

EL TESTAMENTO MILITAR ESPAÑOL

por Aurelio DIEZ GOMEZ

Capitán Interventor retirado, Notario.

SUMARIO: I. GENERALIDADES: A) *Bibliografía*: 1. Española. 2. Extranjera. B) *Jurisprudencia*: 1. Posterior al Código civil. C) *Importancia*: 1. Histórica. 2. Especulativa. 3. Práctica.—II. HISTORIA: A) *Roma*: 1. Origen remoto. 2. Origen próximo. 3. Época clásica. 4. Especialidad en la forma. 5. Especialidad en el fondo. B) *Edad Media*: 1. Pueblos germánicos. 2. "Liber judiciorum." 3. Alta Edad Media. 4. Fuero Juzgo. 5. Las Partidas. C) *Edad Moderna*: 1. Desuso del testamento militar. 2. Pragmática de Felipe II de 1742. 3. Ordenanzas de Carlos III. 4. Real Cédula de 1778. 5. Novísima Recopilación. 6. Decreto de unificación de fueros. 7. La codificación.—III. FUNDAMENTO: 1. Fundamentos aducidos por las fuentes. 2. Fundamentos aducidos por HERNÁNDEZ GIL. 3. Fundamentación actual.—IV. NATURALEZA JURÍDICA: A) *Privilegio*: 1. Concepto de privilegio. B) *Testamento excepcional*: 1. Distinción entre testamentos especiales y excepcionales. 2. Clasificación usual de los testamentos especiales. 3. Concepto del testamento especial. 4. Testamentos autorizados por funcionarios especiales. C) *Consecuencias*: 1. Su especialidad se reduce a la forma. 2. Sólo es posible en defecto de común.—V. REQUISITOS: A) *Personales*: 1. Enumeración legal. 2. Militares. 3. Marinos. 4. Institutos Armados. 5. Extranjeros. 6. Tropas coloniales. 7. Voluntarios. 8. Rehenes. 9. Prisioneros. 10 Empleados del Ejército. 11. Individuos que siguen al Ejército. 12. Consecuencia. 13. El elemento personal en el testamento extraordinario. B) *De tiempo*: 1. Guerra oficialmente declarada. 2. Guerra no declarada. 3. Guerra civil. 4. El elemento temporal en el testamento extraordinario. 5. En el ordinario cerrado. 6. Fin de la situación de guerra. C) *De lugar*: a) En España: 1. Expresión legal. 2. Significado del requisito "estar en campaña". 3. El requisito en el testamento cerrado y en el extraordinario. 4. A bordo de buque o avión. b) En el extranjero: 1. Aplicabilidad en país enemigo ocupado. 2. Interpretación del párrafo 2.º del art. 716. 3. Consecuencias de una interpretación estricta. 4. Consecuencias de su interpretación amplia. 5. Supuestos de tropas españolas en país ocupado, en ciertas provincias nacionales y en Marruecos. 6. Aplicabilidad a extranjeros.—VI. FORMAS Y SOLEMNIDADES: A) *Forma ordinaria abierta*: a) Autorizante: 1. Oficial. 2. Supuesto de prisioneros. 3. Oficiales de Cuerpos. 4. Facultativo. 5. Capellán. 6. Jefe de destacamento. 7. Notario civil. b) Formalidades: 1. Generales. 2. Papel e idioma. 3. Testigos. 4. Firma. 5. Responsabilidad. 6. Mecnografía. B) *Forma ordinaria cerrada*: a) Autorizante: 1. ¿Quién es? 2. Comisario competente. 3. Interventores civiles de guerra. b) Formalidades: 1. Co-

munes. 2. Testigos. C) *Forma extraordinaria abierta*: 1. Cuando es posible. 2. Forma. D) *Forma extraordinaria cerrada*: 1. Cuando es posible. 2. Autorizante.—VII. CONSERVACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN: A) *Del ordinario abierto*: 1. ¿Qué es Cuartel general? 2. Precauciones. 3. Incumplimiento de la obligación de remitir. 4. Domicilio del testador. 5. Testamento otorgado por un prisionero español. 6. Copias del testamento. 7. Conservación por el Ministerio. 8. Trámite para la elevación a público. 9. Protocolización. B) *Del ordinario cerrado*: 1. Remisión. 2. Custodia. 3. Copia del acta de otorgamiento. C) *Del extraordinario abierto*: 1. Trámite de la formalización. 2. Contenido de la formalización. D) *Forma extraordinaria cerrada*.—VIII. SUBSISTENCIA: A) *Validez*: 1. Imposibilidad de testar en forma común. 2. Caso del testamento cerrado. 3. Cuando hay imposibilidad. 4. Testamento otorgado en el extranjero. B) *Caducidad*: 1. Plazo. 2. Testador que muere en campaña. 3. Testamento extraordinario abierto. 4. Testador muerto durante la acción de guerra en cuya consideración testó. 5. Testamento cerrado ordinario. 6. Testamento cerrado extraordinario. 7. Testamentos caducados en poder del Ministerio.—IX. OTRAS CUESTIONES: A) *El testamento militar y el registro de actos de última voluntad*: 1. Acceso al Registro de los testamentos militares. 2. Acceso del testamento o de la protocolización. 3. Cautelas para garantizar el conocimiento de la existencia de un testamento militar. B) *El testamento militar y el Derecho foral*: 1. Aplicabilidad del testamento militar a las regiones forales. 2. Reglas aplicables. 3. Testamento mancomunado aragonés. 4. Testamento vasco por comisario. 5. Qué formas testamentarias forales pueden ser consideradas como especiales.—X. CONCLUSIONES: 1. Bases de una posible reforma. 2. Líneas generales sobre su texto.

I. GENERALIDADES

A) *Bibliografía*

1. Sin duda, una de las instituciones jurídicas menos estudiadas es el testamento militar. Fuera de los tratados generales de Derecho civil, que necesariamente han de ocuparse de ella, si quiera sea brevemente (1), la bibliografía española sobre la materia es escasa, aunque de calidad. Como estudios históricos hemos de mencionar *El testamento militar*, de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (2), referido al Derecho romano, y *El testamento militar en*

(1) Quizá lo hagan con más detalle los que llamaríamos clásicos de nuestro Código civil, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, CLEMENTE DE DIEGO, CASTÁN; sus comentaristas NAVARRO AMANDI, MUCIUS SCAEVOLA, MANRESA y algún estudio particular, como el de ISABAL en la voz "Testamento militar", de la *Enciclopedia Jurídica Española*, o TRAVIESAS: "El testamento", en *Revista de Derecho Privado*, 1935.

(2) Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946.

España desde la recepción, de J. MORENO CASADO (3). Desde el punto de vista sustantivo contamos con la obra de CARLOS TALEGUA TUNDIDOR, *Testamentos militares* (4), y la fundamental de LORENZO MARTÍNEZ FUSET, *El testamento militar* (5), de las que basta considerar sus fechas para comprender hasta qué punto han de verse superadas por las nuevas realidades y circunstancias.

2. La bibliografía extranjera es mucho más rica, y no sólo en los países cuyo Derecho es de ascendencia romana, sino también en los germánicos. Pero debemos prescindir de ella salvo contadas excepciones (6), puesto que queremos limitar nuestro estudio al Derecho español. Una exposición bastante completa de esta bibliografía puede verse en la citada obra de MARTÍNEZ FUSET.

B) *Jurisprudencia*

1. Aún más pobre que la bibliografía nacional es la jurisprudencia posterior al Código civil (7). Y es que la utilización práctica de esta institución es muy reducida (8).

(3) Separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril 1953, Editorial Reus.

(4) Orense, 1912.

(5) Santa Cruz de Tenerife, 1935.

(6) Por ejemplo, los *Comentarios al Código civil cubano*, de ANGEL C. BETANCOURT, ya que se refieren a preceptos idénticos a los vigentes en España que han de aplicarse en circunstancias ocasionalmente distintas. Y, por su interés, la monografía de CH. L. JULIOT: *Traité-formulaire théorique et pratique du testament militaire*, 1932.

(7) En cambio, la anterior es importante. Destaca por la celebridad que alcanzó y por su trascendencia, el pleito a que dió lugar el testamento militar otorgado por el Teniente General, Marqués de Santa Cruz del Marcenado, cuya institución de herederos a favor de los hermanos y en perjuicio de la madre fué declarada nula por el Tribunal militar —Juzgado de Reales Guardias de Infantería Española—, aunque, posteriormente, el 23 de octubre de 1790, se admitió su validez.

(8) MORENO CASADO —op. cit., pág. 27— afirma que durante la última guerra mundial fué frecuentísima la utilización del testamento militar por los combatientes de la División Española de Voluntarios en Rusia. Por nuestra parte, no hemos podido comprobar esta afirmación.

C) *Importancia*

1. No por esto debemos creer que el testamento militar carezca de interés. Hay, en primer lugar, una razón histórica que por sí sola justificaria su estudio, porque no sólo fué de uso frecuente en el Derecho romano y en Derecho histórico español, sino que, como dice HERNÁNDEZ GIL, en el primero llegó a constituir un sistema sucesorio especial, cuyas normas reguladoras fueron, con frecuencia, a modo de avanzadillas que marcaron los jalones de la transformación del total derecho sucesorio, de modo que, disposiciones establecidas con carácter excepcional para los militares, se han convertido, en el correr de los tiempos, en normas de carácter general.

2. También desde el punto de vista meramente especulativo tiene interés el jurista en estudiar esta forma testamentaria, que, dice PÉREZ GONZÁLEZ (9), plantea, en su naturaleza jurídica, importantes cuestiones de técnica, y, en último término, múltiples problemas en la aplicación de su ordenamiento positivo.

3. Finalmente, es muy posible que la falta de un estudio asiduo por parte de los especialistas haya contribuido a su desuso. En cualquier caso, parece lógico que haya obstaculizado el remozamiento y actualización de una institución que, si desde un principio apareció regulada de manera harto imperfecta (10), hoy ha quedado sobremanera anticuada.

II. HISTORIA

A) *Roma*

1. Es frecuente afirmar que el origen remoto del testamento militar está en el que en Roma se llamó *in procintu* (11). Pero la

(9) Pólogo al op. cit. de MARTÍNEZ FUSET.

(10) Vid. MARTÍNEZ FUSET: op. cit., pág. 56.

(11) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, tomo V, pág. 607, y, entre otros romanistas, KUNTZE, STEILDE, GIRARD, ZOCCO-ROSA y SHOM, citados por HERNÁNDEZ GIL.

opinión dominante entiende (12) que éste no era una forma excepcional del testamento *in calatiis comitiis*, sino una modalidad del mismo (13), caracterizada por la presencia de ciertas circunstancias, de modo que el pueblo, ante el que en todo caso se hace el testamento, está presente no en comicios, sino en *exercitus procintus*, esto es, en el Ejército, armado y dispuesto para la batalla: que, antes como ahora, el Ejército no es sino el pueblo en armas. Por otro lado, para que una institución pueda considerarse como antecedente de otra no basta con que entre ambas haya un parecido mayor o menor o cierta similitud en sus fundamentos, sino que se precisa un enlace histórico, un proceso evolutivo, que no existe entre el testamento *in procintu* y el militar ni en el propio Derecho romano.

2. Según ULPIANO (D. 29. 1. 1. pr.), fué Julio César (14) quien, en primer término, concedió a los militares facultad excepcional para testar con el nombre de testamento militar, pero sólo con carácter temporal, extinguiéndose esta facultad a la muerte del emperador. Tito y Domiciano hicieron otro tanto, y Nerva otorgó a los soldados *plenissimam indulgentiam*, que Trajano mantiene y hace permanente, en cuyo momento podemos decir que comienza en Roma el sistema sucesorio militar.

3. En la época clásica, el testamento militar es una facultad inherente a la persona, con independencia de toda circunstancia de tiempo y lugar. Con Justiniano aparecen limitaciones que lo aproximan a su forma actual: no podrán beneficiarse de él los que se hallen *extra expeditione*, que habrán de someterse a las reglas del Derecho común, sino sólo los que se encuentren *in expeditione*, entre los cuales, además, se distingue según expresen su última voluntad ante la inminencia de una batalla o, aun estando en campaña, sin inmediato peligro de combate.

4. No es rara la afirmación de que la especialidad del testamento militar romano estribaba en una aligeración de formali-

(12) ARANGIO. COSTA. JORS KUNKEL. BURCHARD y el propio HERNÁNDEZ GIL.

(13) BANG lleva esta equiparación al extremo de afirmar que el *calatiis comitiis* y el *in procintu* constituyen una sola institución testamentaria.

(14) FITTING cree que el *Divus Julius Caesare*, que cita ULPIANO, no es César, sino Augusto.

dades, tan importante que llegaba a desnudar a aquél de todo requisito formal (15). Esta afirmación es exagerada. Por amplias que fueran las formas permitidas (16) no puede decirse que careciera de ellas, porque en tal caso los primeros perjudicados serían los propios *militēs*, cuya voluntad podría ser fácilmente suplantada (17).

5. Pero la especialidad del testamento militar y también su importancia histórica está más en su fondo que en su forma. Alguna de estas especialidades no han trascendido, como la de permitir su revocación sin ninguna formalidad, bastando que la voluntad revocatoria sea reconocible, o la posibilidad de que el testamento revocado, incluso rasgado y cancelado, pueda adquirir de nuevo validez (18). Otras, en cambio, han pasado más tarde al Derecho común, como la no vigencia de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, la validez de la institución *ex re certa* y la validez de la institución sujeta a condición resolutoria. Muchas más particularidades pueden ser señaladas, y así HERNÁNDEZ GIL (19) menciona las relativas a la

(15) *Faciant igitur testamenta "quomodo volent... quomodo poterint"* —D. 29. 1. 1. 1.— *Quam militum testamenta iuris vinculis non subicientur quum propter simplicitatem militarem "quomodo velint et quomodo possint" ea facere ius conducetur* —Constitución de Antonino, C. 6. 21. 3.— *Respondi militibus "quoquo modo velint et quo modo possunt" testamentum facere concessum esse* —Paulo, D. 29. 1. 40—.

(16) Por ejemplo, *in vagina auto clypeo litteris sanguine, suo rutilantibus annotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio suo* —C. 6. 21. 15—, es decir, escribiendo con su sangre sobre el escudo o armas, o en la tierra o arena con la espada, fórmula justiniana para el testamento frente al enemigo, que no parece que pudiera ser de mucho uso, pero que, tal vez por su sabor caballeresco, llegó hasta Las Partidas.

(17) Nos saldríamos de los límites de este trabajo si tratásemos de exponer los requisitos formales del testamento militar romano en sus diversas épocas, y acerca de los cuales discuten los romanistas. Digamos pues, simplemente, que admitía la fórmula escrita —al parecer la más frecuente— u oral, y que ésta no precisaba que los testigos reunieran las condiciones exigidas por el Derecho común, pudiendo serlo las mujeres, ni que concurriese el número legal de ellos, aunque se discute si debían ser rogados.

(18) ULPIANO: D. 29. 1. 15. 1.

(19) Ob. cit., págs. 80 y siguientes.

institución del esclavo, sin voluntad expresa de manumitirle, la desheredación tácita, la no ruptura del testamento por el advenimiento de un póstumo, la derogación de la *querella inoficiosi testamenti* y de la ley Falcidia, las referentes a la sustitución de herederos, al llamamiento del regimiento, la pluralidad de testamentos, el *ius accrescendi* y la designación del heredero directo en codicilo.

B) *Edad Media*

1. A consecuencia de la organización familiar de la propiedad, los germanos no conocieron originariamente el testamento (20), que recibieron más tarde por influencia de Roma y de la Iglesia. Así se explica que el Código de Alarico, pese a su nítida esencia romana, nada diga del testamento militar, ya que los soldados visigodos serían entonces de raza bárbara y no se regían por el Derecho romano (21).

2. La ley 13, tít. V, lib. II del *Liber iudiciorum* de Chindasvinto ya menciona el testamento del *in expeditione publica moriens*, disponiendo que si el testador no tuviere junto a sí hombres ingenuos, consigne su voluntad por escrito, y si así no lo hiciera, pueda expresarla a sus siervos, los cuales, mereciendo fe al Juez y al Obispo por no haber cometido nunca fraude, deberían prestar juramento acerca de la última voluntad del testador, y sus manifestaciones, puestas ya por escrito, habrán de ser suscritas por la autoridad judicial y la religiosa y confirmadas, finalmente, por el Rey. En opinión de ZEUMER (22) se trata de una imitación de la famosa novela 20 de Valentiniano III, que introdujo el testamento ológrafo, si bien el legislador visigodo sobrepasa su modelo al permitir que el testador que no sepa escribir declare su voluntad ante personas no libres.

3. En la alta Edad Media sólo excepcionalmente se recoge algún texto referente a testamento militar, como el del conde

(20) SALVADOR MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español*, Zaragoza, 1924, páginas 46 y sigs.

(21) Id., *id.*, pág. 115.

(22) *Historia de la legislación visigoda*, Barcelona, 1944, pág. 209.

Gonzalo Salvadórez, mencionado por MENÉNDEZ PIDAL (23); pero que, al decir de RIAZA y GARCÍA GALLO (24) debe tratarse de un testamento común, llamado *in procintu* por un resabio erudito del texto.

4. El Fuero Juzgo se limitó a poner en romance la disposición del *Liber judiciorum* antes mencionada (25).

5. La recepción se verificó en esta materia, como en tantas otras, a través de Las Partidas, que reproducen fielmente la doctrina de Justiniano (26).

(23) *La España del Cid*, Madrid, 1929, II, págs. 760 y sigs.

(24) *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid, 1934, págs. 715 y siguientes.

(25) La ley 12, tít. V, libro II dice: "Aquel que muere en romería o en hueste, si oviese omnes libres consigo, escriba su manda con su mano ante ellos. E si non soplese escribir o non pudiese por enfermedad, faga su manda ante sus siervos que sepa el obispo que son de buena fe e que non fuese ante fallados en pecado. E lo que dixerén estos siervos por iuramento, fágalo el obispo o el iuez escribir despues, e sea confirmado por ellos e por el rey."

(26) Ley 24, tít. XXI, Partida II y ley 4.^a, tít. I, Partida VI. La primera menciona como uno de los privilegios de los militares —a los que llama defensores— que "puedan facer testamento o manda en la guisa que ellos quisieren, maguer non sean todas aquellas cosas y guardadas que deben ser puestas en los testamentos de otros omes" cuando "estuuieren en hueste, o fueren en mandadería del rey, o en otro lugar qualquier, que esten señaladamente en su oficio, o seruicio e por su mandato". La segunda expresa: "Como pueden los caualleros fazer su testamento", y dice: "Queriendo fazer testamento algund cauallero, si lo fiziese en su casa, o en otro lugar que non sea en hueste, deuelo fazer en la manera que los otros omes, ansi como dice en las leyes antes desta; mas si ouiere de fazer en hueste, entonces abonda, que lo faga ante dos testigos, llamados o rogados para esto. E si por auentura, seyendo en fazienda, veyendosse en peligro de muerte, quisesse aquella sazón fazer su testamento; dezimos que lo pueda fazer, como pudiere, e como quisiere, por palabra o por escrito. E aun con su sangre misma, escriuiendolo en su escudo, o en alguna de sus armas; o señalándolo por letras en tierra, o en arena. Ca en cualquier destas maneras que lo faga, e pueda ser prouado por dos omes buenos que se acertassen y, vale tal testamento. E esto fue otorgado por preuillejo a los Caualleros, por les fazer honrra, e mejoría, mas que a otros omes, por el gran peligro a que se meten, en seruicio de Dios, e del Rey, e de la tierra en que bluen."

C) *Edad Moderna*

1. La aparición de nuevas formas testamentarias hizo que el testamento militar fuera cayendo en desuso. Así ocurrió con el auge de los testamentos por Comisario, y, sobre todo, con la Pragmática de Felipe II, de 1566, inserta en la Nueva Recopilación —ley 1.ª, tít. IV, libro V—, que, al autorizar una forma de testar tan fácilmente asequible, cual la que se hace ante siete testigos, vecinos o no del lugar, privó grandemente de utilidad al testamento militar, la cual aún quedó más reducida cuando Felipe V ordenó por Real Cédula de 28 de abril de 1739 que el testamento otorgado por los militares sin ninguna solemnidad perdiese su validez si aquéllos sobrevivían a la campaña con motivo de la cual testaron.

2. Fué, sin embargo, el propio Monarca quien, “más bien informado ahora por el Consejo de Guerra, de los perjuicios que se siguen de lo dispuesto en la referida Ordenanza, y de los inconvenientes que produciría su observancia, tanto a mi servicio como a la profesión militar y honor de ella”, no sólo la deroga tres años después —el 9 de junio de 1742—, sino que da mayor amplitud al testamento militar, al establecer que “se observe la costumbre antigua en cuanto a que los militares usen de sus privilegios y fuero al tiempo de hacer sus testamentos no sólo estando en campaña, sino en otra cualquiera parte, siempre que gocen sueldo” (27).

3. Las famosas “Ordenanzas de su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de los Ejércitos nacionales” promulgadas por Carlos III no podían, en la amplitud de su regulación, omitir “las materias de justicia”, de las que se ocupa

(27) A partir de esta ordenanza existen varias que amplían el fuero militar, tales como la de Fernando VI, de 25 de marzo de 1752, 13 de noviembre del mismo año, de la que se dió traslado a las tropas de la Casa Real en 21 de mayo siguiente, Cédula de 12 de abril de 1755, de cuyo examen debemos prescindir, pues tuvieron como objeto más la regulación de trámites que el aspecto sustantivo del testamento. Baste decir, que fué tal la extensión del fuero militar que la Orden de 19 de junio de 1764 hubo de poner coto al abuso, disponiendo que conocieran los Tribunales ordinarios cuando el causante no fuera militar, aun cuando hubiese militares interesados en la sucesión.

su tratado VIII, cuyo título XI versa acerca “De los testamentos (28).

4. Esta prudente regulación del testamento militar fué pronto desvirtuada por el propio Rey, por Real Cédula de 24 de octubre de 1778, en la que, so pretexto de aclarar ciertas dudas, “y, en particular, la de si es o no arbitrario a los militares otorgar por sí su testamento conforme al estilo de guerra, o deben hacerlo ante escribano, donde lo haya, arreglándose a las leyes del Reyno, a las municipales o a las Ordenanzas; declaro, por punto, general, que todos los individuos del Fuero de Guerra pueden, en fuerza de sus privilegios otorgar por sí sus testamentos en papel simple y firmado de su mano, o de cualquier otro modo en que conste su voluntad, o hacerlo por ante Escribano con las fórmulas y cláusulas de Estilo; y que en la parte dispositiva pue-

(28) Los cuatro primeros artículos contienen la regulación sustantiva, mientras los siguientes se refieren a cuestiones de competencia; aquéllos dicen así:

“1.º Todo individuo que gozare fuero militar, según está declarado en esta Ordenanza, le gozará también en punto a sus testamentos, ya sea que le otorgue estando empleado en mi servicio en campaña o hallándose en guarnición, cuartel, marcha o en cualquier otro paraje.

“2.º En el actual conflicto de un combate o sobre el inmediato caso de empezarle, podrá testar como quisiere o pudiere, por escrito, sin testigos, siendo válida la declaración de su voluntad como conste ser suya la letra, o de palabra ante dos testigos que depongan conformes habérseles manifestado su última voluntad.

“3.º Igualmente será válido el testamento hecho en cualquiera de los dos modos que expresa el artículo precedente en todo naufragio u otro cualquiera inminente riesgo militar en que se halle el testador, bastando en estos casos que manifieste seriamente su voluntad a dos testigos imparciales aunque no sean rogados.

“4.º Igualmente será válida y tendrá fuerza de testamento la disposición que hiciere todo militar escrita de su letra en cualquier papel en que lo haya ejecutado; y a la que así se hallare, se dará entera fe y exacto cumplimiento, bien lo haya hecho en guarnición, cuartel o marcha; pero siempre que pudiera testar en paraje donde haya escribano, lo hará con él según costumbre.”

El artículo 1.º del título I —“Exenciones y preeminencias del fuero militar”— dice que “el referido fuero pertenece a todos los militares que actualmente sirven y, en adelante, sirvieran en mis tropas regladas o en empleos que subsistan con actual ejercicio en guerra, y que como tales militares gocen sueldo por mis tesorerías del ejército en campaña o las provincias”.

dan usar a su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil o la municipal; y mando que así se cumpla y execute, no obstante cualesquiera leyes, decretos y ordenanzas anteriores". Los primeros perjudicados con esta injusta amplitud del testamento militar fueron, como no podía menos de ocurrir, los propios testadores y sus herederos, de lo que es un ejemplo el famoso pleito a que dió lugar el testamento del marqués de Santa Cruz del Marcenado (29).

5. La Novísima Recopilación nada aclaró en la materia, pues se limitó a acoger, en los títulos XVIII y XIX del libro X, las más importante —y parcialmente dispares— órdenes y decretos a ella referentes (30). Y la desmesurada libertad de testar continuó y fué confirmada por la Reina Gobernadora por Real Orden de 17 de enero de 1835 (31).

6. Tampoco el Decreto de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868 afectó al testamento militar, según aclararon las Circulares de 26 de septiembre y 22 de noviembre de 1873 (32) y confirmó la Dirección General de Registros (33).

(29) Vid. nota 7.

(30) Poco después de promulgada, en 1805, la Novísima Recopilación aparecen los primeros comentaristas que se ocupan del testamento militar, como RIOJA: *Defensa del fuero militar*, y FERNÁNDEZ DE LA HOZ: *Informe del fuero civil de las clases militares*, 1856.

(31) "Es árbitro el testador no sólo en campaña, guarnición, cuartel o marcha, sino también en donde quiera que se halle y cualquiera que sea el estado de su edad, de su salud, con peligro o sin él, de preferir el modo de manifestar su voluntad en la forma civil o en la militar, sin sujeción a los Reglamentos locales, por no deber mediar exigencia en el modo de testar y, por consiguiente, sin que deba ni pueda intervenir el controlador-funcionario administrativo que, en los hospitales militares, tenía ciertas funciones de intervención, pudiendo concurrir, con otros oficiales, para ocupar las vacantes de Comisarios de guerra, ni otra persona si no es llamada por el testador al paraje donde se encuentre."

(32) "...este procedimiento no se opone al derecho que, desde muy antiguo, tienen los militares de testar sin las formalidades de las leyes comunes, aun fuera de los casos de hallarse en campaña, y, por lo tanto, el Decreto de abolición de fueros no deroga lo establecido, sólo se contrae a la jurisdicción que es competente para intervenir en las testamentarias, pero no a la forma constitutiva y esencial de los testamentos militares."

(33) Resoluciones de 30 de mayo de 1877 y 25 de octubre de 1884.

7. La tendencia codificadora del pasado siglo, impregnada de un espíritu igualitario que se manifestaba con especial fuerza en el campo del Derecho privado, había de influir necesariamente en la regulación del testamento militar, mientras, al mismo tiempo, el Derecho comparado era favorable a su subsistencia (34),

(34) Limitado nuestro estudio al testamento militar español, debemos prescindir del examen del Derecho comparado, lo que alargaría excesivamente este sencillo trabajo. No obstante, juzgamos interesante citar los Códigos que pudieron influir en el nuestro o reflejan las ideas dominantes en la época.

El Código francés —y su gemelo, el belga— dispuso lo siguiente:

"Artículo 981. Los testamentos de militares y de los empleados en el Ejército podrán, en cualquier país en que se hallen, otorgarse ante el Jefe de un batallón o escuadrón o ante otro Oficial de grado superior, en presencia de dos testigos, o ante dos Comisarios de guerra o uno sólo, asistido de dos testigos.

"Artículo 982. Podrán también otorgarse si el testador estuviese enfermo o herido, ante el facultativo jefe, asistido del Comandante encargado del hospital.

"Artículo 983. Las disposiciones de los dos artículos anteriores no producirán efecto más que en favor de los que estén en expedición militar, en cuartel o en guarnición fuera del territorio francés (o belga), o prisionero del enemigo; sin que favorezcan a los que estén en cuartel o guarnición en el interior, a no ser que se hallen en una plaza sitiada, ciudadela u otro sitio cuyas puertas estén cerradas, e interrumpidas las comunicaciones con motivo de la guerra.

"Artículo 984. El testamento hecho en la forma expresada será nulo seis meses después que el testador haya vuelto a sitio donde pueda emplear las formas ordinarias."

El Código italiano de 1865 decía:

"Artículo 799. El testamento de los militares y personas que se hallen en el Ejército podrá otorgarse ante un Comandante o cualquier otro Oficial de grado igual o superior, o ante un Intendente militar o Comisario de guerra en presencia de dos testigos..., el testamento se hará por escrito...

"El testamento de los militares que pertenezcan a Cuerpos o puestos destacados del Ejército podrá también otorgarse ante el Capitán o cualquier otro Oficial subalterno que tenga mando.

"Artículo 800. Si el testador estuviese enfermo o herido, podrá también recibirse el testamento por el Oficial de Sanidad de servicio; en presencia de dos testigos, en la forma establecida en el artículo anterior.

"Artículo 801. Los testamentos de que se trata en los artículos anteriores deben remitirse lo más pronto posible al Cuartel general, y por éste al Ministerio de la Guerra, que ordenará el depósito en la Secreta-

v así, los proyectos anteriores al que había de ser nuestro Código civil coincidieron en mantenerlo, entre ellos el de 1851, como es

ría del Juzgado de Paz del pueblo en que esté domiciliado o haya tenido su última residencia el testador.

"Artículo 802. Solamente podrán testar en la forma establecida por los arts. 799 y 800 los que estén en expedición militar por causa de guerra, bien en país extranjero o en el interior del Reino, prisioneros del enemigo, en plaza o fortaleza sitiada o en otros lugares en que estén interceptadas las comunicaciones.

"Artículo 803. El testamento hecho en la forma indicada será nulo tres meses después de la vuelta del testador a un lugar en que pueda hacer otro en las formas ordinarias."

Por su parte, este es el tenor del Código portugués:

"Artículo 1.944. Testamento militar es el que pueden hacer los militares o los empleados civiles del Ejército en campaña, fuera del Reino y aun dentro de éste, estando en plaza sitiada o residiendo en lugar cuyas comunicaciones estén cortadas, si donde se encuentra, no hubiera Notario.

"Artículo 1.945. El militar o el empleado civil del Ejército que quisiera hacer testamento, declarará su última voluntad en presencia de tres testigos idóneos y del Auditor de la División respectiva o, a falta de éste, de algún Oficial sustituto. El Auditor o el Oficial sustituto recibirán la disposición testamentaria:

"1.º Si el testador se hallase herido o enfermo, la falta de Auditor o del sustituto podrá suplirse con el Capellán o el Médico del hospital donde se encontrase.

"2.º La disposición será leída, fechada y firmada...

"3.º Este testamento se remitirá con la posible brevedad al Cuartel general y de allí al Ministerio de Guerra, que lo hará depositar en el archivo de testamentarias del distrito administrativo donde haya de producir efecto.

"4.º En el caso de muerte del testador, el Gobierno lo hará saber por el periódico oficial, designando el archivo donde el testamento esté depositado.

"5.º El testamento quedará sin efecto un mes después de haber regresado el testador al Reino, o de haber cesado el sitio o la incomunicación con el lugar donde el testamento se hizo.

"Artículo 1.946. Si el militar o el empleado civil supieran escribir, podrá hacer testamento de su puño y letra, siempre que lo feche y firme con su nombre y apellido, y lo presente, abierto o cerrado, con asistencia de dos testigos, al Auditor o al Oficial que para ese fin le sustituyese.

"1.º El Auditor o el sustituto a quien se presente este testamento pondrá una nota en él, del lugar, día, mes y año en que fué presenta-

sabido de una importancia especial en tanto que es antecedente inmediato de nuestro actual Derecho positivo (35). Este criterio

do; firmará esta nota con los testigos y se hará luego con el documento lo marcado en el párrafo 3.º del artículo anterior.

"2.º Si el testador estuviese enfermo o herido, podrá el Capellán o el Médico hacer las veces del Auditor o del sustituto.

"3.º Es aplicable a este testamento lo que queda dispuesto en los párrafos 4.º y 5.º del artículo anterior.

"Artículo 1.947. No producirá efecto alguno el testamento militar en que se note la falta de alguna de las formalidades prescritas en los artículos 1.945 y 1.946, párrafos 1.º y 2.º"

Otros muchos Códigos de la época se han ocupado del testamento militar. Citemos a título de ejemplo los de Holanda (art. 993), Colombia (artículo 1.098), Guatemala (art. 784), Uruguay (art. 775), Luisiana (artículo 1.590), Chile (art. 1.041), Argentina (art. 3.672), México (art. 1.565, gracia 4.ª), Suiza (art. 507, 3.º), Veracruz (art. 3.552), Baja California (artículo 3.878), Nápoles (art. 910) y Baviera (art. 4.º del capítulo 4.º del libro 3.º).

(35) El cual regulaba el testamento militar en los siguientes términos:

"Artículo 574. En tiempo de guerra, los militares en campaña y demás individuos empleados en el Ejército, los voluntarios, rehenes y prisioneros podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga, por lo menos, el grado de Capitán, ante el Auditor destinado a seguir el Ejército o ante un Comisario de guerra.

"Si el testador estuviere enfermo o herido podrá otorgarlo ante el Capellán o cirujano que le asista.

"Si estuviere en destacamento, ante el Oficial que lo mande, aunque sea subalterno.

"En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos.

"Artículo 575. Los testamentos otorgados con arreglo al artículo anterior deberán ser remitidos con la posible brevedad al Cuartel general, y por éste al Ministerio de Guerra, el cual practicará lo dispuesto en los párrafos 2.º y 3.º del art. 582. (Art. 582 ...el Ministerio de Marina remitirá el testamento y demás diligencias a la autoridad judicial del último domicilio del difunto y ésta las hará incorporar en los protocolos del escribano numerario más antiguo del domicilio si hubiere más de uno. No conociéndose al testador ningún domicilio, la incorporación se hará en los protocolos del escribano numerario más antiguo del primer Juzgado de Madrid.)

"Artículo 576. Los testamentos mencionados en el art. 574 caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

"Artículo 577. Durante una batalla, asalto, combate y, generalmente,

fué el que inspiró la base 15 de la Ley de 11 de mayo de 1888 (36), con arreglo a la cual se redactó la sección 7.ª del capítulo 1.º del título III del libro III del Código civil, que, bajo la rúbrica "Del testamento militar", contiene el Derecho vigente en la materia (37).

en todo peligro próximo de acción de guerra o naufragio, podrá otorgarse el testamento militar de palabra ante dos testigos. Pero el testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó; si no se salvase, se practicará lo dispuesto en los artículos 597 y 598, que regulan el testamento nuncupativo sin escribano público.

"Lo dispuesto en este artículo es aplicable a las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra o mercantes en los casos que en él se expresan."

(36) "Base 15: El tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de codificación reunida en pleno, con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adoptó... y se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos... sus diferentes clases de... militar..."

(37) Transcribimos su contenido para mayor comodidad en la consulta.

"Artículo 716. En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército o que sigan a éste, podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.

"Es aplicable esta disposición a los individuos de un Ejército que se halle en país extranjero.

"Si el testador estuviese enfermo o herido, podrá otorgarlo ante el Capellán o el facultativo que le asista.

"En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos.

Artículo 717. También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los arts. 706 y siguientes.

"Artículo 718. Los testamentos otorgados con arreglo a los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la posible brevedad al Cuartel general, y por éste al Ministerio de la Guerra.

"El Ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Juez del último domicilio del difunto, y, no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que, de oficio, cite a los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos deberán solicitar que se eleve a escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

"Cuando sea cerrado el testamento, el Juez procederá, de oficio, a su

III. FUNDAMENTO

1. Desde que en Roma aparece el testamento militar podemos apreciar un gran interés en los juristas por explicar la razón de justicia que legitimara el trato de favor de que eran objeto sus destinatarios. La más frecuentemente aducida en las fuentes es la rusticidad e ignorancia de los soldados —*propter nimiam imperitiam*, decía GAYO (38)—; pero, como dice HERNÁNDEZ GIL, no es satisfactoria, porque no se puede suponer que otras personas sujetas al Derecho común, tales como los campesinos, las mujeres, etc., fuesen más cultas o menos inexpertas.

Otro fundamento aducido por las fuentes es el de ULPIANO, que se basa en los riesgos excepcionales inherentes a la vida militar (39), lo cual justificaría el testamento hecho en campaña, pero no el fuero personal ni, mucho menos, la especialidad de las reglas sucesorias castrenses.

apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación e intervención del Ministerio fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.

"Artículo 719. Los testamentos mencionados en el art. 716 caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

"Artículo 720. Durante una batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.

"Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

"Aunque no se salvere, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra o funcionario de justicia que siga al Ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el art. 718.

"Artículo 721. Si fuere cerrado el testamento militar se observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el Oficial y los testigos que para el abierto exige el art. 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como, asimismo, el testador si pudiere."

(38) Ins., 2, 11, y también Ins., 109 y 114. También en el Código (C. 6. 21. 3; 6. 30. 22; 6. 30. 22. 15) y en el Digesto (D. 29. 1. 1. 1; 29. 1. 40. 2; 22. 6. 9. 1) abunda esta justificación.

(39) D. 29. 1. 44, y D. 37. 13. 1. pr.

La idea de concesión especial para premiar méritos a sus *fideliſsimos commilitones* aparece clara en el *caput ex mandatis* de Trajano, y más explícitamente todavía en D. 29. 1. 26, fragmento que menciona como beneficiario de la concesión no ya al simple militar, sino a los soldados *ſideliſſimusque, merentibus*. La circunstancia histórica abona esta explicación, porque el Ejército no sólo era el más firme sostén del trono imperial, sino que llegó, más que a influir, a disponer el nombramiento o la deposición de los Emperadores.

2. Cualquiera que pudiese ser la influencia de estas razones en la aparición de un sistema sucesorio diferenciado para el orden militar, no se puede prescindir de otras expuestas por HERNÁNDEZ GIL, quizá menos visibles, pero más profundas (40). A diferencia de la clásica, en la época imperial el Ejército estaba compuesto, especialmente en las llamadas tropas auxiliares, casi exclusivamente de elementos provinciales, galos, con Julio César, y después helenos, egipcios y bárbaros, a los que se concedió la ciudadanía romana mucho antes que se generalizara su concesión a los ciudadanos de las provincias conquistadas. A estos ciudadanos, cuya romanidad es una ficción, no se les aplica ya el *ius gentium*; pero repelen el *ius civile*, que ni conocen ni se adapta a su mentalidad; el Derecho Militar resulta así una manera de aplicar el *ius gentium* a la sucesión de un ciudadano romano. La *imperitia* del soldado no es ya motivada por su falta de instrucción, sino por su falta de adaptación al Derecho romano.

Por último, ciertas influencias extranjeras y, en primer lugar, la del Derecho helénico pueden muy bien haber contribuido al régimen sucesorio militar romano (41).

3. En el transcurso de la historia, la mayor o menor extensión del fuero militar ha dependido frecuentemente de la consideración social y del poder político del Ejército. Hoy, no sólo eliminados los privilegios de clase (42), sino comprendido que pue-

(40) Op. cit., páginas 122 y ſigs.

(41) ARANGIO RUÍZ: "L'origine del testamentum militis e la sua posizione nel Diritto romano clasico", en *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 1906, págs. 164 y ſiguientes; señala, por ejemplo, el testamento escrito griego, que no está sujeto a ninguna formalidad de firma, sello o depósito, y en el que se puede prescindir de los testigos.

(42) Artículo 3.º del Fuero de los Españoles: La Ley ampara por igual

blo y Ejército son una misma cosa, sólo las circunstancias en que se encuentra el testador justifican la excepcionalidad de la forma.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

A) *Privilegio*

1. Intimamente ligado con el problema de la justificación del testamento militar está el de determinar si es un privilegio.

La cuestión es complicada, porque la primera dificultad surge cuando se trata de fijar el concepto de privilegio. Si admitimos su diferencia con el *ius singulare*, bien porque éste tenga una justificación objetiva y de equidad, mientras aquél suponga una concesión favorable —o una restricción desfavorable en los llamados *privilegia odiosa*— hecha en atención a la persona del destinatario (43), bien por cualquiera de las notas en que basan la distinción los numerosos autores que se han ocupado de la materia (44), es evidente que el testamento militar es hoy un caso de *ius singulare*, en que la desviación de la regla normal está justificada por la especial situación en que se encuentra el testador.

B) *Testamento excepcional*

1. La especialidad de las situaciones en que pueden encontrarse los testadores da lugar a los llamados testamentos especiales, de los que, tanto los civilistas como el propio Código civil, se ocupan con separación de los comunes, aunque en dicho cuerpo legal la separación sistemática no sea total. Un sector de la doctrina (45) ha distinguido entre testamentos especiales y excepcionales, llamando especiales a los que exigen mayores formali-

al derecho de todos los españoles, sin preferencias de clase ni acepción de personas.

(43) PÉREZ GONZÁLEZ: prólogo a la op. cit. de MARTÍNEZ FUSET, página VII.

(44) Vid. una exposición de estos criterios, con abundante bibliografía, en la op. cit. de HERNÁNDEZ GIL, págs. 173 y sigs.

(45) Vid. CASTÁN, por citar un civilista.

clades que los comunes —testamento del loco en intervalo lúcido, del ciego, del mudo, hecho en lengua extranjera— y excepcionales a los que permiten prescindir de algunas formalidades, incluso de la presencia del Notario, como ocurre con el marítimo, el otorgado en país extranjero, en inminente peligro de muerte o en tiempo de epidemia. A este segundo grupo pertenece el testamento militar.

2. Es frecuente clasificar todos estos testamentos “no comunes” según su especialidad dependa de circunstancias relativas a la persona del testador (loco, ciego, sordo, mudo, de lengua extranjera), al lugar donde se otorga (en país extranjero, marítimo) o al tiempo (en peligro de muerte, en tiempo de epidemia). Entonces se dice que el testamento militar presenta la triple especialidad, de persona —militares y demás mencionadas en el artículo 716 del Código civil—, de tiempo —en tiempo de guerra— y de lugar —en campaña—.

3. A nuestro juicio, esta visión es errónea. Llamamos testamentos especiales o excepcionales a aquellos que no pueden emplearse sino en ciertas circunstancias bajo pena de nulidad (46), y, por tanto, no lo serán aquellos otros en que no hay más particularidad que la exigencia de ciertos requisitos dimanantes de determinadas circunstancias en que se encuentra el testador, los cuales, por otra parte, son también necesarios en los actos notariales *inter vivos*, sin más diferencias que las accidentales que nacen del hecho de estar reguladas ambas clases de instrumentos en diferentes cuerpos legales (47), de modo que, si por precaución o por capricho, en el testamento de una persona normal se hiciese la doble lectura prevista para el del ciego o se incluye-

(46) Podría serlo el ológrafo, para cuyo uso se requiere la mayor edad, pero en todo caso sería un testamento especial no incompatible con las formas comunes.

(47) Por ejemplo, que la legislación notarial no prevea el otorgamiento hecho por el loco en intervalo lúcido, puesto que su capacidad está limitada —salvo ciertas discusiones doctrinales— a la testamentifacción, aunque, en el fondo, el juicio de capacidad del Notario pueda estar avalado, en casos dudosos, por un dictamen médico análogo al del testamento, que no habría impedimento para reflejarlo en la escritura. O que haya ciertas diferencias entre el modo en que el Notario se asegura de la conformidad del otorgante ciego cuando lo es de un testamento y cuando lo es de una escritura *inter vivos*.

se el dictamen médico propio del que hace el loco en intervalo lúcido, la validez de tal testamento sería incuestionable.

El verdadero testamento especial se caracteriza, pues, porque en él se prescinde de Notario (48). Ello ocurre por la concurrencia de especiales circunstancias de tiempo y lugar (49). Así acontece con el testamento militar, en el que no interviene Notario por razón de tiempo y lugar, pero no de persona, como veremos más adelante.

4. Podría limitarse más el concepto de testamento excepcional excluyendo del mismo aquellos en que su excepcionalidad no radica en el testamento en sí, sino en el funcionario depositario de la fe pública. Es decir, que más que de testamento especial deberíamos hablar de Notario especial, como es el caso del otorgado en país extranjero —donde el Notario excepcional es el Agente diplomático o consular— o en las provincias africanas donde no hay demarcación notarial (50). Una prueba de lo razonable de esta posición es que si llamamos testamento especial al autorizado por Cónsul, habremos de llamar poder especial, com-

(48) Repetimos lo dicho antes acerca del ológrafo.

(49) En el testamento en inminente peligro de muerte predomina el elemento tiempo, pero también es necesario que se otorgue donde no sea posible la presencia de Notario (jurisprudencia constante, verbigracia, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1910 y 23 de febrero de 1926). En el testamento en tiempo de epidemia también se supone ausencia de Notario en el lugar del otorgamiento, bien porque así se exija directamente por analogía con el *in periculo mortis*, bien porque se entienda que la existencia de una epidemia es ya causa suficiente para estimar excusada la asistencia del fedatario ante el peligro de contagio. En el testamento marítimo concurre la circunstancia de lugar —a bordo— con la de tiempo —durante la navegación—. Aparentemente en el hecho en país extranjero sólo hay una razón de lugar; pero es que no se trata de un verdadero testamento especial, sino común, abierto o cerrado, notarial, aunque el funcionario autorizante no pertenezca, por razones puramente administrativas —se habla de crear Agregados notariales— al Cuerpo Notarial. Por último, hay que decir que desde el punto de vista filosófico tiempo y espacio son inseparables; el testamento especial, por razón de lugar lo es por el tiempo en que el testador se encuentre en ese lugar.

(50) De si el Párroco será Notario excepcional nos ocuparemos más adelante, al examinar el carácter de especial o de común del testamento parroquial en las regiones forales.

praveña especial, etc., a tales instrumentos cuando también los autorice este funcionario. En tal caso, podría sostenerse que el testamento cerrado autorizado por Comisario, al menos tratándose de fuerzas expedicionarias, es un testamento común ante Notario especial, el Notario militar que contempla el núm. 5.º del artículo 4.º del Reglamento del Cuerpo de Intervención Militar de 19 de mayo de 1913 y el Decreto de 25 de septiembre de 1941 (51). Pero teniendo en cuenta que este Decreto deja a salvo lo dispuesto por el Código civil sobre los testamentos, y que nuestro primer Cuerpo legal no hace distinción, a estos efectos, entre el cerrado y el abierto, hay que llegar a la conclusión de que también el testamento militar cerrado tiene carácter de excepcional, con las consecuencias que de ello se derivan.

C) *Consecuencias*

1. La primera consecuencia del carácter de excepcional que tiene el testamento militar es que su especialidad queda reducida estrictamente a la forma. Por tanto, le es aplicable el Derecho sucesorio común en todo lo demás, tanto en lo relativo a la capacidad del testador, como el ámbito, validez y límite de las disposiciones, efectos derogatorios, etc., etc.

2. Otra importantísima consecuencia es que el testamento militar sólo sea posible y, por consiguiente, válido, cuando el testador no pueda acudir a las formas ordinarias de testar, es decir, a la notarial. Acerca de la cuestión de si otras formas testamentarias posibles excluyen la militar, nos ocuparemos al tratar de la subsistencia de este testamento.

(51) No deja de ser absurdo que por no ser aplicable el Decreto de 1941 a los testamentos, el Interventor, que puede, en su caso, autorizar instrumentos *inter vivos* sin limitación como Notario, incluso heredamientos y donaciones *mortis causa*, no pueda autorizar testamentos abiertos como tal, sino sólo como Oficial y sin incorporarlos a su protocolo.

V. REQUISITOS

A) *Personales*

1. El primer artículo que el Código civil dedica a la materia comienza ya por establecer una aparente limitación en cuanto a las personas que pueden utilizar el testamento militar, siguiendo así los ejemplos de los Códigos francés, italiano y portugués (52), entre otros. Las personas mencionadas son "los militares, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército o que sigan a éste".

2. Huelga decir, pues, que están comprendidos en el supuesto los miembros del Ejército, cualquiera que sea su categoría o empleo, situación o escala, Cuerpo o Arma, destino o servicio que presten. Es evidente que el personal militarizado o movilizado forma parte del Ejército mientras dure la militarización o movilización que le sujeta a la disciplina castrense.

3. Están comprendidos en el precepto los miembros de la Armada, sin perjuicio del testamento marítimo y salvo el problema de la compatibilidad entre éste y el militar, de que nos ocuparemos más adelante, según resulta claramente del número 2.º del artículo 11 de la Ley de 10 de noviembre de 1894. Y lo mismo hay que decir de los componentes del Ejército del Aire, de creación posterior a la promulgación del Código civil.

4. Los institutos armados —Guardia Civil, Policía Armada y de Tráfico y, antes, Carabineros y Guardias de Seguridad y de Asalto—, aunque dependientes de Ministerios civiles, tienen organización militar y se rigen por las Ordenanzas militares, pasando, en el instante de la declaración del estado de guerra, a depender del Ministerio del Ejército. Sus miembros son, pues, militares. Por análogas razones lo son los miembros de otras fuerzas, existentes o extinguidas, como las de Miñones, Miqueletes.

(52) *Vid.* nota 34. En general, como pretendemos limitar este trabajo al Derecho español hemos prescindido incluso de utilizar esos Códigos como elementos de interpretación, aunque en muchos casos reforzarían nuestras opiniones, especialmente en cuanto que el testamento militar no se puede usar cuando es posible acudir a Notario.

Escuadras de Cataluña y Somatenes. Creemos también que, en todo momento, los pertenecientes al Cuerpo de Intervención Civil de Guerra, al que era de aplicación el Decreto de 15 de febrero de 1933, tuvieron el carácter de militares, aunque desempeñarán sus funciones fiscales en la Administración con el de desmilitarizados.

5. Los extranjeros encuadrados en el Ejército español, particularmente en la Legión, pueden usar las formas testamentarias españolas según la regla *locus regit actum*. Además, el párrafo 2.º del art. 716 del Código civil obliga a que en España se reconozca la validez del testamento militar otorgado por dichos extranjeros fuera de nuestra Patria, incluso en el propio país del testador, aunque, como es natural, no pueda imponer su reconocimiento por la ley nacional de éste.

6. En cuanto a las llamadas tropas coloniales, nunca ha ofrecido duda el carácter español de las de los territorios que hoy constituyen las provincias de Ifni, Sahara, Fernando Poo y Río Muni, como los Tiradores de Ifni y la antigua Guardia Colonial, hoy Territorial, sin que tampoco su dependencia de Ministerios distintos de los militares obste a la aplicabilidad del testamento militar. También han sido tropas españolas, en todo instante, los Regulares Indígenas, sin perjuicio de la nacionalidad marroquí de gran número de sus componentes.

Más dudoso era el carácter de las tropas jalifianas, tales como las Mehal-las, Mejaznía y Guardia Jalifiana, puesto que el protectorado no anulaba totalmente la personalidad jurídica de Marruecos. No obstante, la responsabilidad que en materia de orden público y defensa competía a la Nación protectora hace que debamos considerar como españolas a estas Fuerzas, sin olvidar que, en último término, el problema carece de trascendencia práctica en cuanto al personal marroquí, puesto que la legislación coránica, por que se rigen, les hace inútiles nuestras formas testamentarias.

7. La mención singularizada de voluntarios que hace el artículo 716 parece, a primera vista, inexplicable, porque cuando se publicó el Código ya estaba vigente el Reglamento para el Reemplazo y Reservas del Ejército, de 22 de enero de 1883, con arreglo a cuyo art. 4.º, número 3.º, pertenecen también a la Institución, como los activos, quienes habían sentado plaza y no ha-

bían sido declarados soldados por su suerte (53). Pero, a nuestro juicio, no es así, porque la experiencia nos dice que en todas las campañas ha sido frecuente que ciertos paisanos, incluso mujeres, hayan participado en operaciones, bien como miembros de las diversas milicias que han existido, bien como guerrilleros, bien por influjo de las circunstancias, por ejemplo, en la defensa de una plaza sitiada. Es cierto que el artículo 867 del Reglamento de 1882 da a esas tropas asimilación militar; pero si el legislador creía que era necesaria una enumeración de las personas que pueden utilizar el testamento militar, es lógico que no se contente con remitirse a reglamentos interiores del Ejército, cuyo valor en esta materia, incluso el meramente interpretativo, es discutible.

8. Rehenes —del árabe *reen*, prenda— son “personas que se dan o se toman a la fuerza en garantía del cumplimiento de convenios o estipulaciones”, según el art. 866 del citado Reglamento de campaña, que ya consideraba su uso como anticuado e ineficaz. No obstante, el Código civil los menciona, y su tenor debe ser ampliamente interpretado, comprendiendo en él a cualesquiera personas privadas de libertad por el Ejército, aunque sea por motivos distintos de garantizar el cumplimiento de convenios. Sean cuales sean las dificultades que para su aplicación práctica habrían de presentarse, creemos que la ley se refiere tanto a los rehenes tomados al enemigo como a los que el enemigo tome.

9. Otro tanto podemos decir de los prisioneros, concepto que se diferencia de aquél porque se circunscribe al elemento militar capturado. Su mención en el Código es un anticipo del espíritu que informó la Convención de Ginebra de 27 de julio de 1929 —ratificada por España en 6 de agosto de 1930—, cuyo artículo 41 dispone que los testamentos de los prisioneros sean recibidos y redactados en las mismas condiciones que para los militares del Ejército nacional.

La mención de rehenes y prisioneros supone una verdadera declaración de la aplicabilidad del testamento militar a los extranjeros, por cuanto unos y otros lo son generalmente, salvo en el supuesto, teóricamente menos frecuente, de guerra civil.

(53) MARTÍNEZ FUSAT: op. cit., pág. 86.

10. MARTÍNEZ FUSEZ (54) entiende que por empleados en el Ejército deben entenderse los miembros del C. A. S. E. —anteriormente, de los Cuerpos político-militares, y hoy, de los Cuerpos técnicos y auxiliares que han venido a sustituirle— creado por Ley de 13 de mayo de 1932, incluso el personal femenino de la Sección 4.ª, los cuales no tenían asimilación, sino sólo consideración de Oficial o Suboficial, en razón del sueldo que disfrutaban, así como los movilizados con arreglo al Reglamento de 7 de abril de 1932, aprobado con carácter definitivo el 14 de enero de 1933. A nuestro juicio, este personal está comprendido en el amplio concepto de “militares” que hemos expuesto. La ley, al mencionar a los empleados “en” el Ejército —y no empleados “por” el Ejército, que serían los ligados a éste por un contrato de arrendamiento de obra, como suministro de víveres o combustible, etc.—, lo que hace es dar una norma de interpretación amplísima del término “militares” y comprender en el fuero no sólo al militar profesional o al temporalmente integrado en el Ejército, sino a quienes están ligados a éste por una relación de empleo, con sus notas de subordinación, permanencia y retribución por tiempo, como enfermeras, especialmente religiosas, y demás personal facultativo, etc., etc.

11. Aclarar quiénes sean los individuos que siguen al Ejército es lo que ha ocasionado mayores dudas.

Parece claro que comprende a los que, con arreglo al art. 132 del Reglamento de 1882 —del que parece haber tomado el Código la expresión—, obtenían un “pase” para seguir al Ejército y ejercer por su cuenta un oficio o profesión. Caso muy análogo, y más frecuente, será el de los corresponsales de guerra, observadores de otros Ejércitos o de organismos internacionales —por ejemplo, Cruz Roja—, científicos, etc. También comprende a los familiares de un militar —entendida esta palabra en su sentido amplio, que abarca servidores o criados— que le acompañen. Que además de voluntaria sea autorizadamente, puede tener importancia para demostrar en su día el carácter de seguidor, pero no es condición exigida por la ley para el uso del fuero.

La nota de permanencia en el seguimiento tampoco es exigida por el Código: por tanto, puede ser seguidor del Ejército quien

(54) Id., íd., págs. 81 y sigs.

lo haga en un momento determinado, como guías, suministradores y demás.

En conclusión, poniendo en contacto el concepto de seguidor con el de rehén, y teniendo en cuenta el espíritu de la base 15 de la Ley de 1888, así como el significado de la palabra "seguir", creemos que debe afirmarse que pueden usar el testamento militar cualesquiera personas que compartan, aunque no sea por su voluntad, la suerte de una Fuerza armada, por, ejemplo, los evacuados, cuando la evacuación la haga el Ejército, los sitiados o refugiados, como lo eran las mujeres y niños (55) del Alcázar de Toledo.

12. La consecuencia de nuestro punto de vista, como ya anticipábamos, es que tienen la testamentifacción activa militar todas las personas capaces, sin necesidad de ningún requisito especial de carácter personal, puesto que el verse impedido de testar en forma ordinaria por circunstancias bélicas ya implica el seguimiento forzoso de un Ejército, bien sea el propio, que defiende y protege, bien sea el enemigo, que coarta o suprime la libertad de desplazamiento. Ello es conforme al carácter de no privilegio que tiene el testamento militar.

Este criterio podría presentar el peligro de que facilitase el abuso: bastaría a una persona seguir durante breves horas al Ejército para que en su transcurso pudiera otorgar un testamento militar. Pero bien se ve lo intrascendente de esta objeción. En primer lugar, el fraude carecería de utilidad; huir del Notario no puede perseguir otra finalidad que la de hacer un testamento no legal en su contenido, prevaleciéndose de una supuesta ignorancia jurídica del Oficial autorizante, lo cual, además de estúpido por sus consecuencias, no se logra en el testamento militar abierto porque es caducable, y puede hacerse lo mismo en el cerrado ante Notario. Y, en segundo lugar, la interpretación del requisito de estar en campaña impedirá el abuso, que, en todo caso, si dependiera de circunstancias personales, sería siempre posible para el militar, lo que no es lógico ni justo (56).

(55) Nos referimos a los mayores de catorce años que pueden testar.

(56) Por ejemplo, un militar destinado en retaguardia que hiciese una visita al frente podría aprovecharla para usar el fuero testamentario castrense.

13. El elemento personal no viene mencionado en el art. 720, relativo al testamento militar extraordinario. Es lógico que así sea, puesto que no se trata sino de una modalidad del testamento en inminente peligro de muerte, cualificado por el origen bélico del peligro, que justifica un trato de favor por la dificultad que supondría cumplir los requisitos del art. 700, en especial en cuanto al número y condiciones de los testigos (57). Por tanto, cualquier persona amenazada por el fuego del enemigo (58), por ejemplo, la población civil durante un bombardeo enemigo, puede hacer testamento militar extraordinario, lo que viene a confirmar nuestro criterio anterior, ya que no hay razón para que se permita la forma extraordinaria a quien le está vedada la ordinaria.

B) *De tiempo*

1. El artículo 716 del Código civil empieza por decir cuándo es posible el testamento militar: "En tiempo de guerra..."

Al supuesto extremo de haberse declarado oficialmente la guerra a una potencia extranjera o de participar tropas españolas en una guerra ya declarada (59) se equipara, sin duda, la declaración del estado de guerra hecha en atención a un inminente peligro exterior o interior, sin perjuicio de que la ausencia de operaciones lleve consigo la falta del requisito "estar en campaña".

2. Pero hoy, desgraciadamente, el ataque por sorpresa proporciona al agresor unas ventajas que han hecho que la declaración de guerra haya caído en desuso. En las contiendas civiles no hay previa declaración, y ni siquiera la del estado de guerra es forzosa (60). En estos casos, lo frecuente es que haya una de-

(57) Recuérdese que en este testamento es esencial la vecindad de los testigos.

(58) En este sentido restringido debe entenderse el carácter bélico del peligro, sin comprender los que se derivan de la guerra de una manera indirecta, como enfermedades provocadas por ciertas circunstancias, etc.

(59) Supuesto de la División Española de Voluntarios en Rusia.

(60) Por ejemplo, al iniciarse la guerra de Liberación, las autoridades republicanas no declararon el estado de guerra, sospechando, como es lógico, que el dar el poder al Ejército no favorecía sus planes.

claración *a posteriori*, bien explícitamente, bien resulte indirectamente de algunas leyes o disposiciones, como las que conceden pensiones, recompensas o indemnizaciones. Pero ni esto es necesario: el tiempo de guerra —como el tiempo de epidemia— es un hecho notorio, apreciable de oficio y sin necesidad de una declaración oficial.

3. No es fácil fijar el límite que separa una guerra civil, e incluso alguna guerra extranjera, de las simples operaciones de policía contra partidas de bandoleros, terroristas, rebeldes o resistentes, más o menos apoyados o dirigidos por una organización frecuentemente establecida fuera del país. Aclarar previamente la cuestión de hecho de si existe verdaderamente una guerra será importante si interpretamos literalmente el art. 716, como hacen numerosos autores, para quienes “campana” y “tiempo de guerra” son dos cosas distintas, y, por tanto, dos requisitos cumulativamente exigibles para el testamento militar (61). Por nuestra parte, coincidimos con MARTÍNEZ FUSER (62) en que ambos requisitos se confunden en uno sólo. Así la expresión “en tiempo de guerra” sirve únicamente para aclarar que el estar en campana, a que se condiciona la testamentifacción, no es meramente estar fuera del punto de guarnición habitual, en maniobras o en misión de vigilancia, sino implicado en unas operaciones bélicas que son precisamente la causa de no poder hacer testamento en forma ordinaria.

4. Tampoco el art. 720 exige para el testamento militar extraordinario el tiempo de guerra, aunque sí que el peligro del que depende sea originado por una acción de guerra. Esto confirma la íntima ligazón entre este requisito y el de estar en campana y tiene la trascendencia de excluir todo posible peligro de acción violenta contra la vida —por ejemplo, un ataque de bandoleros— que por ser aislada no pueda calificarse de acción de guerra (63).

(61) ISABAL: *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo 9, voz “Testamento militar”, edic. Seix.

(62) Op. cit., págs. 70 y sigs.

(63) En cualquier caso habrá problemas de hecho. A título de mera curiosidad cabría decir que la campana de pacificación de Marruecos fué una verdadera guerra; que no lo fué la ocupación de Ifni en 1934; que las Fuerzas de las Naciones Unidas hicieron una guerra, sin duda algu-

5. Todo cuanto hemos dicho acerca del testamento regulado por el art. 716, es decir, del abierto, se aplica al cerrado a que se refiere el 717. Es cierto que al hacer éste su referencia a aquél se limita a señalar el elemento personal —“Las personas mencionadas...”—, sin mencionar los de tiempo y lugar. Pero una interpretación literal es absurda, puesto que permitiría a ciertas personas —que como hemos visto, es a cualquier persona— hacer testamento militar en todo momento, siempre que fuera cerrado, por lo que la remisión se entiende a “las personas que se encuentren en el caso del artículo anterior”.

6. Tan difícil como decir cuándo ha empezado una guerra es, a veces, decir cuándo ha terminado. En ocasiones habrá textos oficiales, como la firma de un armisticio (64), pero en otras nos encontraremos ante una cuestión a resolver en cada caso.

C) *De lugar*

a) *En España*.—1. El requisito de lugar que caracteriza la especialidad del testamento militar es que ha de otorgarse “en campaña”.

Con razón califica MARTÍNEZ FUSET de desdichada la redacción del artículo 716 en este punto (65). Habla de “militares en campaña, voluntarios, rehenes, etc.”, lo que literalmente entendido significa que sólo los militares precisan estar en campaña para usar del fuero militar. Es posible que el legislador pensara que los voluntarios, en el sentido de combatientes autónomos que antes hemos dado a esta palabra, están, por definición, siempre en campaña (66), del mismo modo que los rehenes y prisioneros están privados de la libertad que les permitiría testar en forma ordinaria; pero siempre queda la anomalía de que el tenor lite-

na, en Corea, no la hicieron en Palestina, y es dudoso si la hicieron —o si la harán— en el Congo.

(64) El Parte de la Victoria del 1.º de abril de 1939; el Real Decreto de 21 de noviembre de 1927 creando la Medalla de la Paz de Marruecos.

(65) Op. cit., pág. 65.

(66) Así, el “resistente” clandestino sólo merece ese nombre en los períodos en que lucha, no mientras hace su vida normal con la que enmascara su actividad.

ial del precepto excluya del requisito a quienes, sin ser militares, estén empleados en el Ejército o sigan a éste. Para evitar este trato de desfavor o *privilegium odiosum* para la clase militar debe prevalecer sobre la literal una interpretación lógica, histórica y sistemática (67).

2. Pero, ¿qué es “estar en campaña”? El Reglamento de campaña rige en una zona determinada; la mayoría de los civilistas, al considerar el testamento militar como especial por razón del lugar, vienen también a estimar este requisito como una limitación territorial. Pero entonces, prescindiendo de la dificultad de señalar límites a una zona de por sí tan difusa, especialmente con el enorme alcance de las armas modernas, se producirá la anomalía de que, mientras quien se encuentre en un lugar más o menos inmediato a un frente tranquilo, que pueda abandonar por el tiempo necesario para testar o, incluso, donde hay Notario, puede hacer testamento militar, el militar de guarnición en un punto alejado del frente, pero de difícil acceso (68), no podrá hacerlo, sino que habrá de esperar a la inminencia de un ataque enemigo para acudir a la forma extraordinaria.

Una interpretación histórica nos dice que estar en campaña equivale al antiguo requisito de “hallarse en hueste”. Según una interpretación lógica, la caducidad del testamento militar abierto depende de un plazo que empieza a contarse desde que el testador ha dejado de estar en campaña, lo que no puede consistir en que atravesase una línea divisoria absolutamente imprecisa (69). Incluso la interpretación gramatical permite decir que “en campaña” es tanto como “en el campo”; es decir, fuera de la ciudad, donde no hay Notarios ni Notarías. Y, sobre todo, la interpretación sistemática hace que un testamento excepcional no pueda

(67) Esta última basada en el carácter de especial que tiene el testamento militar.

(68) Pensemos en las Chafarinas y lugares análogos durante la Cruzada.

(69) Que, a veces, atravesaría sin moverse, porque los frentes se desplazan ellos mismos, sobre todo en la guerra moderna, de gran movilidad. Desde luego, el hecho de que rija o no el Reglamento de Campaña es algo meramente administrativo, dependiente de circunstancias o conveniencias totalmente ajenas a la testamentifacción, que, si acaso, serviría de elemento de prueba en un litigio acerca de la existencia del requisito.

admitirse cuando no hay dificultad en acudir al común, y que debe permitirsele a quien no pueda hacerlo. En consecuencia, y relacionando el requisito de estar en campaña con el de tiempo de guerra de manera tan íntima que formen uno sólo, es condición necesaria y suficiente para el otorgamiento de la forma militar del testamento que el testador, a causa de ciertas operaciones bélicas, esté impedido o le sea gravemente dificultoso testar en forma ordinaria (70).

3. Repetimos aquí que el art. 717 remite al 716 en cuanto los requisitos necesarios para el testamento militar cerrado, mientras que para el extraordinario basta el peligro de muerte procedente de acción de guerra, haya surgido éste en campaña o fuera de ella, es decir, que puede hacerlo quien, encontrándose incluso en su propia casa, sufre, por ejemplo, un ataque aéreo. Lo que debe estar próximo es el peligro, no la acción de guerra: por tanto, puede hacer testamento extraordinario un herido, aun después de terminado el combate.

4. El soldado puede estar en campaña no sólo en tierra firme, sino a bordo de un buque, e incluso de un avión (71). Entonces podrá usar del testamento marítimo (72). ¿Podrá también optar por la forma militar? Nos inclinamos a la afirmación por las siguientes razones: porque donde la ley no distingue, no debemos distinguir; porque, si como parece evidente, los marinos pueden usar el testamento marítimo y también el militar, no hay motivo para excluir de aquél a quienes no lo sean, pues se trata de una forma especial concedida no a quien tenga una profesión, sino a los que se encuentren en una circunstancia: porque se admite generalmente la coexistencia de testamentos especiales, como el otorgado en tiempo de epidemia y en inminente peligro de muer-

(70) Existe esta dificultad siempre que el Notario pudiera excusar su cometido por riesgo extraordinario, aunque no lo haga ni piense hacerlo —cfr. con el testamento en caso de epidemia—, o cuando el traslado del presunto testador al punto donde haya Notario sea arriesgado —por ejemplo, carretera batida—, difícil —por ejemplo, necesidad de un permiso especial— o suponga un indebido abandono de la misión a desempeñar —en el caso del acompañante del Ejército—.

(71) Aunque la poca duración del viaje aéreo quita toda importancia al supuesto.

(72) Artículo 722 del Código civil.

te; porque sería absurdo que pudiese hacerse testamento militar cuando el buque está atracado a un puerto (73) y no durante la navegación. Acerca de este punto conviene aclarar que el buque en el que viajan Fuerzas es siempre un transporte militar, es decir, un buque de guerra, y, por lo tanto, territorio nacional, aunque se encuentre en aguas jurisdiccionales extranjeras.

b) *En el extranjero*.—1. Por aplicación de la regla *locus regit actum*, el testamento militar rige en España, cualquiera que sea la nacionalidad del otorgante. En caso de país enemigo ocupado, la zona sometida al poder del Ejército propio se considera territorio nacional.

2. Pero el párrafo 2.º del artículo 716 amplía el ámbito territorial del testamento militar al prever el caso del Cuerpo expedicionario, frecuente en el pasado y es de suponer que también en el futuro, dado el sistema de grandes alianzas que exige la guerra moderna. Su redacción no es clara y son posibles dos interpretaciones diametralmente opuestas.

La primera es que dicho precepto no tiene más objeto que excepcionar el párrafo 1.º del art. 11 del propio Código (74), aplicando al testamento autorizado por funcionario militar español la misma regla que a los otorgados ante funcionario diplomático o consular. Entonces la expresión “individuos de un Ejército” vendría a significar “personas a que se refiere el párrafo anterior” y “es aplicable esta disposición” querría decir que el testamento militar ordinario abierto —y el cerrado, por la remisión del art. 717— se podría otorgar en el extranjero en los mismos casos y circunstancias que en España. Un argumento en favor de este criterio es que el art. 1.º del Decreto de 25 de septiembre de 1941 exige que el otorgante esté en campaña para que el Interventor pueda autorizar los instrumentos de los miembros de fuerzas expedicionarias.

La segunda interpretación consiste en entender que el párrafo que comentamos significa que el testamento militar ordinario es aplicable, sin necesidad de ninguna otra circunstancia, a los

(73) Caso en que no es posible el marítimo, sólo lícito durante el viaje.

(74) “Las formas y solemnidades de los... testamentos..., se rigen por las leyes del país en que se otorguen.”

componentes de un ejército expedicionario. Se puede aducir en apoyo de esta tesis que de no prosperar el párrafo sería supérfluo, pues el art. 11, párrafo 2.º basta para obligar a todo funcionario español a observar las formalidades de la ley española en todo acto que autorice, y que, en todo caso, en vez de "individuos de un Ejército que se halle en país extranjero" hubiera habido que decir, simplemente, "en país extranjero"; pero, sobre todo, que para excluir a los miembros de un cuerpo expedicionario del testamento militar es preciso reputar el consular como común —ya que de ser especial no sería incompatible con aquél—, equiparándolo totalmente al notarial, cuando es evidente que, salvo en alguna circunstancia excepcional —por ejemplo, si el otorgante está acantonado en una población donde exista Consulado de España— es mucho más difícil acudir al Cónsul que al Notario.

3. De prevalecer la primera interpretación, la única duda es la de si el testamento militar extraordinario podrá también otorgarse en país extranjero. Anteriormente hemos dicho que este testamento no es más que una modalidad del otorgado en inminente peligro de muerte, de donde parece que hay que deducir que no pudiendo hacerse este fuera de España, tampoco podrá hacerse aquél. Pero hay que tener en cuenta que el art. 720 del Código civil califica a tal testamento de "militar". Si bien, esta calificación no obliga a aplicarle los mismos requisitos del testamento militar ordinario —los personales, porque ya hemos visto que, incluso en éste, son inexistentes; los de tiempo y lugar, porque la expresión "durante una batalla, asalto, combate y, generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra" concreta específicamente lo que para el caso debe entenderse por "campaña" y "tiempo de guerra"—, tampoco se puede prescindir por completo de ella, porque es regla de hermenéutica que las palabras de la ley deben interpretarse de modo que produzcan efecto. Siendo así, es obligado sostener que al calificar de "militar" al testamento en peligro de muerte por acción bélica, lo que hace el art. 720 es ordenar que se le apliquen las reglas del militar ordinario en cuanto sean compatibles con su naturaleza —lo que confirma su último párrafo—, y, entre ellas, la de su posibilidad en el extranjero.

4. Si, por el contrario, creemos que el testamento militar está al alcance de los miembros de una Fuerza expedicionaria,

tanto en paz como en guerra, en campaña como en guarnición, se harán precisas ciertas aclaraciones. En primer lugar, que por "individuos de un Ejército" debe entenderse los que forman parte del mismo y también los que le siguen obligatoriamente, pero no los que lo hacen por su libre voluntad; así los prisioneros, que aunque privados de la posibilidad de combatir siguen siendo miembros del Ejército (75), y también los rehenes, que desde que son aprehendidos reciben un trato igual a los prisioneros y a los que no sería justo privar del quizá único medio de testar a su alcance. A estos efectos hay que tener en cuenta que el territorio nacional ocupado por el enemigo tiene la consideración de extranjero, y que aunque sería más difícil dar la misma consideración al ocupado por el enemigo en caso de contienda civil, en realidad la cuestión no llega a plantearse porque no se concibe una situación de paz —en guerra no hay problema— en que los dos bandos de una guerra civil continúen ocupando sendas porciones del territorio en disputa (76).

Es también necesario que el Ejército en cuestión constituya por sí una fuerza operativa en potencia de carácter colectivo; no lo es una comisión para compra de armamento, estudio u otras misiones, el personal agregado o que sigue ciertos cursos, ni tampoco los agentes lanzados o infiltrados para actuar autónomamente tras las líneas enemigas.

5. Acabamos de decir que el territorio enemigo ocupado debe reputarse de territorio nacional. Como en él no habrá Notarios ni Cónsules, los miembros de las tropas ocupantes estarán "en campaña", aun firmando un alto el fuego, hasta que sea devuelta la soberanía, momento en que tales tropas se convierten en expedicionarias.

Como no están en el extranjero, no pueden hacer testamento militar, con arreglo al párrafo 2.º del art. 716, los componentes de un Cuerpo expedicionario enviado a una parte del territorio

(75) Por consiguiente, los prisioneros españoles que el enemigo traslade a su territorio conservarán la testamentifacción hasta su repatriación.

(76) En los casos de China, Vietnam y Corea, especialmente en este último país, donde la lucha ha cesado efectivamente, no parece demasiado violento considerar Corea del Norte como extranjero respecto a Corea del Sur.

nacional, aunque sea un punto donde testar en forma ordinaria resulte extremadamente difícil, como, por ejemplo, en la provincia del Sahara, por injusta que pueda resultar esta consecuencia.

Cabe la duda de si la Zona de Protectorado Español en Marruecos debió considerarse extranjero a estos efectos. La solución afirmativa no hubiese resultado absurda, habida cuenta de que el protectorado no anula la personalidad jurídica del país protegido, y que prácticamente habría sido conveniente, dada la inexistencia de Notarios, sustituidos por los Cónsules, cuyo escaso número y múltiples funciones hacía difícil, a veces, otorgar testamento. Sin embargo, por un criterio de prudencia perfectamente explicable no se usó el testamento militar, teniendo en cuenta que los nacionales residentes en el Protectorado se equiparaban a los residentes en España en cuanto a las leyes aplicables, según su estatuto personal. A partir de la independencia de Marruecos ya no cabe establecer diferencia entre este país y cualquier otro del extranjero, aunque por una comprensible inercia tampoco se haya dado el caso, que sepamos, de aplicar el fuero militar testamentario.

6. El precepto que comentamos habla de individuos de un Ejército que se halle en país extranjero. El empleo del verbo en singular significa que ha de tratarse de extranjero respecto del Ejército, no de sus miembros. Por tanto, un súbdito extranjero perteneciente al Ejército español no puede hacer testamento en España al amparo de dicho párrafo 2.º del art. 716.

Porque éste no distingue, de modo que también pueden alegarlo los miembros de un Ejército aliado expedicionario en España. Naturalmente, si se trata de hacerlo valer en nuestro país, conforme a la regla *locus regit actum*, pues tal vez su ley nacional no le reconozca validez.

VI. FORMAS Y SOLEMNIDADES

A) *Forma ordinaria abierta*

a) *Autorizante*.—1. Ha de serlo un Oficial que tenga, por lo menos, la categoría de Capitán. No se exige que tenga mando directo sobre el testador, ni siquiera que lo tenga sobre alguna de

las unidades que se encuentren en el lugar del otorgamiento; mas, parece indudable que debe estar desempeñando un destino con arreglo al cual pueda encontrarse en el punto donde se autoriza el testamento, aunque sea en concepto de agregado, en comisión, en recorrido de inspección, etc., sin que sea hábil quien, por ejemplo, esté en dicho punto disfrutando permiso.

2. Tratándose de prisioneros propios en poder del enemigo será hábil cualquier Oficial que comparta el cautiverio. Los prisioneros enemigos pueden hacer testamento ante cualquier Oficial español competente.

3. En ningún caso se exige que el Oficial sea de Arma, sino que basta con que por su empleo sea o esté asimilado a Capitán; es más, parece lo más lógico que pertenezca a los Cuerpos Jurídico o de Intervención, aun cuando en estos Cuerpos no existían las actuales denominaciones de Capitán Auditor o Interventor y siguientes en jerarquía.

4. El enfermo o herido puede hacer testamento ante el Capellán o facultativo que lo asista, lo cual no constituye especialidad cuando uno u otro tengan categoría de Capitán o superior. Por lo demás, el autorizante, en este caso, puede ser soldado, e incluso paisano, siempre que esté prestando sus servicios al Ejército. Siendo varios los facultativos que atiendan al testador, cualquiera de ellos es hábil. Por facultativo debe entenderse médico, pero, cuando no lo haya, será hábil el practicante o simple enfermero que asista al testador (77).

5. Cuando el Código habla de Capellán, evidentemente está pensando en un miembro del Cuerpo Eclesiástico —profesional, de complemento o asimilado— que es a quien propiamente cuadra la denominación, aunque no haya dificultad en equipararle quien de manera permanente realice esta misión. Otra cosa sería el Sacerdote que, accidentalmente, preste su asistencia al presunto testador. Durante la República, aunque fué suprimido el Cuerpo Eclesiástico del Ejército, por Ley de 30 de junio de 1932, subsistieron los Capellanes, que eran los Sacerdotes movilizados e in-

(77) Después de la ley de Derechos de la mujer habrá que estimar posible que el facultativo autorizante sea de este sexo. Antes tampoco había un precepto expreso que lo impidiese.

corporados a filas o el personal extraño al Ejército, a quien competía el servicio religioso.

Siendo la católica la religión oficial del Estado, además de la practicada por la casi totalidad de los españoles, carece de utilidad especular sobre la posibilidad de la existencia de Capellanes de otras confesiones, que, no obstante, si fuesen admitidos como tales, es decir, con la específica misión de prestar asistencia espiritual, podrían recibir testamentos militares de los no católicos a quienes asistieren. En teoría, así sería posible en las tropas musulmanas de nuestro Ejército, si bien, en la práctica, la carencia de un Sacerdocio propiamente dicho y la amplitud de las formas sucesorias del Derecho islámico, de aplicación con arreglo a su estatuto personal, privan de todo interés práctico al problema.

6. Si el testador estuviere en destacamento, puede autorizar el testamento quien lo mande, aunque sea subalterno. Por destacamento hay que entender grupo o unidad aislada (78), aunque no necesariamente incomunicada; así, será destacamento cada grupo aislado de prisioneros o rehenes. Por subalterno, quien tenga categoría inferior a Capitán, aunque no sea Alférez ni Teniente, que son los subalternos en estricto sentido militar, que no es el empleado por el Código. El autorizante ha de mandar el destacamento, esto es, ha de mandar el total de la fuerza destacada.

7. Numerosos autores extranjeros (79), y en España MARTÍNEZ FUSET (80), se han preocupado de si un Notario civil, movi-

(78) MARTÍNEZ FUSET —op. cit., pág. 103— cree que es necesario que el testador no pueda trasladarse a la cabecera o campamento. A nuestro juicio no se precisa imposibilidad, siendo suficiente la dificultad o peligro del desplazamiento —diríamos que la razón que legitima esta modalidad del testamento militar es la misma que legitima el propio testamento militar frente al notarial—, que existirá siempre que el destacamento merezca el nombre de tal.

(79) TROPLONG: *Droit civil expliqué*, tomo III, núm. 1.733; MERCADÉ: *Id., id.*, tomo III, "Sur l'article 988"; JACOMET DE BOAÇA: *Les militaires en Droit romain et en Droit français*, pág. 219; DALLOZ Y DEMOLOMBE: *Traité des donations et testaments*, tomo IV, pág. 436; PERECIL: *Revue pratique*, París, tomo XIX, pág. 862.

(80) Op. cit., págs. 104 y sigs.

lizado o incorporado a filas (81) puede recibir testamentos militares. Sin embargo, la cuestión es tan clara en nuestro Derecho que no creemos que merezca mayor atención. Si es competente por razón del territorio puede actuar como tal Notario, autorizando testamentos ordinarios conforme al Derecho común, porque el hecho de la movilización no le priva por sí de su carácter (82). Si no lo es, donde esté ya no es Notario, sino militar, y sólo como tal podrá recibirlo, en su caso. La única diferencia podría consistir en la responsabilidad civil, ya que tiene unos conocimientos técnicos superiores a los que son exigibles en los demás Oficiales.

b) *Formalidades*. — 1. En el testamento militar ordinario abierto deben observarse las mismas, salvo las especialidades que a continuación mencionaremos, que en el abierto común. Así se deduce especialmente del artículo 718, que ordena la remisión del testamento militar sin hacer mención de ningún período de formalización previa, a diferencia del otorgado en inminente peligro de muerte, respecto al cual, el artículo 702 prevé que no se escriba e igualmente del art. 720, que permite testar de palabra —es decir, sin que se escriba el testamento— sólo en el supuesto concreto que contempla, sin que estas razones, a nuestro juicio, queden compensadas por el hecho de que el art. 717 ordene observar en el militar cerrado las formalidades del ordinario cerrado y no haya una regla análoga para el abierto, ni porque el art. 722, con ocasión del testamento marítimo, haga una remisión, aunque parcial, a las solemnidades del abierto común. Todo ello sin perjuicio de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo pudiera

(81) Incluso por ser tal, o sea, como Interventor honorífico.

(82) Otra cosa sería si como consecuencia de la movilización hubiese cesado, quedando, por ejemplo, excedente, porque entonces carecería de competencia territorial. La posible incompatibilidad entre sus funciones notariales y militares es cuestión interna o disciplinaria que no afecta a la validez del testamento. En cuanto a si la existencia de un Notario competente en el Ejército hace innecesaria, y por tanto imposible, la forma especial militar, todo dependerá de que su oficio sea conocido, por ejemplo, porque tenga despacho abierto en el lugar de guarnición y de que el presunto testador pueda trasladarse a él; es decir, que lo mismo da que el Notario en cuestión esté movilizad o no.

acentuar su criterio mitigador del rigor formal del testamento en los militares, atendiendo a la mayor inexperiencia del autorizante.

2. Entre las formalidades precisas merece una especial atención el uso del papel timbrado correspondiente; pero teniendo en cuenta que su omisión no puede tener más consecuencias que las meramente fiscales, y sólo cuando el otorgamiento se haga en España. En cuanto al uso de idioma extranjero, no hay inconveniente en admitirlo, cumpliendo lo previsto en el art. 684 del Código civil (83).

3. La principal diferencia entre el testamento ordinario y el militar consiste en el número de testigos, que en éste se reduce a dos. Deben ser idóneos, pero la doctrina ha convenido en que la idoneidad debe entenderse con ciertas restricciones.

La Ley de 1 de abril de 1939, que abolió la incapacidad para ser testigos en los testamentos de los no vecinos o domiciliados en el lugar del otorgamiento —que hoy forma parte del núm. 2.º del art. 681 del Código, redactado por Ley de 24 de abril de 1958— no era aplicable a los testamentos en que no interviene Notario: sin embargo, siempre ha sido opinión unánime de los autores (84) que tal requisito no era aplicable al testamento militar, ya que su exigencia equivaldría a impedir su uso.

Los ordenanzas, asistentes, escribientes o ayudantes del autorizante no pueden ser equiparados a los amanuenses del Notario. Este criterio es todavía más indudable después de la reforma del Código civil, que ha concretado la incapacidad en vez de referirla vagamente a “amanuenses”.

4. Nada dice el art. 716 acerca de la firma del testamento por el otorgante y los testigos. MARTÍNEZ FUSER (85) da por supuesto que uno de los testigos ha de saber firmar, sin duda, por aplicación supletoria del art. 694; pero este criterio no nos parece tan seguro, puesto que precisamente en materia de testigos es donde el testamento militar se separa más del común, y al exigir el

(83) “Para testar en lengua extranjera se requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador, que traduzcan sus disposiciones al castellano. El testamento se deberá escribir en las dos lenguas.”

(84) CASTÁN: *Derecho español civil, común y foral*, 4.ª edic. tomo IV, página 349.

(85) Op. cit., pág. 125.

artículo 716 la presencia de dos testigos y que éstos sean idóneos, sin hacer referencia a que sepan firmar, la regla *inclusius unius exclusius alterius* nos lleva a estimar no imprescindible este requisito. En cambio, si el testador no puede firmar sí será necesario, para dar cumplimiento al párrafo 2.º del art. 695, que, como referente a las formalidades del testamento abierto común, es de aplicación en el militar (86), que un testigo u otra persona lo firme.

5. La forma abierta del testamento es la propiamente notarial. En ella, el Notario no sólo conoce el contenido del testamento, sino que redacta las cláusulas (87), que es lo que justifica plenamente la necesidad de su intervención como medio de lograr un previo asesoramiento del testador, la adecuación del contenido a la ley y una claridad de redacción que evite dudas y pleitos ulteriores. Esta función asesora y autorizante del Notario, en su calidad de profesional del Derecho (88), da lugar a su responsabilidad, que en materia testamentaria tiene una especial expresión en el art. 705 —y 715 para el cerrado (89)—. Como el Oficial

(86) "Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fé de ello el Notario..." Claro que sería posible que no pudieran firmar ninguno de los testigos y por el testador lo hiciera una tercera persona, pero que ésta no sea testigo carece de utilidad, salvo en algún rarísimo supuesto de incompatibilidad. El inciso final del párrafo —"Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar"—creemos que no es aplicable al testamento militar cuando ningún testigo pueda hacerlo, pues sería absurdo obligar a que entonces interviniese esa tercera persona como mero firmante.

(87) Salvo en el caso de minuta incorrecta insistida, del que habría mucho que hablar.

(88) Artículo 1.º del Reglamento notarial.

(89) "Artículo 705. Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables.

"Artículo 715. Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancias inexcusables. Será válido, sin embargo, como

autorizante del testamento militar no es un profesional del Derecho, la culpa o negligencia inexcusable de que, además de dolo, puede proceder su responsabilidad, debe ser apreciada de manera muy distinta, que tampoco será la misma cuando se trate de un Jurídico o Interventor que, por ejemplo, de un cabo, a cuyo mando esté una posición aislada.

6. No hay la menor duda de que el testamento puede ser mecanografiado, sobre todo después del Decreto de 8 de agosto de 1958, que autorizó este medio de escritura para las matrices."

B) *Forma ordinaria cerrada*

a) *Autorizante*.—1. Lo es, con arreglo al art. 717, el Comisario de Guerra, a quien, según el art. 38 del Reglamento de 19 de mayo de 1913 corresponde la "importantísima misión del otorgamiento de los testamentos militares cerrados", lo que está dicho de manera inoportuna, porque no es misión de los preceptos legales calificar la importancia de los cometidos: inexacta, porque el testamento cerrado es de tan reducido uso que su importancia es mínima (90), e incorrecta, porque lo que compete al Comisario no es el otorgamiento sino la autorización.

2. No está resuelto quiénes serán los Comisarios competentes. En ocasiones, sólo habrá uno, como ocurrió con la División Azul; pero otras veces habrá varios, sobre todo si tenemos en cuenta que la organización del Cuerpo de Intervención Militar está basada más en la competencia territorial que en la adscripción a unidades, sin que tampoco el destino de un Interventor a una plaza, aunque sea único, o a un servicio, excluya la posibilidad de que otro Interventor, destinado, por ejemplo, en la Jefatura regional, pueda actuar ante el personal de dicha plaza o servicio. Atendiendo a la expresión del Código civil, que habla de "un" Comisario de Guerra, habrá que considerar competente a cual-

testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento."

(90) No es exagerado calcular 50.000 testamentos abiertos por cada cerrado.

quier miembro del Cuerpo de Intervención Militar que se encuentre en el lugar del otorgamiento por razones de servicio.

3. Opinaba MARTÍNEZ FUSSET (91), que durante el tiempo que estuvo vigente la Ley de 12 de septiembre de 1932, por la que se hizo civil el Cuerpo de Intervención, desaparecieron los Comisarios de Guerra y, por lo tanto, era imposible el otorgamiento del testamento militar cerrado ordinario. Esta afirmación no parece consistente. El hecho de que el Cuerpo quedara totalmente desmilitarizado —Decreto de 15 de febrero de 1933, Orden circular de 30 de diciembre de 1933, Orden circular de 23 de junio de 1934— no es motivo que impida el desempeño de una función que, en el fondo, no es de naturaleza militar, ni la independencia de las autoridades militares impide ni dificulta ese servicio al interés jurídico privado de los militares. Tampoco el cambio de denominación y organización supone la desaparición de una función cuando hay claramente un funcionario sucesor del extinguido (92).

b) *Formalidades*.—1. Expresamente dice el art. 717 que se observarán las mismas que en el común cerrado (93), haciendo

(91) Op. cit., págs. 146 y sigs.

(92) Podrían multiplicarse los ejemplos, pero bastan los siguientes: el artículo 1.º del Código civil menciona la *Gaceta de Madrid*, que se ha entendido sustituida por el *Boletín Oficial del Estado* —aun antes de adoptar aquella denominación como subtítulo—; los Notarios creados por la Ley de 28 de mayo de 1862 hacen las veces de los escribanos, tabeliones, cartularios y demás funcionarios análogos que mencionan o mencionaban algunas disposiciones aplicables a los territorios forales.

(93) Que son las siguientes:

"Artículo 706. El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe.

"Si lo escribiese por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones.

"Si lo escribiere otra persona a su ruego, el testador pondrá su firma entera en todas las hojas y al pié del testamento.

"Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

"Artículo 707. En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las formalidades siguientes:

"1.º El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una

el Comisario las veces de Notario. El número de testigos será, pues, el de cinco.

2. En cuanto a su idoneidad, además de poder escribir por lo menos tres de ellos, vale lo dicho antes para la forma abierta. Claro que al sustituir en todo el Comisario al Notario, el número 2.º del art. 681 justifica suficientemente la no exigencia del

cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

"2.ª El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado o lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo y cinco testigos, idóneos, de los cuales tres, al menos, han de poder firmar.

"3.ª En presencia del Notario y los testigos manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, o si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, o si, por no saber o no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona.

"4.ª Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y marca de los sellos con que esté cerrado, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

"5.ª Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar, y la autorizará el Notario con su signo y firma.

"Si el testador no sabe o no puede firmar, deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumentales u otra persona designada por aquél.

"6.ª También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

"Artículo 708. No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.

"Artículo 709. Los sordomudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

"1.ª El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador con expresión del lugar, día, mes y año.

"2.ª Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento, y que está escrito y firmado por él.

"3.ª A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el art. 707, en lo que sea aplicable al caso."

requisito de la vecindad. Por el contrario, parece prudente prescindir de los escribientes del autorizante, de acuerdo con el número 7.º

C) *Forma extraordinaria abierta*

1. Es la que se otorga durante una batalla, asalto o combate y, generalmente, en todo peligro de acción de guerra, según la expresión legal, que, como ya hemos dicho, debe entenderse en el sentido de peligro de muerte procedente de acción bélica. Por más que el Código no lo diga, esta forma, como extraordinaria que es, sólo es lícita cuando no sea posible acudir a la ordinaria abierta o cerrada. No es, en cambio, supletoria ni tampoco incompatible con el testamento en inminente peligro de muerte, de modo que el testador siempre podrá optar por ésta o utilizar aquélla aunque sea posible la última.

2. El único requisito preciso para testar de esta manera es que el testador manifieste su voluntad ante la presencia simultánea de dos testigos, a los que la ley no exige idoneidad. Sin embargo, es evidente que no podrán serlo los que adolezcan de incapacidad natural —núms. 3.º, 4.º y 5.º del art. 681—; es muy dudoso que puedan los inhábiles por razón de moralidad —número 6.º— o de sospecha de parcialidad —art. 682 (94)— y, en

(94) "Artículo 681. No podrán ser testigos en los testamentos:

"1.º Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el art. 701.

"2.º Los no domiciliados en el lugar del otorgamiento, a no ser que aseguren conocer al testador y el Notario conozca a éste y a aquéllos, o en los casos exceptuados por la ley.

"3.º Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.

"4.º Los que no entiendan el idioma testador.

"5.º Los que no estén en su sano juicio.

"6.º Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos y privados o por el de falso testimonio, y los que estén sufriendo la pena de interdicción civil.

"7.º Los oficiales, auxiliares, copistas, subalternos y criados, cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante.

"Artículo 682. En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parien-

cuanto a la menor edad, es prudente pensar que el límite del artículo 701 (95) señala el que la ley reputa como de incapacidad natural. En todo tiempo, incluso antes de la reforma, han podido considerarse hábiles a las mujeres.

D) *Forma extraordinaria cerrada*

1. Basta tener en cuenta lo dicho antes acerca de la rareza del testamento cerrado y ponerlo en relación con los requisitos de una forma extraordinaria para comprender hasta qué punto es improbable el uso de este testamento (96). Pero es que, además, si esta forma, como extraordinaria, sólo puede emplearse cuando es imposible la ordinaria, resulta imposible siempre, puesto que requiere la presencia de un Oficial y dos testigos, suficientes para hacer testamento militar ordinario abierto. Para salvar, pues, de una completa inutilidad al art. 721 se impone esta interpretación: el testador que quiera guardar en secreto su disposición y, ante la amenaza de un peligro bélico, no pueda aguardar la presencia del Interventor, puede otorgar su testamento cerrado ante un Oficial y dos testigos.

2. El autorizante ha de ser necesariamente de categoría de Capitán, porque el precepto, al emplear la palabra Oficial en singular, impide aplicar las reglas supletorias para los casos de destacamento o de otorgante herido o enfermo, ni aun con relación a Alféreces o Tenientes. Cuando no haya disponibles cinco testigos, un Oficial Interventor de categoría no inferior a la

tes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

"No están comprendidos en esta prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

(95) En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años.

(96) Es inconcebible que durante un combate pretenda un soldado escribir o que le escriban su testamento, meterlo en un sobre, cerrarlo y lacrarlo, y comparecer ante su Capitán y dos testigos para que se extienda el acta de otorgamiento.

de Capitán podrá autorizar el testamento con dos, en su forma extraordinaria, pero no si los hay, porque la forma ordinaria excluye a la extraordinaria. ;

VII. CONSERVACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN

A) *Del ordinario abierto*

1. El art. 718 del Código civil, en sus dos primeros párrafos previene el curso que debe darse al testamento militar ordinario abierto. Para determinar qué debe entenderse por Cuartel general es lógico tener en cuenta los arts. 10 y 16 del Reglamento para el servicio en campaña de 5 de enero de 1882, de donde probablemente tomó la expresión.

2. Algún Código, como el colombiano en su art. 1.102, ordena ciertas formalidades tendentes a garantizar la autenticidad del testamento, que en dicho país hispanoamericano consisten principalmente en el visto bueno del Jefe de la expedición o del Comandante de la plaza. Nada análogo hay previsto en España, si bien, MARTÍNEZ FUSET aconseja que se ponga el sello de la oficina del mando correspondiente al autorizante, a la manera como se hace en las certificaciones de defunción libradas por los médicos militares, y, desde luego, el documento sea cursado a través de los superiores jerárquicos.

3. Según MANRESA (97), el incumplimiento de la obligación de remitir el testamento no puede equipararse a la falta de presentación del cerrado común (98) —lo cual es cuestionable, sobre todo tratándose del militar cerrado—, pero reconoce que podrá existir responsabilidad por culpa o negligencia general.

4. Para determinar el domicilio del testador hay que atender

(97) Op. cit., pág. 617.

(98) "Artículo 712. El Notario o la persona que tenga en su poder un testamento cerrado deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador.

"Si no lo verifica dentro de los diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia."

a los arts. 41 del Código civil y 68 de la ley de Enjuiciamiento civil. Concretamente, tratándose de militares será el de su destino. En principio, y salvo que tal circunstancia haya sido omitida, haya variado después del otorgamiento o se demuestre que ha sido expresada con error, el domicilio será el consignado en el propio testamento.

5. Si se trata de testamento otorgado por un prisionero español en poder del enemigo, no parece imposible su remisión al Ministerio español a través de los órganos internacionales adecuados, normalmente la Cruz Roja o, quizá, una representación diplomática neutral. Fuera de estos casos, será lógico que el autorizante demore su envío hasta haber obtenido la libertad. El testamento de un prisionero extranjero seguirá los mismos trámites que el de un súbdito español, aunque el Juez competente será siempre el Decano de Madrid, puesto que el otorgante carecerá de domicilio en territorio español.

6. Aunque la ley no ordene ninguna cautela, en previsión de que el testamento se extravíe, nada impide que el autorizante saque una o varias copias, incluso firmadas por el otorgante y testigos, las cuales harán prueba, en su caso, con arreglo al núm. 1.º del artículo 1.221 del Código civil.

7. Tampoco dice éste qué debe hacer el Ministerio con el testamento mientras el testador no fallezca: pero no hay duda de que debe conservarlo no ya hasta cuatro meses después de terminada la campaña, sino durante todo el tiempo necesario para asegurarse de que el testador no ha muerto dentro del plazo de eficacia del testamento.

8. El trámite para la elevación a público consistirá fundamentalmente en un exhorto librado por el Juez a la autoridad judicial militar de la Región o Gran Unidad, si se hallaren en campaña los autorizantes y testigos, o al Juen ordinario correspondiente, en otro caso, para que, con vista del testamento, que se adjuntará al librado trámite, reconozcan sus respectivas firmas, así como si el contexto es igual al que se leyó al tiempo del otorgamiento.

9. La protocolización del testamento militar se hace en la Notaría que corresponda (99).

(99) Procediéndose de oficio, nada hay previsto acerca de quién pa-

Una cuestión interesante es la posibilidad de que, tratándose de Fuerzas expedicionarias, el testamento abierto que autorice el Interventor, en su calidad de Oficial con categoría de Capitán o superior, pueda ser incorporado al protocolo que ha de llevar conforme al Decreto de 25 de septiembre de 1941, del mismo modo que los demás instrumentos *inter vivos*, incluso los de carácter sucesorio, como ocurre con los heredamientos y demás pactos sucesorios reconocidos por la legislación española, especialmente foral, los cuales es posible teóricamente que sean otorgados en campaña, aunque el supuesto haya de ser rarísimo en la práctica. *Lege ferenda* será defendible esa incorporación; pero desde el punto positivo actual es imposible, puesto que el repetido Decreto deja a salvo lo dispuesto en el Código civil sobre testamentos, y, por tanto, la remisión del original. Pero no encontramos inconveniente en que el Interventor, a requerimiento del testador, levante un acta en la cual, juntamente con los testigos, se haga constar el hecho del otorgamiento y el texto de la disposición o, incluso —lo que creemos más aconsejable—, que el propio Interventor expida para el otorgante una copia del testamento, antes de ser éste remitido, y el propio otorgante pida su protocolización mediante acta.

B) *Del ordinario cerrado*

1. Además de las anteriores reglas, en cuanto a remisión, que son aplicables al testamento cerrado, el párrafo 3.º del art. 718 contiene otra respecto a su apertura.

2. El cumplimiento del párrafo 1.º de dicho artículo impide que el testamento cerrado militar pueda quedar en poder del testador o de un tercero, como acontece con el común. Por tanto, es el propio Comisario quien está obligado a su remisión al Cuartel general (100).

gará los gastos de elevación a público y protocolización del testamento, especialmente cuando los en él instituidos no acepten la herencia o el legado.

(100) MANRESA —ob. cit. pág. 616— duda si será posible que el testamento quede en poder de persona que no forme parte del Ejército en cam-

3. Al cumplir las formalidades del testamento cerrado común, el Comisario deberá sacar una copia autorizada del acta de otorgamiento con arreglo al art. 710, pero nada hay dispuesto sobre el destino de esta copia. Si se da el supuesto del Decreto de 1941, parece lógico que tal copia sea incorporada al protocolo reservado que, con arreglo al mismo, debe formar. Pero cuando no se trate de Fuerza expedicionaria no es posible proceder de esta forma, ya que el Interventor no forma protocolo. Entonces parece que la copia en cuestión debe seguir el mismo trámite que el testamento original, es decir, que se remitirá al Cuartel general, aunque la utilidad de proceder así es bien reducida. No hay tampoco inconveniente en que el testador obtenga otra copia del acta de otorgamiento e, incluso, que se la entregue para su custodia al Comisario, a fin de poder probar en su día el hecho del otorgamiento, aunque tampoco esta precaución será tan útil como en el caso del testamento abierto, puesto que, en definitiva, nunca servirá para demostrar el contenido del testamento si llega a extraviarse.

C) *Del extraordinario abierto*

1. La única particularidad de esta forma testamentaria consiste en que su formalización debe hacerse, según el párrafo 3.º del art. 720, ante el Auditor de guerra o funcionario de justicia que siga al Ejército. A nuestro juicio, es de aplicación el art. 702 del Código civil, que ordena escribir el testamento, en cuanto sea posible, de modo que la memoria testamentaria así redactada será lo que sirva de base a la formalización.

2. Entendemos por formalización simplemente un trámite encaminado a fijar el hecho del otorgamiento, la identidad y circunstancias del testador y testigos y el contenido del testamento; pero no la validez del mismo, la cual será apreciada por la ju-

paña, en cuyo caso esta persona estaría obligada a la remisión. También cree posible que el testador se quede con el testamento, abierto o cerrado, para encargarse de su remisión al Cuartel general. Lo que no cabe duda es la obligación de remitirlo que tiene cualquier persona en cuyo poder obre por cualquier circunstancia, sin esperar para ello al fallecimiento del testador.

jurisdicción ordinaria, que es a quien compete ordenar la protocolización, como resulta claramente del mismo art. 720 al ordenar que luego se proceda conforme al 718.

D) *Forma extraordinaria cerrada*

El art. 721 no ordena que en este caso se cumplan todas las formalidades del testamento cerrado común, puesto que no se refiere a “los arts. 706 y siguientes”, como hace el 717, sino a “los artículos 706 y 707”. Por tanto, no sólo resulta clarísimo que el Oficial autorizante debe remitirlo al Cuartel general, sin que pueda quedar en poder del testador o de un tercero —facultad contenida en el art. 711—, sino que tampoco es aplicable el art. 710, que ordena que se ponga en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento, lo que es lógico, puesto que al no existir protocolo sería necesario remitirla también al Cuartel general y, como antes dijimos, hacerlo carece de utilidad.

VIII. SUBSISTENCIA

A) *Validez*

1. Como hemos venido repitiendo insistentemente, el testamento militar, como extraordinario que es, requiere la presencia de ciertas circunstancias sin la cuales no es válido. Ahora bien, cabe la duda de si la existencia de tales circunstancias debe demostrarse quien pretenda su validez o, por el contrario, debe reputarse válido *prima facie*, siempre que haya sido debidamente remitido por el Ministerio del Ejército, sin perjuicio de que su eficacia pueda ser impugnada por aquellos a quien perjudique. En definitiva, la cuestión se reduce a determinar si en el procedimiento de protocolización el Juez debe decidir acerca de dichas circunstancias para acceder o denegar la protocolización.

Aunque no lo diga categóricamente la ley de Enjuiciamiento civil —que dedica a la materia los arts. 1.943 y siguientes— es práctica indubitada que en el procedimiento deben acreditarse las

circunstancias que permiten el uso de la forma testamentaria especial, tales como la inminencia del peligro de muerte o la imposibilidad racional de acudir a Notario (101), sin lo cual el Juez debe denegar la protocolización. No hay razón para proceder de otro modo en el testamento militar. El informe de la autoridad militar de que el testador estaba en campaña o el hecho de que, tratándose de Fuerzas expedicionarias, el Interventor estuviese actuando respecto a él como Notario para otros fines en la misma fecha, serán importantísimos elementos de prueba, pero no pueden vincular al Juez.

2. Sin embargo, cuando se trate de testamento cerrado, la solución es mucho más dudosa. Con arreglo al art. 718 resulta que la remisión al Juez tiene como finalidad que éste proceda a su apertura y posterior protocolización, que, según el art. 714, es la regulada por los arts. 1.956 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, y este procedimiento no tiene más finalidad que la de la identificación del escrito testamentario, desconocido para el Notario, pero no acreditar ninguna circunstancia especial. Sin embargo, apoyándose en el art. 1.966 de la ley de Enjuiciamiento civil (102) puede sostenerse que entre las solemnidades prescritas por la ley que el Juez debe examinar si se han guardado, pueden comprenderse las circunstancias que hacen posible el testamento militar. Lo que es indudable es que, en todo caso, queda a salvo el derecho de los perjudicados para impugnar la validez del testamento militar, por falta de algún requisito, en el juicio ordinario correspondiente.

3. Una de las conclusiones a que hemos llegado es que el testamento militar no puede otorgarse cuando es posible, sin grave dificultad, recurrir a la forma ordinaria de testar. Esta será una cuestión de hecho a determinar en cada caso concreto, aunque cabe indicar algunas líneas generales en qué basar un criterio, por ejemplo, que hay dificultad extraordinaria siempre que el Notario tuviera motivo para excusar su ministerio, por ejemplo, por el riesgo extraordinario que supone trasladarse al fren-

(101) CASTÁN: Op. cit., págs. 363 y sigs.

(102) "Practicadas las diligencias que quedan prevenidas, y resultando de ellas que en el otorgamiento del testamento se han guardado las solemnidades prescritas por la ley..."

te, bien entendido que basta con que haya motivo para la excusa, aunque el valor personal del Notario o su espíritu de servicio le impulsen a no utilizarla.

4. En el extranjero la fe pública corresponde a los Cónsules, y entonces se plantea la cuestión: ¿son los Cónsules Notarios especiales por razón de su competencia territorial, en cuyo caso el testamento que autoricen es común, o el testamento es especial, en cuyo caso es compatible con cualquier otro también especial que sea posible por razón del territorio y, concretamente, con el militar? Nos inclinamos a esta última solución no ya por el texto del art. 677 del Código civil (103), que carece de valor normativo, sino porque ello corresponde a nuestro concepto de testamento especial. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Decreto de 25 de septiembre de 1941 condiciona el ejercicio de la fe pública por el Interventor a que el otorgante esté en campaña, lo cual, además de provocar varios problemas, en particular cuando haya más de un otorgante, hay que entender que vale tanto como prohibirlo cuando éste pueda acudir al Cónsul.

B) *Caducidad*

1. El testamento militar ordinario abierto caduca cuatro meses después de que el testador haya dejado de estar en campaña, es decir, desde que desapareció la imposibilidad de testar en forma notarial. Para que tal cosa ocurra, el cese de la situación de imposibilidad debe tener carácter permanente, de modo que, por ejemplo, un breve permiso de algunas horas en un pueblo donde haya Notario no supone el comienzo del cómputo de los cuatro meses. A nuestro juicio, puede formularse el criterio de que la vuelta a la situación en que el testamento militar es posible, antes de transcurrido el plazo de caducidad, deja sin efecto el tiempo transcurrido y hay que volver a empezar el cómputo, siempre que esa vuelta lo sea a una situación permanente, no, por ejemplo, si se trata de una mera visita al frente.

2. No dice el Código qué ocurre si el testador muere en cam-

(103) "Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero."

pañá, es decir, durante el tiempo de validez del testamento. Como por dejar de estar en campaña hay que entender poder testar en forma notarial, no cabe hablar de cese de la situación de campaña por fallecimiento, y como no se pueden aplicar por analogía los plazos para la elevación a público que se señalan con ocasión de los testamentos ológrafos, en inminente peligro de muerte y en tiempo de epidemia, puesto que, a diferencia de éstos, el testamento militar es público en cuanto que lo autoriza un funcionario, hay que entender que aunque el párrafo 2.º del art. 718 recomienda la mayor rapidez, no hay límite de tiempo para obtener la protocolización, aunque cuanto más se tarde en instalarla más difícil será obtenerla, por la desaparición del otorgante, los testigos y demás acaecimientos posibles.

3. Lo mismo puede afirmarse del testamento abierto extraordinario cuando se haya formalizado por fallecimiento del testador, puesto que en caso contrario caduca automáticamente. Sin embargo, considerando que este testamento es una modalidad del en inminente peligro de muerte, creemos que el plazo de tres meses, contados desde la muerte del testador, que establece el artículo 703, constituye el término dentro del cual puede formalizarse, si bien, su cómputo puede interrumpirse cuando circunstancias bélicas impidan acudir al Auditor, en cuyo caso se empezará a contar desde que éstas hayan desaparecido (104).

4. Si el testador ha fallecido durante la acción de guerra en cuya consideración testó, es indiferente que haya sido a consecuencia de ella o por otra causa. En cambio, si murió después, parecería lógico exigir para la validez del testamento que hubiese sido a consecuencia de dicha acción, aunque la relación de causalidad se interpretase de un modo muy amplio en el caso de muerte sobrevenida como consecuencia de un accidente o de un ataque durante la evacuación de un herido, por ejemplo. Pero, a nuestro juicio, es más conveniente y lógica esta interpretación: el peligro que autoriza esta forma testamentaria es el de muerte o, más concretamente, el de morir sin haber hecho testamento, como consecuencia de una acción bélica. Por tanto, desde el momento en que el testador puede testar en forma ordinaria, co-

(104) Por ejemplo, en el testamento de un prisionero, desde que los testigos recobraron la libertad.

mún o militar, hay que afirmar que se ha salvado de ese peligro y sólo entonces puede decirse que se ha salvado, puesto que el peligro de muerte existe siempre en campaña. Todo ello interpretado también con amplitud, sin pretender que ha podido testar en forma ordinaria cualquier herido a quien haya asistido un facultativo, puesto que su estado físico o las circunstancias del momento harán, a veces, que el testamento ordinario sea posible, pero gravemente incómodo o inoportuno.

5. Es casi unánime la opinión de que el testamento militar cerrado no caduca (105). Se fundamenta en que el art. 719 del Código no lo menciona, y es lógica, puesto que si el Comisario hace las veces del Notario y, en su caso, del Cónsul, debe aplicarse a los testamentos que autoriza las mismas reglas que a los de éstos.

6. En cambio, no es tan clara la permanencia del cerrado extraordinario, aunque ésta sea la opinión dominante. Contra el parecer de MUCIUS SCAEVOLA (106) hay que afirmar que la sustitución del Comisario por un Oficial es tan importante que justifica un trato distinto, porque sólo el primero es un verdadero Notario excepcional; ello explica que se restrinja tanto la posibilidad del testamento cerrado ante Oficial, mientras que se facilita más el autorizado por Interventor, de modo que, más que de testamento excepcional, parece que se trata de testamento ante Notario excepcional. Y desde el punto de vista de la interpretación literal, nos inclinamos a creer con ALCUBILLA (107) que el artículo 721, al hablar del testamento militar se refiere al regulado en el artículo anterior, es decir, al extraordinario, limitándose a dar reglas para la forma cerrada, de manera que en lo no establecido por aquel precepto habrá que aplicar las normas del extraordinario a que se refiere, entre ellas las relativas a su caducidad.

7. Tanto el testamento abierto ordinario como el extraordinario cerrado que obren en el Ministerio después de caducados deben ser entregados al testador; pero nunca destruidos por pro-

(105) MANRESA: Ob. cit., pág. 626; CASTÁN: Op. cit., pág. 350, que cita a SÁNCHEZ ROMÁN, MUCIUS SCAEVOLA e ISABAL; MARTÍNEZ FUSET: Op. cit., página 153.

(106) Tomo XII, págs. 631 y sigs.

(107) *Diccionario de la Administración española*, pág. 741.

pia autoridad, para evitar posibles responsabilidades, especialmente en el cerrado, que podría valer como ológrafo, en su caso. Si el testador ha fallecido, debe hacerse la remisión al Juez sin juzgar el Ministerio acerca de su caducidad, misión que sólo compete a aquél.

IX. OTRAS CUESTIONES

A) *El testamento militar y el registro de actos de última voluntad*

1. Según el art. 3.º del anexo II del Reglamento notarial de 2 de junio de 1944, “en el Registro General —de Actos de Última Voluntad— se tomará razón: ...c), de la protocolización de los testamentos ológrafos y de los abiertos otorgados sin la autorización de Notario, de los testamentos otorgados por militares con arreglo a los arts. 716 y 717 del Código civil y de los otorgados en viaje marítimo”.

Esta redacción no es afortunada. Prescindiendo de que dice “testamentos otorgados por militares” en vez de “testamentos militares”, lo que entendido literalmente produciría el absurdo de excluir los otorgados por los que no tuvieran tal carácter, como los acompañantes del Ejército, se observa, en primer lugar, que omite los testamentos militares extraordinarios otorgados con arreglo a los artículos 720 y 721, los cuales, por consiguiente, llegarán al Registro con motivo de su protocolización.

2. Pero, sobre todo, el tenor del precepto deja la duda de si lo que deberá tener acceso al Registro es la protocolización de los testamentos militares o los testamentos en sí, esto es, su otorgamiento.

En favor de lo primero está la consideración de que el apartado a) del art. 3.º y el art. 11 mencionan, además de los Notarios, a los Párrocos y a los Agentes diplomáticos y consulares como obligados a remitir el parte correspondiente, pero no a los autorizantes del testamento militar. Además, no cabe duda que ha de hacerlo el Notario que lo protocolice.

Pero no faltan razones para sostener lo contrario. La primera, esa diferencia de trato entre el testamento militar ordinario-

y el extraordinario, que no tiene razón de ser si lo que ocasiona el parte es la protocolización de uno y otro. La segunda, que la mención de testamentos militares será perfectamente inútil si lo que se comunica al Registro es la protocolización, ya que al ser de un testamento autorizado sin la presencia de Notario está comprendido en el segundo supuesto del precepto. Finalmente, que resultaría sorprendente que el Interventor que, con arreglo al Decreto de 1941, forma protocolo y en obediencia de lo que dispone el mismo ha de remitir el parte correspondiente a determinados actos *inter vivos* —por ejemplo, donaciones *mortis causa*, previstas en el apartado a) del artículo 3.º del anexo—, no lo haga de los testamentos, sin que sea admisible establecer entonces una diferencia entre el testamento cerrado otorgado por miembros de Fuerzas expedicionarias y los demás.

A la vista de estas razones creemos que puede sostenerse esta resolución intermedia. Los testamentos cerrados dan lugar a la remisión del parte por el Comisario autorizante, para lo cual no es demasiado violento entender que el Notario a que se refiere el anexo del Reglamento notarial es tanto el Notario ordinario como el extraordinario, es decir, el Notario militar en su caso. Por la misma razón, el Interventor que forme protocolo debe dar parte de las actas protocolizadas a instancia del testador a que se refiere el apartado b) del art. 3.º del anexo, y por razón de analogía a las que hagan constar el otorgamiento de un testamento militar. Los testamentos extraordinarios no dan lugar a parte hasta su protocolización, teniendo en cuenta que están sujetos a caducidad. Y los testamentos abiertos, teniendo en cuenta también su caducidad, tampoco dan lugar a parte, salvo el caso excepcional de que el testador, ante Interventor que lleve protocolo o ante Notario, haga constar su otorgamiento por medio de acta (108).

3. En todo caso, el acceso al Registro de Actos de Última Voluntad de los testamentos militares no está suficientemente garantizado, razón por la que los comentaristas han tratado de indicar ciertas cautelas que aseguren que en ningún caso se pres-

(108) Las palabras “y en general, de todo acto relativo a la expresión o modificación de la última voluntad”, del apartado a) del art. 3.º del Anexo deben ser tenidas en cuenta.

cinda de aquéllos por ignorarse su existencia. MARTÍNEZ FUSET propugna que el otorgamiento se haga constar en la parte conocida con el nombre de "vicisitudes" de la Hoja de servicios o filiación del testador, con expresión del día en que se hizo, Oficial autorizante y fecha de remisión del testamento. A nuestro juicio ello es improcedente, pues sería contrario al secreto en que debe quedar todo otorgamiento de testamento, ya que la Hoja de servicios no se lleva con la reserva del Registro de Actos de Última Voluntad. La solución puede consistir, sencillamente, en que el Ministerio, el Cuartel general e, incluso, el propio autorizante, especialmente cuando sea un Interventor, comunique al Registro el hecho de otorgamiento y las circunstancias pertinentes, pues, si bien es cierto que no haya obligación de hacerlo, salvo en los casos que acabamos de ver, no lo es menos que no hay precepto ni razón que lo prohíba.

B) *El testamento militar y el Derecho foral*

1. La aplicabilidad de los artículos del Código civil relativos al testamento militar a las regiones forales es y ha sido indudable incluso antes de la aprobación de las actuales Compilaciones, si no como institución nueva para sus derechos, puesto que ya era conocida en el Derecho romano —supletoria con referencia al Código, como aún lo sigue siendo en Navarra—, sí como substitutivos de leyes de aplicación general, concretamente las Ordenanzas de Carlos III. Esto no deja de dar lugar a algún problema.

2. Cabe la duda de si las reglas del testamento común cerrado o abierto que han de observarse en uno militar otorgado en territorio foral serán las del Código civil o las de la legislación aplicable al territorio. La cuestión es un tanto bizantina, porque la diferencia entre el Derecho común y el foral, en cuanto a la forma —pues en cuanto al fondo no se puede dudar de que rige la ley personal del testador— son relativas al autorizante y testigos, lo que constituye precisamente la especialidad del testamento militar. Ni siquiera en cuanto a la idoneidad de los testigos cabe apreciar gran diferencia, dada la gran amplitud con que el fuero militar la acoge. No obstante, la duda debe resolver-

se en el sentido de que es de aplicación el Código, atendiendo al tenor literal del art. 717 y también al párrafo 3.º del art. 101 de la Compilación catalana.

3. Hemos dicho que en lo relativo al fondo del testamento —capacidad del testador, límite y validez de sus disposiciones— se aplica la ley personal. En efecto, según el art. 17 del Apéndice foral aragonés dispone "...los Oficiales, Capellanes, Facultativos y subalternos del Ejército... admitirán el mancomunado de los cónyuges aragoneses..." Evidentemente ello será posible cuando ambos cónyuges puedan usar del fuero militar, lo cual, en cuanto a la mujer, será generalmente en concepto de persona que acompaña al Ejército. Pero, ¿y cuando uno de los cónyuges no reúna los requisitos necesarios para testar militarmente? A nuestro juicio, cuando la mujer —que será lo corriente— no reúna tales requisitos podrá, no obstante, hacer testamento militar mancomunado con su marido si éste los reúne, es decir, que la imposibilidad de hacer testamento notarial debe entenderse, en este caso, como imposibilidad de hacer testamento mancomunado en forma notarial a causa de las circunstancias bélicas que pesan sobre uno de los cónyuges (109).

Como el Apéndice aragonés se refiere expresamente a "cuantos funcionarios deban intervenir en otorgamientos testamentarios" creemos que se excluye la mancomunidad en el testamento militar extraordinario abierto, que no es autorizado por ningún funcionario, incluso en el rarísimo supuesto de que ambos llegaran a perecer en la misma acción de guerra (110).

4. Con criterio opuesto, el art. 16 de la Compilación del Derecho especial de Alava y Vizcaya dispone que el testamento por Comisario sólo podrá otorgarse ante Notario, sin que ante lo terminante del precepto pueda equiparársele al Interventor.

5. Venimos sosteniendo que el testamento militar, en su calidad de excepcional, sólo puede ser empleado cuando no es posible testar en forma común abierta o cerrada. Una de las particularidades del Derecho foral consiste en la existencia de for-

(109) Por cierto, que el Apéndice omite a los Comisarios.

(110) De darse el supuesto, más bien que un testamento mancomunado habría dos testamentos individuales, coetáneos y ante los mismos testigos.

mas testamentarias desconocidas en el común, de donde nace la cuestión de señalar cuáles de estas formas deben reputarse comunes a efectos de impedir el uso de la militar.

Es incuestionable el carácter excepcional del testamento *il-burucu* (111). El testamento sacramental más que excepcional es un testamento privilegiado en el sentido de que está al alcance de los vecinos de Barcelona y de la antigua diócesis de Gerona, mientras se encuentren en viaje, aunque no sea imposible la presencia de Notario (112); por tanto, no debe excluir al militar, no sólo porque es dudoso que el desplazamiento en campaña pueda ser considerado como “estar en viaje”, sino porque en caso contrario el privilegio se convertiría en perjuicio, privando a barceloneses y gerundenses del testamento militar y obligándoles al sacramental, cuyas garantías —sin que éste sea momento para juzgar esta institución— son notablemente menores que las de aquél (113).

Más importancia tiene el testamento ante párroco. En el aragonés su carácter de especial resulta claramente del art. 22 del Apéndice —“si en la localidad no existe Notario o falta certeza de que llegará a tiempo”—, de donde se deduce su compatibilidad con el militar y la posibilidad de que el testador pueda optar, en su caso, entre uno y otro (114).

En el testamento ante Párroco catalán la cosa está menos clara, porque el art. 102 de la Compilación se limita a exigir que en la localidad donde haya de otorgarse no exista Notaría demarcada o esté vacante. Pero creemos que esta limitación confiere

(111) Artículo 14 de la Compilación del Derecho especial de Alava y Vizcaya.

(112) Artículo 103 de la Compilación del Derecho especial de Cataluña.

(113) Normalmente, el testamento militar serviría como sacramental si se cumplieran las formalidades posteriores de los arts. 103 y 104 de la Compilación; pero podría no servir si los testigos no reúnen las condiciones de los arts. 103 y 108, no idénticas a las que se necesitan para serlo en los testamentos militares, especialmente en los extraordinarios.

(114) Sin detenernos en el examen del testamento ante Capellán o Pasionero del Hospital Provincial de Zaragoza, cuyo carácter distinto se puede argumentar teniendo en cuenta que en dicha ciudad nunca se dará el supuesto de la falta de Notario, nos limitaremos a decir que se considera una subespecie del otorgado ante Párroco.

carácter supletorio al testamento, si bien la grave dificultad de encontrar Notario, que hace posible el uso de la forma especial, está aquí predeterminada por la ley.

X. CONCLUSIONES

1. De cuanto antecede se deducen, a nuestro juicio, algunas conclusiones que deben servir de base para una hipotética reforma de las reglas por que se rige el testamento militar. Son éstas:

1.ª Debe prescindirse de toda enumeración de personas que puedan utilizar el fuero, pues la necesidad de eliminar cualquier vestigio de privilegio de clase aconseja mencionar únicamente las circunstancias objetivas que autorizan su uso.

2.ª Conviene eliminar la expresión "tiempo de guerra", que es equívoca, y hacer constar, en cambio, la imposibilidad de acudir a Notario. Los términos deben ser suficientemente amplios para que permitan una interpretación jurisprudencial o administrativa. Teniendo en cuenta lo excepcional del caso de Fuerza expedicionaria y que en tal caso el autorizante es un verdadero Notario extraordinario, debe autorizarse el testamento militar a sus miembros sin necesidad de ningún otro requisito.

3.ª El testamento militar ordinario debe ser autorizado siempre, y con mayor razón el abierto, por un Interventor, que es a quien compete tradicionalmente la Notaría militar (115). El ideal sería basar la reforma en una ley que desarrollara y completara el Decreto de 25 de septiembre de 1941, regulando el ejercicio de la fe pública no sólo con relación a las Fuerzas expedicionarias, como hace el Decreto, sino en campaña, en territorio nacional donde no haya demarcación notarial y en territorio enemigo ocupado, en cuyo caso el Código civil se limitaría a aplicar estas reglas a los testamentos.

4.ª Como consecuencia de ser autorizado por Notario militar, la caducidad del testamento ordinario abierto debe desaparecer.

5.ª El testamento militar extraordinario debe ser considerado como una variedad del otorgado en inminente peligro de muer-

(115) Así es actualmente; si debería corresponder también al Cuerpo jurídico es otra cuestión, en la que no debemos entrar aquí.

te. El extraordinario cerrado debe desaparecer por inútil —generalmente puede ser sustituido por el ológrafo— y peligroso.

2. Concretando nuestro pensamiento, el tenor de la posible reforma podría ser aproximadamente el siguiente:

Artículo 716. Las personas que por circunstancias bélicas no puedan prudentemente servirse de Notario, podrán hacer testamento militar ante un Jefe u Oficial Interventor (116).

Ante el mismo funcionario podrán otorgar su testamento los miembros de Fuerzas expedicionarias que se encuentren en país extranjero o establecidas en territorio sometido a la soberanía española en el que no haya demarcación notarial.

Artículo 717. En los testamentos militares se observarán todas las formalidades de los comunes, según sean abiertos o cerrados, salvo que serán suficientes dos testigos que puedan firmar.

A dichos testigos les comprenderán las causas de incapacidad señaladas en los núms. 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del art. 681 y, en su caso, las del art. 682. También serán incapaces los menores de dieciséis años y el cónyuge y parientes del autorizante dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (117).

Artículo 718. Los protocolos formados por los Interventores serán remitidos a la Dirección General del Notariado al finalizar cada año o antes, si terminaren las operaciones, regresaren las Fuerzas expedicionarias o fuere efectivamente implantada la demarcación notarial. (En el caso de que una ley sobre la fe pública militar estableciese estas normas con carácter general, el precepto del Código civil podrá ser parecido a éste: Los testamentos militares se incorporarán al protocolo formado por los Interventores.)

Artículo 719. Si el testador encomendare la guarda del testamento cerrado al Interventor, éste lo remitirá con la posible brevedad al Cuartel general para su curso al Ministerio, haciéndolo constar así en su protocolo a continuación o al margen de la copia del acta de otorgamiento.

(116) El adverbio "prudentemente" tiene por objeto que no sea precisa la imposibilidad absoluta de recurrir a Notario, sino que baste una dificultad o incomodidad de consideración. La competencia del Interventor corresponde fijarla al Reglamento del Cuerpo.

(117) Véanse dichos artículos en nota 94.

El Ministerio cumplirá la obligación que impone el artículo 712 (118).

Artículo 720. Cuando el peligro a que se refiere el art. 700 proviniera de acción de guerra y no fuere posible testar en la forma prevista en el art. 716, el testamento podrá otorgarse, tanto en España como en el extranjero, ante sólo los dos testigos de que trata el art. 717, quienes serán hábiles aunque no sepan firmar.

Artículo 721. El testamento otorgado con arreglo al artículo anterior quedará ineficaz si el testador se salva.

Si no se salvare, el plazo de tres meses señalado en el artículo 703 (119) se contará desde que fuere conocido el fallecimiento del testador o, si los testigos no pudieren concurrir a la elevación a escritura pública, desde que cesare el impedimento.

(118) Véase dicho artículo en nota 98.

(119) El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte o cesado la epidemia.

Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente.