º *Incapacidad.*—En términos generales, el militar es incapaz, como consecuencia de las atenciones del servicio y por razón de la disciplina, para el ejercicio de la tutela, aun cuando estuviese dispuesto a desempeñarla (97), con la salvedad, claro está, como se deduce de las excepciones señaladas para las excusas, ya apuntadas, de que fuese nombrado tutor por un compañero (98).

Esta incapacidad para la tutela, aun contra su voluntad se refiere igualmente a la legítima, a la testamentaria o a cualquiera otra, y también a la curatela; pero si por error hubicra administrado los bienes es demandado por la acción de gestión de negocios (99).

3.º *Vigencia del principio según el cual no puede darse tutor a quien está bajo potestad.*—Según hemos dicho repetidamente, el Derecho militar obedece a razones de utilidad o equidad, por motivo de la desventaja

josa situación en que se encuentran los soldados, y cuando se carece de tales motivos rige el Derecho común, por lo que no pueden los militares dar tutor a quien haya de recaer bajo potestad de los ascendientes, según dice un rescripto de los divinos hermanos (100), pues la tutela se confiere por derecho de patria potestad y no por privilegio de la milicia (101).

4.º *Curatela del militar impúbero*.—Al militar impúbero se le dará como curador quien en otro tiempo hubiere sido militar, siempre que, claro está, hubiese muerto su padre, sin que se exceptúe de esta curatela por haber sido emancipado (102).

## SEGUNDA PARTE

**Modificaciones introducidas en el concepto y regulación de las cosas**

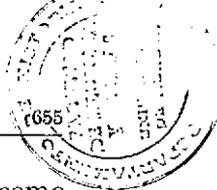
Dos principios fundamentales rigen la regulación de trato especial que con relación a las cosas determina el Derecho militar, a saber: la autonomía de la voluntad del militar para la disponibilidad de cuanto esté en su patrimonio, y la razón de impedir una relajación de la disciplina, o atropellos por parte del militar, en las adquisiciones que pueda verificar. De aquí la génesis de las dos instituciones más características, el peculio castrense y el testamento militar, pero, sin que esto signifique que el Derecho militar se refiera exclusivamente a estas instituciones, ya que en casi todo el Derecho patrimonial se pueden observar peculiaridades de trato en la regulación de las distintas instituciones, cuando al soldado hagan referencia.

## Título I

## CAPÍTULO 1.º

*Concepción de la milicia como elemento del patrimonio*

Edouard Cuq, sobre la base del concepto que sobre las cosas incorporales nos transmiten los textos, y a base de ciertas consideraciones realizadas sobre Gaius, II, 12 y 14; Cic., Top., 5, 26; Ulpianus, 29, 11; Cels., XXXI, 22; Scaev., D. XIX, I, 52, 2; XXXII, 102, 2-3; XXXIV, I, 18, 2; Paulus, D., XXXI, 49, 1; Ulp., D., XXXII, 11, 16; IV, 4, 3, 7, considera la milicia como cosa incorporal, elemento integrante del patrimonio (103). No cabe duda del contenido económico que la condición mi-



litar supone, pero, si bien en este sentido podría ser considerada como una cosa incorporal, en el patrimonio, aunque intransferible, es más lógico estimar la milicia como una condición que afecta a la capacidad jurídica de las personas, pues ni es posible evaluarla ni su intransferibilidad jurídica nos permite hacer de ella una abstracción patrimonial. Claro está que esto no se puede afirmar con carácter absoluto y para todo tiempo, pues, como Cuq demuestra en el lugar antes citado, en el siglo II la milicia puede ser vendida o legada.

## CAPÍTULO 2.º

### *El peculio castrense (104)*

Si bien hemos visto fuera de este título más de una disposición referente a la capacidad del hijo de familia militar, que tuviere peculio castrense, es preciso hacer un estudio especial del mismo, mas sin que con ello se excluya su referencia en aquellos capítulos de este trabajo en que se considere pertinente.

1.º *Concepto y contenido.*—Puede servirnos de definición del peculio castrense la que da Paulo, cuando dice: «Castrense autem peculium est, quod in castris adquiritur vel proficiscenti ad militiam datur». (105), mas todo aquello que adquiriese el hijo de familia militar, no por razón de la milicia, ni por consideración a la misma, está excluido del peculio castrense; no es peculio castrense, y, por tanto, es de la pertenencia del padre. Macer (106), habla también de lo que fué donado por los padres o parientes, al que vive en la milicia, o lo que el mismo hijo de familia adquirió en la milicia, y no habría adquirido de no ser militar; pero esta última afirmación puede inducirnos a confusión, porque no todo lo donado por el padre o pariente, sino sólo lo donado en consideración a la milicia es y constituye el peculio castrense.

En un principio, y hasta comienzos del siglo III el peculio castrense no comprende más que «id quod in castris filius familias adquisivit...» (107), pudiendo afirmarse que el peculio castrense estaba constituido por el sueldo y el botín de guerra del militar, así como por las reparticiones de tierras, pero a partir de dicho siglo se concede tal rango a las cosas muebles donadas por los ascendientes, la mujer o los cognados, con motivo del servicio militar y particularmente lo dejado al militar por sus compañeros militares, así como los bienes adquiridos con ocasión y durante el servicio (108). Esta ampliación fué ocurriendo paulatinamente, y así tenemos que una serie de juristas del tiempo de los Severos com-



prendió en el peculio castrense las cosas que el hijo de familia hubiera recibido de sus parientes al entrar en el servicio militar (109), y no es improbable que se basaren en una constitución de Septimio Severo y Caracalla, que debió ser dictada hacia el año 200 después de Cristo (110). Una constitución de Adriano introdujo una ampliación muy regular al disponer que la herencia testamentaria de la mujer constituía una parte del peculio castrense (111), y también en cuanto a las personas amplió Adriano el radio del peculio al concederlo a los veteranos (112). Justiniano extiende el contenido del peculio a lo dado por los amigos al partir para la milicia, o con ocasión de ella (113). Sin embargo, y en todo caso, según entiende Ulpiano para que lo donado o legado al hijo de familia por la mujer, cognado, o cualquier otro, pueda comprenderse en el peculio castrense, no bastará la intención del donante, sino que habrá de atenderse a si el conocimiento o afecto fué castrense (114).

2.º *Su justificación e historia.*—Raymond Monier, con gran precisión y claridad, explica el origen, razón y evolución del peculio cástrense. Dice este autor (115): «Una sola derogación existe, en la época clásica, al principio de unidad del patrimonio de la familia, en provecho del hijo de familia militar: éste puede tener un peculio castrense constituido por los bienes adquiridos por él en los campos. El punto de partida de la teoría del peculio castrense se encuentra en una decisión de César o de Augusto, concediendo a los hijos de familia militares, el derecho de hacer su testamento para los bienes adquiridos durante y con ocasión del servicio: Nerva y Trajano confirmaron este privilegio que fué extendido por Adriano a los veteranos. Después, se admite que el *filius familias* soldado, pudiera donar por causa de muerte o enajenar entre vivos de una manera cualquiera, los objetos que constituyen su peculio castrense. Esto se explica por el deseo de los emperadores de favorecer un ejército de mercenarios que era el más firme sostén del Imperio: privilegios imperiales dispensaban a todos los soldados la observancia de las reglas habituales de validez del testamento. Ellos están justificados, en razón de la situación excepcional de los soldados que, de hecho, llevaban durante 20 ó 25 años una vida independiente de las de sus padres de familia: para ellos, la disciplina militar había reemplazado a la patria potestad. En el primer y segundo siglos después de Cristo, el peculio castrense comprendía solamente el sueldo y el botín de guerra del militar, pero, al principio del siglo III, se comprenden en él las donaciones de cosas muebles, hechas por los parientes, la mujer o los cognados, hacia la entrada del hijo en el ejército romano, así como los bienes que ellos adquirirán en el curso del servicio militar, en particular la sucesión legada por un hermano de armas que no hubiera podido adquirir en otro lugar. Esto fué sin duda en virtud de una constitución de Septimio Severo

y Caracalla. Los jurisconsultos clásicos, apoyándose en las decisiones imperiales, buscaron de precisar la situación jurídica respectiva del *filius* y del *pater familias*, relativamente al *peculio castrense*: Ulpiano declara que con respecto a su *peculio*, los hijos de familia gozan la consideración de cabezas de familia. Después Papiniano (D., 49, 17, 15, 3), dice que el *peculio* está sometido a un doble derecho, el del padre y el de los hijos. En efecto, durante la vida de los hijos, éstos son considerados como los propietarios de los bienes del *peculio*, pues el derecho del padre está suspendido entre tanto; pero si los hijos mueren sin haber dispuesto de su *peculio*, éste retorna necesariamente al padre, no a título de sucesión intestada (*iure hereditatis*), sino a título de *peculio* (*iure peculii*)» (116). Bonfante confirma que esta institución estaba justificada por el establecimiento de ejércitos de profesionales y más aún por la organización que Augusto hizo de las milicias permanentes emplazadas en las lejanas fronteras del Imperio, hurtadas al ambiente económico y a la disciplina doméstica de la familia, y por ser, además, casi necesaria para el nuevo método de reclutamiento de los soldados entre los ciudadanos de las provincias, elevados a menudo al rango de ciudadanos en el momento mismo del reclutamiento, y, también, más tarde, entre los bárbaros incorporados a las legiones (117).

3.º *Naturaleza jurídica*.—El «*peculium*» era, de derecho, propiedad del *pater familias*, que al principio podía revocarlo a su arbitrio. Más aún, a la muerte del esclavo o del hijo el «*peculium*» volvía al *dominus* o padre no *iure successionis*, sino *iure proprio*, *iure peculii*. Sin embargo, esta situación fué modificada en cuanto al *peculio castrense*, en que se reconocía al hijo de familia como sujeto de derecho, al que dentro de ciertos límites se le permite disponer libremente de algunos bienes suyos (118). Respecto al *peculio castrense* son considerados los hijos de familia como padres de familia, y de aquí la facultad de disponer de él por testamento (119), pero esta parificación a un padre de familia se daba sólo en vida del *filius* (120).

Se trata, por tanto, hasta Justiniano, de un patrimonio separado, afecto a un fin determinado, con dos titularidades: una, efectiva, la del *filius* y otra, espectante durante la vida de éste, la del *pater*. Según expresión de las fuentes «*duplex ius sustinet patris et filii familias*» (D., 49, 17, 15, 3) (121).

En cuanto al rango jurídico de las normas que regulan el *peculio castrense*, han sido estimadas generalmente, ya como un privilegio (122), favor (123), concesión personal del Emperador (124), ya, con más propiedad, como derogación o excepción, al principio general, o tradicional, de unidad del patrimonio familiar (125), pues, como se ha visto en el anterior apartado, al reconocer la independencia económica jurídica del

filius familias militar, el legislador se limitó a reconocer una situación de hecho, en la que aquél estaba sustraído a la potestad paterna, que había sido sustituida por la disciplina militar.

4.º *Examen de algunas disposiciones concretas sobre el peculio castrense.*—Además de las peculiaridades que aisladamente vamos viendo en distintos lugares de este trabajo, al tratar de las materias correspondientes, existen en el Corpus Iuris Civilis una serie de preceptos dispersos referentes al peculio castrense, que, aun carentes de cohesión orgánica, vamos a enunciar, por vía de ejemplo, para formar como un *clima* acerca de la trascendencia de esta institución.

Ya hemos visto como más características las facultades de testar del hijo de familia militar y la del padre de retornar a su patrimonio el peculio castrense, en caso de morir aquél intestado (aspectos que son objeto de más detenido estudio en el título dedicado a las sucesiones), e igualmente hemos observado, por ejemplo, cómo Adriano concede al hijo militar el derecho de patronato sobre los emancipados (manumitidos) del peculio (126); también hemos hablado de la necesidad que tiene el hijo militar, aunque posea peculio, de obtener el consentimiento paterno para contraer matrimonio, pero quedan aún una serie de peculiaridades referentes, ya a las facultades de disposición, ora a las responsabilidades patrimoniales del hijo de familia militar que posea peculio castrense, que, sin ánimo de agotarlas, vamos a ir enumerando:

Está exceptuado, por múltiples constituciones, de la colación hereditaria el peculio castrense, al igual que el cuasicastrense, por ser estimado como privativo por dichas constituciones de los príncipes (127), y es justo que así sea, ya que no tiene por qué aprovechar a los hermanos lo adquirido en la milicia, o con ocasión de ella, por el hijo de familia militar, cuando está sustraído a la esfera familiar y expuesto a los rigores del servicio.

Como los hijos de familia adquieren la libre facultad de dejar por testamento su peculio castrense a quienes quieran, observa Marcelo que alcanzó tal dispensa también a las disposiciones que prohíben las donaciones por causa de muerte, pues, según Paulo, fueron asimiladas a los legados (128).

También se concede, por igual razón, la posesión de los bienes del hijo de familia militar, que tuvo facultad de testar de su peculio castrense (129).

El padre, que retuviere el peculio castrense de un hijo intestado, es obligado por el Derecho pretorio a pagar las deudas dentro de la cuantía del mismo, y de un año útil. El mismo, si hubiere quedado instituido heredero en testamento, será demandado siempre civilmente, como heredero (130).

Por los gastos de funeral del hijo de familia militar, con peculio castrense, se obligan en primer lugar sus sucesores y, después, su padre (131).

Por otra parte, y para evitar la ilusoriedad de su derecho, el hijo tiene siempre, aun contra la voluntad de su padre, acción y persecución sobre los bienes castrenses (132).

Igualmente, según dispone el Edicto, corresponde la restitución por el todo al hijo de familia militar, con respecto a su peculio castrense (133).

Por último, y por las razones que se verán al tratar de las sucesiones, están exceptuados de los derechos del Fisco los bienes del peculio castrense (134).

## Título II

### PECULIARIDADES OBSERVADAS EN LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Las especialidades que con relación a los militares hemos podido encontrar obedecen a la necesidad de evitar a los militares se interesen en especulaciones que puedan distraerles de las atenciones del servicio, así como que aprovechen su situación de poderío para obtener ventajas injustas, y también a la tendencia a equiparar al hijo de familia que posea peculio castrense con el hombre emancipado.

Así, el padre que paga una cosa del peculio castrense se considera que ha dado una cosa ajena, aunque pueda permanecer en poder de aquel a quien fué entregada, muriendo intestado el hijo; pero se considera adquirida cuando el hijo hubiere fallecido (135).

El militar, lo mismo que la mujer y el menor de 25 años, no puede ser fiador salvo que afiance en causa propia, como por su procurador (136).

Corresponde acción al militar cuyo procurador dió en mutuo dinero de aquél y aceptó fiador, a semejanza de cuando el tutor de un pupilo o el curador de un joven hubiere estipulado el dinero prestado de cualquiera de ellos (137).

Por otra parte, nada hace la dignidad militar en cuanto a la prohibición del Senadoconsulto Macedoniano, aunque sea Cónsul o de cualquier dignidad, pues en siendo hijo de familia está sujeto siempre a él, a no ser que tenga peculio castrense, en que deja de ser aplicable dicha prohibición hasta la cantidad del peculio (138). Sin embargo, existe una presunción, en virtud de la cual los hijos de familia no son considerados desemejantes de los individuos que son de propio derecho, pues se cree que todo militar recibe y gasta el dinero, no en otra cosa cualquiera, sino

en atenciones castrenses ,y, por ello, si hubiere recibido dinero prestado un militar, hijo de familia, ora sin mandato, ora sin consentimiento, ora sin la voluntad, ora sin la ratificación del padre, debe subsistir válido el contrato, sin que se haya de introducir diferencia alguna por razón de la causa por la que se haya prestado el dinero, o del objeto en que se haya consumido (139). En este sentido comenta Glück que «los soldados según el Derecho común pueden recibir válidamente en mutuo, es decir, tanto si están sujetos todavía a la patria potestad como si no lo están; el mutuo contraído pasivamente por un hijo de familia militar es válido haya o no haya consentido el padre; él será obligado a la restitución de manera absoluta, sin distinciones, en cualquier manera que el dinero haya sido prestado o colocado, y esto porque el *filius familias* que es soldado viene considerado como *homo sui iuris*, y porque con relación al soldado se presupone siempre que el dinero haya sido tomado a préstamo y empleado *in causas castrenses*, a saber por necesidades militares» (140).

Aun para el militar subsiste la prohibición de efectuar compra y venta entre padre e hijo, pero puede hacerse cuando se trate de bienes castrenses (141), por tratarse de patrimonios separados.

A los militares se les prohíbe comprar bienes en la provincia de su cargo, salvo que por el Fisco se vendieran los de su padre; pero se les permite comprar cumplido el servicio, y si antes comprasen es reivindicado para el Fisco lo comprado ilícitamente, si se hubiere denunciado, pero si se cumple el servicio o se llega al licenciamiento sin ser denunciada la causa, no ha lugar la delación; como tampoco se prohíbe a los militares que posean predios ni hubieren quedado herederos (142). Según Glück «los soldados no podían comprar bienes en la provincia en que servían, exceptuado el caso en que se vendían bienes por el Fisco; se reputaba aun en este caso que el temor de represalias del cuerpo de soldados pudiera impedir el libre consentimiento por parte de los pobres ciudadanos y campesinos» (143).

Por la misma razón que se prohíbe la compra venta, se les veda tomar en arrendamiento, pero si ignorándolo alguno hubiere dado en arrendamiento a un militar, como si fuera paisano, tendrá acción para cobrarle las rentas, porque no menosprecia la disciplina quien ignoró se trataba de un militar (144).

El militar condenado a muerte a quien se permitió testar, puede también hacer donaciones por causa de muerte, y así le será permitido hacer a su mujer donación de sus bienes castrenses (145).

Pero, si el hijo de familia militar, que tiene *peculio castrense*, le donase a su mujer, habrá de atenderse a la persona y a la muerte del hijo (146).

Además, los hijos de familia militares podrán donar por causa de

muerte y también por causa que no sea de muerte, de su peculio castrense, puesto que tienen facultad para hacer testamento (147).

Se da la acción de gestión de negocios, si se cuidaron los del hijo de familia, militar, fallecido, habiendo hecho testamento (148), ya que en caso de no haber testado, y hasta Justiniano, los bienes revertían al padre por derecho de peculio.

El hijo de familia no está obligado al padre por la acción de hurto, aunque sea militar, pero lo estará en nombre de un esclavo suyo del peculio castrense, si el esclavo hubiere hecho hurto al padre (149); pero se da una acción útil contra el hijo de familia militar, que hubiere hecho hurto al padre, siempre que tenga con qué pagar (150). Si el padre hurta al hijo algo de su peculio castrense está obligado por la acción de hurto (151).

A los perjudicados por los delitos de militares se les indemnizará con los emolumentos de éstos (152).

Y por último, el militar que jugando o ejercitándose en disparar flechas hiere a un esclavo, está libre de culpa si lo hizo en el campo en que fué costumbre ejercitarse, pero, caso contrario, responde por su culpa (153).

### Titulo III

#### SUCESIONES

Si bien en el Derecho privado militar de los romanos tiene importancia de primer orden, hasta el punto de merecer rango aparte, el *testamentum militis*, en nuestra visión de conjunto de todo el campo jurídico vamos a examinar, tanto la sucesión testada, como la intestada y la paccionada.

#### CAPÍTULO 1.º

##### *Coexistencia de la sucesión testada e intestada*

Es cardinal en el Derecho sucesorio romano la regla «*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*» (154), y a través del Derecho militar penetra la excepción que es base del Derecho sucesorio moderno, pues, porque se quiere tener consideración a la voluntad del militar, se le permite morir en parte testado y en parte intestado (155).

Así, si un militar instituyó a un compañero suyo heredero solamente de los bienes castrenses, con derecho poseyó su madre los demás bienes de él, como habiendo fallecido intestado (156).

Si un militar deja heredero a su hermano de los bienes que tenía en campaña, no puede pedir éste los que dejó en el campamento, aunque no los hubiere querido adir el que fué instituído heredero de ellos, y se sigue respecto a los mismos la sucesión intestada, a no ser que el hermano hubiera sido nombrado substituto del heredero; porque la voluntad del militar ocupado en una expedición es mantenida como ley (157).

Igualmente, si un militar hubiere instituído a uno solo heredero de un fundo, se cree que en cuanto al restante patrimonio falleció intestado, porque, como ya se ha dicho, y ahora establece este texto de Ulpiano con carácter general, el militar puede fallecer en parte testado, y en parte intestado (158).

De la misma manera, si un militar, liberto, instituye dos herederos, y uno de ellos no admite la herencia, se considera que en aquella parte falleció intestado el difunto, y le compete al patrono abintestado la posesión de los bienes; a no probarse que fué voluntad del difunto que, de no admitirlo uno, fuese del otro toda la herencia (159).

## CAPÍTULO 2.º

### *Sucesión intestada*

Concedida en términos más amplios que para los paisanos la sucesión legítima de los militares, responde Papiniano que los bienes castrenses del militar que falleció intestado no son reivindicados para el Fisco, cuando quedó heredero legítimo dentro del límite del quinto grado, o un próximo cognado del mismo grado hubiere recibido dentro de término la posesión (160).

El militar manumitiendo un esclavo de su peculio, lo hará liberto suyo y será admitido a la herencia legítima de éste (161).

Si el hijo de familia militar fallece sin testamento, queda el peculio en poder del padre (con las salvedades apuntadas en otro lugar), pero no se hace heredero de su hijo, aunque sí de quienes éste lo fué (162).

Concordando con lo anterior, dice Pomponio que, si el hijo de familia militar no hubiere testado de lo que hubiere adquirido en el campamento, no cree que esto le pertenezca a la madre, porque el beneficio fué concedido más bien a las últimas voluntades de los militares, no para que de todos modos sean en esto como padres de familia (163).

Con Justiniano se restringe la adquisición por el padre del peculio intestado de su hijo militar, al disponer, primero, que el peculio castrense del hijo intestado se defiera, como una sucesión, o a sus hijos o hermanos, y sólo en defecto de los parientes más próximos lo adquiere el pa-

dre «iure peculii» (164). Con la Novela 118 sigue la sucesión del hijo de familia militar las normas generales (165).

Las herencias vacantes de los militares se defieren a la legión o unidad, a que pertenecieron, en defecto de parientes, y con prelación a los derechos del Fisco sobre las mismas (166).

Escribe Marcelo en el libro XI de su Digesto que, si el militar fallece siendo ya veterano, todos los bienes, aun los paternos, le pertenecen al heredero de los castrenses, porque entonces ya no puede testar de parte de los bienes (167).

Al militar condenado a muerte, que se le concede hacer testamento, si muere intestado, suceden sus cognados, con tal que haya sido condenado por delito militar, no por uno común, dicen Paulo y Menandro (168). Sin embargo, se dispone, en sentido contrario, por una constitución, que a los militares condenados por delito militar no se les permite testar de otros bienes que los castrenses, e intestados se les sucede de propio derecho por el Fisco (169).

### CAPÍTULO 3.º

#### *Sucesión por pacto*

Aun cuando un escrito hecho entre particulares, en el que se expresa que aquel que sobreviviere se haga dueño de los bienes del otro, no presente ciertamente los caracteres de donación hecha eficazmente por causa de muerte, sin embargo, como la voluntad de los militares, que se manifiesta por escrito en los últimos momentos de su vida y sobre disposición de sus bienes familiares en cierto modo hecha en contemplación de la muerte, tiene fuerza de última disposición, y, por tanto, si dos hermanos, al marchar a la guerra, pactan recíprocamente, por causas del común riesgo de muerte, que al que sobreviviera le pertenecieran los bienes de aquel a quien el azar hubiera puesto término a su vida, ha de entenderse que, cumplida la condición, se transfiere al sobreviviente por testamento de su hermano, confirmado por patente favor de constituciones de los príncipes, la totalidad de sus bienes (170).

### CAPÍTULO 4.º

#### *Sucesión testada*

Si bien no se trata de un testamento propiamente militar estudiaremos como preliminar y forma transitoria el testamento «in procinctu».

## Sección primera

## Testamento «in procinctu»

Determinadas, en el antiguo Derecho, las formas testamentarias, aparece el «in procinctu», como la más sencilla del testamento solemne, otorgado en circunstancias excepcionales, pues lo encontramos frente al «in calatis comitiis», y, uno y otro, substituídos más tarde por el «per familiae mancipationem» (171).

Se expresa por Gaius dicho dualismo primitivo al determinar que al principio existieron dos clases de testamentos, pues o se hacían en los comicios, convocados a la sazón para hacer testamentos dos veces al año, o en orden de batalla; porque *procinctus* es el ejército listo y armado. Así, pues, el uno se hacía en la paz y en la calma; y el otro para salir para la batalla (172).

Puede buscarse en el testamento «in procinctu» un precedente del testamento militar, pues, en suma, era ya un modo privilegiado de testar abierto solamente a los soldados en campaña (173); es más, hay, aunque predomine la opinión contraria, quien opina que el «in procinctu» es un testamento militar (174).

En efecto, cuando el ejército romano se encontraba en orden de batalla, expedito y armado para combatir, había una pausa entre los dos auspicios de ritual, previos a la iniciación de la batalla, y durante este intervalo era lícito a todos los soldados testar declarando su voluntad a los conmitones más próximos (175). Se le hace remontar a Servio Tulio, pero data probablemente de la época de la República solamente, y presenta, naturalmente, un carácter más reciente que el testamento *calatis comitiis*. El pueblo sobre las armas no desempeña otro papel en este testamento que el de un testigo; además, por su carácter anormal, era más útil para las personas que partían para el ejército; así como para los plebeyos, a quienes al principio estaba vedado el testamento *calatis comitiis*, hecho en los comicios por curias, pero no para los *seniores*, o sea, de más de cuarenta y seis años de edad, que no tomaban parte activa en el ejército. Por otra parte, esta forma de testar aparece completamente en desuso antes del fin de la República (176).

Hay quien opina que el nombre de este testamento (177), deriva del modo con que antiguamente los soldados llevaban la toga ciñéndosela en la batalla; así Kniep, II, 2, pág. 96, y De Sanctis, en su *Storia dei romani*, I, pág. 244, que supone que originariamente este testamento tenía lugar en presencia del pueblo alineado sobre las armas en el campo de Marte y pronto a partir para la guerra, o sea delante de los comicios cen-

turiados, e idéntica hipótesis sostiene Hartmann, *Röm. Gerichtsverf.*, págs. 187 y sigts. Y aclara Perozzi que el soldado declaraba la propia voluntad a los conmlitones vecinos, porque no todo el ejército, dada su extensión sobre el campo, podía oír la declaración, aparte de que los soldados hacían testamento sucesivamente, pero en un solo acto.

Se manifiesta en el testamento «in procinctu» una tendencia que había de acentuarse más tarde, a dispensar a los militares las formas generales y atenuar en su provecho los rigores del Derecho. Al mismo tiempo, se abría el camino para los cambios más importantes, pues ni este testamento podía ser objeto de una aprobación efectiva por parte del ejército, ni de los pontífices. El testamento va perdiendo su carácter político y convirtiéndose en lo que es después: Un acto puramente privado y autónomo (178).

Según Hernández Gil (179), el testamento «in procinctu» parece no tener contacto alguno con el militar; estima muy pequeña su conexión conceptual, y señala como diferencia que, mientras el «in procinctu» es propio de los ciudadanos romanos, el militar, surgido cuando los elementos provinciales entraron a formar parte del ejército, es propio de militares y extranjeros y mientras a éste hay que concebirle, en orden a su naturaleza jurídica, como un «ius singulare», o un privilegio, el testamento «in procinctu» es, a lo sumo, un derecho especial, una desviación del Derecho común (180); considera el testamento «in procinctu» como una substitución del «in calatis comitiis», determinada por circunstancias anormales (181). Se señala, también, como diferencia entre el testamento militar y el «in procinctu» que, mientras aquél es un privilegio del soldado inherente al estado militar, que se otorga en cualquier tiempo, éste sólo cabe en la inminencia de la batalla (182).

Santa Cruz opina que, según parece ser, en la época primitiva el *testamentum calatis comitiis* constituyó el único medio con el cual pudo hacerse válidamente el nombramiento de un *heres*; más tarde sobrevino la forma del *testamentum in procinctu*, tal vez para ofrecer a los plebeyos, los cuales no podían testar, mediante la forma *calatis comitiis*, un expediente con que proveer a la misma finalidad, y si en un momento primitivo es razonable admitir que el pueblo, agrupado en curias, intervino para dar una aprobación expresa a la propuesta del padre, efectuándose una votación regular, análoga a la practicada sobre cualquier asunto sometido a su decisión, es muy verosímil que en época posterior la asistencia del pueblo se redujese a una mera adhesión formal y tácita. La vieja forma debió plegarse a la nueva, creada para conseguir idéntico fin, y en la cual el pueblo ordenado militarmente, no podía prestar otro concurso que el de su adhesión (testamento *in procintu* (183). Es considerado por algunos este testamento como el primero testifical, pues,

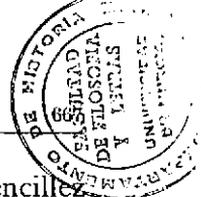
mientras en el testamento comicial el pueblo vota como en una ley, en él «in procinctu» se limita a atestiguar (184).

### Sección segunda

#### Testamento militar (185)

1.º *Su origen.*—«En cuanto toca a los *militares*, tenían ya antiguamente el privilegio de poder testar *in procinctu*. Si, pues, iban a entrar en el combate, y ceñido el sayo militar que llaman *cinto gabino*, y el escudo ya en la mano, manifestaban su voluntad en presencia de tres o cuatro era válida aunque faltasen las demás solemnidades... Pero estos testamentos que se hacían en campaña ya no estaban en uso hacía tiempo según testifica no sólo nuestro Justiniano, *I, Inst. h. t.*, sino también mucho antes de él Cicerón, *de nat. doer.*, *I, II. c. 3*; y así manifiestamente son otros los testamentos de que vamos a tratar. Se ha de saber que los testamentos militares fueron inventados nuevamente por los emperadores después que introdujeron la milicia mercenaria como más conveniente al gobierno monárquico. Para que se alistasen, pues, en ella con más gusto los jóvenes, los estimularon con varios privilegios...». Esta explicación que Heinccio (186) da de la introducción del «testamento militis», aparece confirmada recientemente por Arangio-Ruiz (184) al afirmar que éste «fué en realidad, un compromiso con unos hombres que habían perdido su condición de provinciales para convertirse en ciudadanos y destinado a tener más aplicación en las provincias que en Italia, sin que sepamos exactamente, por lo demás, en qué medida los militares hicieron uso de esta concesión». Ortolán (188) encuentra el origen de esta institución en el poder político del ejército y dice que «en el momento que principiaron los soldados a poder hacer y deshacer emperadores, y que éstos por su parte principiaron por sus edictos a otorgar favores y privilegios, no carecieron de éstos los soldados».

Ulpiano (189) nos da noticias de este testamento, en los siguientes términos: «El Divino Julio César fué ciertamente el primero que les concedió a los militares la libre facultad de hacer testamento, pero esta concesión era temporal; mas después fué el Divino Tito el primero que la dió; luego Domiciano, y posteriormente el Divino Nerva concedió a los militares plenísima facultad, y Trajano la mantuvo, y desde entonces comenzó a insertarse este capítulo en los mandatos (190): «Habiéndose puesto en mi conocimiento, que de vez en cuando se presentaban testamentos dejados por los militares, que podían ser llevados a controversia, si fueran sujetos a la escrupulosidad y a la observancia de las leyes, habiendo seguido la integridad de mi ánimo hacia mis buenos y



fidelísimos colegas militares, he creído que se debía atender a la sencillez de los mismos, a fin de que, de cualquier modo que hubiesen testado, sea válida su voluntad. Hagan, pues, sus testamentos del modo que quieran, o de la manera que pudieren, y baste para hacer la división de sus bienes la nuda voluntad del testador» (191).

2.º *Significación y naturaleza jurídica del testamento militar.*—«El testamento militar no es sólo especial en cuanto a la forma. Desde los comienzos del Principado se aplicó a la sucesión testamentaria de los militares un régimen tal de amplia libertad, que determinó la derogación en su favor de los principios todos que regían en la sucesión testamentaria ordinaria» (192).

Según Glück, «con el nombre de testamento militar se puede entender el testamento a favor del estado militar, desprovisto de la solemnidad exterior y de los otros requisitos, de una disposición legal de última voluntad» (193).

Biondi (194) estima que «las concesiones imperiales, considerando la *simplicitas* de los militares y las particulares condiciones en que pueden encontrarse, les ha permitido testar *quomodo velint, quomodo possint*, entendiendo con esto exonerarle de la observancia de la forma legal; en sustancia se viene a formar para el militar una especie de *ius gentium*, si bien como tal formalmente jamás fué considerado por los juristas, sea porque surge en una época en que la evolución del *ius gentium* es ya cosa de tiempo, sea porque la materia testamentaria se reserva siempre un campo propio del *ius civile*». Era en su origen, el testamento militar un privilegio de clase, al cual dió lugar la diversa nacionalidad de los soldados y la imposibilidad en que se hallaban de adaptar su conciencia jurídica a la nacional romana, y por esto el privilegio se extiende pronto a las demás formas testamentarias, hasta constituir un especial Derecho sucesorio (195), pues no se trata sólo de una dispensa de ciertas observancias formales, sino de un Derecho más benigno (196).

A su propósito, Pérez González dice: «Está muy difundida la idea de que la institución objeto de este estudio es un privilegio de clase que, nacido al socaire de una civilización calificada de casi primitiva, se mantiene en los derechos positivos actuales merced a un respecto exagerado a la tradición, cuando por contra es bien seguro, que ni es privilegiado, ni producto de civilización incipiente, ni especialidad testamentaria que sobre en la cultura actual» (197).

Sin embargo, como observa Glück, «sólo el testamento hecho por un soldado es privilegiado, o bien como dice Marcelo, *non militum testamenta, sed quae a militibus facta sunt confirmantur*; ahora la forma, en verdad, no importa nunca, sin embargo debe el soldado en cualquier manera dar a conocer su voluntad» (198).



Gaius estima como un Derecho propio y singular el de los testamentos militares (199), y Costa considera las disposiciones referentes a este testamento especial como *privilegios singulares* (200); May como un Derecho aparte derogando al Derecho común, *ius paganorum* (201), y Perozzi como un Derecho sucesorio extraordinario (202). Mas Pérez González estima «que sólo en atención a algunas derogaciones carentes de equidad, puede darse en Derecho romano la calificación de privilegio al testamento militar; pero desde la época romano-helénica las restricciones impuestas a semejantes derogaciones, hacen impropio el calificativo de privilegio atribuído a aquél, convirtiéndole plenamente en *ius singulare*, carácter que ya se atisba en la L. 2, D. de Test. Mil., 29, I» (203).

Bonfante, como resumiendo las anteriores opiniones, dice: «El testamento militar es verdaderamente un instituto que oscila entre el concepto del *ius singulare* verdadero y propio, y el puro privilegio de clase o de casta. La serie múltiple de los motivos que se aducen para justificación de este instituto casi tan vasto y excepcional en las formas como en los principios, en que se prelude el testamento moderno, muestra el carácter no bien delimitado de este *ius singulare*» (204).

3.º *Fundamento del testamento militar*.—El profesor Hernández Gil (205) enumera las causas que aducen las fuentes, como justificativas del testamento militar, por el consiguiente orden: la *impericia*, la *sencillez* y la *ignorancia* en D., 29, 1, 1, 1; C., 6, 21, 23; C., 6, 30, 22; D., 22, 6, 9, 1; C., 6, 30, 22, 15; Ins., 2, 11, pr.; D., 29, 1, 40, 2; Gaius en Ins., 2, 109 y 114. Como *deuda de gratitud* en el «caput ex mandatis» de Trajano. *El peligro inherente a la guerra* en D., 29, 1, 44 y D., 37, 13, 1, pr.

La impericia es la causa más frecuentemente aducida y así las Instituciones nos dicen (206) que la escrupulosa observancia de las formalidades para el otorgamiento de los testamentos fué dispensada por las constituciones imperiales a los militares a causa de su impericia en nimiedades. Igual razón nos da Gayo (207), en las suyas, al afirmar que a los militares se les permite, por razón de su ignorancia, testar en la forma que quieran y puedan.

Gastón May (208) dice que los emperadores concedieron a los militares una serie de privilegios en materia sucesoria, que llegaron a constituir un Derecho aparte; estos privilegios se pueden justificar por la dificultad que presentaba para los militares la estricta observancia de las reglas del Derecho civil, y por esta razón se estableció en un principio al lado del testamento ordinario *in calatis comitiis* el testamento *in pro-cinctu*. Los militares no podían usar como los particulares, del recurso de consultar a un jurista, cuyos consejos eran tanto más necesarios cuan-

to el formalismo era más estrecho y riguroso, y en este sentido hay que entender los textos que para justificar los privilegios de los militares en esta materia, invocan su ignorancia y su simplicidad de espíritu, ya que no se trata de una ignorancia profesional, sino de una imposibilidad material de informarse sobre el Derecho.

Además, como hace observar Hernández Gil (209), bajo las expresiones *sencillez* y *simplicidad*, *impericia* e *ignorancia* no se contienen conceptos en absoluto idénticos.

Ante la demostrada insuficiencia de tales razones, el primer giro que se insinúa en la doctrina es el de recurrir a circunstancias de tiempo y lugar para explicar su razón de ser, y se aduce la idea del peligro (210). Así Heinicio (211) afirma que si la simplicidad de los militares fuese la causa de este privilegio sólo pertenecería a los soldados rasos, y aunque pueda ser que al principio hubiera dado Domiciano este privilegio atendiendo a su sencillez, no fué sin embargo ésta la única razón, sino principalmente los movió el peligro inminente de los soldados, que no les permite cuiden de las solemnidades de los testamentos.

Se habla, también, de la posible influencia de algunas instituciones hereditarias helénicas, Hernández Gil (212) después de estudiar el problema, reputa atinada la consideración de Costa, quien estima que, la conjetura de que el *testamentum militis* represente la recepción en el Derecho romano del acto de última voluntad griego, explicaría la peculiaridad del contenido, pero no la absoluta libertad de formas externas, que es precisamente lo que más interesa y resulta más difícil de explicarse.

Sin embargo, se alegan, como más atendibles causas justificativas de este testamento, la afluencia de elementos provinciales al ejército y la concesión de la ciudadanía romana a los soldados (213). Y por lo que afecta a las innovaciones de orden intrínseco y a las que trascienden de la mera institución de heredero se las hace objeto de una determinación política, ya que en la época en que aparece el *testamentum militis* el Estado tiene un fuerte sentido militar y el Imperio fué establecido por la fuerza de las armas (214).

Perozzi dice a este particular que, si bien se dice que tal testamento fué introducido teniendo en cuenta la *simplicitas* de los soldados, o sea su ignorancia del Derecho y práctica imposibilidad de informarse, debe, en realidad, su admisión al hecho de que el ejército romano de los primeros tiempos del Imperio estaba formado por individuos pertenecientes a los más variados países en que regían derechos nacionales diversos del romano, que no podían ser respetados por la conciencia jurídica romana, especialmente en orden a la sucesión (215).

Arangio-Ruiz, es del mismo parecer y señala que, la razón del privilegio no puede ser sentada en la dificultad que el testamento encontraba

en tiempo de guerra, porque de ser así habría influido solamente sobre la forma y no sobre el contenido del acto y porque el privilegio es reconocido a los militares en tiempo de paz, sino en el hecho de que por una evolución iniciada en el último período de la guerra civil y llevada a cabo bajo Vespasiano, el ejército romano no está ya formado por ciudadanos romanos, sino por provinciales, es decir, extranjeros, los cuales investidos de golpe de la ciudadanía romana encontraban difícil testar según el Derecho romano, y en esta razón de la disposición se encuentra implícitamente el modo de su aplicación práctica, ya según la costumbre de su país de origen, normalmente correspondiente a la guarnición o según la costumbre griega extensamente difundida en las provincias helenizadas, ya en la manera que se usare en cualquiera de los países de pertenencia de los soldados acogidos (216).

Hernández Gil habla más que de una recepción propia de los Derechos provinciales de despersonalización de las propias normas romanas, pues, al conceder la ciudadanía a los militares, estos ciudadanos, que sólo jurídica y formalmente eran capaces de derechos, se hubieran visto imposibilitados para el ejercicio de los mismos, y, por ende, el *testamentum militis* viene a ser como una rectificación de problemas originados por la atribución de la ciudadanía (217).

Creemos, por nuestra parte, que por ser esta institución el producto de una evolución histórica no puede circunscribirse su razón de ser a un solo factor que podría fallar en un momento determinado, sino que, por el contrario, todas estas causas aducidas por las fuentes y los escritores, y aun quizá otras desconocidas, hubieron de contribuir, si no en forma determinante, sí por lo menos a crear un ambiente favorable en el clima jurídico romano para la recepción de tales novedades, que no eran ya tales en lo relativo a la forma, dada la existencia anterior del testamento «in procinctu», y que hubieron de plegarse a la necesidad impuesta por la multiplicación de orígenes de los componentes del ejército de venidos ciudadanos, que al alterar las disposiciones relativas al contenido de las testamentarias aceleró el doble proceso operado por siglos de romanización de instituciones jurídicas de países extraños aun al Imperio y de despersonalización del Derecho romano, que culmina, por lo que a esta materia se refiere, con la aproximación que Justiniano realiza entre los testamentos militar y ordinario.

4.º *Capacidad*.—«*Testamentifatio*» activa (218).—Son válidas las voluntades de los que en lugar de enemigos hayan hecho de cualquier modo sus últimas disposiciones y allí hayan fallecido, pues, aunque no tengan la condición de militares, los que están en el campo de batalla, como quiera que corren los mismos peligros, pueden testar conforme al Derecho militar, si se hallaren en lugar de enemigos y allí murieron, ya

sea el Presidente de Provincia, ya sea Legado, ya cualquier otro que no tuviera esta facultad (219); y como veremos más adelante, al quedar circunscrito el testamento militar al tiempo de campaña y para todos los que se hallen en la misma, obtiene sanción general este precepto.

El militar condenado a muerte por delito militar, puede testar y dejar un fideicomiso, si se le permite en la sentencia de la condena (220); aunque el testamento sólo les es lícito hacerlo de sus bienes castrenses, pues esta facultad se les concede por Derecho militar y en razón a su condición de militares, si no hubiera sido quebrantada la fe del juramento (221).

También el sordo y el mudo, que están en el ejército, pueden, por Derecho militar, hacer testamento antes de su licencia como inútiles (22), aunque lógicamente puede colegirse que tales defectos han de ser adquiridos en el servicio, como accidentes del mismo, pues de ser anteriores les hubiera impedido llegar a tener la condición de militares.

Puede testar el militar, aunque esté incierto de si es de propio derecho, pues si hace testamento es válido; así como si está incierto de si vive su padre (223), ya que la facultad de testar se les concede en atención a los rigores de la milicia y no a su condición estrictamente personal.

Pueden hacer este testamento tanto los marineros y remeros de la armada, como sus capitanes, y también los vigilantes, pues todos ellos son militares (224).

El militar que haya sido trasladado de un cuerpo a otro, también puede hacer este testamento, aunque de uno ya haya salido y todavía no haya llegado al otro; porque es militar, aunque no se halle en las filas (225).

Como ya se vió al tratar del peculio castrense, al hijo de familia militar, que no podía testar por no tener de qué hacerlo, se le permite hacer testamento de su peculio castrense (226); pero aun es más singularísimo el privilegio concedido posteriormente y recogido por las Instituciones de Justiniano, al disponer que en aquellos períodos que se pasan fuera de la campaña, en sus casas o en otros parajes, puedan los hijos de familia, militares, testar con arreglo al Derecho común, observando las mismas formalidades que se exigen para el testamento de paisanos, al par que se les veda en estas circunstancias, igual que a los que son de propio derecho, el testamento militar (227), con lo que se da un paso más hacia la casi emancipación absoluta de que goza en los últimos tiempos del Derecho bizantino el hijo de familia militar, en la esfera patrimonial.

Carecen de la facultad de testar por Derecho militar los licenciados por causa de ignominia; así como los hijos de familia militares, con relación a su peculio castrense, carecen de la facultad de testar respecto de

él, si fueron licenciados por causa de ignominia, porque tales facultades se concedieron en premio a los beneméritos (228).

También carece de la facultad de testar, aun por Derecho militar, el que está en poder de los enemigos (229).

5.º *Capacidad.*—«*Testamentifacio*» *pasiva* (230).—Salvando las incapacidades que para recibir por testamento determinaba el Derecho de Roma, estaba permitido a los militares nombrar herederos o legatarios a extranjeros y latinos (en razón a la procedencia de los soldados que adquirirían muchas veces la ciudadanía sin adquirirla sus parientes), siendo así que los extranjeros están impedidos por el Derecho civil de ser herederos o legatarios y los latinos por la ley Junia (231). También los solteros (los soldados eran casi siempre solteros, por exigencia misma del servicio, y al mismo tiempo eran los sucesores más indicados de sus conmiliones, que carecieran de familiares), que están impedidos por la ley Julia de ser herederos o legatarios, así como los orbes, esto es los que carecen de hijos, que en virtud de la ley Papia no pueden recibir más de la mitad de la herencia y de los legados, pueden ser herederos o legatarios en el testamento de un militar (232).

También pueden ser intituídos herederos por un militar, así los deportados, como casi todos los que no tienen la testamentificación (233).

En cambio, no vale la institución si se instituye a un esclavo de la pena, a no ser que al tiempo de la muerte del testador se halle en la ciudad (234), pues el esclavo, mientras no ha cumplido su pena, ni por Derecho civil ni por Derecho de gentes es capaz de derecho alguno.

Tampoco vale la institución de un esclavo propio, instituido por el militar creyendo que era libre (235), pues al ignorar que era esclavo no podía tener voluntad de manumitirle con la institución de heredero.

Segun un rescripto de Adriano, ni aun el militar podía dejar legados o fideicomisos a persona incierta (236).

También privó Adriano de la testamentación pasiva a la mujer sobre la que hubiere recaído sospecha de torpeza, la cual no podía adquirir nada ni por testamento de un militar (237).

6.º *De la forma del testamento militar* (238).—a) *Predominio de la voluntad sobre la forma.*—Permiten las constituciones de los príncipes testar a los militares como quieran y puedan, y valen los testamentos que hiciesen en cualquier manera, sin necesidad de observar las prescripciones legales, y valen estos testamentos hechos contra el Derecho, si el militar muere en servicio, o dentro del año del licenciamiento (239).

El testamento de un militar se perfecciona con su sola voluntad y si se deja un testamento imperfecto, la escritura que se produce alcanza fuerza de testamento perfecto, y si en varios días escribe muchos, se considera que hace muchas veces testamento (240).

Se plantea, pues, una cuestión de prueba tan sólo, porque la voluntad puede ser manifestada en todas las formas posibles (241).

Y así como el militar puede dar la herencia por su sola voluntad, también puede quitarla, y si hubiere cancelado o rasgado su testamento, no será éste de ningún valor, y, si después de cancelado hubiere querido que valiese, vale en virtud de su última voluntad (242).

También, por voluntad presunta, vale por Derecho militar el testamento hecho por un militar antes de estar en la milicia, si falleciere en ella, cuando no haya contraria voluntad del militar, según se dice en un rescripto del divino Pío (243).

El divino Trajano dice que ha de ser tenida como válida la voluntad del militar, si habiendo convocado hombres para que se atestiguase su voluntad habló de modo que declarase a quien quería tener por heredero y a quien dar la libertad, pues se puede considerar que de este modo testó sin escritura (246).

c) *Conversión y convalidación.*—Cuando habiendo hecho testamento hubiere comenzado alguien a ser militar, se entenderá hecho aquél durante el tiempo de la milicia si lo hubiere abierto y leído y luego lo hubiere sellado de nuevo con su sello, o si hubiere borrado, suprimido, añadido o enmendado alguna cosa; pero si nada se hubiere hecho no estará comprendido dicho testamento en el privilegio de los militares (247), la conversión del testamento común en militar no se opera necesariamente por adquirir el testador esta cualidad o por estar *in expeditione occupatus*, en Derecho justiniano, sino que se requiere una declaración de voluntad o un acto del cual pueda inferirse (248).

Así, por rescripto del divino Pío, si uno que es paisano, hizo testamento, y luego fué militar, si lo prefiere el testador, dicho testamento será válido por Derecho militar (249).

Si a un militar, que había hecho testamento, le nace un hijo en vida de él, y prefiere fallecer subsistiendo el mismo testamento, se considera por Derecho militar que hace nuevo testamento (250).

Si alguno antes de ser militar hizo testamento no válido con arreglo a Derecho, y siendo luego militar y hallándose de expedición lo abrió, y añadió o suprimió algo, o de otro modo se ha manifestado la voluntad del militar que quería fuese válido dicho testamento, vale éste como por una nueva voluntad del militar (251).

Si un militar se hubiere dado en adrogación; o si siendo hijo de familia hubiere sido emancipado, su testamento es válido como por una nueva voluntad de militar y no se entiende que se haga írrito por la disminución de cabeza (252); sin embargo, Petit entiende que si el militar que ha testado sufre una *capitis diminutio minima* el testamento es *irritum*, siendo preciso, aunque no se exige ninguna formalidad para el testamento

del militar, para que reviva *ex novo militis voluntate*, que dicho militar no haga otro testamento y que manifieste su voluntad de mantenerle (253).

d) *Testigos*.—Las constituciones imperiales dispensan a los militares, por razón de su ignorancia, de la escrupulosidad de observancia en la confección de testamentos y hacen testamento válido aunque no estén presentes los testigos en el número debido (254).

Según opina Marcelo, el padre y el hermano del que puede testar de su peculio castrense, pueden ser presentados por él como testigos de su testamento (255); pero si un hijo de familia hace testamento de los bienes de su peculio castrense, después del licenciamiento, no pueden intervenir como testigos su padre, ni quien esté en la potestad de su padre (256).

Trajano respondió, respecto al privilegio de los militares de que sean válidos los testamentos hechos por ellos de cualquier modo, que ante todo debe constar que verdaderamente se hizo el testamento, el cual puede otorgarse también aun sin escrito por los no militares, y, por tanto, si el soldado de cuyos bienes se cuestiona convocó hombres al efecto para que se atestiguase su voluntad y habló de modo que declaró quien quería que fuese su heredero y a quien concedía la libertad, debe entenderse que testó de este modo sin escrito y su voluntad debe ser tenida por válida; pero, si (como de ordinario suele hacerse en las conversaciones) dijo a alguno: *te hago mi heredero, o te dejo mis bienes*, no conviene que esto se mire como un testamento, y a nadie interesa más que a los favorecidos por dicho privilegio que no se admita un ejemplo de tal naturaleza, pues, de otro modo, sin dificultad se hallarán después de la muerte de algún militar testigos que afirmasen haber oído decir a alguno que dejaba sus bienes a quien le hubiere parecido, y por este medio se suplantasen sus verdaderas intenciones (257).

Esta «convocatio ad hoc hominibus» plantea una serie de discusiones surgidas en cuanto a la necesidad de la rogación de testigos en la forma oral (258). Hernández Gil (259) recoge en tres grupos las diversas interpretaciones que se han formulado en cuanto a la «convocatio hominum», constituido el primero por los glosadores, que la interpretan distinguiendo entre el testamento hecho en expedición fuera de batalla y en la batalla; el segundo por Burchard, que estima basta con que quien va a testar solicite de los que hayan de servir de testigos que presten atención y distingue entre *convocatio* y *rogatio*, distinción que no admite Hernández Gil, y el tercero por Glück seguido de Fitting que tratan de eliminar todo formulismo y sin prestar demasiada atención a la *convocatio* se limita a afirmar que no se trata de una rogación y ni siquiera de una verdadera convocatoria.

Cuq (260) interpreta la *convocatio ad hoc hominibus* en el sentido de que la voluntad de testar sea cierta.

Por nuestra parte, estimamos que hay que atender al deseo manifestado por el testador de hacer testigos de su última voluntad a los circunstancias, pues, si importante es impedir que puedan valer como testamento unas manifestaciones que contengan el propósito, no definitivamente resuelto, de dejar a uno heredero, o hacer a alguien libre, comunicado en una conversación, según se desprende de un estudio comparativo de los textos, no podemos tampoco perder de vista que si en estas circunstancias la «*convocatis ad hoc hominibus*» significase una verdadera convocatoria de testigos, traídos expresamente a este efecto, quedaría completamente ineficaz la facultad concedida a los militares de poder hacer testamento oral en el rigor de una batalla, y, en tal sentido, siempre que de las manifestaciones del causante se puede inferir claramente que fué su propósito testar y que los circunstancias sirviesen de testigos, será válido el testamento.

7.º *Compatibilidad de varios testamentos.*—El militar puede hacer un testamento sin revocar el anterior (261), pues varios testamentos militares son igualmente válidos si son compatibles (261): *militi licet plura testamenta facere* (263), según Ulpiano, aunque añade la restricción *sed sive simul fecerit sive separatim, utique valebunt, si hoc spec aliter expresscrit*. Restricción ésta debida a Justiniano, según Bonfante (264), que opina está interpolado el texto.

8.º *Tiempo en que puede hacerse este testamento.*—Se empieza a poder testar con arreglo al Derecho militar desde el momento de la incorporación a filas, y no antes, pues, los que todavía no son incorporados en las filas, aunque hayan sido soldados y estén en marchas a expensas públicas, no son todavía militares (265). Sin embargo, el hijo de familia exornado con la milicia ecuestre, y retenido en la comitiva de los príncipes, puede hacer testamento de su peculio castrense tan pronto como se le mandó ceñir el cingulo (266).

Los militares podían valerse de este privilegio ya estuviesen en expedición, ya en guarnición, hasta que durara el servicio militar (267), pero las nuevas condiciones del Estado y de la milicia en la milicia romano-helénica indujeron a Justiniano a poner limitaciones a la libertad del testamento militar, de las cuales la relativa al tiempo de la *expeditio* casi aniquila el privilegio y cambian su base de tal manera que las excepciones substanciales no serían más justificativas y explicables, si no representasen la tendencia fatal del testamento ordinario en su evolución progresiva (268). Justiniano mandó que, a fin de que no crean algunos que en todo tiempo les es lícito a los militares hacer testamento del modo que quisieren, solamente a los que están ocupados en expedicio-

nes se les conceda el mencionado beneficio respecto a las últimas voluntades que hayan de otorgar (269). Limitación ésta, que en los términos *in expeditioni occupati, in expeditione degentes*, es interpolada en las leyes de Caracalla (C. 6, 21 1) y Constantino (C. 6, 21, 15), según opinión hoy generalizada en los tratadistas (270). En su consecuencia, los períodos que los militares pasan fuera de la expedición carecen de la facultad de hacer testamento militar (271).

9.º *Tiempo de validez de este testamento.*—El testamento que el soldado hizo contra lo establecido por el Derecho común tiene valor solamente si muere en el servicio o dentro del año siguiente a su licenciamiento (272).

Igualmente, si un militar hubiere hecho testamento por Derecho civil, y en primer grado hubiere instituído heredero a quien podía por Derecho militar, y en segundo a quien puede por Derecho común, y hubiere fallecido después de un año de su licenciamiento, se hará írrito el primer grado y el testamento empezará desde el segundo (273).

Según Africano, el beneficio de que el testamento hecho en el tiempo del servicio militar valiese también un año después del licenciamiento, corresponde solamente a los que suelen ser licenciados, pero no a los prefectos, ni a los tribunos, ni a los demás que dejan de servir en la milicia habiendo recibido sucesores (274).

Si un militar hubiere fallecido dentro de un año después que fué licenciado es válido el testamento que hizo con arreglo al Derecho militar, aunque la condición puesta a la institución se cumpliese después del año (275).

Si un militar hace testamento estando en la milicia, y, licenciado después por causa no ignominiosa, es incorporado en otra milicia, vale aquel testamento como si no hubiese dejado de estar en la milicia (276).

10.º *Su validez e invalidez.*—Es válido el testamento hecho, por un padre de familia militar, tan sólo de sus bienes castrenses, si estando en la milicia se da en adrogación, pero si lo hace estando ya licenciado no es válido (277). Y si un hijo de familia militar hubiere sido disminuído de cabeza, o emancipado, o dado en adopción por sus padres, es válido su testamento como por nueva voluntad (278).

Si un hijo de familia militar hubiese hecho testamento y luego después, viviendo él y sobreviviendo todavía el abuelo, le naciese un póstumo, no se rompe su testamento, porque como lo que naciese no llegaría a estar bajo su potestad, no se considera que nace heredero suyo (279).

No se hace írrito el testamento del hijo de familia, veterano, que con la muerte de su padre se hizo de propio derecho, porque, en cuanto a testar de su peculio castrense, ha de ser tenido como padre de familia,

y por esto tampoco por la emancipación se hace irrito el testamento del militar o del veterano (280).

También es válido el testamento de aquel militar que, por no sufrir un dolor, o por tedio de la vida, prefirió morir (281).

También es válido el testamento del hijo de familia militar, que falleció en poder de los enemigos, porque es aplicable la ley Cornelia; y en el caso de que su padre hubiere fallecido antes en la ciudad, habiendo dejado un nieto procedente del hijo, tampoco se rompe el testamento, porque se considera que falleció desde el tiempo en que fué hecho prisionero (282).

No se rompe el testamento, si uno testa por Derecho militar, aunque haya ignorado que su mujer estaba embarazada, o aunque ella no estuviese embarazada, si no obstante tuvo la intención de querer que fuese desheredado cualquiera que le naciese (283).

Tampoco se rompe el testamento si hubiere arrogado un hijo, o si en lugar de un hijo hubiere sucedido un nieto (284).

Si un veterano al morir quiso que fuese irrito el testamento hecho con arreglo al Derecho común durante el tiempo de su servicio militar, y prefirió quedar intestado, subsistirán en el mismo estado las instituciones de heredero y las substituciones, pero serán repelidos los legados que se pidieren, con la excepción de dolo malo (285).

Si un hijo de familia militar hizo testamento de su peculio castrense teniendo un hijo bajo la potestad del mismo ascendiente, y habiendo dejado de ser militar fallecen su padre y su mismo abuelo, se rompe el testamento, porque alcanzó la potestad no por algún hecho nuevo relativo a él, sino por cierto hecho natural (286).

Si un hijo de familia militar hubiere hecho testamento a la usanza militar, y luego le naciese un póstumo después de la muerte de su padre, se rompe ciertamente su testamento (287).

En el caso de que un militar instituyó herederos en el segundo testamento a unos póstumos y testó diciendo que en el supuesto de no nacer se volviese a su anterior testamento, es nulo todo lo demás que escribió en el segundo testamento, si expresamente no lo hubiere confirmado al volver a su anterior voluntad (288).

11.º *No precisión de la institución de heredero.*—Todo testamento, para ser tal, debe contener la institución de un heredero formal (289): «Sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet» (290), con la excepción del testamento del militar, que no tiene obligación de instituir formalmente heredero (291).

12.º *Institución en patrimonios separados.*—Puede, también, el militar instituir en patrimonios separados con propias obligaciones cada uno (292), y, en tal sentido, dice Juliano que si alguno hubiese sido ins-

tituído heredero de los bienes castrenses y otro de los demás bienes, se entiende que hay dos herencias como de dos personas, de suerte también que respecto a las deudas que se hubiesen contraído en los campamentos esté obligado sólo el que fué instituído heredero de los bienes castrenses, y que en cuanto a las deudas contraídas fuera de los campamentos se obligue sólo el que hubiese sido instituído heredero de los demás bienes (293).

Cuando uno quedó heredero de los bienes castrenses de un militar, y otro de los demás, y el deudor obligado a uno de los herederos quiere compensar lo que se le debe por el otro, no será oído (294).

13.º *Institución «ex re certa»*.—También es válida, en el testamento militar, la institución de heredero «ex re certa» (295), pues si un militar hubiere instituído heredero de ciertos bienes, por ejemplo, a uno de los predios urbanos, a otro de los rústicos y a otro de las demás cosas, será válida la institución, y se considera lo mismo que si los hubiese instituído herederos sin porciones y hubiese distribuído todos sus bienes legándoselos a cada uno por previa adquisición (296).

14.º *Institución temporal o condicional*.—Respondió el emperador Gordiano que es de Derecho cierto que el militar puede instituir heredero aun hasta cierto tiempo (297), y otro para después de este tiempo, o en virtud de condición o hasta cierta condición (298). El militar puede instituir heredero en esta forma: «sea heredero Ticio mientras viva; después de su muerte Septicio», pero si hubiere escrito así: «sea heredero Ticio hasta la edad de diez años», sin haberle substituído ninguno, después de los diez años tendrá lugar la sucesión intestada, y, como el militar puede instituir heredero desde cierto tiempo y hasta cierto tiempo, es a esto consiguiente, que, antes que llegue el día en que sea admitido el instituído, se defiere la herencia del intestado, y, lo que le es lícito respecto a una porción de los bienes, compétale también por el mismo privilegio en cuanto al espacio de tiempo, aunque no sea corto (299).

Como dice Cantú «la herencia llevaba consigo como obligación indispensable los sacrificios expiatorios anuales hechos por los descendientes varones con una exactitud tan rigurosa que si un deudor moría insolvente y no dejaba más que un esclavo, se daba libertad a éste para que los sacrificios no se interrumpiesen» (300), que salvo las excepciones apuntadas no se concebía ruptura alguna en la continuidad de la sucesión hereditaria, no obstante lo cual viene a permitirse otra posible coexistencia de la sucesión testada e intestada de la herencia, desde el momento en que es lícito abrir la sucesión abintestato al cumplirse el término o condición resolutorios sin substituto para todo o parte del as hereditario (301).

15.º *Substitución*.—Los militares pueden nombrarle substituto a los

que quedaron sus herederos, pero solamente respecto a aquellos bienes que adquirieron por el testamento de los mismos (302).

Si un militar substituye directamente a sus hijos, para el caso de que fallezcan sin descendencia, el substituto del hijo recibirá, por Derecho común, si éste fallece dentro de los catorce años, también los bienes propios del hijo, mas si fallece después de dicha edad, por Derecho militar, solamente los del padre, con los frutos hallados en la herencia (303).

Si hubiese fallecido un hijo de familia, militar, habiendo instituído heredero a un hijo impúber, y a éste, que estaba bajo la potestad del abuelo, le hubiese nombrado substituto, y dado tutores, será válida la substitución, pero no la dación de tutor, porque el militar puede, a la verdad, hacer para su propia herencia la substitución que quiera, pero no puede menoscabar el derecho ajeno (304).

También puede el militar substituir a su hijo, aunque esté emancipado o sea púber (305), y nombrar substituto al impúber, aunque no designe heredero de sí mismo (306); así el militar puede nombrar substituto al hijo desheredado y al emancipado, pero este derecho se ejercitará sobre aquellos bienes que de él mismo hubieren ido a poder de aquél a quien le nombró substituto, no también sobre aquéllos que hubiere tenido, o que después hubiere adquirido, porque también si a su hijo le nombró substituto, viviendo todavía el abuelo, nadie diría que la herencia del abuelo adquirida después para él le pertenece al substituto (307), y, también, si no hubiere sido adida la herencia de un militar será válida la substitución que hizo para un pupilo, puesto que se permite al militar que haga testamento para su hijo, aunque no lo hubiere hecho para sí (308), cuyo testamento será válido si el padre falleció estando en la milicia, o dentro del año de haber sido militar (309).

16.º *Desheredación*.—Aunque fuera del testamento militar, pero con referencia a los soldados, haremos notar que un edicto de Augusto prohibía que el padre desheredase a su hijo militar, pero, después, según nos dice Paulo, se dispuso hubiese de ser instituído o desheredado nominalmente, como si fuera paisano (310).

Si en un mismo testamento hubiere un militar instituído heredero, y luego desheredado, a una misma persona, se considera quitada la herencia, aunque en el testamento de los paisanos no se puede quitar la herencia con la sola desheredación (311).

El militar que tiene un hijo e instituyó herederos a otros se entiende que los deshereda tácitamente, pero, si ignorando que tiene un hijo instituye herederos a otros, no quita al hijo la herencia, sino que, valiéndose de ningún modo el testamento, viene a él la sucesión si estuviera bajo potestad (312), puesto que, si por emancipación, o por estar bajo la potestad del abuelo, no está bajo su potestad, no es heredero suyo; pero si

ocupado en una expedición hiciese testamento un militar, y no hubiere desheredado nominalmente a sus hijos ya nacidos o póstumos, sino que los hubiere preterido en silencio, no ignorando que tuviera hijos, su silencio equivale a la desheredación hecha nominalmente (313).

Y si habiendo hecho testamento el patrono, según fuero militar, hubiere desheredado a su hijo no haciendo mención de él, le perjudicará al hijo la desheredación a los efectos del patronato (314).

17.º *Legados*.—Aunque propiamente no se trata de un legado que corresponda por testamento militar, ni aun siquiera del legado dejado por un militar haremos notar que el padre puede legar un esclavo del peculio castrense de su hijo, y si el hijo hubiere muerto viviendo el padre, y el peculio quedó en poder del padre, es válido el legado; porque, cuando el hijo no use de su derecho, se cree que por retro el padre tuvo el dominio sobre el esclavo del peculio (315).

Si por un militar se hubiere instituído heredero, hasta cierto tiempo, y otro desde cierto tiempo, los legados dejados a cargo del primer heredero no son debidos por el posterior, si no se prueba que fué otra la voluntad del testador (316).

Si un militar hubiere desheredado a su hijo, o sabiendo que era su hijo lo hubiere preterido en silencio, no le podrá dar un legado a cargo de su substituído, aunque hubiese dejado cuantiosos legados (317).

Ni aun por un militar se deja, revoca o transfiere válidamente un legado a título de pena (318).

Es inválido en virtud de la ley Julia, el legado de un fundo dotal que haga un militar (319).

18.º *Fideicomisos*.—Si un militar que ya tenía hecho testamento hace otro y en éste consigna que encomienda a la fidelidad del heredero que valga el primer testamento, lo reduce a la categoría de un fideicomiso, pues, si bien al militar le es lícito tener muchos testamentos válidos, ya los haga simultáneamente, ya por separado, si especialmente hubiera expresado esto, y no se rompe el anterior por el posterior, como también podría morir en parte testado y en parte intestado, en el caso propuesto, no quiso que el primer testamento fuese válido por el mismo Derecho, sino más bien por el fideicomiso (320).

El hijo de familia, militar o veterano, aunque fallezca sin testamento, puede dejar un fideicomiso a cargo de su padre, por lo mismo que puede testar (321).

Según prueba Marcelo es válido el fideicomiso dejado por un militar a un deportado (322), por cuanto que también podía nombrarlo heredero o legatario.

19.º *Aplicación de la cuarta Falcidia*.—En el testamento de un mi-

litar deja de tener lugar la ley Falcidia, así en los legados como en los fideicomisos, pero siempre dentro de los límites del patrimonio (323).

Justiniano (Nov. 1, 2, 2), generalizó el régimen especial que ya durante el período clásico se había dado para los militares y estableció que el testador pudiese privar de la «Quarta Falcidia» al heredero mediante una expresa disposición testamentaria (324).

Si se dieran legados en testamento militar y en codicilos y computados unos y otros excedieren de los tres cuartos, se pagan íntegramente la totalidad de los legados que el militar había dejado en el testamento, y de los bienes que sobrase se divide a razón de tres cuartos y de una cuarta parte, entre los herederos y aquellos a quienes se les dieron los legados en los codicilos (325).

Si los legados que se dieron en el testamento consumieren la cuantía de la totalidad de los bienes se cuestiona si aquellos a quienes se legó en los codicilos no llevarán acaso nada, y como si se les hubiere legado siendo todavía militar contribuirán todos y de todos se deducirá a prorrata lo que se había legado de más, y fijada después la cuantía de lo que se hubiere dado en los codicilos, se deduce la cuarta parte a aquellos a quienes en los codicilos se les dieron los legados (326).

Pero si después de computados íntegros unos y otros legados se viere que lo que le queda al heredero no es suficiente para la cuarta de los mismos legados, dedúzcase lo que le falta a aquellos solos a quienes se dieron los legados en los codicilos (327).

En el supuesto de un hijo de familia, que había sido militar, y que al morir encargó a la fidelidad de su padre, por codicilos, que después de su muerte restituyese su propio peculio castrense a Ticio, no podrá deducir el padre la cuarta como heredero, pues, si bien la ley Falcidia fué aplicada también a causa de los fideicomisos a las sucesiones de los intestados, e instituído heredero un extraño, con la adición de éste se constituye la herencia, en el caso en cuestión no hay herencia y permaneciendo en poder del padre subsiste el antiguo derecho y es peculio (328).

20.º *Otras peculiaridades hereditarias.*—En orden a las complicaciones patrimoniales que pueden surgir en una sucesión, los militares dejan a los herederos instituídos solamente los bienes que tuviesen (329).

Con respecto a las responsabilidades patrimoniales, ni aun el militar puede nombrar, en fraude de acreedores, más que un solo heredero necesario (330).

## Sección tercera

### Codicilos

Con los codicilos de un militar hechos a un testamento se considera que en Derecho se da también la herencia; por lo cual, si en los codicilos hubiere dado la mitad de la herencia, el heredero instituido en el testamento por todo el as tendrá la mitad, pero se deben en común los legados dados en el testamento (331).

Los codicilos hechos por el que está en la milicia, que antes había hecho testamento común no se refieren a éste y son válidos por Derecho militar (332).

Si después de su licenciamiento hiciere codicilos un militar, y falleciera dentro del año, deben ser pagados íntegros los legados en virtud del testamento que con fuero militar hizo en la milicia tenida cuenta de la Falcidia en virtud de los codicilos, pero se ejecutará así: si teniendo cuatrocientos, hubiere legado cuatrocientos en los testamentos y cien en los codicilos, el heredero retendrá la quinta parte, esto es, de los ochenta que por los codicilos irían al legatario, si no soportase la Falcidia, el cuarto, esto es, el veinte (333).

Si el tribuno militar, permaneciendo en los campamentos, hubiere hecho codicilos dentro de ciertos días después que su sucesor había llegado a los campamentos, y hubiere fallecido allí, como quiera que deja de ser considerado en la condición de militar, después que su sucesor llegó a los campamentos, sus codicilos han de ser estimados por esto conforme al Derecho común de los ciudadanos romanos (334).

## Sección cuarta

### Querela inofficiosi testamenti

Los hijos no pueden acusar de inoficioso el testamento de un militar, sea hecho según el Derecho militar o el civil (335). Y ni aun el militar puede acusar de inoficioso el testamento de un militar (336).

Si estando un militar en el servicio hubiere hecho algún testamento, y hubiere fallecido dentro del año después que dejó el servicio, no puede ejercitarse con él la querrela de inoficioso (337).

Dice Papiniano en el libro II de las Respuestas que, se da en cambio la querrela de inoficioso contra el testamento del veterano, padre de familia, aunque sólo haya tenido los bienes que había adquirido en el servicio militar (338).

## CAPÍTULO 5.º

*Acciones hereditarias*

Procede el interdicto de exhibición del testamento por el hecho por el hijo de familia militar, que testaba de su peculio castrense (339).

Es indispensable la adición de la herencia aun para los bienes castrenses, pues si conforme a la probable voluntad de un militar no fuese adida la herencia, ni los bienes castrenses les competen a los herederos (340).

Procede la petición de la herencia del hijo de familia militar, que corresponda por testamento (341).

Igualmente procede la partición de la herencia por la del peculio castrense de un hijo de familia militar (342).

Si un militar hubiere hecho a uno heredero de sus bienes castrenses, y a otro de los demás, no tiene lugar el juicio de partición de la herencia, porque por las constituciones está dividido entre ellos el patrimonio (343).

## CAPÍTULO 6.º

*Precedente del beneficio de inventario*

Adriano concedió la venia de la restitución por entero a un mayor de 25 años, como después de adida la herencia apareciese una gran deuda, que estaba oculta al tiempo de la adición; pero esto fué concedido por Adriano por gracia especial a determinada persona, pero Gordiano lo extendió después tan sólo a los militares, mas Justiniano hizo este beneficio común a todos los ciudadanos, con la condición de hacer un inventario de todo el activo de la herencia dentro de los dos meses de tener conocimiento de su delación, y de renunciar al derecho de deliberar, y de esta manera no habían de responder de las deudas hereditarias más que en cuanto alcanzase el activo de la herencia (344).

## CAPÍTULO 7.º

*Posesión de los bienes*

Dispone un rescripto del divino Antonino Pío que en los bienes castrenses no se da la posesión de los bienes contra el testamento del hijo militar (345).

Al padre de aquél, que él mismo hubiere sido manumisor en la emancipación, se le ha de dar contra las tablas del testamento la posesión de los bienes de la parte debida, excepto de aquellas cosas que hubiere ad-

quirido en los campamentos, de las cuales tiene la libre facultad de testar (346).

El padre o ascendiente, según responde Antonino, no puede acudir a la posesión de los bienes contra el testamento del hijo que comenzó a ser militar (347), pues al ingresar en la milicia convalida por Derecho militar el testamento que se había hecho con anterioridad.

Adriano, en una epístola del año 119, traducida por Girard del griego, trata de los derechos sucesorios de los hijos de los militares, y determina que, si bien los hijos son repelidos de la adición de los bienes paternos, cuando sus padres estuvieron ocupados en la milicia, si fueron habidos en contravención a la disciplina militar, en muchas ocasiones interpretó más humanamente la dureza de lo estatuido por los príncipes, y aunque no son herederos legítimos de los padres al tiempo en que estuvieron ocupados en la milicia, se les concederá la posesión de los bienes de aquella parte del edicto que la concede al género de los cognados (348).

La desheredación tácita de los hijos del militar no le priva de los bienes del liberto, del padre o del abuelo (349).



## TERCERA PARTE

**Modificaciones introducidas en la regulación de las acciones y ejercicio  
de los derechos**

Se caracterizan las peculiaridades observadas en esta parte de nuestro trabajo por tres principios cardinales referentes: a determinados beneficios en cuanto al ejercicio de las acciones y derechos, a fin de impedir que los militares queden perjudicados en relación a los paisanos, como consecuencia de su condición de ausentes por causa de la República; al sometimiento de los militares a sus mandos, como consecuencia de la disciplina, por lo que se concede a esto facultades judiciales, y a impedir a los soldados el ejercicio de aquellas actividades que pudieran distraerles de las atenciones del servicio y someterle a una extraña jurisdicción.

## Título I

## PROCEDIMIENTOS

No se trata propiamente de un estudio del procedimiento romano y de las excepciones que con relación a los militares se observan en el mismo, lo que vamos a examinar, sino de aquellas alteraciones que dan carácter a las reglas a que han de someterse los militares para el ejercicio de sus derechos.

1.º *Fuero militar*.—Característico de la institución armada es el derecho de juzgar a sus miembros, no sólo en cuanto a los asuntos o infracciones que afecten a la disciplina, sino con relación a cualesquiera causas, a fin de evitar el sometimiento de los soldados a potestades extrañas a la milicia.

Es éste el llamado «fuero militar» y consiste en la facultad del que tiene el mando de un ejército de juzgar a cuantos le están sometidos, por razón de su imperio jerárquico (350).



Sin embargo, es preciso que la condición militar en el momento mismo en que se plantea la causa exista ya, pues quien después de ser llamado a juicio comienza a ser militar no tiene el privilegio del fuero (351).

2.º *Prohibición de utilizar el carácter militar para valer más en los juicios.*—El que se dedica a la milicia con objeto de valer más en juicio frente a su adversario ha de ser degradado, aunque tal licenciamiento no es deshonoroso, ni se prohíbe que finido, abandonado o transigido el litigio se dedique a la milicia del mismo orden (352). Tampoco puede el militar litigar sobre la cosa que le fué donada, si se hizo la donación para variar el juicio (353).

3.º *Términos judiciales.*—Respondió Trajano a Minicio Natalio, que en los días feriados se suspende toda actividad forense, por darse vacaciones para tales asuntos, mas tenida cuenta de la urgencia de los asuntos militares, en que cualquier dilación puede afectar a la seguridad misma de la institución armada y, por ende, de la patria, se dispone que los negocios que afectan a la disciplina militar deben proseguir aun en los días feriados (354).

La misma suprema razón del superior interés del ejército hace que no pueda abandonarse el servicio ni aun para el ejercicio de ciertas acciones, y dado que tal imposibilidad colocaría al militar, de guarnición o en campaña, a veces a muchos kilómetros del punto de su ejercicio, en situación de no poder hacer uso de las mismas, se dispuso que si le competiera una acusación no se extinguiera ésta por el lapso de tiempo en que prestó servicio a la República (355).

Sin embargo, en cuanto a las apelaciones se refiere, puesto que no se trata de iniciar un procedimiento, sino de su continuación, no hay ya razón ninguna para eximirles del transcurso del tiempo y se dispone que no se dispense a los militares de los plazos para apelar, y que, si vencidos no hubiesen apelado y cumplido las formalidades, no son oídos después (356).

4.º *De la procuración y la defensa.*—El militar se halla excluido del mandato judicial (357), y, en cambio, sí puede serlo el veterano, pues en él no se dan las razones que aconsejan no interesar al soldado en asuntos que puedan distraerle del servicio o relajar la disciplina, y tan es así que este último no puede ser nombrado procurador aunque lo consienta su adversario, a no ser que por alguna circunstancia no se hiciese mención de esto al contestar la demanda, pues únicamente, y por excepción, se permite la procuración al que lo es en causa propia, o común de su cuerpo, porque, en un caso, se representa a sí propio, y, en el otro, representa los intereses mismos de la institución armada (358).

El militar, al igual que la mujer, el enfermo crónico, el que ha de

estar ausente por causa de la República, etc., no puede ser nombrado defensor (359), pues no puede entenderse que sea defensor idóneo quien haya de tener su atención embargada en otros asuntos o sea incapaz de prestarla.

5.º *Del testimonio.*—No pueden ser llamados, de su banderas o sus cuerpos, los militares, para prestar declaración (360), pues si como doctrina general se prohíbe que puedan ser llamados testigos que hallan de hacer un largo camino, con más razón se ha de impedir que puedan ser apartados del servicio los militares, so pretexto de un testimonio exigido por el arbitrio de cualquier litigante.

Tampoco pueden ser obligados los militares a prestar testimonio en contra de su voluntad (361), ya que resultaría contradictorio que a quien no puede juzgarse, por tener un fuero especial jerárquico, pudiera obligársele a declarar en fuero ajeno.

También están exentos, por razón del honor de la milicia, tanto los militares como los veteranos, excepto los licenciados por ignominia, del tormento, así como quedan exceptuados de las penas de los plebeyos (362). Este privilegio es extensivo a los hijos de los militares y veteranos.

6.º *Del ejercicio de las acciones.*—A los militares les está vedado intentar acusación que tenga semejanza con un juicio público, tanto para evitar se distraigan de las atenciones del servicio, como para librarlos del sometimiento a extraña jurisdicción, pero se les permite ejercitar la acusación cuando se trate de injurias propias o de los suyos (363). También les es permitida la acusación en el caso de causa por la ley «*Julia maiestatis*» (364).

La prohibición de comprometerse en litigios no tiene efecto cuando se trate de litigar por la libertad de las personas parientes suyas (365).

Como premio a los militares que alcanzaren licencia honrosa, después de veinte años de servicio o por inválidos, se les dispensa de la necesidad de apelar (366).

7.º *De la carga de la prueba.*—En el caso de la querrela por lo no debido, si quien se querrela fuere pupilo, o menor, o mujer, o acaso ciertamente un varón de edad perfecta, pero militar o agricultor, e inexperto en los negocios forenses, o de otra manera habituado a la sencillez y entregado a la desidia, corresponde a quien recibió el dinero la prueba de que lo recibió bien y que se le pagó el que se le debía, y si no lo probare habrá de restituir (367).

8.º *Beneficio de competencia.*—El *beneficium competentiae*, como límite de la ejecución forzosa puede darse, sin necesidad de que medie *cessio honorum*, a favor del soldado contra todos sus acreedores (368).

Este límite de la ejecución queda circunscrito, en cuanto al militar

que obtuvo estipendios de la milicia armada, a pagar hasta cuanto puede hacer (369), según expresa un texto del Digesto, o hasta cuanto puede satisfacer (370), según expresa otro, si bien creemos que ambas expresiones tienen el mismo valor.

No obstante, no han de quedar retenidos los estipendios por causa de condena, cuando la cosa juzgada pueda ser ejecutada de otro modo. (371).

En cuanto al marido militar, que tuviera peculio castrense, también será condenado en cuanto pueda pagar, pero teniendo en cuenta que está obligado a responder con este peculio aun a los acreedores no castrenses (372).

## Título II

### ACCIONES, EXCEPCIONES Y RESTITUCIÓN

Por su eminente carácter procesal, estudiamos las acciones, excepciones y la restitución seguidamente de las peculiaridades observadas en los procedimientos, si bien en algunos supuestos sería más adecuado estudiarlas al hablar de la institución a que hagan referencia, y por otra parte tal vez se considere algo artificioso el tratar separadamente en Derecho romano las acciones de los procedimientos, en un examen realizado preferentemente sobre el «Corpus Iuris Civilis», pero hemos preferido seguir este método aunque haya sido preciso sacrificar la unidad a la claridad.

1.º *Reivindicación*.—Es permitido reivindicar dentro del año útil, repelida la prescripción del tiempo intermedio, la posesión de lo que durante el tiempo de la milicia se poseyó por otro en los bienes de alguien, luego que éste haya dejado de estar ausente por causa de la República; mas después no debe perjudicar el derecho del poseedor, adquirido contra él (373).

Por otra parte, si alguien compró a su nombre algunos bienes con dinero de un militar se concede, por los fueros de la equidad y por consideración a la milicia, acción reivindicatoria útil, sin perjuicio de las acciones de mandato o gestión de negocios (374).

Si el militar hubiere aceptado la herencia, puede reivindicar los bienes contra el poseedor y contra los que compraron del poseedor (375).

2.º *Usucapión*.—El hijo de familia militar usucape lo adquirido en los campamentos (376), como consecuencia del derecho de posesión que se le concede sobre las cosas que constituyen el peculio castrense.

3.º *Prescripción de largo tiempo*.—Los militares ocupados en expediciones pueden oponer excepción frente a la prescripción, pero sólo les favorece el tiempo en que estuvieren ocupados en expedición, pero no el que pasan en otros lugares o en sus casas (377).

4.º *Restitución por entero.*—Se concede el beneficio de la restitución por entero al hijo de familia militar menor de 25 años, perjudicado en su peculio castrense, como perjudicado en su patrimonio (378), por lo mismo que se les considera propietarios del mismo durante su vida.

También pueden implorar el auxilio de la restitución los médicos militares porque el cargo que ejercen beneficia al público (379).

El sucesor de un militar puede ser restituído por entero, con igual razón que el de quien estuvo ausente por causa de la República y que el del menor (380).

Igualmente procede la restitución si al militar que usucapía sucede el heredero que completó la usucapición (381).

Si se reivindica un campo que fué asignado a los militares, que, por consideración habían dado una cantidad al poseedor, procede la restitución de esta cantidad, pues nada debe quien reclama lo propio (382).

Y si por razón de daño inminente hubiere sido uno puesto en posesión de las casas de un militar, no es restituído si hallándose él presente mandó el Pretor que fueran poseídas, pero si estuviere ausente procede el auxilio de la restitución (383).



## II

## SIGNIFICACION DEL DERECHO MILITAR

Examinadas, con relación a las distintas peculiaridades que hemos encontrado a través del «Corpus Iuris Civilis» y alguna otra fuente, la razón de ser de su existencia, nos queda el más arduo problema de determinar en su conjunto el fundamento o justificación del que denominamos Derecho privado militar de los romanos.

Si hubiésemos de abordar la cuestión de una manera simplista y sin más excepciones que las relativas a la observancia de determinadas formalidades, tal vez nos resolvería el problema Ihering, cuando dice que «la omnipresencia del jurista y la facultad de hallarse en todas partes era el postulado tácito del Derecho antiguo. El jurista acompañaba al ejército, el jurista protegía contra el jurista; porque la complacencia del práctico era el contrapeso indispensable a las exigencias rigurosas del teórico, y sin ese contrapeso la teoría no hubiera llegado a ser lo que fué. Ella dió origen a ventajas tan excepcionales como las que se reconocieron a los soldados más tarde al otorgarle ciertos derechos, medida que no fué ni un favor ni un privilegio, sino una necesidad, dada la situación particular de esa clase de ciudadanos. En efecto, sin hablar de la ignorancia de los negocios que al soldado le es propia, éste no disponía siempre del auxilio del jurista, porque el juriscosulto del campamento estaba al servicio del general en jefe y de otras personas consideradas, pero no tenía nada que ver con la masa de los soldados» (384). Sin embargo, hay algo bastante más complejo, pues, como dice Padelletti, cuando apareció el dualismo del *ius Romanorum* y *peregrinorum* surgió, a su vez; el *ius militum* junto al *ius privatorum* o *paganorum*, no siendo el *ius militum*



un complejo de privilegios imperiales, sino el Derecho común adaptado, por la jurisprudencia clásica, a un orden especial de personas, pues, so color de *imperitia* y *simplicitas*, los soldados venían exentos a la lógica rigurosa del Derecho civil, «arma enim magis quam iura sciunt milites», C. VI, 30, 32, pr. (385).

Pero es que el Derecho militar no es ni aun esto solamente, pues no podemos olvidar disposiciones que son, no ya normas de aplicación, favorable o rigurosa, a los militares, sino medidas de protección especial de los ciudadanos frente a los militares, como las prohibiciones referentes a tributos u oficios que vejen a los hombres so pretexto de ayuda a los militares (386); o a que no se prive de la única luz o del reducido ajuar a los hombres de cortos haberes con pretexto de la llegada de militares (387); o a que no se embarguen injustamente los provechos que algunos vindiquen a nombre de militares (388).

Y es natural que no podamos encontrar un único fundamento que pueda servir de justificación jurídica a las normas que constituyen el Derecho militar puesto que, de una parte, determinados preceptos son verdaderos favores o privilegios dados a los soldados, y carecen de justificación, si bien éstos sean aislados y no tengan trascendencia para el sistema, y, por otro lado, ni presidió un mismo propósito al dictar todas estas disposiciones, ni todas son de una misma época, ni hay en las mismas una trayectoria única en cuanto a sus fuentes y alcance, no obstante lo cual, en una visión de altura realizada en el siglo XX sobre el conjunto de normas que constituyen el Derecho privado militar de los romanos, tal vez podamos sentar unas bases, por encima del casuismo exegético de cada supuesto, para lo cual será preciso proceder por vía de inducción, recordando la razón que, aun sin pensar en ella, y sin proponérselo tal vez los mismos romanos, existe como fundamento de las normas que constituyen el objeto de este estudio.

Si recordamos las expuestas razones que hemos ido viendo a través de nuestro trabajo, podremos resumir las mismas en las siguientes: impedir que sean los militares de peor condición que los ciudadanos que no están sobre las armas; robustecer la eficacia del ejército y su disciplina; compensar el excesivo rigor con que se castigan las faltas contra el honor, con un especial reconocimiento de éste; dar sanción legal a una situación de hecho creada por las necesidades del servicio; impedir cuantas situaciones, u ocupaciones, puedan relajar la disciplina, distraer la atención a las necesidades del servicio, o causar una perturbación innecesaria a los ciudadanos comunes, y, por último, sancionar más severamente cuanto atente al honor militar o a la disciplina.

Circunscrito el problema a tales términos, podemos decir, con exactitud científica, que el fundamento y justificación de las normas de excep-

ción que constituyen el Derecho privado militar de los romanos se encuentran en la necesidad de dotar al ejército y a sus componentes de los medios precisos para cumplir sus fines; evitar que los soldados se hallen en situación de inferioridad, con relación a los demás ciudadanos a quienes protegen, y alejar el peligro de cualquier posible extralimitación que de la fuerza pudiera hacerse.

Ahora bien, no perdamos de vista que, junto a las disposiciones que responden a tales razones, se hallan algunas excepciones que no obedecen a más razón que el favor de los Emperadores, que quisieron congraciarse con ellos, premiarles el concurso que un día les prestaron para subir al trono, pero tales normas verdaderamente privilegiadas, si bien las hemos recogido al examinar toda excepción apuntada, no tienen el valor de sentar precedente jurídico en la legislación, sino que, por el contrario, son muchas veces suprimidas o desvirtuadas por emperadores posteriores, al revés de lo que sucede con aquellas peculiaridades que están basadas en las razones de equidad o necesidad ya apuntadas; y cuando desaparece la razón que se tuvo en cuenta al dictar la norma, como ocurre con la libertad de forma testamentaria, de la que se había llegado a abusar en muchos casos, al irse extendiendo a quienes no se hallaban en condiciones de no poder usar de las formas ordinarias del testamento, se restringe su alcance hasta donde sea preciso, o se varía su tenor en la medida exigida por las circunstancias de tiempo y lugar.

Y es que los romanos, aun sin proponérselo ni advertirlo ellos mismos, van creando un sistema de Derecho militar, y desde el momento en que se da el supuesto excepcional que requiere la norma peculiar, aparece ésta. Y así se va formando este conjunto de normas especiales que constituyen el que denominamos Derecho privado militar de los romanos, cuya última razón reside en la del ejército mismo, pues, si se admite como necesario para la existencia del Estado romano, en esta misma necesidad estriba el fundamento de las normas jurídicas que constituyen su ordenamiento.

Y tan obvio parece razonar la exigencia de un ejército, garantía interna y externa del Estado, que haríamos punto final sobre esta cuestión, si el profesor Martín Martínez no nos recordase (389) que Justiniano afirma de una manera rotunda y terminante que la suprema tutela y salvaguardia del Estado procede de dos clases de garantías: las armas y las leyes (390), y que precisamente por ello interesa que la majestad imperial disponga tanto de las armas para vencer a los enemigos, como de las leyes, para que siendo el emperador religiosísimo observador de la justicia impida las iniquidades de los hombres y pueda así gobernar rectamente lo mismo en tiempos de paz que en días de guerra (391), ya que

estima que entre las armas y las leyes existe una tal interdependencia que han de prestarse recíproco auxilio (392).

### Su naturaleza jurídica

Dice Hernández Gil (393), que atendiendo a la terminología de las fuentes, aparecen usadas las siguientes denominaciones: *privilegium* (D., 29, 1, 20, 1; D., 29, 1, 21; D., 29, 1, 24; D., 29, 1, 41, pr.; Ins., 2, 11, pr.; Ins., 2, 11, 1; C., 6, 21, 6; C., 6, 21, 7; C., 6, 21, 18); *Beneficium* significando *privilegium* (D., 29, 1, 3; C., 6, 21, 17); *Concessio* (C., 6, 21, 5); *praerrogativa* (C., 6, 21, 7); *Ius singulare* (D., 29, 1, 2; D., 29, 7, 2, 2; D., 40, 5, 23, 3; D., 41, 2, 23, 1; D., 41, 3, 44, 3; D., 41, 21, 44, 1); *Ius militare* (D., 29, 1, 4; D., 29, 1, 7; D., 29, 1, 9; pr.; D., 29, 1, 15, 2; D., 29, 1, 38; D., 29, 1, 9, 1; D., 1, 10; D., 29, 1, 15, 5; D., 29, 1, 26; D., 29, 1, 4; D., 29, 1, 44; C., 6, 21, 16); se contraponen *Derecho militar* y *Derecho común* (D., 29, 1, 11; D., 29, 1, 34, 1; D., 29, 1, 36, 4; D., 29, 1, 38, 1; C., 1, 5, 22); *Mos militare* en lugar de *ius* (D., 29, 1, 33, pr.). Las expresiones *privata privilegia* y *personales constitutiones* no se utilizan.

Sin perder de vista la importancia que el examen de la terminología de las fuentes pueda tener, opinamos, con Savigny (394), que lo que ha producido la confusión en esta materia, es que se ha confundido el *ius singulare* con lo que se llama hoy *privilegio*, es decir, la exención de las reglas del Derecho concedida por el poder supremo del Estado a ciertas personas, siendo así que para esclarecer este asunto es preciso examinar las cosas en sí mismas, independientemente de la fraseología.

Por esta razón, puesto que nos proponemos investigar la naturaleza jurídica del Derecho privado militar de los romanos, que hemos expuesto en sus peculiaridades más características, hemos de rebasar cuantos estudios se han hecho hasta la fecha en el tereno de las especialidades militares, ya que el interesantísimo y más completo estudio del profesor Hernández Gil, se reduce al sistema sucesorio, mientras que nosotros pretendemos abarcar todas las manifestaciones que en campo del Derecho privado supongan un trato especial para los militares, o para quienes se encuentren en situación militar, y por ende determinar la naturaleza jurídica de este conjunto de normas, como formando un sistema que aun sin proponérselo forjaron los romanos.

Según Hernández Gil (395) la expresión *ius militare* sólo la emplean las fuentes con relación al sistema sucesorio y no a otras normas de excepción relativas al *miles*, pero, como acabamos de decir, no hay por qué dar demasiado valor a este dato, que únicamente habríamos de tener en consideración si nos convenciésemos que el concepto del privilegio po-

dría explicar todas las peculiaridades que con relación al soldado hemos estudiado, pero si como hemos notado las normas verdaderamente privilegiadas aparecen raras veces y casi todas las que hacen referencia al *miles* se hallan relacionadas por una identidad de fines en razón a determinadas razones que las impulsan, díganlo o no así los textos, existirá un verdadero Derecho militar que no se limita a las disposiciones meramente testamentarias.

Si examinamos, tan sólo a fin de ayudar al objeto de nuestro trabajo, algunas posturas sostenidas por la doctrina respecto a los conceptos de *privilegium* y *ius singulare* (de gran utilidad la documentada exposición que el profesor Hernández Gil hace a este respecto en las páginas 175 a 233 de su tanta veces citado trabajo «El Testamento Militar»), veremos que Heinccio (396) afirmaba que para los antiguos era lo mismo privado que singular y, por consiguiente, el privilegio es una ley singular, y se definen los privilegios como «constituciones por las cuales el imperante da alguna recompensa al mérito o impone una pena extraordinaria, de modo, sin embargo, que no sirva de ejemplar». Esta definición de Heinccio identifica privilegio con norma individual, o individualizada, sin que importe a este respecto el que implique un trato más favorable o más severo, al contrario de la idea más generalizada de privilegio como dispensa favorable de la ley a persona o personas determinadas, si bien, como se observará más adelante, hay algún otro autor que da al privilegio la misma significación.

Savigny (397), como hemos dicho antes, define el privilegio como «la exención de las reglas del Derecho concedida por el poder supremo del Estado a ciertas personas».

Maynz (398) estima los privilegios como parte del Derecho singular y dice que «son derechos excepcionalmente concedidos a uno o varios individuos determinados» y distingue, algo después, los *privilegia legalia* y los *pactitia*, según que deriven de un acto espontáneo del poder legislativo o bien de una convención hecha entre particulares y el Estado, y mientras los primeros pueden ser revocados por el poder legislativo sin que el consentimiento del privilegiado sea necesario, en los segundos no puede suceder así, porque la convención establece entre las partes contratantes un lazo obligatorio que no puede desatar la sola voluntad de uno de ellos, y se dividen comúnmente los privilegios en *privilegia personae*, *rei* y *causae*, según que sean concedidos a una persona determinada, a una cosa o a un derecho, y mientras los *privilegia personae* se extinguen por la muerte de la persona a que pertenecen, los *privilegia rei* y *causae* se transmiten a todos los que suceden en la cosa o en los derechos a los cuales son otorgados (399).

En este mismo sentido se expresa Windscheid (400), al decir que «la

aplicación más importante del Derecho excepcional está en esto, que con ello se establece, para una cierta clase de persona o cosas o relaciones jurídicas, algo que no teniendo vigor respecto de las otras personas, cosas o relaciones jurídicas, se le asemeja. Si la disposición excepcional contiene un favor, se habla entonces de un privilegio, y por lo mismo se llama privilegio a la postura de favor creada en la disposición excepcional. Los privilegios son personales, si favorecen a una clase de personas o de relaciones jurídicas. Mas la expresión privilegio se usa también para indicar el favor jurídico concedido a un individuo o a una cosa singular, o a una singular relación de derecho individual».

Glück (401) dice: «Un privilegio en sentido estricto es una especial disposición soberana que concede una excepción del Derecho común con relación a un cierto individuo de modo que se extienda no sólo a aquel caso singular, sino a todos o a muchos casos futuros de la misma especie. Un tal privilegio puede ser favorable u odioso, y puede por tanto aportar una ventaja o una pena al privilegiado».

También Sanfilippo (402), muy recientemente, vuelve a considerar el privilegio, al igual que lo había hecho Heinccio y que Glück, como norma jurídica dada especialmente en favor o en contra de determinada persona (*lex in privos lata*), y añade que los privilegios fueron especialmente vedados en las XII tablas, por repugnar al concepto esencial de igualdad ante la ley.

Hernández Gil (403) reconoce la imposibilidad de orientarse ante la imprecisión de las fuentes que unas veces hablan (se refiere al *testamentum militis*, pero a nosotros nos es de utilidad para todo el Derecho militar) de *privilegium* y otras de *ius singulare*, y concluye que hay que investigar la verdadera naturaleza jurídica del conjunto de normas a él referentes, para apreciar si por su contenido, fundamento y fin, constituyen o no un tipo del *ius singulare* verdadero y propio.

Si analizamos las fuentes veremos que, según Paulo, el Derecho singular «quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est» (404). Sin embargo, la utilidad no es nota peculiar del Derecho singular, ya que aparece en las definiciones de Derecho público y privado (405), y Hernández Gil, aclara a este respecto, que ha de estimarse sin duda como una *utilitas* particular (406).

Savigny, para quien el *ius singulare* no pertenece al puro campo jurídico, sino que se halla fundado sobre principios de moral y utilidad pública, afirma que «las reglas del Derecho difieren también por la naturaleza de su origen, puesto que ellas pueden hacer del Derecho propiamente dicho (*ius o aequitas*), o tener un origen extraño a él a causa de elementos extraños que se introducen en el Derecho, alteran la pureza de sus principios y van, por lo mismo, *contra rationem iuris*; he aquí su



denominación de Derecho anormal, al que los romanos llamaban *ius singulare* y le daban por base una *utilitas* o una *necessitas* diferente del Derecho» (407), y este criterio es seguido por Pescatore (408), para quien el origen inmediato del *ius commune* es la verdad y el del «*ius singulare*» la utilidad.

Dice Hernández Gil (409) que el *ius singulare* lo mismo que tiene una *utilitas* propia, tiene también una *ratio* propia, que se aleja de la razón más general sobre que reposan las reglas del Derecho común, y en este sentido, debe interpretarse «*quod contra tenorem rationis*», y termina afirmando que debe rechazarse la confusión según la cual las normas de Derecho singular se identifican con las llamadas *singularidades* o *anomalías históricas* del Derecho.

Arangio-Ruiz (410) sostiene que las definiciones que presentan el Derecho singular como una disposición divergente del sistema de un determinado ordenamiento jurídico, no respondiendo a su *ratio iuris*, sino sugerida por razones de utilidad práctica, no tienen en cuenta que si la norma no singular se inspira en una *ratio*, en un criterio de equilibrio entre los varios intereses contrapuestos y las varias partes del sistema jurídico, la norma de Derecho singular no niega esta *ratio*, si bien en determinadas hipótesis presenta a primera vista otros caracteres y es susceptible de una regulación diferente, por lo que hace las veces de una *ratio* diversa.

Estimando la propia naturaleza del Derecho singular, Van Wetter (411) contrapone derechos comunes a derechos particulares, que son los que descansan en una disposición excepcional de la ley. Y Mainz (412) contrapone, a su vez, Derecho general o común a Derecho singular, según se refiere a todos los ciudadanos o a una parte de ellos solamente, y define los *iura singularia* como concedidos a una categoría de individuos.

Glück también distingue el privilegio en sentido propio del que llama Derecho particular (*iura singularia*), y entiende por tal aquella disposición del Derecho común que conteniendo una excepción al Derecho antiguo y riguroso para todos los súbditos o para aquéllos que se encuentran en determinada circunstancia con relación a la edad, al sexo, a su condición o a una determinada categoría de cosas o personas.

Por su parte, concluye Hernández Gil su trabajo referido, determinando como diferencias entre *ius singulare* y el privilegio (414): 1.º No es utilizable el concepto moderno según el cual, en sentido técnico, el privilegio no forma parte del Derecho objetivo, sino que es sólo la concesión de un derecho subjetivo, frente al Derecho singular que se refiere abstractamente a determinadas clases de personas (Pacchioni); 2.º Tampoco es utilizable el criterio de Bruns, que parifica *ius singulare* y *privi-*



*legium* y distingue éste en general y especial; 3.º Menos utilizable es el criterio de Maynz (415) que llega a identificar *iura singularia* (*privilegia, beneficia legis*), ni el de Glück que incluye los *iura singularia* dentro de los *privilegia*, y. 4.º Hay que diferenciarlos por medio de un concepto, como hace Windscheid (416), que considera el privilegio como un «trato jurídico favorable», o Bonfante, como disposición excepcional no justificada por el fin correspondiente. Y define Hernández Gil: Derecho singular—proposición jurídica de naturaleza abstracta, que en razón a una determinada necesidad y fundada en una particular *utilitas*, o *aequitas* contradice un principio jurídico general—, y privilegio —disposición jurídica abstracta, que sin justificación adecuada, por lo que representa un trato jurídico de favor, quebranta un principio general.

Aceptamos, como adecuado al objeto de nuestro estudio, el concepto últimamente apuntado de Derecho singular, y pasamos a examinar la naturaleza del Derecho privado singular de los romanos, en una visión total de la serie de normas que hemos examinado, y habida cuenta de la razón o justificación que cada vez hemos encontrado y a las que nos remitimos.

Dice el profesor Alvarez (417) que «en términos generales, la equidad es un criterio especial con arreglo al cual se realiza la valoración del Derecho positivo, y, a la vez, un fundamento de su interpretación; se busca mediante ella el espíritu y el sentido de las leyes y de los negocios jurídicos, intentando precisar su adecuación a los casos concretos. Para los romanos, la equidad se confundía, en último término, con el Derecho. Era propiamente una norma, que todavía no se había convertido en *ius*, en Derecho positivo, pero que la conciencia social exigía que cristalizara en Derecho vigente. No era, en verdad, el Derecho mismo, pero se estimaba que éste debía ser en cada momento de su vida una expresión de la equidad, a la que debía conformarse su esencia. Era una exigencia de la creación del Derecho y, a la vez, de su aplicación e interpretación. Y como el sentido de la equidad corría paralelamente a las mutaciones de la vida social y se identificaba con ellas, cuanto más precisa y rígida era la formulación de la norma tanto más se hacía sentir su oposición a la *aequitas*. Así, dice Plautus (*Menaechmi*, 14, 2, 10): *Quia neque leges, neque aequom usquam colunt?*».

Es la equidad el criterio que, junto a la necesidad, ha presidido la valoración de casi todas las normas que, referentes al *miles*, han sido sancionadas posteriormente como verdadero *ius* al introducir en el Derecho positivo una situación ya existente. Así, aparte la influencia de algunos principios helénicos, nos encontramos, por ejemplo, con la situación creada por la introducción de los provinciales en el ejército, que impediría, entre otras cosas, la sucesión a favor de sus familiares si éstos no

eran ciudadanos (418), lo que daría lugar a que quedasen aquéllos en una situación de tan manifiesta inferioridad, con relación a las demás clases de ciudadanos que aquí la equidad se abre paso y da lugar a la concesión de la ciudadanía a los descendientes del soldado licenciado honrosamente, al igual que se le otorga el derecho de conubio con su cónyuge.

Ciertamente que, a primera vista, pudieran parecer verdaderos privilegios algunas de las excepciones referentes a los militares, como la que les exime de ciertos plazos en materia de procedimientos, aunque como observamos en su momento oportuno obedecían a una razón de equidad o de necesidad determinada; pero no hay que olvidar que se encuentran algunos beneficios que no tienen más razón que el favor del príncipe a los militares, si bien al dedicar un poco de atención a estos supuestos (por ejemplo, la exención del tormento y de las penas de los plebeyos a los militares y a sus hijos), nos encontramos con que aquí el Derecho positivo no hace más que equiparar los soldados a los ciudadanos de mejor condición, cosa lógica hasta cierto punto, dada la alta estima social a que eran acreedores tanto por el especial culto que rendían al honor, como por los grandes servicios prestados a la República, y si a nuestra conciencia jurídica europea y contemporánea repugna esta diferencia de trato entre ciudadanos, cúlpese al pensamiento de una época que permitió tantas desigualdades como fueron las surgidas a consecuencia de la división en *honestiores* y *humiliores*, pero no a la norma que equiparó a los primeros a los soldados. No hay en esta disposición un privilegio nuevo en el campo jurídico, puesto que, si bien se concede a los soldados un trato de favor al eximirlos de las penas de los plebeyos, no es esta clase social la representación única de los ciudadanos libres, sino la de inferior condición entre los mismos, suponiendo, pues, la exención de estas penas, tan sólo una equiparación a los ciudadanos de mejor condición, por razón del honor y de lo que al soldado se le debía.

Si en la justificación de la norma reside la fuerza que hace no sea bastante su carácter excepcional para considerarla como privilegio, en razón a una *necessitas*, *utilitas* o *aequitas* observemos el fundamento de las normas que constituyen el Derecho privado militar de los romanos, en la necesidad de dotar al ejército y a sus componentes de los medios precisos para cumplir sus fines; evitar que los soldados se hallen en situación de inferioridad con relación a los demás ciudadanos, a quienes precisamente protegen, y alejar el peligro de cualquier posible extralimitación de la fuerza de los militares, para concluir si estas razones justifican, o sólo explican las normas de referencia. Sin abordar el problema de la coacción como elemento integrante o concomitante del Derecho, pero admitida casi unánimemente la necesidad de la fuerza para hacer cumplir éste, y vistas, en el título anterior, las relaciones, necesidad e in-

terdependencia existente entre las armas y las leyes, puesto que el ejército fué el elemento más poderoso de que se valieron los romanos para garantizar su ordenamiento jurídico, es de una lógica evidente la necesidad de dotar al ejército, y a sus componentes, de medios adecuados para cumplir sus fines, al igual de quedar plenamente justificada la existencia de normas que eviten al ciudadano común posibles abusos y extralimitaciones de los soldados, y en cuanto a las peculiaridades que sirven para impedir el descenso del soldado en ciudadano de peor condición, por consecuencia de la situación de hecho en que las necesidades del servicio le colocan, es la equidad quien nos da la razón de su existencia.

Podemos, pues, considerar el Derecho privado militar de los romanos como el conjunto de normas que sistemáticamente, aunque sin proponérselo sus fautores, y embebidas dentro del ordenamiento general, confieren a los soldados, o a quienes se encuentren en situación militar, un trato especial en las normas de Derecho privado común, que permita, en todo momento, el cumplimiento de los fines del ejército y el mantenimiento de la disciplina, sin que por esto hayan de lesionarse los derechos ciudadanos de los militares.

Son, éstas, normas de Derecho singular, que hacen relación a todos quienes sean de determinada condición, o se encuentren en cierta situación, motivadas por razones de equidad o de necesidad, y que implican una excepción que aparece sistemáticamente en todo el campo del Derecho privado, cuantas veces se da el presupuesto de hecho que justifica la norma excepcional, pero con tal flexibilidad que se van adaptando y pliegando en cada momento a las necesidades creadas por las circunstancias reinantes, y desaparecen tan pronto dejan de ser precisas para cumplir los fines a que fueron dictadas. Estas son las peculiaridades que constituyen el Derecho militar, que por su carácter de utilidad sirvieron a una más comprensiva evolución de todo el Derecho común, que culmina con una asimilación, total o parcial, en tiempos de Justiniano, y cuantas normas no reúnen estos caracteres o responden a tales razones no son constitutivas del Derecho militar, sino tan sólo favores circunstancialmente otorgados a los soldados.

## EN RESUMEN

De todo lo dicho se puede concluir:

1.º El Derecho privado militar de los romanos, que carece de antecedentes en el primitivo Derecho civil romano, surge con el Imperio, al establecerse ejércitos permanentes necesarios para la expansión de Roma y para garantir su sistema político-jurídico, y se elabora casi todo en la



época clásica, para culminar en Justiniano, notablemente reducido, en una gran aproximación recíproca con el Derecho común.

2.º El Derecho privado militar de los romanos tiene su último fundamento y justificación en la necesidad misma del ejército, como garantía máxima del Estado y del cumplimiento de sus leyes.

3.º No es propiamente, y en todo momento, un Derecho profesional, sino el Derecho de quienes por razones militares se hallan en situación excepcional.

4.º Es un Derecho elaborado sistemáticamente, aun sin proponérselo los mismos romanos, que, por responder a determinados principios, aparecen en normas que se dictan cuantas veces se dan determinados supuestos de hecho, y

5.º Es un Derecho especial constituido por normas de Derecho singular (aunque se encuentren algunos privilegios, sólo tienen carácter aislado y no forman parte del Derecho especial, por carecer entre sí de conexión sistemática), referentes a quienes se hallen en situación militar, y que tienen por objeto dotar al ejército, a sus miembros y a quienes estén bajo las armas, de los medios necesarios para el cumplimiento de sus fines, así como impedir cualquier extralimitación de la fuerza.



Murcia  
U.  
de  
M.  
U.  
U.  
U.

## NOTAS DOCUMENTALES

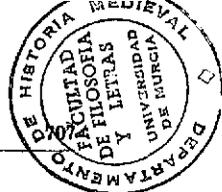
- (1) VASILII SINAISKI, *Problèmes du Droit Romain au point de vue du Droit Quiritaire, (et nouveaux fragments des Institutes de Gaius)*, Publications de L'Université de Lettonie, acta Universitatis Latvicensis, Riga, 1936.
- (2) SINAISKI, loc. cit., pág. 2.
- (3) SINAISKI, loc. cit., pág. 3.
- (4) SINAISKI, loc. cit., pág. 5. Confrontar ÉBOUARD GUO, *Ancien Droit*, pág. 23 y (*Pomp.*, D., 1, 2, 25, 2, 12. Cicerón, Pop. 5).
- (5) SINAISKI, loc. cit., pág. 12.
- (6) J. PACCHIONI, *Manual de Derecho Romano*, trad. I. Martín y A. Reverte, publicaciones de la «Asociación Cardenal Alborno», Valladolid, 1942, 1, pág. 365.
- (7) SINAISKI, loc. cit., págs. 24 a 27.
- (8) SINAISKI, loc. cit., pág. 89.
- (9) R. VON IHERRING, *El Espíritu del Derecho Romano*, trad. Príncipe Salorres, 5.ª tirada, I, pág. 28.
- (10) IHERRING, loc. cit., pág. 306 del I. I.
- (11) SINAISKI, loc. cit., págs. 1227-123.
- (12) SINAISKI, loc. cit., pág. 5.
- (13) SINAISKI, loc. cit., pág. 140.
- (14) SINAISKI, loc. cit., pág. 93.
- (15) GIOVANNI PACCHIONI, *Breve Historia del Imperio Romano, narrada por un jurista*; Ed. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1944, págs. 91 y 92.
- (16) D., 29, 1, 1, 1, *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*.
- (17) D., 49, 17, 6, *ULPIANUS libro XXXII. ad Sabinum*.
- (18) D., 38, 2, 2, *MARCIANUS libro I. Institutionem*. En igual sentido, véase *MODESTINUS*, D., 37, 14, 8.
- (19) D., 38, 2, 3, 8, *ULPIANUS libro XLI. ad Edictum*.
- (20) C., 6, 11, 7, *Imp. ANTONINUS A. FORTUNATO*.
- (21) *ULPIANO, reglas*, (1), 20.
- (22) D., 29, 1, 40 (41), 2, *PAULUS libro XI. Responsarum*.
- (23) D., 29, 1, 40 (41), 1.
- (24) D., 29, 1, 31 (32), *MARCELLUS libro XIII. Digestorum*.
- (25) D., 40, 4, 3, *POMPONIIUS libro I. ad Sabinum*.
- (26) D., 29, 1, 29 (30), 1, *MARCELLUS libro X. Digestorum*.
- (27) D., 40, 9, 8, 1, *AFRICANUS libro III. Quaestionum*.
- (28) *GAIUS, Ins.*, 1, 32b.
- (29) *ULPIANUS, Regularum*, 2, 5, en *TEXTES de Droit Romain*, de Paul Frédéric Girard, 6me ed., Paris, 1937, pág. 467; en la edición debida a Hernández Tejero, *Inst. Nac. Est. Jur.*, Madrid, 1946, pág. 8, aparece en el texto el adverbio *praeterca* en vez *postea*.
- (30) EDIT DE DOMITIEN SUR LES PRIVILEGES DES VÉTÉRANS (an 88 ou 89). GIRARD, *textes*, págs. 193-194.
- (31) GIRARD, *textes*, págs. 124-125. El mismo autor remite a *PAUL., Sent.*, 5, 25, 6; BRUNS, págs. 423-426; RICCOBONO, *Fontes*, 1, págs. 185-188; M. LEÓN RENIER, *Recueil des diplômes militaires*, 1876, y M. MOMMSEN, C. I. L., III, págs. 843-919.
- (32) GIRARD, *textes*, págs. 127.
- (33) GIRARD, *textes*, pág. 126.
- (34) GIRARD, *textes*, pág. 127.



- (35) EDOUARD CUQ, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2.<sup>a</sup> ed. París, 1928. pág. 108.
- (36) C., 1, 28, 1, *Imp. ANTONINUS A. MAXIMO, militi*. Véase HERNÁNDEZ GIL, *El Testamento militar*, Madrid, 1946, pág. 109.
- (37) D., 22, 6, 9, 1, *PAULUS libro singulari de iuris et facti ignorantia*.
- (38) D., 29, 1, 40 (41), 2, *PAULUS libro XI. Responsorum*.
- (39) HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 110.
- (40) D., 50, 1, 23, 1, *HERMOGENIANUS libro I. Iuris epitomarum*.
- (41) D., 4, 6, 7, *ULPIANUS libro XII. ad Edictum*.
- (42) D., 49, 16, 1, *ULPIANUS libro VI. ad Edictum*.
- (43) D., 4, 6, 45, *SCAEVOLA libro I. Regularum*.
- (44) D., 4, 6, 35, 9, *PAULUS libro III. ad legem Iuliam et Papiam*.
- (45) D., 4, 6, 35, pr., *PAULUS libro III. ad legem Iuliam et Papiam*.
- (46) D., 12, 1, 26, *ULPIANUS libro V. opinionum*.
- (47) Obra citada, pág. 113.
- (48) D., 3, 2, 1, *IULIANUS libro I. ad Edictum*.
- (49) ROBALFO SOHN, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 17.<sup>a</sup> ed., trad. W. Rocas, pág. 171.
- (50) D., 3, 2, 2, 4, *ULPIANUS libro VI. ad Edictum*.
- (51) D., 3, 2, 2, 2, *ULPIANUS libro VI. ad Edictum*.
- (52) D., 3, 2, 2, 2, pr., *ULPIANUS libro VI. ad Edictum*.
- (53) D., 3, 2, 2, 1, *ULPIANUS libro VI. ad Edictum*.
- (54) PAULO, *Sentencias*, 5, 31, 3.
- (55) D., 48, 19, 38, 12, *PAULUS*.
- (56) D., 3, 2, 2, 3, *ULPIANUS libro VI. ad Edictum*.
- (57) D., 48, 5, 11, pr., *PAPINIANUS libro singulari de Adulteriis*.
- (58) D., 48, 5, 11, 1, *PAPINIANUS libro singulari de Adulteriis*.
- (59) D., 48, 18, 14, *MACER libro II. de Re militari*.
- (60) VITTORIO SCIALOJA, *Il Papiro Giudiziario Callaotii e il Matrimonio dei Soldati Romani*, en «Studi Giuridici», II, *Diritto Romano*, 2.<sup>a</sup> parte, págs. 35-41.
- (61) VITTORIO SCIALOJA, loc. cit., págs. 35-37.
- (62) Véase en VITTORIO SCIALOJA, loc. cit., los discursos de Escipión a los soldados y de Sp. Ligustino, en la nota 8 de la pág. 38.
- (63) Véanse: VITTORIO SCIALOJA, loc. cit., nota 1 de la pág. 39; SERVIUS, *Ad Aen.*, 8, 688; PROPERTIUS, 53, 45; CICERO, *Catil.*, 2, 10, 23 y *Livii Epit.*, 57; DIODORO, *fr.*, 57, 33; APPIANUS, *Hisp.*, 85; FLORIUS, 1, 33 (2, 18).
- (64) VITTORIO SCIALOJA, loc. cit., pág. 38. Este autor remite a MOMMSEN, *Corpus inscriptionum latinarum*, III, págs. 906 y sigs. y *Supplementum*, fasc. 3, pág. 2011; WILMANUS, *Commentationes in honorem Th. Mommseni*, págs. 201 y sigs. y *Corpus inscriptionum latinarum*, VIII, pág. 284 y sigs.; MISCOULET, *Le mariage des soldats romains* (Revue de Philologie, 1884, págs. 113 y sigs., reproducido en *Etudes d'institutions romaines*, París, 1887, págs. 229 y sigs.); LIPSIUS in *Taciti annales*, XIV, n. 27, y *de militis romana*, lib. V, dial. 18; FERNÁNDEZ DE RETES, *Opus, lib. V. cap. II de castr. pecul.*, 8 y sigs.; WIBLING y MESTRE, *De connubis militum romanorum*; MANRI, *Atti e monumenti de fratelli Aruati* (Roma, 1795), part. 2, págs. 436 y sigs. y pág. 477, n. 54; HANBOLD E PLATZMAN, *Iuris rom. testim. de militum honesta misione*.
- (65) Véanse las notas 32, 33 y 34.
- (66) VITTORIO SCIALOJA, loc. cit., pág. 38.
- (67) VITTORIO SCIALOJA, loc. cit., pág. 39.
- (68) VITTORIO SCIALOJA, loc. cit., pág. 39.
- (69) Véanse notas 67 y 61.
- (70) VITTORIO SCIALOJA, loc. cit., pág. 39.
- (71) VITTORIO SCIALOJA, *id.*, nota 3 de la pág. 39.
- (72) VITTORIO SCIALOJA, *id.* pág. 40.
- (73) VITTORIO SCIALOJA, *id.* pág. 40.
- (74) VITTORIO SCIALOJA, *id.*, pág. 40.
- (75) D., 23, 2, 63 (64), *PAPINIANUS libro I. Definitionum*.
- (76) D., 23, 2, 65 (66), pr., *PAULUS libro VII. Responsorum*.
- (77) D., 23, 2, 65 (66), 1, *PAULUS libro VII. Responsorum*.
- (78) D., 24, 1, 61, *GAIUS libro XI. ad Edictum provinciale*.
- (79) D., 24, 1, 62, *HERMOGENIANUS libro II. iuris Epitomarum*.
- (80) D., 23, 2, 35, *PAPINIANUS libro VI. Responsorum*.
- (81) D., 23, 2, 45, 3, *ULPIANUS libro III. ad legem Iuliam et Papiam*.

- (82) Nov., 22, 14.
- (83) D., 37, 15, 1, *ULPIANUS libro I. Opinionum.*
- (84) D., 25, 3, 5, 15, *ULPIANUS libro II. de Officio Consulis.*
- (85) Véanse, entre otros, FELIPE SERAFINI, *Instituciones de Derecho Romano*, 9.ª ed. ital., trad. de J. de D. Trías, II, pág. 355; HERNÁNDEZ GIL, obra cit., págs. 110 y 111; J. ARIAS RAMOS, *Derecho Romano, Apuntes didácticos para un curso*, Ed. Rev. Der. Priv., 1943, II, pág. 224; J. PACIGNONI, *Manual cit.*, I, págs. 229 y sigs.; V. ARANCIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, trad. de la 2.ª ed. ital. por Pelsmacker, I. E. Reus, 1943, pág. 359 (en la nota 1.ª de dicha página cita el trabajo de ALBERTARIO, *Lo sviluppo delle excus. nella tutela e nella cura rei minori*, Pavia, 1912; *Studi di dir. rom.*, I, Milán, 1933, págs. 427 y sigs.); JUAN HEINEGO, *Recitaciones del Derecho Civil Romano*, trad. Collantes Bustamante, I, Valencia, 1889, pág. 202.
- (86) *ULPIANUS. L. de excusat.*, *Fragm. Vatic.*, de excusatione, 145.
- (87) D., 27, 1, 8 (10), *MODESTINUS libro III. Excusationum. ULPIANUS. L. de excusat.*, *Fragm. Vat.*, 140. *ITEM*, *Fragm. Vat.*, 177.
- (88) D., 27, 1, 8 (10), 5, *MODESTINUS libro III. Excusationum.*
- (89) D., 27, 1, 8 (10), 1, *MODESTINUS libro III. Excusationum.*
- (90) D., 27, 1, 8 (10), 9, *MODESTINUS libro III. Excusationum.*
- (91) D., 27, 1, 8 (10), 12, *MODESTINUS libro III. Excusationum.*
- (92) D., 27, 1, 10 (12), pr., *MODESTINUS libro III. Excusationum.*
- (93) D., 27, 1, 10 (12), 5, *MODESTINUS libro III. Excusationum.*
- (94) D., 27, 10, 18 (20), pr., *ULPIANUS libro XX. ad legem Iuliam et Papiam. ULPIANUS. L. de excusat.*, *Fragm. Vat.*, 199.
- (95) D., 27, 1, 23 (25), 1, *ULPIANUS libro II. Responsorum.*
- (96) D., 27, 1, 9 (11), *ULPIANUS libro singulari de Officio Praetoris tutelaris.*
- (97) *Ins.*, I, 25, 14.
- (98) MIGUEL ANGEL RIZZI, *Tratado de Derecho Privado Romano*, Edit. Argent. Aristides Quillet, S. A., Buenos Aires, pág. 135.
- (99) C., 5, 34, 4, *Imp. PHILIPUS A. EMERITO.*
- (100) D., 29, 1, 41 (42), 2, *TRYPHONINUS A. EMERITO. D.*, 26, 2, 2, *ULPIANUS libro II. ad Sabinum.*
- (101) D., 26, 7, 40 (39, II. 41. V.), *PAPINIANUS libro V. Responsorum.*
- (102) D., 27, 1, 8 (10), 7, *MODESTINUS libro III. Excusationum.*
- (103) EDOUARD CUQ, loc. cit., pág. 237. MOMMSEN, 6, 2, 37.
- (104) Véase: GIUSEPPE CABLE, *Le origini del Diritto Romano*, Torino, 1888, pág. 537; EMILIO BETTI, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, I, Padova, 1928, págs. 157-160; EDOUARD CUQ, obra cit., págs. 147-148; EMILIO COSTA, *Historia del Derecho Romano Público y Privado*, trad. Rabentós, Madrid, 1930, pág. 267; JOSÉ SANTA CRUZ TELLEIRO, *Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano*, págs. 60-61; PAUL HUYVELIN, *Cours Élémentaire de Droit Romain*, I, París, 1927, págs. 290-292; TERTULIANO, identificado por muchos con el célebre escritor cristiano, escribió sobre «las adquisiciones hechas por los hijos de familia durante su servicio militar» (VICENTE ARANCIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, pág. 352); véase además, la bibliografía de las notas siguientes.
- (105) *SENTEN*, II, IV, 3.
- (106) D., 49, 17, 11.
- (107) Cf. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, Milano, 1925, págs. 6-9 (citado por RAIMOND MONIER, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, I, 3.ª ed., París, 1941, n. 2 a la página 332); POMPHONIUS, 38, 17, 10, pr.; D., 49, 17, 18, 5, *MAECIANUS*; D., 29, 1, 29, 3, *MARCELLUS*; D., 36, 1, 36, pr., *PAPINIANUS*; D., 41, 3, 4, 1, *PAULUS*; D., 38, 2, 3, 6, *ULPIANUS*.
- (108) MONIER, lugar citado, pág. 333; véanse notas anteriores; SILVIO PENNOZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, sec. ed., I, Roma, 1928, pág. 430; J. ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, Apuntes cit., II, pág. 185; EUGENE PETIT, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. de la 9.ª edic. franc. por J. Fernández, Madrid, 1926, pág. 267; MIGUEL ANGEL RIZZI, obra cit., II, pág. 327.
- (109) ALBERTARIO, *Studi dir. rom.*, I, 162 ss. (cit. por PAUL JÖRS, *Derecho Privado Romano*, refundido por WOLFGANG KUNKEL, trad. 2.ª ed. alem. Prieto Castro. Ed. Labor, 1937, págs. 413-414).
- (110) FITTING y ALBERTARIO, cit. por JÖRS en el lugar indicado.
- (111) *PAPINIANUS*, D., 49, 17, 13, y eod., 16, pr.; ALBERTARIO, *Studi dir. rom.*, I, 172 ss., cree que la constitución fué interpolada por Justiniano, pero se opone WOLFF, *Zeitschrift der Savigny stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 53, 366 s. (cit. por Jörs en el lugar indicado).
- (112) PAUL JÖRS, lugar citado.

- (113) Esta extensión parece ya admitida en época post-clásica (*Paulus*, Sent., 3, 4A, 3), es confirmada en C., 12, 36, 1, 1, según ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, 1925, págs. 14-16 (cit. por MONIER, ob. cit., I, pág. 337, nota 4).
- (114) D., 49, 17, 8, *ULPIANUS* libro XLV. *ad Edictum*.
- (115) RAYMOND MONIER, ob. cit., págs. 332-333.
- (116) En este sentido véanse: *Ins.*, 2, 12; PEDRO BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, tr. 8.ª ed. ital. Bacci y Larrosa, Madrid, 1929, págs. 166-167; SILVIO PEROZZI, obra cit., I, pág. 429; MIGUEL ANGEL RIZZI, obra cit., pág. 116.
- (117) PEDRO BONFANTE, *Historia del Derecho Romano*, tr. Santa Cruz, Madrid, 1944, I, págs. 550-551.
- (118) J. PACCHIONI, obra cit., I, pág. 194.
- (119) FELIPE SERAFINI, obra cit., II, pág. 402; EUGENE PETIT, obra cit., pág. 276; PEDRO BONFANTE, *Instituciones* cit., pág. 167; PAUL JÖRS, obra cit., pág. 413.
- (120) SILVIO PEROZZI, obra cit., I, pág. 431.
- (121) PEROZZI, obra cit., pág. 430 del I. I; MONIER, obr. cit., I, pág. 333; GASTÓN MAY, *Élément de Droit Romain*, 18.ª ed., París, 1932, págs. 109-110.
- (122) PAUL JÖRS, obra cit., pág. 413; PEDRO BONFANTE, *Instituciones*, pág. 166; PETIT, obra cit., pág. 276.
- (123) MAY, obra cit., pág. 110.
- (124) PEROZZI, obra cit., pág. 430, nota 4.
- (125) *Ins.*, 2, 9, 1; MONIER, obra cit., I, pág. 332; RODOLFO SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*, 17.ª ed. trad. W. Roces, Madrid, 1928, pág. 492.
- (126) Véase también J. DECLAREUIL, *Roma y la Organización del Derecho*, tr. Ramón García Reduello, Barcelona, 1928, pág. 149.
- (127) D., 37, 6, 1, 15, *ULPIANUS* libro XL. *ad Edictum*. Cf., D., 37, 6, 1, 22.
- (128) D., 39, 6, 15, *HILIANUS* libro XXVII. *Digestorum*.
- (129) D., 37, 1, 3, 5, *ULPIANUS* libro XXXIX. *ad Edictum*.
- (129) D., 49, 17, 17, *PAPINIANUS* libro II. *Definitionum*.
- (130) D., 49, 17, 17, *PAPINIANUS* libro II. *Definitionum*.
- (131) D., 11, 7, 31, *ULPIANUS* libro XXV. *ad Edictum*.
- (132) D., 49, 17, 4, 1, *TERTULLIANUS* libro *singulari de castrensi peculio*.
- (133) D., 4, 6, 13, 1, *PAULUS* libro XVII. *ad Edictum*.
- (134) *Fragment de jure fisci*, feuille 2, 10. GIRARD, *Textes*, pág. 500. Cf. con la nota 160 (D., 38, 12 (13), 2); vid. notas 166 y 169.
- (135) D., 46, 3, 98, 3, *PAULUS* libro XV. *Quaestionum*.
- (136) D., 2, 8, 8, 1, *PAULUS* libro XIV. *ad Edictum*.
- (137) D., 12, 1, 26, *ULPIANUS* libro V. *Opinionum*.
- (138) D., 14, 6, 1, 3, *ULPIANUS* libro XXIX. *ad Edictum*. D., 14, 6, 2. Véanse HERNÁNDEZ GIL, obra cit., págs. 111 y 112; EUGENE PETIT, obra cit., pág. 483; ÉDOUARD CUQ, obra cit., pág. 436.
- (139) C., 4, 28, 7, 1, *Imp. IUSTINIANUS A. HILIANO P. P.*
- (140) FEDERICO GLÜCK, *Commentario Alle Pandette*, trad. y anot. por los prof. Bertolini y Marzo, libro XIII, Milano, 1905, pág. 55.
- (141) D., 18, 1, 2, *ULPIANUS* libro I. *ad Sabinum*.
- (142) D., 49, 16, 9, *MARCIANUS* libro III. *Institutionum*.
- (143) GLÜCK, loc. cit., libro XVIII, trad. y anotat. por el abogado Umberto Grego, págs. 471-472.
- (144) D., 19, 2, 50 (53), pr., *MODESTINUS* libro X. *Pandectarum*.
- (145) D., 24, 1, 32, 8, *ULPIANUS* libro XXXIII. *ad Sabinum*.
- (146) D., 24, 1, 32, 17, *ULPIANUS* libro XXXIII. *ad Sabinum*.
- (147) D., 39, 5, 7, 6, *ULPIANUS* libro XLIV. *ad Sabinum*.
- (148) D., 3, 5, 12 (11. H. 13. V.), 1, *ULPIANUS* libro X. *ad Edictum*.
- (149) D., 47, 1, 52 (53), 4, *ULPIANUS* libro XXXVII. *ad Edictum*.
- (150) D., 47, 1, 52 (53), 5.
- (151) D., 47, 1, 52 (53), 6.
- (152) Nov., 17, 4, 2.
- (153) *Ins.*, 4, 3, 4.
- (154) Vid. D., 50, 17, 7; *Ins.*, 2, 14, 5.
- (155) BONFANTE, *Instituciones* cit., pág. 555; SERAFINI, loc. cit., II, pág. 389; HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 80 y 81; SIRO SOLAZZI, *Diritto ereditario Romano*, Napoli, 1932, I, págs. 226-227; PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 7.ª ed., París, 1924, pág. 862, n. 4; BONFANTE, loc. cit., pág. 890, n. 2.
- (156) C., 6, 21, 2, *Imp. ANTONINUS A. FLORO*, *militi*.



- (157) C., 6, 21, 1, *eadem*.
- (158) D., 29, 1, 6, pr., *ULPIANUS* libro V. ad *Sabinum*.
- (159) D., 29, 1, 37 (38), *PAULUS* libro VII. *Quaestionum*.
- (160) D., 38, 12 (13), 2, *PAPINIANUS* libro XVI. *Responsorum*.
- (161) D., 38, 16 (17), 3, 7, *ULPIANUS* libro XIV. ad *Sabinum*.
- (162) D., 49, 17, 1, pr., *ULPIANUS* libro XIV. ad *Edictum*.
- (163) D., 38, 17 (18), 10, *POMPONIUS* libro II. *Senatusconsultorum*.
- (164) Ins., 2, 12, pr.; Ins. de Theoph. pr., 1, 1, 12: «iure communi, sicut quodlibet paganorum peculium, ad parentes... (trad. FERRINI), cit. por MONTEN, loc. cit., I, pág. 337, n. 3; cf. BONFANTE, *Corso*, I, 1925, pág. 108.
- (165) SOHM, *Institutiones* cit., pág. 538; PEROZZI, loc. cit., pág. 431.
- (166) SOHM, loc. cit.; BONFANTE, *Institutiones* cit., pág. 619.
- (167) D., 29, 1, 13, 1, *ULPIANUS* libro XLV. ad *Edictum*.
- (168) D., 38, 12 (13), 1, *MACER* libro II. de re militari.
- (169) C., 6, 21, 13, pr., *Impm. VALEBIANUS et GALLIENUS AA. CLAUDIAE*.
- (170) C., 2, 3, 19, *Impm. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. CLAUDIAE*.
- (171) *Gai.*, 2, 101; *Ulpianus*, 202; *Gell.*, 15, 27; SERAFINI, loc. cit., II, pág. 404; PIERRO DE FRANCISCI, *Storia del Diritto Romano*, Roma, 1931, I, pág. 326; CUGO, loc. cit., pág. 684; GIFFARD, *Précis de Droit Romain*, 3.<sup>a</sup> ed., París, 1938, I, pág. 440; GISEPPE CARLE, *Le Origini del Diritto Romano*, Torino, 1888, pág. 507; BONFANTE, *Historia*, etc., I, pág. 209.
- (172) *GAIUS*, 2, 101; PACCHIONI, loc. cit., pág. 248.
- (173) GIRARD, *Manuel* cit., págs. 851-852.
- (174) PAUL HUYELIN, *Cours Élémentaire de Droit Romain*, París, 1927, I, pág. 675.
- (175) PEROZZI, loc. cit., II, págs. 524-525.
- (176) GIRARD, *Manuel* cit., págs. 851-852.
- (177) Muy interesante PEROZZI, loc. cit., II, nota 1 de la pág. 525; CROISSET, *Les démocraties antiques*, pág. 25; FANTA, *Der Staat in der His u. Odyssee*, pág. 38; MAVER, *Gesch. d. Alterthums*, I, 2, pág. 366.
- (178) GASTÓN MAY, *Éléments de Droit Romain*, 18.<sup>a</sup> ed., París, 1932, pág. 522.
- (179) HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 23.
- (180) Id., pág. 30.
- (181) Id., pág. 27.
- (182) SANTA CRUZ, *Manual* cit., pág. 495; JÖRS, loc. cit., págs. 454-455.
- (183) SANTA CRUZ, loc. cit., págs. 489-490.
- (184) VON MAYR, *Hist.*, I, pág. 238, cit. por ARIAS RAMOS, loc. cit., II, pág. 263; RIZZI, loc. cit., pág. 568. Vid. FERRINI, en el *Bulletino dell'Ist. de Dir. Rom.* (I, 111) y VOIGT, *Die XII Tafeln* (I, pág. 225); ZÖCCO-ROSA, en el *Anuario dell'Ist. de Storia del Dir. Rom.*, di Catania (VIII, 153 ss.); LAMBERT, *Études de droit commun législatif*, I, 1903, págs. 400 ss.; APPLETON, *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'histoire de l'authenticité de XII tables* (París, 1903), citados por SERAFINI, obra cit., pág. 405, n. 3.
- (185) Para una visión de conjunto del Testamento militar en Roma, vid. MARTÍNEZ FUSEL, *El Testamento Militar*, Santa Cruz de Tenerife, 1931, págs. 33 á 41.
- (186) HEINECIO, *Recitaciones* cit., I, pág. 306.
- (187) ARANGIO-RUIZ, *Historia* cit., pág. 396.
- (188) ORTOLAN, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, tr. Pérez de Anaya y Pérez Rivas, Madrid, 1873, I, pág. 519.
- (189) D., 29, 1, 1, *ULPIANUS* libro XLV. ad *Edictum*. Véase EUGENE PETIT, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. de la 9.<sup>a</sup> ed. franc. Fernández González, Madrid, 1926, págs. 524-525.
- (190) Vid. ARANGIO-RUIZ, loc. cit., pág. 296.
- (191) Se hace coincidir dicho «caput ex mandatis» con un fragmento reconstruido del papiro Fayûn (HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 19 a 23).
- (192) ARIAS RAMOS, loc. cit., II, pág. 267.
- (193) GLÜCK, loc. cit., libro XXIX, 1.<sup>a</sup> parte, trad. y anota. por Bonfante, Milano, 1907, pág. 16.
- (194) BIONDO BIONDI, *Successione Testamentaria, Donazioni*, in *Trattato di Diritto Romano*, ALBERTARIO, X, Milano, 1943, pág. 79.
- (195) SERAFINI, loc. cit., II, pág. 412, nota I, y nota de Fernández González en la trad. de la 9.<sup>a</sup> ed. franc. de PETIT, pág. 525.
- (196) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 33-36.
- (197) BLAS PÉREZ GONZÁLEZ, prólogo a *El Testamento Militar*, de Martínez Fusel, pág. V.
- (198) GLÜCK, loc. cit., libro XXIX, 1.<sup>a</sup> parte cit., págs. 55-56.
- (199) D., 29, 1, 2, *GAIUS* libro XV. ad *Edictum provinciale*.



- (200) COSTA, *Historia cit.*, pág. ALL.
- (201) MAY, *Elément cit.*, pág. 552.
- (202) PEROZZI, loc. cit., II, pág. 355. Vid. CESARE SANFILIPPO, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1944, págs. 317-318; M. EUGENIO LAGRANGE, *Manuel de Derecho Romano*, trad. de la 11.ª edic. franc. por Vicente y Caravantes, Madrid, 1889, págs. 244-246; P. VAN WERTER, *Curso elemental de Derecho Romano*, trad. de la 2.ª ed. franc. por L. de Michelena, Madrid, 1889, II, págs. 337-339; SOHM, loc. cit., pág. 548, n. 2. Como ejemplo clásico de un testamento romano, cuyo estudio nos hace observar las diferencias entre éste y la simplicidad del militar, véase GIRARD, *Textes cit.*, págs. 805 ss.
- (203) PÉREZ GONZÁLEZ, loc. cit., págs. VI.
- (204) BONFANTE, anotación h) de la pág. 27, del libro XXIX, 1.ª parte, a GLÜCK, obra cit.
- (205) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 119-122.
- (206) *Ins.*, 2, 11, pr.
- (207) GAIUS, 2, 114.
- (208) MAY, *Elément de Droit Romain*, págs. 552-554.
- (209) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 122-129.
- (210) *Id.*, págs. 130-131.
- (211) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., I, pág. 309.
- (212) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 146-152.
- (213) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 134-136.
- (214) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 131-134.
- (215) PEROZZI, loc. cit., pág. 226.
- (216) ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni de Diritto Romano*, 2.ª ed., Napoli, 1927, pág. 479.
- (217) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 152-154.
- (218) Véase HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 67-70.
- (219) D., 37, 13, *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*. Cf. D., 29, 1, 44 (45).
- (220) D., 32, 22, 1, pr., *HERMOGENIANUS libro IV. Iuris Epitomarum*.
- (221) D., 29, 1, 11, pr., *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*. Vid. BONFANTE, *Instituciones cit.*, pág. 580.
- (222) D., 29, 1, 4, *ULPIANUS libro I. ad Sabinum*.
- (223) D., 29, 1, 11, 1, *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*.
- (223) D., 37, 13, 1, *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*.
- (224) D., 37, 13, 1, *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*.
- (225) D., 27, 13, 2, *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*.
- (226) *ULPIANO, Reglas (20)*, 10. BONFANTE, loc. cit., pág. 581.
- (227) *Ins.* 2, 11, pr.
- (228) D., 29, 1, 26 (27), *MACER libro II. Militarium*.
- (229) D., 29, 1, 10, *ULPIANUS libro XI. ad Sabinum*.
- (230) Véanse: HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 70 ss.; GIRARD, *Manuel cit.*, pág. 866, n. 1; BONFANTE, *Instituciones*, pág. 590.
- (231) GAIUS, *Ins.*, 2, 10.
- (232) GAIUS, *Ins.*, 2, 111.
- (233) D., 29, 1, 13, 2, *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*.
- (234) *ITEM*.
- (235) D., 29, 1, 13, 3, *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*.
- (236) *Ins.*, 2, 20, 25.
- (237) D., 29, 1, 41 (42), 1, *TRYPHONINUS libro XVII. Disputationum*.
- (238) PACCHIONI, loc. cit., II, pág. 252; BONFANTE, *Instituciones cit.*, págs. 589-590; SOHM, loc. cit., pág. 97, n. 1; PETIT, loc. cit., págs. 525-526.
- (239) *ULPIANO, Reglas (23)*, 10.
- (240) D., 29, 1, 35 (36), *PAPINIANUS libro XIX. Quaestionum*.
- (241) GIRARD, *Manuel cit.*, pág. 861, n. 3.
- (242) D., 29, 1, 15 (16), 1, *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*.
- (243) D., 29, 1, 15 (16), 2, *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*.
- (244) C., 6, 21, 15 (Constantino), RIZZA, loc. cit., 572.
- (245) D., 29, 1, 40 (45), pr., *PAULUS libro XI. Responsorum*.
- (246) D., 29, 1, 24 (25), *FLORENTINUS libro X. Institutionum*.
- (247) D., 29, 1, 25 (26), *JULIANUS libro XXVII. Digestorum*.
- (248) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., pág. 57.
- (249) D., 29, 1, 9, 1, *ULPIANUS libro IX. ad Sabinum*.
- (250) D., 29, 1, 9, pr., *ULPIANUS libro IX. ad Sabinum*.
- (251) *Ins.*, 2, 11, 4.
- (252) *Ins.*, 2, 11, 5.

- (253) PETIT, loc. cit., pág. 547.  
 (254) GAIUS., Ins., 2, 109.  
 (255) D., 28, 1, 20, 2, *ULPIANUS libro I. ad Sabinum*.  
 (256) GAIUS, Ins., 2, 106.  
 (257) Ins., 2, 11, 1.  
 (258) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 36-40.  
 (259) Idem., págs. 40-54.  
 (260) CUQ, loc. cit., pág. 689, n. 3.  
 (261) GIRARD, *Manuel cit.*, pág. 862, n. 4.  
 (262) BONFANTE, *Institutiones cit.*, pág. 589, n. 2.  
 (263) D., 29, 1, 19, pr.  
 (264) BONFANTE, *Institutiones cit.*, pág. 608, n. 2. Véase HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 55-56.  
 (265) D., 29, 1, 42 (43), *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*.  
 (266) D., 29, 1, 43 (44), *PAPINIANUS libro VI. Responsorum*.  
 (267) RIZZI, loc. cit., pág. 572. Vid. D., 29, 1, 20, pr. y D., 29, 1, 42.  
 (268) BONFANTE, *Institutiones cit.*, pág. 590, n. 2.  
 (269) C., 6, 21, 17, *Imp. IUSTINIANUS A. MIENNAE P. P.*  
 (270) BONFANTE, lugar de referencia de la nota 268, y BONFANTE, *Historia cit.*, II, pág. 185.  
 (271) Ins., 2, 11, pr.  
 (272) ULPIANO, *reglas*, (23), 10. Cf. Ins. 2, 11, 3.  
 (273) D., 28, 3, 7, pr., *ULPIANUS libro X. ad Sabinum*.  
 (274) D., 29, 1, 21 (22), *AFRICANUS libro IV. Quaestionum*.  
 (275) D., 29, 1, 38 (39), pr., *PAULUS libro VIII. Quaestionum*.  
 (276) D., 29, 1, 38 (39), 1, *PAULUS libro VIII. Quaestionum*.  
 (277) D., 29, 1, 23 (24), *TERTULLIANUS libro singulari de castrensi peculio*.  
 (278) D., 29, 1, 22 (23), *MARCIANUS libro IV. Institutionum*.  
 (279) D., 29, 1, 33 (34), 1, *TERTULLIANUS libro singulari de castrensi peculio*.  
 (280) D., 28, 3, 6, 13; *UETIANUS libro X. ad Sabinum*.  
 (281) D., 29, 1, 34 (35), pr., *PAPINIANUS libro XIV. Quaestionum*.  
 (282) D., 29, 1, 30 (40), *PAULUS libro IX. Quaestionum*.  
 (283) D., 29, 1, 7, *ULPIANUS libro IX. ad Sabinum*.  
 (284) D., 29, 1, 8, *MARCELLUS libro X. Digestorum*.  
 (285) D., 29, 1, 36 (37), 3, *PAPINIANUS libro VI. Responsorum*.  
 (286) D., 28, 2, 28, 1, *TRYPHONINUS libro XX. Disputationum*.  
 (287) D., 29, 1, 33 (34), pr., *TERTULLIANUS libro singulari de castrensi peculio*.  
 (288) D., 29, 1, 27 (28), *PAPINIANUS libro VI. Responsorum*.  
 (289) SERAPINI, obra cit., II, pág. 415.  
 (290) MODESTINUS, D., 27, 6, 1, 3.  
 (291) BONFANTE, *Institutiones cit.*, pág. 590, n. 2.  
 (292) BONFANTE, loc. cit.  
 (293) D., 29, 1, 17 (18), 1, *GAIUS libro XV. ad Edictum provinciale*.  
 (294) D., 16, 2, 16, *PAPINIANUS libro III. Quaestionum*.  
 (295) BONFANTE, *Institutiones cit.*, pág. 590, n. 2, y pág. 599; GIRARD, *Manuel cit.*, págs. 561 n. 4 y 570.  
 (296) D., 29, 1, 17 (18), pr., *GAIUS libro XV. ad Edictum provinciale*.  
 (297) C., 6, 21, 8, *Imp. GORDIANUS A. AETERNO, militi*.  
 (298) D., 29, 1, 15 (16), 4, *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*.  
 (299) D., 29, 1, 41 (42), pr., *TRYPHONINUS libro XVIII. Disputationum*.  
 (300) CÉSAR CANTÚ, *Historia Universal*, trad. García-Bravo, IV, pág. 244.  
 (301) GIRARD, *Manuel cit.*, págs. 862, 870 y 881, n. 5; BONFANTE, *Inst. cit.*, pág. 590, n. 2  
 (302) D., 29, 1, 15, *ULPIANUS libro IV. ad Sabinum*.  
 (303) D., 28, 6, 15 (13), *PAPINIANUS libro VI. Responsorum*.  
 (304) D., 29, 1, 28 (29), *ULPIANUS libro XXXVI. ad Sabinum*.  
 (305) GIRARD, *Manuel cit.*, pág. 881, n. 1.  
 (306) BONFANTE, *Inst. cit.*, pág. 604; GIRARD, *Manuel cit.*, pág. 862, n. 4; PACCHIONI, loc. cit., II, pág. 270.  
 (307) D., 29, 1, 41 (42), 4, *TRYPHONINUS libro XVIII. Disputationum*.  
 (308) D., 29, 1, 41 (42), 5, *TRYPHONINUS libro XVIII. Disputationum*.  
 (309) D., 29, 1, 15 (16), 5, *ULPIANUS libro XLV. ad Edictum*.  
 (310) PAULO, *Sent.*, 3 (4b), 10<sup>a</sup>. Cf. D., 28, 2, 26.  
 (311) D., 29, 1, 17 (18), 2, *GAIUS libro XV. ad Edictum provinciale*.  
 (312) C., 6, 21, 9, *Imp. GORDIANUS A. VALERIO*.  
 (313) Ins., 2, 13, 6.

- (314) D., 38, 2, 12, *ULPIANUS* libro XLIV. ad Edictum.  
 (315) D., 30, 44 (46), *ULPIANUS* libro XXII. ad Sabinum.  
 (316) D., 29, 1, 19 (20), 2, *ULPIANUS* libro IV. Disputationum.  
 (317) D., 29, 1, 41 (42), 3, *TRYPHONINUS* libro XVIII. Disputationum.  
 (318) Ins., 2, 20, 36.  
 (319) D., 29, 1, 16, (17), *PAULUS* libro XLIII. ad Edictum.  
 (320) D., 29, 1, 19 (20), pr., *ULPIANUS* libro IV. Disputationum.  
 (321) D., 30, 114 (117. V. 11. H.), *MARCIANUS* libro VIII. Institutionum.  
 (322) D., 32, 7, 1, *ULPIANUS* libro I. Fideicommissorum.  
 (323) C., 6, 21, 12, Imp. *PHILIPPUS A. et PHILIPPUS C. DOMITIAE*. Vid.: BONFANTE. *Inst.*, pág. 590, n. 2; GIRARD, *Manuel cit.*, pág. 862, n. 4; SERAFINI, *ob. cit.*, II, pág. 497.  
 (324) PACCHIONI, *loc. cit.*, II, pág. 348.  
 (325) D., 29, 1, 18 (19), pr., *TRYPHONINUS* libro XVIII. Disputationum.  
 (326) D., 29, 1, 18 (19), 1, *ITEM*.  
 (327) D., 29, 1, 18 (19), 2, *ITEM*.  
 (328) D., 35, 2, 18, *PAULUS* libro XI. Quaestionum.  
 (329) D., 29, 1, 12, *PAPINIANUS* libro VI. Responsorum.  
 (330) D., 29, 1, 15 (16), pr., *ULPIANUS* libro XLV. ad Edictum.  
 (331) D., 29, 1, 36 (37), pr., *PAPINIANUS* libro VI. Responsorum.  
 (332) D., 29, 7, 8, 4, *PAULUS* libro singulari de iure codicillorum.  
 (333) D., 35, 2, 17, *SCAEVOLA* libro VI. Quaestionum.  
 (334) D., 29, 1, 20 (21), pr., *IULIANUS* libro XXVII. Digestorum.  
 (335) C., 3, 28, 9, Imp. *ALEXANDER A. ROMANAE*. Vid. GIRARD, *Manuel cit.*, págs. 862, n. 4; 911 n. 1 y 2.  
 (336) D., 5, 2, 27, 2, *ULPIANUS* libro VI. Opiniones.  
 (337) D., 5, 2, 27, 4, *ITEM*.  
 (338) D., 5, 2, 27, 3, *ITEM*.  
 (339) D., 43, 5, 1, 8, *ULPIANUS* libro LXVIII. ad Edictum.  
 (340) D., 29, 1, 32 (33), *MODESTINUS* libro IX. Regularum.  
 (341) D., 5, 3, 34 (37), *PAULUS* libro XX. ad Edictum.  
 (342) D., 10, 2, 2, 2, *ULPIANUS* libro XIX. ad Edictum.  
 (343) D., 10, 2, 25 (26), 1, *PAULUS* libro XXIII. ad Edictum.  
 (344) D., 10, 2, 25 (26), 1, *PAULUS* libro XXIII. ad Edictum.  
 (344) Ins., 2, 19, 6. Vid.: SERAFINI, *loc. cit.*, II, 457; Jörs, *loc. cit.*, pág. 487, n. 6; BONFANTE, *Inst.*, pág. 563.  
 (345) D., 29, 1, 30 (31), *PAULUS* libro VII. Quaestionum.  
 (346) D., 29, 1, 29 (30), 3, *MARCELLUS* libro X. Digestorum.  
 (347) D., 37, 12, 1, 4, *ULPIANUS* libro XLV. ad Edictum.  
 (348) Epístola de Adriano sobre los derechos sucesorios de los hijos de militares, del año 119, traducida del griego por GIRARD, en este autor, *Textes cit.*, págs. 195-196.  
 (349) D., 38, 2, 47, 4, *PAULUS* libro XI. Responsorum.  
 (350) D., 48, 3, 9 (8), *VENULEIUS SATURNINUS* libro I. de officio Proconsulis.  
 (351) D., 1, 5, 7, *ULPIANUS* libro VII. ad Edictum.  
 (352) D., 49, 16, 4, 8, *ARRIUS MENANDER* libro I. de re militari.  
 (353) D., 4, 7, 11, *ULPIANUS*, libro V. Opiniones.  
 (354) D., 2, 12, 9, *ULPIANUS* libro VII de officio Proconsulis.  
 (355) D., 4, 6, 40, *ULPIANUS* libro V. Opiniones.  
 (356) D., 49, 1, 20, 2, *MODESTINUS* libro singulari de Praescriptionibus.  
 (357) HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, pág. 113.  
 (358) D., 3, 3, 8, 2, *ULPIANUS* libro VIII. ad Edictum.  
 (359) D., 3, 3, 54, *PAULUS* libro L. ad Edictum.  
 (360) D., 22, 5, 3, 6, *CALLISTRATUS* libro IV. de Cognitionibus.  
 (361) D., 20, 5, 8. Vid. HERNÁNDEZ GIL, pág. 113.  
 (362) C., 9, 41, 8. Imp. *DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA.* ad Sabustianum, Praesidem.  
 (363) C., 9, 1, 8. Imp. *GORDIANUS A. GAIO*, militi.  
 (364) D., 4, 7, 1, *MODESTINUS* libro XII. Pandectarum.  
 (365) D., 40, 12, 3, 1, *ULPIANUS* libro LIV. ad Edictum.  
 (366) C., 7, 64, 9, Imp. *DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. RUFINO*.  
 (367) D., 22, 3, 25, 1, *PAULUS* libro III. Quaestionum.  
 (368) SOHM, *Inst. cit.*, 669; CUQ, *loc. cit.*, pág. 859; HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, pág. 113; SERAFINI, *Inst. cit.*, II, pág. 77, n. 4.

- (369) D., 42, 1, 6, *ULPIANUS* libro XLVI. ad Edictum.
- (370) D., 42, 1, 18, *ULPIANUS* libro XLVI. ad Edictum.
- (371) C., 7, 53, 4, Imp. ANTONINUS A. MARCELLO, militi.
- (372) D., 40, 17, 7, *ULPIANUS* libro XXXIII. ad Edictum.
- (373) C., 2, 51 (50), 3, Imp. ALEXANDER A. FLAVIO ARISTODEMO, militi.
- (374) C., 3, 32, 8, Imp. GORDIANUS A. et C. PHILIPPO, militi.
- (375) D., 4, 6, 17, *ULPIANUS* libro XII. ad Edictum.
- (376) D., 41, 3, 4, 1, *PAULUS* libro LIV. ad Edictum.
- (377) C., 7, 35, 8, Imp. IUSTINIANUS A. MENNAE P. P.
- (378) D., 4, 4, 3, 10, *ULPIANUS* libro XI. ad Edictum.
- (379) D., 4, 6, 33, 2, *MODESTINUS* libro singulari de Enucleatis Casibus.
- (380) D., 4, 1, 6, *ULPIANUS* libro XIII. ad Edictum.
- (381) D., 4, 6, 30, *PAULUS* libro XII. ad Edictum.
- (382) D., 6, 1, 15, 2, *ULPIANUS* libro XVI. ad Edictum.
- (383) D., 4, 6, 15, 2, *ULPIANUS* libro XII. ad Edictum.
- (384) R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho Romano*, trad. Príncipe y Salorres, 5.ª tirada, III, pág. 120.
- (385) GUIDO PADERLETTI, *Storia del Diritto Romano*, 2.ª ed., Firenze, 1886, pág. 612.
- (386) D., 1, 18, 6, 3, *ULPIANUS* libro I. Opinionum.
- (387) D., 1, 18, 6, 5, *ULPIANUS* libro I. Opinionum.
- (388) D., 1, 18, 6, 6, *ULPIANUS* libro I. Opinionum.
- (389) ISIDORO MARTÍN MARTÍNEZ, *Los Principios Orientadores de la Compilación Justiniana*, Murcia, 1945, pág. 9.
- (390) *Summa reipublicae*, pr.
- (391) *Imperatoriam Maiestatem*, pr.
- (392) *Summa reipublicae*, pr.
- (393) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 175-179.
- (394) SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. Mesla y Poley, 2.ª ed., I, pág. 99.
- (395) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., pág. 181.
- (396) HEINECIO, *Recit.*, cit., I, págs. 96-98.
- (397) Véase la nota 394.
- (398) CHARLES MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, 3.ª ed., 1870, I, pág. 277.
- (399) MAYNZ, loc. cit., I, pág. 278.
- (400) BERNARDO WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. al ital. por Fadda y Bensa, Torino, 1925, I, pág. 85.
- (401) GÜCK, loc. cit., libro I, trad. y anotado por Contardo Ferrini, pág. 431.
- (402) CESARE SANFILIPPO, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1944, pág. 29.
- (403) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 200-204.
- (404) *PAULUS*, D., 1, 3, 16.
- (405) D., 1, 1, 1, 2; Ins., 1, 1, 4. Vid. HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., pág. 206.
- (406) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., pág. 207.
- (407) SAVIGNY, loc. cit., I, pág. 96.
- (408) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., pág. 206.
- (409) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 207-214.
- (410) ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2.ª ed., Napoli, 1927, pág. 29.
- (411) P. VAN WETTER, *Curso elemental de Derecho Romano*, trad. de la 2.ª edic. francesa por L. de Michelena, Madrid, 1889, págs. 71 y 72.
- (412) MAYNZ, *Cours cit.*, I, pág. 277.
- (413) GLÜCK, loc. cit., libro I, pág. 431.
- (414) HERNÁNDEZ GIL, loc. cit., págs. 219-222.
- (415) MAYNZ, véase la obra cit., pág. 277.
- (416) WINDSCHEID, loc. cit., págs. 84-85.
- (417) URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano*, Madrid, 1944, págs. 200 y 201.
- (418) HERNÁNDEZ GIL, obra cit., pág. 233.

## BIBLIOGRAFIA

ALBERTARIO, *Lo sviluppo delle excus. nella tutela e nella cura dei minori*, Pavia, 1912 (Studi di dir. rom., I, Milán, 1933).

ALVAREZ SUÁREZ, *Ursicino, Horizonte actual del Derecho Romano*, Madrid, 1944.

ARANGIO RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. ital. por F. de Pelsmaeker, I. E. Reus, 1943.

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1927, 2.<sup>a</sup> edición.

ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano. Apuntes didácticos para un curso*, Edit. Rev. Dcho. Priv., 1943, II.

ARIAS RAMOS, J., *Selección de textos latinos, etc.*, Ed. Rev. Dcho. Priv., 1943, III.

BETTI, Emilio, *Corso di Istituzioni de Diritto Romano*, Padova, 1928, I.

BIONDI, Biondo, *Successione testamentaria, donazioni = in Tratto di Diritto Romano*, Albertario, X, Milano 1943.

BONFANTE, Pietro, *Historia del Derecho Romano*, trad. Santa Cruz, Edit. Rev. Dcho. Priv., 1944, 2t.

BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. ital. Bacci y Larrosa, revisada por Campuzano, Ed. Reus, Madrid, 1929.

CARLE, Giuseppe, *Le origini del Diritto Romano*, Torino, 1888.

COSTA, Emilio, *Historia del Derecho Romano Público y Privado*, trad. M. Raventós, Madrid, Ed. Reus, 1930.

CUQ, Édouard, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1928.

DECLAREUIL, J., *Roma y la organización del Derecho*, trad. R. García Reuello, Barcelona, 1928.

D'ORS PÉREZ-PEIX, Alvaro, *Gaius, Instituciones*, Colección escolar de fuentes jurídicas romanas. Cons. Sup. Invest. Cient., 1943.

FRANCISCI, Pietro de, *Storia del Diritto Romano*, Roma, 1931, I.

GIFFARD, *Précis de Droit Romain*, 3.<sup>a</sup> ed., París, 1938, I.

GIRARD, Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de Droit Romain* 7.<sup>a</sup> ed. París, 1924.

GIRARD, Paul Frédéric, *TEXTES de Droit Romain*, 6.<sup>a</sup> ed., París, 1937.

GLÜCK, Federico, *Comentario Alle Pandette*, Società Editrice Libreria, Milano, 1905-1907.

HEINECIO, Juan, *Recitaciones del Derecho Civil Romano*, trad. Collantes Bustamante, Valencia, 1889, I.

HERNÁNDEZ GIL, A., *El Testamento Militar (en torno a un sistema hereditario militar romano)*. Public. del Instituto Nac. Est. Juríd., Madrid, 1946.



- HERNÁNDEZ TEJERO, Francisco, *Reglas de Ulpiano*, Madrid, 1946.
- HUVELIN, Paul, *Cours élémentaire de Droit Romain*, París, 1927.
- IHERIN, R. von, *El Espíritu del Derecho Romano*, trad. Príncipe y Satorres, 5.ª tirada, Madrid, I y III.
- JÖRS, Paul, *Derecho Privado Romano*, ed. refundida por Wolfgang Kunkel, trad., 2.ª ed. alemana por Prieto Castro, 1937.
- KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, *Corpus Iuris Civilis*, ed. española por García del Corral, Barcelona.
- LAGRANGE, M., Eugenio, *Manual de Derecho Romano*, trad. de la 11.ª ed. franc., Vicente y Caravantes, Madrid, 1889.
- MARTÍN MARTÍNEZ, Isidoro, *Los Principios Orientadores de la Compilación Justiniana*, Murcia, 1945.
- MARTÍNEZ FUSET, Lorenzo, *El Testamento Militar*, Santa Cruz de Tenerife, 1931.
- MAY, Gaston, *Éléments de Droit Romain*, 18.ª ed., París, 1932.
- MAYNZ, Charles, *Cours de Droit Romain*, 3.ª ed., 1870, I.
- MONIER, Raymond, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 3.ª ed., París, 1941, I y II.
- ORTOLAN, M., *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, trad. Pérez de Anaya y Pérez Rivas, Madrid, 1873.
- PACCHIONI, Giovanni *Breve Historia del Imperio Romano, narrada por un jurista*, Ed. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1944.
- PACCHIONI, J. *Manual de Derecho Romano*, trad. I. Martín y A. Reverte, Public. Asociación Cardenal Albornoz, Valladolid, 1942.
- PADELLETTI, Guido, *Storia del Diritto Romano*, 2.ª ed., Firenze, 1886.
- PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2.ª ed., Roma, 1928.
- PETIT, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. Ferrández González, Madrid, 1926.
- RIZZI, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Privado Romano*, Ed. Argentina Aristides Quillet, S. A., Buenos Aires.
- SANFILIPPO, Cesare, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1944.
- SANTA CRUZ TELJEIRO, José, *Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano*.
- SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. Mesía y Poley, 2.ª ed., t. I.
- SCIALOJA, Vittorio, *Studi Giuridici*, v. II, Diritto Romano, 2.ª parte, Il Papiro Giudiciario Cataoui e il Matrimonio dei Soldati Romani.
- SERAFINI, Felipe, *Instituciones de Derecho Romano*, 9.ª ed. ital. ordenada por Giammichele y traducida al castellano por Trias, 2t.
- SINAISKI, Vasili, *Problèmes du Droit Romain au point de vue du Droit Quiritaire (et nouveaux fragments des Institutes de Gaius)*, Riga, 1936.
- SOHM, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*, 17.ª ed., trad., W. Roces, Madrid, 1928.
- SOLAZZI, Siro, *Diritto Ereditario Romano*, Napoli, 1932, I.
- WETTER, P. van, *Curso Elemental de Derecho Romano*, trad. de la 2.ª ed. francesa por L. de Michelena, Madrid, 1989, I.
- WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, trad. ital. Fadda e Bensa, Torino, 1925, I.

*Este trabajo consiste en un extracto de la Tesis Doctoral del autor (de la que se han suprimido los resúmenes de fuentes jurídicas y legales y el texto literal de las citas documentales, que en el original se hallan y que se han eliminado por razón de su gran extensión).*

*El autor se complace en expresar públicamente su agradecimiento al Profesor Martín Martínez, por la eficaz ayuda y orientación que le prestó, así como al Profesor Reverte Moreno, que también le facilitó datos y bibliografía de gran interés. Igualmente testimonia su gratitud al Seminario de Derecho Privado de la Universidad de Murcia, y a su Director el Profesor Batlle y Vázquez, que gentilmente le han permitido utilizar cuantos textos y documentos ha precisado, y que hoy sacan a la luz este trabajo.*