

EL TESTAMENTO MILITAR: SU REALIDAD Y SU FUTURO

Eduardo GUTIERREZ-SOLAR Y BRAGADO,
Doctor en Derecho. Comandante Interventor
Profesor de Derecho Civil en la Universidad Complutense

I. PLANTEAMIENTO

La seguridad jurídica, como idea sustentadora del ordenamiento jurídico, no es un principio al que sólomente deba atenderse en circunstancias sociales de normalidad; por el contrario la seguridad jurídica es sentida como una necesidad más palpable en situaciones sociales extraordinarias en las que los individuos toman decisiones en la esfera personal o económica que bien pudieron ir demorando ante la falta de un motivo apremiante. La necesidad de formalizar fehacientemente esas decisiones requiere unos cauces particularmente cuidadosos de la seguridad jurídica y, al mismo tiempo, acomodados a las peculiaridades de la situación que, normalmente, será poco proclive a las exigencias formales más propicias de momentos de sosiego y normalidad. (1).

En circunstancias de guerra o de situaciones de grave alteración social no resulta posible observar las solemnidades testamentarias previstas por el legislador para los testamentos comunes. El redactor del Código Civil, sin duda haciéndose las anteriores consideraciones, previó como especial una forma testamentaria, el testamento militar, que permite al disponente, que se encuentra en circunstancias impeditivas del

(1) GUTIERREZ-SOLAR, E. «La Fe Pública Extranotarial». Madrid, 1982, pág. 93.

ejercicio de la función autorizante de los notarios, manifestar su voluntad por causa de muerte con plenas garantías de autenticidad para quien posteriormente va a decretar su eficacia.

También hay situaciones de normalidad social en que resulta necesario establecer un cauce adecuado para la eficaz disposición por causa de muerte. En tiempo de paz respecto de fuerzas expedicionarias participes en maniobras o alianzas internacionales o, en territorio español, en aquellos casos en que las particularidades de la organización y actividad castrense impiden al individuo acudir a un Notario o a éste penetrar en un establecimiento o zona militar.

Lo señalado en los dos párrafos anteriores permite dejar ya constancia, sin perjuicio de ulteriores precisiones, de un hecho para mí indudable: la institución del testamento militar continúa teniendo plena actualidad y, si se pensase en una modificación de su regulación en el Código Civil, siempre deberá inclinarse el tratamiento de ella hacia la ampliación de los supuestos en que puede ser utilizada.

Una conveniente sistemática del presente estudio exige un análisis de la realidad legislativa, es decir de los artículos 716 al 721 del Código Civil, para posteriormente considerar los posibles criterios que, entiendo, deben presidir una previsible reforma de unos preceptos que, desde la promulgación del Código han permanecido inalterables.

La especialidad de las circunstancias en que puede otorgarse y de las personas que pueden otorgarlo llevó consigo la peculiaridad de la forma de su autorización, ya que el testamento militar no puede ser autorizado por el Notario, pues sería necesario constituir un cuerpo tan numeroso que permitiese garantizar la expresión de las últimas voluntades en el momento y lugar en que quisieran ser manifestadas. Es deber del Notario la residencia y su competencia se limita a un territorio; sería necesario, salvado el problema del número, modificar estas cualidades tan arraigadas en la figura del notario.

La Ley no ha querido que el militar, en circunstancias realmente extraordinarias, hubiera de resignarse a no disponer de sus bienes para después de su muerte, y previniendo las contingencias a que halla expuesto y a fin de no negarle en ningún momento los derechos que los demás ciudadanos ostentan, permite que pueda prescindirse del Notario.

El autor del Código Civil, ante las circunstancias extraordinarias en que se dan los testamentos militares, ha dado toda clase de facilidades para su otorgamiento, empezando por la no exigencia de concurrencia de Notario, hasta llegar a las facilidades sumas del artículo 720; pero del espíritu que dimana de la sección séptima se desprende que ha considerado como supuesto más cercano al de un testamento otorgado ante Notario en una situación de normalidad social, el testamento ante el

Comisario de Guerra, hoy día Interventor Militar, pues solamente hace a él referencia como actuante de funciones notariales señalando esta circunstancia expresamente.

II. NATURALEZA

Los criterios de clasificación de las formas testamentarias no comunes no son unánimes. La categoría de alguno de los defensores de otras clasificaciones distintas de la legal (2) obliga a detenernos en este punto.

Aunque el Código Civil, en su artículo 677, afirma que se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero, la equiparación de éste último a los otros dos no es exacta por lo menos en parte. En efecto, bajo la rúbrica de la Sección IX, del Título III, del Libro III, «Del testamento hecho en país extranjero», el Código regula dos formas testamentarias. Una, la del 732, que supone la observancia de la regla histórica tradicional «locus regit actum», es decir, el otorgamiento de un testamento por español en país extranjero siguiendo las solemnidades previstas en las leyes de ese país. Es una concreción de la regla general de seguimiento del estatuto formal en la realización de cualquier acto jurídico, que, como tal regla general, ha sido reconocida desde tiempo inmemorial en todos los ordenamientos jurídicos y que, en el nuestro, inspira el artículo 11 antes de la reforma del Título Preliminar de 1974 y después de ella.

La otra posibilidad que ofrece dicha Sección IX es la de otorgar testamento el español que se encuentra en país extranjero siguiendo las formalidades establecidas por la legislación española pero actuando como autorizante el Agente diplomático o consular; fórmula prevista en el artículo 734.

Estas dos maneras de disponer «mortis causa» en el extranjero, más que una tercera forma especial de testar, constituyen la regulación del derecho de los españoles a expresar con eficacia unas postreras voluntades fuera de España. Como ha dicho un importante sector de la doctrina (OSSORIO, CASTAN, LACRUZ, etc.) en realidad, más que una

(2) CASTAN distingue entre testamentos especiales y excepcionales, llamando especiales a los que exigen mayores formalidades 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. CASTAN TOBEÑAS, J.: Derecho Civil Español, Común y Foral, t. VI, vol. II, Madrid, 1979, págs. 24 y 25.

forma especial de testar, el contenido de la Sección IX constituye la regulación de la testamentifacción de los españoles en el extranjero.

Siendo exageradamente respetuoso con la calificación del legislador, a lo más que llego es a considerar como testamento especial la forma de testar del 734, es decir, la autorización por Agente diplomático o consular de un testamento otorgado en país extranjero conforme a la legislación española. La posibilidad que establece el artículo 732 de testar sujetándose a las leyes del país en que el español se halle, no es sino, insisto, una manifestación o aplicación más de la regla general de sometimiento al principio tradicional «locus regit actum» vigente en la realización de todo negocio jurídico. Una regla concreta —la del 732— concorde con la regla general —la del artículo 11—; un precepto específico conforme con la prescripción general malamente puede ser tildado de especial en cuanto opuesto a ordinario o común.

Y ya creo forzado admitir como especial la forma testamentaria del 734 pues en realidad, la única especial de este testamento radica en la persona del autorizante que no es el fedatario ordinario, es decir el Notario, sino un fedatario especial como es el *Cónsul*. Parecido es el esfuerzo que tengo que realizar para considerar como especial una de las variedades del testamento militar, la del 717 ante Comisario, hoy Interventor Militar, pues en ambos supuestos el autorizante especial, como señala expresamente el legislador, ejerce funciones de Notario, hace las veces de Notario, y se observan las solemnidades de los testamentos comunes. Pero aún existe una diferencia entre éstos dos testamentos.

En efecto, los testamentos del 717 y del 734 sólo pueden ser equiparados calificándolos de especiales si consideramos que lo que caracteriza a los testamentos especiales es que en ellos se prescinde del fedatario público por excelencia: el Notario. Entre ambas formas testamentarias, calificadas legalmente como especiales, hay una característica diferenciadora: las circunstancias de tiempos en que se dan. El testamento ante Interventor Militar en momentos de grave alteración social por circunstancias bélicas. El testamento ante Cónsul en situación de tranquilidad y normalidad social.

Por ello, apartándome de la clasificación legal, solamente entiendo son testamentos especiales el militar y el marítimo. En efecto, en estos dos testamentos a la especialidad de la figura del autorizante, se une la concurrencia de especiales circunstancias de tiempo y lugar. Así sucede con el testamento militar en el que no interviene Notario por razón de tiempo —de guerra— y lugar —en campaña—. Así acaece en el testamento marítimo en el que concurre la circunstancia de tiempo —durante la navegación— y de lugar —a bordo—.

III. REQUISITOS

A) *Subjetivos*

El carácter de privilegio para la clase militar que en otras épocas el testamento militar tuvo, ha desaparecido en el Código Civil (3) pues este Cuerpo legal no reserva el testamento militar a los que han elegido la carrera de las armas.

El fundamento de la institución se halla en la situación de peligro que supone el estar en tiempo de guerra y en campaña. Por tanto, toda persona que se encuentre en esa comprometida situación, podrá servirse de una forma de disponer de sus bienes por causa de muerte mucho más simplificada y adecuada a las circunstancias, y le estará vedada a quien no corra riesgo, como puede ser el militar que está en retaguardia. Abona esta interpretación la referencia como posibles otorgantes, incluida en el párrafo primero del 716, a los individuos que sigan al ejército. Debe afirmarse que pueden usar el testamento militar cualesquiera personas que compartan, aunque no sea por su voluntad, la suerte de una fuerza armada.

B) *Temporales*

El artículo 716 del Código Civil comienza diciendo cuándo es posible el testamento militar al hablar de tiempo de guerra.

La frase «en tiempo de guerra» adolece de cierta imprecisión. No es necesario que la guerra conste declarada, pues, de admitir lo contrario, llegaríamos a indudables absurdos. Podría presentarse el caso de que una disposición testamentaria otorgada «en tiempo de guerra» hubiera precedido a la declaración de ésta, y dándose la circunstancia de riesgo real, hubiera de declararse la nulidad del testamento por una cuestión formal.

Por el contrario, si declarada la guerra no subsigue la lucha, la disposición testamentaria se ha dado en tiempo que verdaderamente no puede calificarse de «guerra».

La declaración formal de guerra no puede tener lugar en una civil y el interviniente corre el mismo peligro que en una guerra internacional. Por otra parte cabe preguntarse si una sublevación interna, que obliga al empleo de fuerzas militares, puede estimarse que es caso de guerra, a lo cual de acuerdo con el espíritu del precepto, habría que contestar

(3) PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil Español*, t. IV, vol. II, Barcelona, 1966, pág. 1.210.

afirmativamente, ya que el presupuesto de hecho, entiendo, previsto por el legislador ha de interpretarse extensivamente.

Por este criterio interpretativo, al supuesto de haberse declarado oficialmente la guerra o de participar tropas españolas en una guerra ya declarada se equipara la declaración de estado de guerra hecha en consideración a un inminente peligro exterior o interior, sin perjuicio de que la ausencia de operaciones lleve consigo la falta del requisito «estar en campaña». Es evidente que la declaración de guerra ha caído en desuso, por las ventajas que proporciona la sorpresa. En las contiendas civiles no hay previa declaración del estado de guerra. En estos casos, lo frecuente es que haya una declaración a posteriori, bien explícitamente, bien resulte indirectamente de algunas leyes o disposiciones.

C) De lugar

El artículo 716 utiliza una doble expresión: «tiempo de guerra» y «en campaña».

Será, por tanto, necesaria la concurrencia de un elemento temporal, como es que la situación social reinante esté gravemente alterada que exista de hecho un estado de guerra. Pero aun es ese estado de gravísima anormalidad social es preciso que concurra una circunstancia de lugar: que el otorgante, por su situación dentro del emplazamiento de la conflagración o lucha, se encuentre impedido de acudir a notaría y se vea amenazado en su integridad física tan gravemente y de manera tan inmediata que no pueda utilizar la forma común ológrafa.

Esta concurrencia de ambas circunstancias es lógica, pues podría ocurrir que, aun en tiempo de guerra, pudiera encontrarse uno de los posibles otorgantes señalados en el artículo 716 alejado del teatro de la lucha y en condiciones de acudir a un Notario.

Lo que pudiera considerarse es que, siendo tan vago el concepto “tiempo de guerra”, no dándose hoy día declaraciones formales de guerra y existiendo situaciones como las de guerras locales subversivas y otras parecidas, que encontrarían su encaje formal en un estado o tiempo de guerra, lo que nos da la esencia de la posibilidad de utilización del testamento militar es el estar en campaña, el estar en campaña bélica. Por ello quizás el vocablo campaña, en relación con la institución del testamento militar, englobe la expresión tiempo de guerra.

Además de la circunstancia de tiempo ha de concurrir, para poder otorgar testamento militar, la de estar el testador en campaña, pues de lo contrario la razón de ser de la institución, el fundamento del testamento militar desaparecería al no haber riesgo de muerte.

El requisito de estar en campaña se exige no solamente a los militares, como de una lectura superficial o de una interpretación literal del

artículo 716 pudiera deducirse, sino a las demás personas citadas en dicho artículo, y, en general y como he señalado anteriormente, a todo aquel que comparte la suerte de una fuerza armada y que, en consecuencia, puede erigirse en otorgante de esta forma testamentaria especial.

El párrafo 2 del artículo 716 amplía el ámbito territorial al referirse a fuerzas expedicionarias con una redacción que puede inducir a confusión. Creo que para que los individuos de un ejército que se halle en país extranjero puedan otorgar testamento militar, se requiere la concurrencia de las circunstancias de «tiempo de guerra» y «estar en campaña», y no basta que estén en país extranjero, pues el artículo 732 y siguientes están dictados con carácter de generalidad para todos los españoles que testen en el extranjero. Quienes pueden acudir al Cónsul, a este fedatario ordinario habrán de encomendar la autorización de su disposición testamentaria. Quienes se encuentren imposibilitados, por circunstancias y actividad castrense, de realizar esta comparecencia, es decir quienes se hallen afectados por las circunstancias de tiempo y lugar previstas en el párrafo primero del 716, interpretadas en ese sentido amplio que resalte anteriormente, encontrarán en el fedatario militar el autorizante adecuado para su disposición por causa de muerte.

El testamento militar y el testamento hecho en país extranjero son dos testamentos especiales y, por tanto, perfectamente compatibles. Será válido un testamento militar otorgado en territorio de la jurisdicción de Cónsul español, pues las circunstancias excepcionales que exige esta forma testamentaria obligan a otorgar la fe pública al funcionario militar ante la imposibilidad de acudir al Notario excepcional de primer grado: el Cónsul. El testamento militar no puede otorgarse cuando es posible, sin grave dificultad, recurrir a la forma ordinaria de testar. Se puede considerar que hay dificultad extraordinaria siempre que el Notario (o Cónsul, en su caso) tuvieren motivo de excusa, como es el peligro que supone trasladarse al lugar en que se encuentre el testador.

IV. OBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS COMUNES

Podríamos preguntarnos si en los testamentos militares se observan las formalidades de los correlativos testamentos comunes. A éste respecto entiendo que las referencias expresas de los artículos 717 y 721 y la remisión tácita que puede apreciarse en el 716, así como la alusión a requisitos formales concretos, como la idoneidad de los testigos o la firma de todos ellos en el testamento, plantean un interesante problema de aunar una interpretación restrictiva consecuente con el carácter especial del testamento militar y la conveniente flexibilidad que, basada

en la equidad, permita respetar la finalidad de la norma y el espíritu del legislador que, no cabe duda, es allanar obstáculos y facilitar la testamentifacción a quien, por las especialísimas y graves circunstancias en que se halla, requiere de ello.

El problema resulta agravado por el hecho de que la figura del testamento militar, evidentemente, no ha podido ser objeto de la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo, por lo que es imposible determinar hacia dónde se inclinaría el fiel de la balanza en esa lucha que, en una materia tan formal como los testamentos, se observa entre el Derecho estricto y la equidad.

Supongo que si en algún supuesto de otorgamiento de un testamento pudiera justificadamente tenerse en cuenta determinadas circunstancias para obviar la inobservancia de alguna solemnidad externa que no amigre la garantía de la realidad del testamento, éste sería el caso del testamento militar.

Creo que los artículos 716 a 721 han de interpretarse, en lo referente a formalidades, teniendo muy presente la alusión del artículo 3 del Código Civil a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas y a su espíritu y finalidad.

V ACREDITACION DE LA CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS DE OTORGAMIENTO

Ya ha quedado de manifiesto que para poder utilizar esta forma testamentaria especial se requiere estar incluido en la amplísima fórmula de enumeración de los posibles otorgantes que recoge el párrafo primero del artículo 716, así como que se dan las circunstancias de tiempo y lugar de este párrafo tal como deben ser interpretados.

En algunos otros supuestos concretos, además de darse las tres circunstancias señaladas anteriormente, personal, de tiempo y de lugar, se preven otras circunstancias como la de encontrarse el posible otorgante en expedición militar en el extranjero, enfermo o herido.

Solamente será válido el testamento militar, tratándose de una forma testamentaria especial prevista por el legislador precisamente para facilitar la testamentifacción, cuando estas circunstancias concurren y dificultan el otorgamiento de las últimas voluntades; precisamente cuando dichas circunstancias existen realmente. Pero puede uno preguntarse fundadamente si la existencia de las circunstancias debe demostrarla quien pretenda su validez o, por el contrario, debe reputarse válido sin perjuicio de que su eficacia pueda ser impugnada por aquel a quien perjudique. En síntesis, determinar si, en el procedimiento de protocolización, el Juez debe decidir acerca de dichas circunstancias para acceder o denegar la protocolización.

Si bien no lo dice expresamente la Ley de Enjuiciamiento Civil —que dedica a la materia los artículos 1.934 y siguientes—, es práctica indubitada que en el procedimiento deben acreditarse las circunstancias que permiten el uso de una forma testamentaria especial, tales como la inminencia del peligro de muerte o la imposibilidad racional de acudir a Notario (4) sin lo cual el Juez debe denegar la protocolización. El informe de la autorización militar de que el testador estaba en campaña será elemento de prueba, pero no puede vincular al Juez.

Tratándose de testamento cerrado, la solución es menos clara. La remisión al Juez ordenada en el artículo 718 se efectúa con el fin de que éste proceda a su apertura y posterior protocolización, que, según el artículo 714, es la regulada por los artículos 1.956 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este procedimiento no tiene más finalidad que la de la identificación del escrito testamentario, desconocido para el Notario, pero no acreditar ninguna circunstancia especial. No obstante, en base al artículo 1.966 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede sostenerse que entre las solemnidades prescritas por la ley, que el Juez debe examinar si se han guardado, deben comprenderse las circunstancias que hacen posible el testamento militar. Lo que no ofrece duda 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.

VI. FORMAS

A) Testamento ordinario abierto

Consistirá en la manifestación oral o escrita, convirtiendo siempre la primera a la escritura, ante un oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán, ante el Capellán o facultativo que asista al testador, si éste se halla enfermo o herido, o ante el jefe que mande el destacamento, y siempre presenciando el acto dos testigos idóneos.

La expresión del Código «por lo menos» me hace pensar que lo que el legislador ha querido exigir es que el autorizante tenga como mínimo el rango jerárquico de Capitán. Este creo es el espíritu de la norma, pues dado que los empleos superiores al de capitán son ya jefes u oficiales generales, una interpretación literal llevaría a considerar que sólo puede autorizar la disposición de quien sirve en el grueso de un Ejército o en una unidad importante del mismo, caso que pudiera considerarse

(4) CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil...* Op. cit., págs. 123 y ss.

normal, un capitán, lo que restringiría enormemente las posibilidades de otorgamiento del testamento militar, cuando precisamente la institución tiene como finalidad dar facilidades para testar a quien está necesitado de ellas por las circunstancias en las que se encuentra.

Dado que el Código nada dice y teniendo en cuenta la hermenéutica de la institución, creo que solamente es preciso que el autorizante sea como mínimo Capitán, por elevado que sea el rango del testador.

Si el testador está herido o enfermo podrá otorgar el testamento ante el Capellán o facultativo que le asista. El legislador está refiriéndose evidentemente al miembro del Cuerpo Eclesiástico, ya sea profesional, de complemento o asimilado o a quien, sin pertenecer a dicho cuerpo realiza permanentemente esa espiritual función. Pienso que en el término Capellán nunca estaría incluido el sacerdote que por cualquier circunstancia no hubiera sido movilizadado y se encontrara a la sazón en el lugar en que el testador quisiera testar. Tengo en cuenta para pensar de esta manera que el supuesto del artículo 716, dentro de los distintos supuestos en que el testamento militar puede otorgarse, es un supuesto de relativa normalidad. Esta relativa normalidad la deduzco de que en su enfermedad se encuentra el posible otorgante asistido tanto corporal como espiritualmente, lo que no ocurrirá en muchas situaciones en que, dentro de una actividad bélica, un combatiente quiera testar. Y en esa relativa normalidad siempre habrá cerca alguien que tenga por lo menos la categoría de capitán y si no la hubiera y existiera un evidente riesgo de muerte, siempre podrá acudir a las formas testamentarias del 720 y del 700.

También puede otorgarse ante el facultativo que asista al otorgante. En contra del criterio de algún autor, como DIEZ GÓMEZ (5), quien considera que, llegado el caso, puede autorizar un simple enfermero, creo que sólo es facultativo quien tenga un título de tal, normalmente médico y solamente en su defecto y forzando extensivamente el texto legal, un ayudante técnico sanitario, con el título correspondiente, pues no es conveniente olvidar que nos encontramos ante una forma de testar especial que no habrá de interpretarse analógicamente.

Establecida en la Constitución Española de 1978 la aconfesionalidad del Estado y la consideración que los poderes públicos tendrán por todas las creencias religiosas, ha de estimarse como algo futuro pero cierto, la existencia de capellanes de otras confesiones distintas de la católica que puedan autorizar testamentos militares de los no católicos a que asistieren, pues en otro caso en las excepcionales circunstancias en que

(5) DIEZ GÓMEZ, A.: «El testamento militar español» en Rev. de Derecho Notarial, t. XLIII, enero-marzo, 1964, pág. 152.

esta forma testamentaria se puede otorgar, los no católicos se encontrarían en una situación de inferioridad respecto a quienes lo sean.

El artículo 716 establece junto al principio general de que el autorizante sea un oficial con categoría al menos de Capitán y las excepciones del Capellán y el facultativo, la posibilidad de que, si el testador se encuentra prestando servicio en un destacamento, lo otorgue ante quien mande las fuerzas destacadas, aunque sea subalterno. El destacamento habrá de estar aislado, aunque no tiene por qué estar incomunicado. La exigencia de aislamiento es lógica si tenemos en cuenta que este supuesto es una excepción a la regla general del testamento militar ordinario abierto del 716, consistente en que se otorgue ante un oficial al menos con categoría de Capitán. Si el destacamento estuviera en constante contacto con la unidad o núcleo táctico a que pertenece, habría posibilidad de que el otorgante testare ante dicho oficial.

Además de la exigencia de la escritura ha de observarse en el otorgamiento de este testamento militar ordinario abierto, en la medida en que las circunstancias lo permitan, las prevenciones establecidas para el testamento abierto común en los artículos 694 y 699, incluso el requisito de la unidad de acto.

Entre las prevenciones que deben observarse destaca la expresión de la fecha. Si la ley autoriza el testamento militar solamente en el caso de que se den determinadas circunstancias excepcionales, será necesario saber la fecha del otorgamiento para tener certeza de que dichas circunstancias concurrían.

El último párrafo del 716 dice que en todos los casos del mismo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos. Ahora bien, como dice ALBALADEJO, «... parece claro que el término idóneos que utiliza ese artículo, o simplemente significa reunir unas mínimas condiciones (no especificadas) de aptitud para el caso, o si es que la ley lo usa en la acepción del artículo 681, por lo menos los requisitos de la idoneidad no serán todos los que se exigen para la de los testigos de los testamentos comunes. También la materia es polémica. De cualquier modo parece claro que lo que no cabe exigir es que el testigo esté domiciliado en el lugar del otorgamiento (como pide el artículo 681, segundo» (6). Lo más normal es que el Ejército se encuentre en despoblado y alejado de un pueblo o lugar cuyos vecinos pudieran ser testigos. Por tanto, en la mayoría de los supuestos de la forma testamentaria que analizo, los testigos forzosamente han de ser elegidos de entre los individuos que forman el Ejército o que siguen a éste, en los que, integrantes de las fuerzas destacadas o acampadas, no concurrirá la domiciliación en el lugar del otorgamiento.

(6) ALBALADEJO, Derecho Civil, V, 1982, pág. 231.

Decía que, en materia de solemnidades, se había de seguir en el otorgamiento del testamento militar del 716, en lo posible, las reglas previstas en los artículos 694 y siguientes para los testamentos comunes abiertos. La Sección quinta que encabeza el anterior artículo, finaliza con un precepto, el 705, que establece la responsabilidad en que incurre el autorizante que haya incumplido alguna formalidad legal. El problema radica en la exigencia de responsabilidad a un autorizante como el del testamento del 716 que no es un perito en Derecho. Por otra parte es preciso tener en cuenta que en el testamento común abierto el autorizante lleva a cabo no solamente la función autenticadora del Notario, sino también la otra función que en nuestro Derecho caracteriza la figura, es decir, la función asesora como profesional del Derecho. Del mal desempeño de esta función asesora puede originarse para el Notario una responsabilidad. El militar autorizante del testamento militar previsto en el artículo 716 interviene autenticando un testamento abierto, pero no es un profesional del Derecho. Por ello, si no acierta en la acomodación de la voluntad del testador a la Ley, o no utiliza fórmulas claras que demuestren palmariamente que el testador tenía serio propósito de testar, como se exige conste claramente en todos los testamentos especiales, su responsabilidad por dolo, culpa o negligencia inexcusable, debe ser apreciada de manera muy atenuada y diferente a aquélla en que puede incurrir un Notario. Por esa preparación en conocimientos jurídicos, que permitirá cumplir en alguna medida la labor de asesoramiento, la responsabilidad del autorizante jurídico o Interventor Militar podrá estar cerca de la que pueda exigirse a un Notario, e irá disminuyendo a medida que pueda presumirse una inexperiencia en derecho de sucesiones, hasta llegar a la no exigencia de responsabilidad, salvo en caso de conducta dolosa, en un supuesto en que el autorizante fuera un suboficial o clase de tropa.

La norma del artículo 719, que debía de haberse insertado dentro del artículo 716, como una aclaración que se incluyera en un apartado más, ha recogido un criterio análogo al del artículo 703 fijando un plazo, relativamente corto, para la subsistencia del testamento especial cuando ha cesado la anormalidad. Los testamentos otorgados conforme al 716 son condicionales, como todas las formas privilegiadas de testar, introducidas por circunstancias anormales, cuya cesación supone la pérdida de la razón de ser de aquéllas. Si concluyó la epidemia, o el peligro inminente de muerte sin que ésta sobreviniera, si el militar vuelve a la misma situación de normalidad que todos los demás ciudadanos, deja ya de tener justificación el privilegio.

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. 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. Los testamentos que obren en el Ministerio conforme al artículo 718 deberán ser entregados al testador o al Juez, si aquél hubiere fallecido, pero no serán destruidos, pues de ello pudieran derivarse responsabilidades.

El plazo de caducidad ha de referirse a cada testador y a su correspondiente testamento militar ordinario abierto. No ha de servir en todas ocasiones de punto de partida para el cómputo de ese tiempo la declaración del fin de la guerra o de la campaña, como sucede tratándose de los testamentos otorgados en período de epidemia respecto de ésta. Bien puede seguir la guerra y continuar acampado el ejército y, no obstante, alguna unidad o algún militar recibir la autorización para retirarse a un lugar que no se vea afectado por las acciones bélicas o a su casa, por lo que, recuperadas sus condiciones ordinarias de vida, deberá adoptar las formas ordinarias de testar.

B) Testamento ordinario cerrado

Cuando existe la relativa tranquilidad de no haber peligro inminente de acción bélica, el legislador admite, junto a la forma testamentaria abierta del 716, el testamento militar ordinario cerrado del artículo 717.

Muy tranquila ha de ser la situación, si han de cumplirse todos los requisitos de los artículos 706 y siguientes del Código, porque la única excepcionalidad que introduce el artículo 717 es en cuanto a la persona que haya de ejercer la función notarial. En lo demás, habrá de acudirse a las prescripciones de la Sección sexta anterior.

Normalmente se utilizará esta forma testamentaria porque el testador tenga ya escrita de antemano su última voluntad, y prefiriendo que permanezca ésta en secreto, necesita un fedatario y unos testigos para la formalización de aquélla.

Testamento especial lo es por la especialidad del funcionamiento depositario de la fe pública. En el testamento militar ordinario cerrado ni hay excepción de solemnidades y requisitos ni otra diferencia respecto al cerrado común (salvo el supuesto de la custodia) que la persona autorizante, el Comisario, hoy día Interventor. Su otorgamiento es tan especial como el testamento cerrado que autorizan los cónsules en el extranjero.

El hecho de que se exijan las circunstancias personales y las de tiempo y lugar del testamento militar ordinario abierto, es argumento que

abona la consideración del testamento del 717 como un testamento especial. El texto de este artículo me inclina a suponer la identidad de circunstancia entre las formas cerrada y abierta. Comienza con la palabra «también» y hace referencia a las «personas mencionadas en el artículo anterior». La remisión se entiende a las personas que se encuentren en las circunstancias del artículo anterior, es decir, a quienes se encuentren en tiempo de guerra y en campaña. Interpretar de otra forma sería conceder a determinados individuos la posibilidad de otorgar testamento militar por el solo hecho de que fuera cerrado. Si el legislador hubiese pensado que el testamento militar ordinario cerrado pudiera otorgarse en época de paz, lo hubiera regulado aparte y con normas procedimentales diferentes.

Autorizante de este testamento es el Comisario de Guerra, hoy Interventor Militar.

Debido a la remisión del artículo 717 las formalidades de este testamento serán las previstas en los artículos 706 y siguientes para el testamento cerrado común. La aplicación de toda la anterior Sección sexta puede plantear dificultades, pues los formalismos que ella encierra, previstos para el otorgamiento de un testamento en condiciones de normalidad, pueden resultar de difícil observancia y en algún caso inadecuados para una forma de testamentifacción que se utilizará en circunstancias de tiempo de guerra y situación en campaña.

Aunque el 706 permite la escritura del testamento por un amanuense, resultará más indicado en el supuesto previsto por el 717 que el disponente escriba de su propia mano su última voluntad, pues, si, como puede resultar relativamente frecuente en condiciones tan adversas, se omiten involuntariamente algunas de las exigencias legales de los testamentos cerrados comunes, el testamento podría ser válido como testamento ológrafo, cumpliendo los escasos requisitos de éste.

La remisión del artículo 717 determinará la exigencia, según el 707, de que asistan al otorgamiento cinco testigos, tres de los cuales han de poder escribir. Esta prescripción en los testigos resulta lógica y fácil de cumplir en la situación de normalidad en que se otorgan los testamentos cerrados comunes de la sección sexta, pero resultará excesivamente rigurosa y en muchos casos difícil de cumplir en una situación bélica; además, resulta paradójico que, en el otorgamiento de un testamento como el marítimo cerrado, en el que el autorizante no es un fedatario, exija el último párrafo del 722 solamente dos testigos, mientras que, ejerciendo el autorizante militar cerrado las funciones de Notario, se requiera la presencia de cinco. Sobre su idoneidad basta recordar lo dicho para el testamento previsto en el artículo 716.

Debido a que el testamento militar más parecido al testamento común correlativo es el ordinario cerrado del artículo 717 y a causa, así-

mismo, de la remisión de este precepto a la anterior Sección sexta; actuando, por otra parte, el Comisario de Guerra, hoy Interventor Militar, en funciones de Notario, resulta imprescindible hacer mención expresa a la responsabilidad en que el Interventor puede incurrir.

Aparte de estas razones teóricas, es obligado tratar de esa responsabilidad, pues el artículo 715 es de directa aplicación al autorizante del 717 en virtud de la remisión de este precepto a la totalidad de la Sección sexta.

Podrá el futuro otorgante presentarse al Interventor Militar, que, como fedatario excepcional, ejerce funciones de Notario, al cual corresponderá examinar si concurren las circunstancias subjetivas, por estar comprendido el otorgante entre las personas señaladas en el artículo 716, y objetivas, por reinar una situación de conflicto bélico y estar imposibilitado de acudir a un Notario, o Cónsul español si las tropas se encontraran en país extranjero.

El Interventor Militar podrá apreciar que no concurren las circunstancias que le otorgan competencia autorizante o que el testador carece de capacidad para otorgar testamento negándose a actuar. Si esa decisión fuera desacertada y el que pretendiera testar no pudiese acudir realmente a un fedatario ordinario, se le habrá causado un grave perjuicio, al no haber podido disponer en última voluntad. Si ese desacierto fuere debido a malicia, negligencia o ignorancia inexcusable, el Interventor podrá incurrir en responsabilidad por daños y perjuicios, por aplicación de lo prevenido en el artículo 715 para el caso de nulidad del testamento por inobservancia de formalidades debida al Notario, precepto al que el 717 se remite y que podrá motivar también responsabilidad del Interventor cuando no haya seguido las exigencias de los artículos 706 al 714.

Resulta inevitable preguntarse a través de qué procedimiento vendría a concretarse la responsabilidad del Interventor Militar por negativa a autorizar o por inobservancia a él imputable de exigencias formales.

Si el Interventor Militar ejerce funciones de Notario pudiera pensarse que la solución podría venir a través de la normativa notarial reguladora de esta materia. No obstante, pese a las disposiciones promulgadas para reglamentar minuciosamente el ejercicio de la Notaría, el supuesto de negativa a autorizar una escritura tan sólo ocupa un par de líneas en la cabecera misma de la Ley Básica de la Organización Notarial, como para dar a entender que se parte de la existencia de la obligación y que se considera tan elemental que no es necesario otra cosa que enunciarla en términos generales.

Y, en efecto, toda la legislación referente a ella queda circunscrita al artículo 2 de la Ley de 28 de mayo de 1862, orgánica del Notariado, el

cual se limita a decir que el Notario que se niegue, sin justa causa, a actuar en un caso de su incumbencia, incurrirá en las responsabilidades que resulten de las leyes.

El Reglamento de la citada Ley, vigente desde 1944, en este aspecto sólo preceptúa, en el párrafo tercero de su artículo 3, que la prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida.

Hay, sin embargo, una razón práctica o de sentido común que impide el reglamentar extremadamente la supuesta negativa y es la imposibilidad de conseguirlo sin violentar la conciencia del Notario, en su caso del Interventor Militar, obligándole a autorizar un testamento que él crea que moralmente o legalmente no pueda autorizar.

Dándose todas las exigencias subjetivas y objetivas, si el Interventor Militar, se negase a autorizar, incurrirá en responsabilidad legal. El problema se presenta al preguntarse por el cauce a seguir y el organismo competente para materializar esta responsabilidad en la oportuna sanción.

Si ya he señalado que la responsabilidad de los notarios no está detallada por disposición alguna, pues la Ley de 1862 y el Reglamento de 1944 se limitan a prever en términos generales esta responsabilidad, e igualmente he reflejado las razones de esta situación, fácilmente podrá comprenderse que concretar la lógica responsabilidad de un Interventor Militar que indebidamente se niega a autorizar un testamento es algo sumamente delicado y escurridizo. A la imprescindible libertad de apreciación de las exigencias legales que ha de tener todo fedatario para prestar su facultad autenticadora, se une en este caso la no pertenencia del autorizante a corporación notarial que podría establecer las sanciones profesionales y la existencia de dos esferas independientes, la civil y la militar.

Si el Interventor Militar provocare con su malicia, negligencia o ignorancia inexcusable la nulidad del testamento por inobservancia de las formalidades prevenidas en los artículos 706 y siguientes, la exigencia de responsabilidad aún se complica más, teniendo en cuenta que realmente no es un profesional del Derecho, como lo es el Notario, por buena que sea su preparación jurídica.

Ejerciendo una función puramente técnico-jurídica de carácter civil, no parece oportuno pensar que pudiera ser sancionado mediante la aplicación del Código de Justicia Militar por incumplimiento por parte de un militar de deberes castrenses. Aunque el citado Código, en su artículo 38, prevea como de competencia de la jurisdicción militar los testamentos especiales otorgados con arreglo a los artículos 716 a 731 del Código Civil, quien, como el Interventor Militar, aun perteneciendo a los cuadros del Ejército, ejerce una función como la notarial, que por

su propia esencia requiere una absoluta libertad de apreciación y enjuiciamiento, no podrá ser fácilmente inculcado como responsable por negligencia o ignorancia en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo militar.

Pero si no será sancionado en aplicación del Código de Justicia Militar, sí responderá el autorizante a través de lo prevenido en los artículos 705 y 715 del Código Civil.

Ambos preceptos como concreciones de la norma general de responsabilidad de 1902, servirán de apoyo legal a la exigencia de responsabilidad al autorizante del testamento militar, apreciándose, eso sí, los presupuestos del mismo por el juzgador con extremo cuidado, ya que, no nos olvidemos, el autorizante no es un profesional del Derecho como el Notario, a quien pueda razonablemente exigírsele un mínimo grado de acierto en el enjuiciamiento jurídico de las circunstancias.

Otra cuestión de interés es la relativa a la posible caducidad de la forma testamentaria del artículo 717. El legislador, cuando se refiere a la caducidad en el artículo 719, no incluye al testamento militar cerrado del 717, por ser de estricta lógica que, si el Comisario ejerce funciones de Notario, a los testamentos autorizados por aquél se les aplique las mismas reglas que a los autorizados por éste. Por ello creo que, dejando a un lado distintas opiniones doctrinales, es algo meridianamente claro que el testamento militar ordinario cerrado del 717 no caduca y conservará su vigencia, aunque el testador deje de estar en las circunstancias de tiempo y lugar que posibilitaron el otorgamiento de un testamento militar, mientras no sea revocado.

En situación de peligro actual o próximo proveniente de acción de guerra, el militar o persona a él equiparada puede otorgar testamento abierto de palabra según el artículo 720.

El otorgante de este testamento será una de las personas señaladas en el 716. El testamento se otorgará en tiempo de guerra y en una de las situaciones expresadas en el artículo 720, que sustituyen, al requisito general de lugar representado por «estar en campaña». Para el testamento militar 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 un ataque aéreo o un herido aun después de terminado el combate.

El testamento se manifiesta verbalmente ante sólo dos testigos, sin que se exija el requisito de la idoneidad, pudiendo ser, como dice VALVERDE (7) menores de edad, aunque mayores de dieciséis años, de uno u otro sexo, como sucede en el testamento en caso de epidemia.

(7) VALVERDE Y VALVERDE, C.: Tratado de Derecho Civil Español, t. V, Valladolid, 1962, pág. 137.

Esta falta de exigencia, debida a la gravedad e inminencia del riesgo que corre quien se encuentra en determinadas situaciones, determina que si el testador se salva del combate o peligro el testamento caduca automáticamente, pues ya puede usar de otra forma testamentaria no ya común, sino menos excepcional, como sería una de las otras formas de testamentos militares previstas en el 716 y el 717.

Aunque no se salvara, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de Guerra o funcionario de justicia que siga al Ejército, para que éste lo envíe al Ministerio de Defensa a través del Cuartel General. No dice el Código en qué plazo deben los testigos cumplir con esta formalidad, pero lógicamente será inmediatamente que cese el asalto, combate o situación de peligro.

D) Testamento extraordinario cerrado

Esta forma testamentaria del artículo 721, al igual que la prevista en el artículo precedente, podrá ser utilizada cuando dándose las circunstancias de tiempo y lugar del párrafo primero del 716, en los términos en que se ha visto debían ser interpretadas las referencias al «tiempo de guerra» y situación de «campana» de este texto legal, además existe un inminente peligro.

Hubiera sido mucho más acertado incluir el 721 como un párrafo más del artículo 720. La propia redacción del precepto, que comienza diciendo «si fuera cerrado» me induce a pensar que esta idea estuvo en el ánimo del legislador. El testamento del artículo 721 es impracticable, pues exigiéndose en su otorgamiento formalidades y requisitos del testamento cerrado en tiempo de paz, no hay posibilidad de cumplirlos durante una batalla, asalto, combate o peligro próximo de acción de guerra, circunstancias en las que se da este testamento.

Según los artículos 706 y 707, a los que se remite expresamente el 721, el testamento lo ha de escribir el testador u otra persona a su ruego, rubricando o firmando las hojas según los casos; se pondrá en un sobre cerrado y sellado que se entregará al autorizante en presencia de los testigos idóneos; habrá de extender el autorizante acta en el sobre expresando que se han cumplido todas las formalidades exigidas por la Ley; esta acta, una vez leída, la firmará el oficial autorizante y los testigos, así como el testador, si pudiere.

La observancia de tales requisitos, y de otros señalados en los artículos 706 y 707, resulta casi imposible en situaciones de tan grave riesgo, en las que ha de prescindirse de todo ritualismo incompatible con las circunstancias. No hay posibilidad de cumplir los requisitos generales y si no existiese la fórmula más simplificada del extraordinario abierto, quien se viera en las circunstancias del 721 quedaría condenado al

abintestado. Por tanto, puede calificársele de superfluo, pues en esos instantes decisivos nadie acudirá al testamento extraordinario cerrado, sino a la forma abierta regulada en el artículo 720.

Sólo se usará cuando el testador lleve ya consigo escrita su última voluntad y encerrada en el pliego que ha de autorizarse sobre el campo de batalla o en un punto en que experimente el peligro próximo de una acción de guerra.

El artículo 721 no remite a todas las formalidades del testamento cerrado común, pues se refiere a los «artículos 706 y 707».

Ejercerá las funciones notariales el oficial que tenga por lo menos categoría de Capitán, y no podrá, intervenir como tal el Comisario de Guerra, porque el artículo 721 sólo alude al 716, lo cual representa un evidente contrasentido.

La referencia al Oficial del artículo 716 creo ha de entenderse considerando incluidos también el Capellán facultativo o el que mande un destacamento. Sin duda el legislador, al introducir la forma testamentaria del 721, quiso dar facilidades, aunque en la práctica no lo haya logrado.

Respecto a los testigos, el artículo 721 se remite a los de 716, que, como se recordará, debían tener la cualidad de ser idóneos en los testamentos militares ordinarios abiertos, lo cual añade una nueva dificultad a esta forma de testamento extraordinario cerrado. La exigencia del 721 de que ambos testigos sepan firmar viene a añadir un obstáculo más para que en la práctica se pueda dar la forma testamentaria militar extraordinaria cerrada, pues puede en las particularmente extraordinarias circunstancias de una batalla, asalto, combate o en peligro próximo de acción de guerra no encontrarse dos testigos que sepan hacerlo. En cualquier caso resulta una incongruencia que en un testamento común como el recogido en el artículo 695 se prevea que alguno de los testigos no pueda firmar, mientras que en una forma testamentaria tan excepcional y extraordinaria como la del 721 no se prevea esta posibilidad. Asimismo resulta incomprensible cómo el artículo 721, remitiéndose expresamente al 707, no guarda una cierta proporción entre el número de testigos exigidos y los que puedan firmar como hace el número segundo del último de los artículos señalados.

Si la norma del artículo 721 hubiese tenido una mejor redacción y se hubiera incluido en el anterior artículo 720, se hubieran evitado vacilaciones acerca de si se refiere o no a las circunstancias señaladas en el segundo de los artículos citados, o si es el artículo 721 incompatible con el 717.

El 721 se refiere a las circunstancias de peligro grave señalados en el 720 mientras que el 717 se refiere a las más generales de «tiempo de guerra» y «campaña» del 716. Dada la mayor gravedad resulta lógica la

mayor simplificación del 721. Pero tal gravedad hubiera exigido una simplificación mucho mayor y nunca una remisión a las formalidades establecidas para el testamento cerrado común.

Resulta difícil decidirse en favor de la caducidad del testamento militar previsto en el artículo 721 pues existen argumentos en pro de una u otra postura.

La postura favorable a la permanencia del testamento militar extraordinario cerrado hasta el momento en que sea revocado o sustituido por otro, que es la dominante en la doctrina, se basa en el hecho de que el legislador lo haya rodeado de solemnidades que le aproximan al testamento común cerrado aún a riesgo de hacer menos frecuente su uso, lo que parece concederle un cierto carácter de permanencia. No hay en la Sección séptima, en que se regula el testamento militar, precepto alguno que trate de la caducidad de los testamentos cerrados, pues el artículo 719 se refiere a los testamentos abiertos conforme al 716, y el artículo 720 se refiere al testamento verbal en él regulado, no habiendo motivos para la aplicación análoga de dichos preceptos a la forma testamentaria del 721.

La posición favorable a la caducidad encuentra asimismo sólidos argumentos. Piensa ALCUBILLA (8) 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.

Me inclino por esta segunda posición, pues para mí no ofrece duda el que el 721 se refiere al supuesto de quien, encontrándose en la situación del artículo 720, quiera que su disposición testamentaria permanezca en secreto y no pueda esperar a que pueda asistir un Comisario, hoy día Interventor Militar. Si no se refiriera el 721 a las circunstancias del 720 sobraría, existiendo el artículo 717. Lo que puede concebirse es una redacción desafortunada, pero nunca que el legislador pudiera para una misma situación establecer dos formas testamentarias distintas. Por eso comienza el 721 con la conjunción si, y por ello, según decía, debía haber sido recogido el texto como un párrafo más del artículo 720.

La observancia en esta forma testamentaria de las solemnidades del testamento cerrado común precisamente hace impracticable este testamento, pues es inconcebible que durante un combate, asalto, batalla o situación semejante pretenda, quien se encuentre en esta situación, escribir o que le escriban su testamento, meterlo en un sobre, cerrarlo, la-

(8) MARTINEZ ALCUBILLA. «Diccionario de la Administración Española. 6.ª ed., tomo III, an. Código Civil, pag. 741

carlo y comparecer ante su Capitán y dos testigos, que además sepan firmar, para que se extienda el acta de otorgamiento. La intervención del legislador, sin duda, no fue exigir todas las solemnidades de los artículos 706 y 707 cuando eliminaba la más importante, la exigencia de Notario. Lo que sin duda pretendió fue establecer algunas garantías cuando el testador deseara mantener en secreto su última voluntad, y precisamente en esa presunta intencionalidad creo ver que el legislador hubiera deseado poner un límite temporal a la vigencia del testamento.

Encuentro fundamento para interpretar así la intención del legislador en la caducidad que para los testamentos cerrados otorgados también en unas circunstancias de excepción establece el artículo 730, que fija un plazo de caducidad a contar desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en forma ordinaria. Si ninguno de los dos preceptos procede de una reforma parcial del Código Civil; si la naturaleza jurídica del testamento militar y del testamento marítimo es la misma; si la finalidad de ambas instituciones es dar facilidades para la testamentifacción, no resulta en absoluto forzado traer a esta forma de testamento militar lo prevenido para su concordante marítimo en materia de caducidad.

También obsérvese que la gravedad de las circunstancias de quién está en un combate, asalto o batalla es mucho mayor que las de quien se encuentra en un viaje por mar, lo que le impedirá al primero en mayor medida observar las solemnidades del testamento común.

Asímismo corrobora mi opinión considerar que el Comisario, verdadero Notario excepcional, como del 717 se deduce, ha sido sustituido por un simple Oficial. Al no haber un autorizante en funciones de Notario, no está justificado dar a este testamento la cualidad de los autorizados por Notario, la no caducidad.

El 721 al referirse a la situación de inminente peligro del 720 motiva la aplicación de la caducidad establecida en este último precepto para un testamento abierto, pues pasado el inminente peligro, aunque el testador continúe en campaña, podrá otorgar un testamento cerrado en el que se puedan observar todas las solemnidades de la Sección sexta, reguladora del testamento común cerrado, y ante una persona, el Interventor Militar, que según establece expresamente el Código en su artículo 717, ejerce funciones de Notario.

VII. FUTURO DEL TESTAMENTO MILITAR

Puesto que los preceptos de la Sección séptima de ese Título III, del Libro III, conservan la redacción de 1889 y no tenemos referencia reciente sobre el parecer del legislador sobre ellos, podemos preguntarnos si siguen teniendo realidad hoy día, si es útil su presencia en el artículo

del Código o se trata de unas normas absolutas que si han resistido casi un siglo las reformas parciales del Código es debido a que, por inanes, nadie reparó en ellas.

Indudablemente es necesaria una forma testamentaria que pueda utilizar cualquier persona, que se encuentre inmersa en una actividad bélica participando en operaciones militares, con independencia de que esté o no formalmente declarada la guerra y del ámbito o las modalidades que en las conflagraciones modernas se pueden distinguir. Quien se encuentre en esas circunstancias normalmente no podrá acudir a un Notario para otorgar un testamento común abierto o cerrado; si pudiera, por estar en retaguardia o por cualquier otro motivo, no le estaría permitido servirse de esta forma testamentaria especial. Tampoco podrá hallarse en condiciones idóneas para formalizar un testamento ológrafo, aunque siempre podrá utilizar, aún concurriendo las situaciones precisas para otorgar el testamento militar, aquella forma testamentaria común.

Quien se encuentre en una situación de campaña militar en tiempo de guerra, y mucho más si está enfermo, herido o va a entrar en combate con la amenaza de un peligro próximo de muerte, será proclive a disponer en última voluntad, pues si en tales circunstancias no será normal pensar en otros actos o negocios jurídicos, sí es muy frecuente pretender disponer el destino de los bienes ante el riesgo de morir.

La imposibilidad de acudir a Notario y la proclividad en las situaciones que impiden dicha comparecencia hacia la disposición testamentaria, justifican que el legislador haya incluido y deba conservar en el futuro la forma testamentaria especial prevista en el artículo 677 y desarrollada en el 716 y siguientes con unas formalidades que facilitan el otorgamiento del testamento.

Pero no solamente tiene utilidad hoy día el contenido de la Sección séptima, sino que incluso creo que ha de pensarse en una ampliación o por lo menos una reforma del texto de los artículos 716 a 721 para poder cubrir nuevas facetas propias de la época actual.

En efecto, la regulación del otorgamiento de testamentos por quienes se encuentran en especiales situaciones militares es una necesidad cuya satisfacción es inaplazable, pues no es ya el atender el tratamiento de una importante parcela de la vida jurídica en una situación de abierta conflagración bélica que, por indeseable, inconscientemente se ignora como de posible planteamiento. Se trata de resolver también este ejercicio de la testamentifacción, en las fuerzas expedicionarias y en las situadas en territorio español, en tiempo de paz.

Hoy en día España va perteneciendo a organizaciones internacionales o tiene relación de amistad y defensa con otros Estados, lo que puede llevarnos a formar parte de fuerzas internacionales destacadas, en

misión de vigilancia, en zonas o territorios de tensión internacional; de hecho ya está sucediendo en el caso de maniobras con el Ejército de otras potencias. En el caso —absolutamente normal en este tiempo— de fuerzas españolas que se hallen en el extranjero realizando maniobras conjuntas con ejércitos de otros países, un procedimiento sería recurrir entonces a los cónsules de nuestro país acreditados ante aquél en que se realicen las maniobras. Pero puede suceder que en la zona correspondiente no haya Cónsul o, más probablemente todavía, que no se le permita el acceso a ella. En estos casos no se va a negar al militar —empleando el término en su más amplio significado— la facultad de disponer de sus bienes por causa de muerte.

Es práctica constante que, por necesidades de secreto militar, queden, aun dentro del territorio nacional, zonas en que, por su importancia o por los secretos militares que en ellas hay, se encuentre prohibida la entrada a toda persona ajena a las mismas. Puede ocurrir en un caso extremo que, ante un peligro inminente de guerra, se acuerde la evacuación de todo el personal civil de determinadas zonas que se suponga que estén directamente amenazadas por el enemigo. Pueden darse circunstancias que aconsejan, igualmente, proveer a la sustitución del Notario bien porque éste no pueda acudir —o no pueda acudirse ante él—, bien porque la situación personal del posible otorgante exija precauciones especiales. Piénsese en una alteración grave del orden público con la consiguiente suspensión legal de los derechos establecidos en la Constitución. Piénsese en un acuartelamiento de tropas por el mismo motivo o por cualquier otro. En esta situación no es lógico que cualquiera de los sometidos a ese acuartelamiento pueda quebrantarlo mediante su deseo, muy respetable por otra parte, de hacer testamento, y no es procedente, de otro lado, negarle su derecho a disponer en cualquier momento de sus bienes y más en un momento de presumible peligro.

Y en último caso, sin llegar a estos extremos más o menos revolucionarios, no dejan de existir circunstancias que justifican sobradamente la sustitución del Notario. La realización de maniobras en las que se practican ejercicios de tiro real es cosa absolutamente normal en el Ejército. Estas se realizan en zonas que estarán dentro de una demarcación notarial, pero no será posible requerir al Notario o exigirle que se traslade a una zona de evidente peligro, ni tampoco podrá permitirse que el posible otorgante se separe de las fuerzas y abandone su función, en el caso de que pueda materialmente hacerlo.