

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TESTAMENTO MILITAR

Agustín Romero Pareja
Brigada ESB Infantería
Doctor en Derecho

SUMARIO

Introducción. A) Derecho romano. I) El *testamentum militis*. II) Régimen del testamento militar Romano. B) Derecho visigodo, el Fuero Juzgo, las Partidas. C) Siglos XVIII y XIX .I) Evolución legal. II) Codificación.

INTRODUCCIÓN

Nuestro Código Civil regula entre los testamentos especiales aquellos que han sido otorgados en tiempo de guerra. En base a ello, nuestra curiosidad y el afán investigador han estimulado la incursión en esta forma de disponer en última voluntad, que no por ser poco conocida y eventual deja de aportar sentido y seguridad jurídica al Estado de derecho. Así, sumergidos e inmersos en el tema, tras la apropiada confrontación documental y teórica, consideramos de interés comentar las vicisitudes y peculiaridades históricas de esta institución jurídica; partiendo del *Testamentum Militis* romano, hasta llegar a su mayoría de edad en el siglo XIX. Fiel reflejo, en suma, de lo que hoy es para nuestro centenario Código Civil el llamado «testamento militar». Adjetivación esta que en ocasiones mantenemos, por seguir el hilo conceptual de los principales autores y del propio Código, pero que en ocasiones denominaremos «testamento en tiempo de guerra»,

al ser esta circunstancia su especialidad y el fundamento de dichos otorgamientos.

A) DERECHO ROMANO

I) El *testamentum militis*¹

El *testamentum* era la forma mediante la cual el ciudadano romano nombraba un *heres* o sucesor *mortis causa*². En cuanto a las formas de testamento, en la época romana antigua existieron dos formas públicas de testamento: el *testamentum in calitis comitiis* y el *testamentum in procinctu*. El primero constituyó la forma común de testar en tiempo de paz, el

¹ «El *testamentum militis*, contemplado en el proceso evolutivo del Derecho, sirve para poner de relieve que las normas reguladoras de la sucesión de los militares fueron los jalones que, a modo de avanzadilla, marcaron la transformación del Derecho sucesorio; y así, disposiciones establecidas con carácter excepcional para los militares se convirtieron, con el transcurso del tiempo, en normas del Derecho común. De ordinario se considera que el *testamentum militis* no pasó de ser una clase de testamento aligerada de determinados requisitos formales; mas lo cierto es que, detrás de esa estricta y modesta denominación, lo que propiamente existe es un verdadero sistema hereditario militar romano, constituido, de un lado, por la derogación de una serie de principios del Derecho común; y de otro, por la admisión de instituciones desconocidas por este, al menos en la época en que fueron introducidas. Este régimen sucesorio no parece que constituya, en contra de lo que frecuentemente se ha sostenido, un puro beneficio, un privilegio dispensado a la clase de los militares, sin más razones que el deseo de favorecimiento; ni tampoco parece que obedezca, tan solo, a las circunstancias peculiares de la vida militar en campaña. Otras causas de más profundo carácter histórico, político y jurídico explican y justifican el establecimiento de este conjunto de normas sucesorias, constitutivas de un Derecho especial (*ius proprium*) y singular (*ius singulare*), conceptos estos que, con el de privilegio, también suscitan interesantes problemas para la investigación». HERNÁNDEZ-GIL, *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano)*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946, introducción.

² Para FUENTESECA (*Derecho Privado Romano*, E. Sánchez A. Gráficas S. L., Madrid, 1978, p. 461), el *testamentum* tiene caracteres específicos que lo distinguen de los demás actos jurídicos:

a) Es un acto estrictamente personal. No cabe realizarlo mediante intermediario, si bien se admite la intervención de otras personas en la redacción escrita del mismo;

b) Es un acto unilateral; la voluntad del testador no necesita ser completada por otra;

c) Es un típico acto *mortis causa*, en el sentido de que sus efectos jurídicos se realizan necesariamente *post mortem testatoris*. Antes de este momento el testamento no produce ningún efecto;

d) El testamento es un acto esencialmente revocable y puede ser anulado o cambiado por el testador en cualquier momento;

e) Es un acto formal. Solamente se puede hacer testamento conforme a determinadas formalidades y requisitos.

segundo era la forma de otorgamiento en tiempo de guerra. En esta situación bastaba al testador con declarar su última voluntad ante testigos. Esta forma es la primera manifestación histórica del testamento en tiempo de guerra, sustituida en la época romana clásica por el *testamentum militis*. No obstante, pese a la opinión de algunos tratadistas, como Mucius Scaévol, Manresa y O'Callaghan, que ven el origen del *testamentum militis* en el testamento *in procinctu*, la doctrina dominante entiende que no puede considerarse el testamento *in procinctu* como antecedente del testamento militar³, sino que se trata de dos formas testamentarias que tuvieron un mero paralelismo externo.

A nuestro parecer, el hecho de que tanto el testamento *in procinctu* como el *militis* estén determinados por la guerra y sea en estas circunstancias cuando se faculte el otorgamiento de ambos tipos de testamento, son coincidencias que por sí solas no pueden llevarnos a apreciar identidad o continuidad entre dichas instituciones⁴. En nombre de este criterio solo podría sostenerse un parecido externo; pero en el orden histórico no se

³ «O sea, que de esta forma el *testamentum in procinctu* sería un acto menos solemne que el testamento militar de la época clásica, pero se exagera; estimamos que el *testamentum in procinctu*, más que una excepción con respecto del *in calatis comitiis*, viene a ser como una sustitución de este determinada por circunstancias anormales, aunque tampoco debe formarse con ambos una sola institución testamentaria. Un aspecto también discutido es el de que si el *testamentum in procinctu* perdía su validez en el caso de que el testador no pereciese en la batalla, y si, aun muriendo en ella, precisaba de la confirmación de los comicios para su total eficacia». PEÑAS VÁZQUEZ, *Del testamento militar*, Talleres Ceres, Valladolid, 1975, pp. 34-35.

⁴ Siguiendo a HERNÁNDEZ-GIL (**op. cit.**, pp. 23 y ss.), el *testamentum militis* no parece tener punto alguno de contacto con el *testamentum in procinctu*, a saber:

1.º Si el testamento *in procinctu* fuese antecedente del *testamentum militis*, no se explicaría la primitiva concesión de Julio César, que libera a sus soldados de las formalidades testamentarias;

2.º La conexión funcional es ínfima entre ambos modos de testar: Mientras el testamento *in procinctu* es propio de los ciudadanos romanos, que en la época a que se contrae eran los únicos que integran el ejército de Roma, el *testamentum militis* (surgido cuando los elementos provinciales engrosaban las filas del ejército, formando una milicia mercenaria que ya no se identificaba con el pueblo romano; pues los integrantes de las *Legiones romanas* procedían de países lejanos cuyo sistema sucesorio contrastaba o se oponía al romano) es propio de militares y extranjeros;

3.º Por lo que respecta al potencial jurídico, muchas de las normas relativas al *testamentum militis* tienen el carácter de un derecho nuevo; casi todas entrañan una derogación del Derecho común, con el cual coexisten en pugna de principios. El germen de modernidad que en él se encierra y la imperiosa necesidad a que responde le imprimen tan fuerte consistencia que no solo ha de influir decisivamente en la evolución posterior del sistema hereditario romano, sino que, aparte de perdurar hoy como un instituto específico, se identifica en muchos principios con el sistema hereditario actual. Frente a esta vitalidad del *testamentum militis*, el testamento *in procinctu* nace y se extingue en un periodo relativamente breve y primitivo de la historia de Roma, sin existir ya en el Derecho clásico; y, como para probar

produce una supervivencia de uno en otro, y en el campo jurídico ambos tipos de testamento surgen en la más completa autonomía⁵.

mejor su carácter circunstancial y limitado, desaparece por desuso: notas de este son la romanidad y la temporalidad; notas de aquel, la universalidad y la atemporalidad;

4.º En cuanto a la forma, el testamento *in procinctu* reviste una sola forma: la oral; el *testamentum militis* presenta dos formas: una oral y otra escrita, pero con notable predominio de la escrita sobre la oral; lo que marca una nueva diferencia entre ambos modos de testar;

5.º Fijándonos en los requisitos para la validez de una y otra forma de testar, si cabe hablar de novedad en el *testamentum in procinctu* cuando se suple, a efectos de prueba y verificación pública, la intervención de los Comicios por la del Ejército, la única novedad que se advierte en él es la relativa al acto, al lugar y al modo de otorgamiento; y aun por lo que a esto se refiere no llega a perder totalmente su carácter de negocio jurídico formal. En cambio, en el *testamentum militis*, la forma casi no existe; basta con la posibilidad de reconocer la manifestación de una voluntad seria y consciente. Y, además, sus notas distintivas con relación al testamento común se extienden a la *testamentifactio* activa y pasiva (capacidad para otorgar testamento y para suceder) y al contenido de la institución, traspasando incluso, como se verá, los límites de la sucesión testamentaria; por lo que bien puede decirse que bajo el nombre de testamento militar lo que se contiene es todo un sistema hereditario.

⁵ FÉRNÁNDEZ-VICTORIO Y CAMPS (*El testamento militar y su proceso histórico*, Huecograbado Arte S. A., Bilbao, 1957, pp. 24-26) comparte esta opinión sobre la diferencia entre el testamento militar y el *in procinctu*: «Vamos a entrar en otra materia muy interesante, sobre todo para los estudiantes, porque cuando ante los propios juristas, en la mayoría de los casos, claro es, se habla del testamento militar, se confunde este con el testamento *in procinctu*. Y nosotros podemos afirmar terminantemente, después de un estudio creemos que profundo —quizás nos hayamos equivocado— que hemos hecho sobre la materia, que el testamento *in procinctu* no tiene en absoluto nada que ver con el testamento militar. El testamento *in procinctu* es una fase y el testamento militar es otra, de un proceso evolutivo, y entre ambos existe una barrera, un valladar que es el Derecho común, con los tres testamentos que hemos hablado, el *per aes et libram*, el *quiritario* y el *tripartito*. Vamos a señalar las diferencias que hay entre ambos testamentos. Testamento *in procinctu*: el testamento *in procinctu* es una excepción o una sustitución del Derecho común por causas excepcionales; necesita un testigo de calidad que es primeramente el Comicio Calado y luego fue el Ejército preparado y armado para la batalla. Era necesaria la confirmación por los Comicios de los primitivos testamentos *in procinctu*. En cuanto a la adveración de estos testamentos no se ha determinado el número de los que habían de intervenir; Plutarco dice: “será oído y entendido por muchos, pero en el orden de la prueba es suficiente con que algunos lo atestigüen”. Zocco-Rosa sostiene que debía otorgarse ante una Compañía, si bien en el orden de la prueba es bastante con el testimonio de unos cuantos. Tampoco se ha fijado aún doctrinalmente si eran testamentos que solo valían para el momento del combate y que luego quedaban derogados. Gayo habla de él como una institución remota y Cicerón como una institución que en su tiempo se hubiera derogado totalmente. Conceptualmente todavía los rasgos diferenciales se acusan con mayor relieve: el testamento *in procinctu* está hecho para los ciudadanos romanos y solo se aplica el Derecho común, porque no se conocía otro entonces. Es una desviación de la norma, pero sin apartarse nunca de los principios generales informadores del sistema. Es un testamento que nace, se desarrolla y muere en un tiempo relativamente corto, y no llega a alcanzar la cima del Derecho clásico. Es un testamento eminente y esencialmente oral, y no tiene otra novedad que la que se refiere al acto y al modo del otorgamiento, no perdiendo nunca su carácter de negocio público solemne. Menéndez Pidal, en *La España del Cid*, cita el testamento del conde Gonzalo Salvadórez

En cuanto a la evolución del testamento en tiempo de guerra, Julio César⁶ —con concesiones temporales—, y posteriormente Tito, Domiciano, Nerva y Trajano⁷ —estos dos últimos con una disposición definitiva—, concedieron a los soldados la facultad de expresar de cualquier forma y en cualquier momento la voluntad testamentaria. Así, Trajano empieza reconociendo para los soldados en guerra una situación de hecho, en atención a la cual resuelve «que fueran válidas sus disposiciones cualquiera que fuera la forma de sus testamentos»⁸. En efecto, se presentaban frecuentemente testamentos otorgados por militares cuya validez, de ser sometidos a las normas del Derecho común, podría discutirse o negarse⁹. Mas, aunque no se sometían a las reglas generales del Derecho Ci-

otorgado el 5 de septiembre del año 1082 con motivo de la expedición a Rueda de Jalón, donde su alcaide, Abufalá, se había sublevado contra Mutamín de Zaragoza, aliado del Cid, y comienza el testamento diciendo: “*Ego commes Gundisalvus possitus in procinctu cum Domine meus contra mauros*”, y aunque el término *in procinctu* pudiera conducir a error pareciendo que en esta época todavía se usaba esta clase de testamentos, la frase es tan solo una degeneración o un énfasis, porque el testamento está perfectamente acomodado al Derecho existente y no tiene nada que ver con el desusado *in procinctu*. En cambio, si nos fijamos en el testamento militar propiamente dicho, podemos fijar en él las particularidades siguientes: libertad, ya hemos visto que Julio César se la concede, y universalidad, el *miles* romano ya es mercenario, ya no es un testamento para los romanos, es un testamento para los militares y para los extranjeros. Es un derecho nuevo que coexiste con la norma y aun la deroga; es un derecho aparte, y moderno, que perdura todavía en todas las instituciones de los Códigos en lo que se refiere a sucesión testamentaria; su forma es esencialmente escrita (Servio Tulio lo dice terminantemente y Trajano tiene que dictar un mandato a Stilio Severo para decir que se admiten también los testamentos orales dentro del testamento militar). Es un testamento con contenido, delación de herencia y “*testamentifatio*” activa y pasiva, es decir, más que una sucesión testamentaria, es un sistema hereditario. No coexiste con el *in procinctu* y no tiene que ver con él, más que lo que pueda tener con otra clase de testamentos».

⁶ «Fue Julio César el primero que concedió a sus tropas libertad de acción para declarar sus últimas voluntades, librándolas de los estrechos requisitos del *testamentum paganorum*» (PEÑAS, *op. cit.*, p. 34).

⁷ «Aunque hay algún autor que sostiene que este testamento fue un privilegio concedido por Trajano a los *milites* (soldados) por la victoria contra los partos, existen testimonios de su existencia en tiempos de Julio César. Al reclutarse la tropa entre la plebe campesina, inculta y ruda, se les permite disponer de su peculio castrense *post mortem* (para después de su muerte) en cualquier tiempo y forma, sin que se apliquen las máximas romanas “*semel heres, semper heres*”, “*nemo pro parte*” y otras» BALLESTER GINER, *Derecho de sucesiones, aspecto civil y fiscal*, EDESA, Madrid, 1988, p. 44.

⁸ El emperador quiere eludir las dificultades en honor de sus *optimos fidelissimosque commilitones* («fiel a mis constantes sentimientos para con mis excelentes y leales compañeros de armas»). Esto, unido a la *simplicitas eorum* (la sencillez de los militares), constituye el fundamento que se alegaba en pro del testamento militar.

⁹ Las controversias y dudas surgían de manera continuada y sistemática, desde el momento en que la imperfección de los testamentos militares obedecía a un conjunto de circunstancias, algunas objetivas, que se daban de ordinario en todos los casos: otorgamientos orales de última voluntad efectuados por posteriores fallecidos o desaparecidos

vil¹⁰, no son eficaces los testamentos sin los mínimos requisitos legales; pues la facilidad formal concedida para disponer conforme al testamento militar no es plena ni absoluta¹¹. Esto es; el testador no está fuera del Derecho, libre de toda norma¹², sino que se somete a un Derecho distinto, más benigno, acomodado a otras situaciones e intereses¹³. Al respecto, Iglesias opina que «esta amplia libertad para testar es otorgada a los soldados de mar y tierra, y por el tiempo que va desde el enrolamiento hasta la salida de filas [...] El propio trato privilegiado se dispensa a los civiles

en combate; disposiciones *mortis causa* de supervivientes a las acciones bélicas como dementes irreversibles, etc.

¹⁰ Para GARCÍA GARRIDO (*Derecho Privado Romano*, Dykinson, Madrid, 5.^a ed., 1991, p. 816), la formación de un régimen testamentario particular a favor de los militares representa no solo la derogación de las formas requeridas por el Derecho civil, sino también innovaciones fundamentales que motivan la prevalencia de la voluntad del testador sobre sus palabras.

¹¹ No obstante, la discrecionalidad para testar se percibe con desmesura en el mandato del emperador Trajano: «*Faciant igitur testamenta quomodo volent, faciant quomodo poterint*» (Hagan sus testamentos como quieran y como puedan). En otros fragmentos del *Digesto* encontramos recogida la misma idea; así, el jurista Paulo dice: «*Respondi militibus, quoquo modo velint, et quo modo possunt, testamentum facere concessum esse*» (Respondí que está permitido a los militares testar como quieran y como puedan, D.29.I.40). Al militar, pues, le está permitido otorgar testamento, no ya dentro de lo que sus posibilidades, determinadas por circunstancias personales, le permitieran (*poterint*), sino en la medida de sus deseos (*volent*).

¹² Si, por una parte, el testador no tiene que someterse, por ejemplo, a las exigencias de la regla («*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*»), por otra, en cambio, se declara la nulidad de las instituciones captatorias; si, de un lado, el *miles* puede instituir heredero en un codicilo, de otro, son nulas las declaraciones de voluntad no serias o de mera palabrería, etc.

¹³ «Justiniano en el tiempo que media entre la terminación de la Instituta y el comienzo de las Novelas, deroga muchos de estos principios, según dice, por ser atentatorios a Constituciones anteriores como las de Constantino y Antonino el Piadoso, señalando que tales concesiones tuvieron su causa principal (*propter nimiam imperitiam, propter ignorantiam*) y por la *eorum simplicitas* de los *miles*. En las instituciones [...] se ordena expresamente que el testamento del militar solo es válido hasta un año después de salir el militar del ejército, o en el acto si fuera por causa ignominiosa, o también en el acto pero referida tan solo al peculio castrense, si la *capitis diminutio* fuera por un delito militar. También se limita al tiempo de campaña la facultad de testar del *miles*, confirmando constituciones anteriores. Los *lecti tirones* o personas que siguen al ejército no tienen derecho a hacer testamento militar más que cuando ingresen como tales números de ese ejército, y si no, es inválido el testamento. Los voluntarios, solo en el momento de la batalla, y si no muriesen en ella, es nulo el testamento; y son nulos también los legados a título de pena; [...] los que nombren tutores a personas que no están sometidas a su patria potestad; los que deshereden en lo que se refiere al peculio castrense; los testamentos hechos a favor de personas inciertas; los testamentos que tengan cláusulas imposibles, inciertas o ilícitas. Y, por último, prohíbe al militar intervenir a favor de alguien que haya testado de palabra (y lo condenaría por falsedad si tal hiciera), teniendo testamento escrito formalmente» (FERNÁNDEZ-VICTORIO Y CAMPS, *op. cit.*, p. 17).

que siguen al ejército y mueren en territorio enemigo»¹⁴. Y esta interpretación es de interés para nuestro estudio, pues deja entrever que estamos ante el otorgamiento de un testamento al que se reduce de formalidades no porque el otorgante sea militar, sino porque está bajo los acontecimientos de la guerra.

Por otra parte, el testamento militar romano podía revestir dos formas: una oral y otra escrita. La forma escrita era la más frecuente¹⁵. A la forma oral de testamento militar se refiere el *Digesto* diciendo que puede otorgarse «*quod et sine scriptura*» (sin ser escrito)¹⁶. Pero en la época de Justiniano el testador gozaba de esta facultad de otorgamiento solo mientras se halla-

¹⁴ IGLESIAS, *Derecho Romano, historia e instituciones*, Ariel, Barcelona, 11.ª ed., 1994, p. 562.

¹⁵ Vale como testamento, si consta su voluntad en ese sentido, lo anotado por el testador en la vaina o en el escudo con su sangre o lo escrito sobre la tierra con la espada. En este sentido, Paulo responde que por aplicación del principio «*quomodo poterint, quomodo volent*», es válido el testamento que el militar dicta y se redacta en el lenguaje de signos, aunque el testador muera antes de resolverlos. Lo único necesario es que se demuestre con legítimas pruebas que así se hizo y que esa era su voluntad. La prueba no ha de ser necesariamente testifical; es válida cualquier otra (D.29.I.40).

¹⁶ El emperador Trajano contestó por rescripto a Estalio Severo en los siguientes términos: «El privilegio concedido a los militares de que valgan sus testamentos, los hagan como los hagan, ha de entenderse en el sentido de que debe constar, ante todo, que se ha hecho un testamento, que puede hacerse sin escritura incluso por los que no son militares. Así, pues, si el militar acerca de cuyos bienes hay planteada cuestión ante ti, habiendo reunido a varias personas como testigos, manifiestase quién quería que fuese su heredero y a quién quería manumitir, puede estimarse que de este modo hizo testamento, sin haberlo escrito, y ha de tenerse por válida su voluntad. Pero si, como algunos suelen decir en estas declaraciones, dijo a uno: “te hago mi heredero” o “te dejo mis bienes”, no hay que respetar esto como testamento. A nadie interesa más que no se admita tal precedente que a quienes se concede el privilegio del testamento militar; porque en otro caso, no sería difícil, después de la muerte de un militar, que hubiera testigos que afirmasen haberle oído decir que dejaba sus bienes a quienes quisieran, y de este modo se alterarían las verdaderas voluntades» (D.29.I.24). Sobre el fragmento 24 del *Digesto* conviene hacer un comentario. Trajano, dirigiéndose a Statilio Severo, aclara su anterior mandato del fragmento 1 en el sentido de que también puede hacerse testamento militar sin necesidad de la forma escrita, al igual que sucede en el testamento ordinario. Seguidamente expone cuándo se produce un testamento *nuncupativo* (oral y espontáneo), y cita el caso del militar que expresa oralmente su última voluntad, habiendo convocado varias personas como testigos (*convocatis ad hoc hominibus*). Estima, en cambio, dicho emperador, que no se perfecciona un testamento militar válido si alguien en el curso de una conversación ordinaria dijo a otro que le instituía heredero; y ello en beneficio de los propios militares, pues de lo contrario sería fácil que a su muerte se suplantara su voluntad. En este sentido, la expresión «*convocatis hominibus*» indica que el soldado, para testar oralmente, debía reunir a su alrededor algunas personas y solicitar de las mismas que prestasen atención a su otorgamiento. Es, pues, necesario comunicar a los testigos (al menos dos) que se va a realizar un negocio jurídico que han de atestiguar luego. Estos deben saber que actúan como tales testigos, de lo contrario no sería válido el testamento; ya que se iría, entre otras, contra la prohibición expresa de testar oralmente durante una conversación. Por lo demás, en esta forma de testar no es preciso que los testigos reúnan las condiciones

se ocupado en alguna expedición o campaña de guerra (*in expeditione*)¹⁷; los testamentos que se otorgasen fuera de campaña (*extra expeditionem*), forzoso era adaptarlos a las formas del Derecho común. Dentro de las personas implicadas en la guerra, el Derecho distingue a su vez entre los que declaran su última voluntad ante el peligro inminente del combate y aquellos que lo hacen en campaña, pero lejos del campo de batalla. Así, las constituciones imperiales romanas reglamentaron dos formas o supuestos en los que se podía otorgar testamento militar: 1) estando en campaña, pero alejado de los peligros de la batalla; y 2) en campaña y frente al enemigo o inmerso en acción de guerra¹⁸.

II) Régimen del testamento militar romano

El instituto del *testamentum militis* es aplicable a todos los militares, tanto de mar como de tierra, y también, como vimos, a los que, no siendo militares, siguen al Ejército o permanecen en territorio hostil. Esto marca la transformación de la institución, que comienza siendo un privilegio militar y se convierte en una forma especial de testamento, ya que la exigencia de que el testador se encontrase en campaña justifica, como en las legislaciones modernas, que se suavicen los requisitos formales. Pues bien, la institución del *testamentum militis*, que nace con estos fundamentos, se dilata por la interpretación jurisprudencial hasta convertirse en un régimen testamentario aparte. Así, partiendo del principio fijado en las concesiones imperiales, por el cual basta la simple *voluntas testatoris* para atribuir eficacia al acto dispositivo, la jurisprudencia romana admite que la voluntad del otorgante pueda moverse en una esfera más amplia que la permitida por el Derecho común.

En efecto, gradualmente van introduciéndose en el testamento militar algunas desviaciones del régimen común, pero nunca se llega a la anár-

exigidas por el Derecho común; pueden serlo las mujeres. No es tampoco necesario que concorra el número legal de estos ni se requiere la *unitas actus* (unidad de acto).

¹⁷ Justiniano incluye una innovación al no reconocer el testamento militar más que si es otorgado por quienes están en campaña, «*qui in expeditionibus sunt occupati*».

¹⁸ En el primero de dichos supuestos se permitía al militar testar de forma oral ante dos testigos (en los que no es preciso que concurren los requisitos de idoneidad vigentes para el Derecho común), no por vía de solemnidad, sino de prueba, bastando con lo indispensable para acreditar la existencia de una declaración de voluntad; en el segundo caso se podía otorgar testamento del modo que se quisiera o pudiese, de palabra o por escrito, y aun escribiéndolo el soldado con su sangre en su escudo o armas o en la tierra o arena con su espada.

quica consecuencia de que la *voluntas* en tiempo de guerra pueda anular totalmente las disposiciones del ordenamiento jurídico romano, ya que permanecen algunos principios del Derecho común como inderogables para el testamento militar. Consecuentes con esta interpretación, los juristas romanos mantenían que no podía suponerse eficaz el otorgamiento efectuado en tiempo de guerra *sine observatione legum* (sin cumplir la ley). No obstante, sí se dispensa a dicho otorgamiento de algunos de los principios de la antigua concepción de la *hereditas*. El testamento militar es, en tal sentido, el campo en el que surgen preceptos e instituciones que, contrarios al régimen del *ius civile*, dan una nueva orientación al sistema hereditario romano; hasta el punto de que algunos principios que se hacen generales para el testamento común derivan precisamente del testamento militar. Pero la justificación del testamento militar romano debe encontrarse en otro punto: el amplio alcance práctico que este privilegio logra en la jurisprudencia es un buen indicador de la decadencia de los principios sucesorios tradicionales. Realmente no es explicable que la jurisprudencia de la época hubiera procedido con unos criterios interpretativos tan amplios, a no ser que hubieran sido aplicados para acabar con los principios obsoletos que, bajo un análisis histórico-sociológico, estaban sobrepasados por el espíritu de los nuevos tiempos.

Como consecuencia de esta singladura, el testamento militar romano conserva algunos principios sucesorios del régimen común y deroga otros. En esta selectiva discriminación la jurisprudencia no procede al azar, sino que sigue una concreta orientación: las innovaciones concedidas al *testamentum militis* se corresponden con los usos y valores renovados; las exclusiones, con las ideas que ya no tenían eco en la sociedad de la época. Todo ello bajo el prominente designio de hacer cada vez más libre la *voluntas testatoris*¹⁹. Por último, la proyección del testamento militar romano lleva a que algunas de sus peculiaridades acaben siendo aplicadas a los testamentos comunes²⁰, pasando, como tendremos oca-

¹⁹ Esta consideración de la voluntad del disponente y de su plena autonomía es llevada, en ocasiones, hasta sus últimas consecuencias, provocando, por ejemplo, la anulación de la legítima.

²⁰ Con todo, para ALBADALEJO (*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo IX, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1983, p. 118) la especialidad del *testamentum militis* y su importancia histórica están más en su fondo que en su forma y, aun así, algunas de sus especialidades no han trascendido a los regímenes actuales: como la de permitir su revocación sin ninguna formalidad, bastando que la voluntad revocatoria sea reconocible; o la posibilidad de que el testamento militar revocado, incluso rasgado y cancelado, pueda adquirir de nuevo validez. Otras, en cambio, pasaron más tarde al Derecho común: como la vigencia de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; la institución *ex certa re*; la validez de la institución sujeta a condición resolutoria; la desheredación tácita;

sión de comprobar, por el Derecho visigodo, el Fuero Juzgo, las Partidas y un receso práctico y legislativo que lo lleva a florecer de nuevo en el siglo XVIII, culminando su regulación con la publicación del Código Civil. Así, muchas de las singularidades del *testamentum militis* son hoy norma general del derecho hereditario común; quedándose dicho testamento especial solamente con algunas peculiaridades que lo hacen plenamente justificable.

En conclusión, el *testamentum militis* era una forma especial de testamento justificada por la libre voluntad del testador y por encontrarse este en tiempo de guerra, por lo que se reducen los requisitos para su otorgamiento, lo que constituye a esta institución, históricamente, como uno de los factores que provoca la caída de los principios tradicionales del Derecho sucesorio romano; pero sin que ello implique desviaciones sustanciales del régimen común, sino únicamente la inaplicación de los principios anticuados o no esenciales y manteniendo siempre unas formalidades mínimas que garantizan la seguridad del acto (voluntad efectiva, cabal y seria, testigos o pruebas del acto de otorgamiento, etc.)²¹.

B) DERECHO VISIGODO, EL FUERO JUZGO, LAS PARTIDAS

Respecto a la regulación legal de las sucesiones, el Derecho visigodo se nos aparece como la confluencia de dos sistemas sucesorios, el romano y el germánico²², cuya conjunción nos lleva a encontrar en sus instituciones soluciones intermedias. En consecuencia, en el Derecho sucesorio visigodo existieron dos clases de testamentos: los comunes y los especiales²³. Los testamentos especiales tenían tres modalidades: el testamento ológrafo, el oral y el otorgado por el militar o el viajero. Esta última clase de testamento (al que podríamos denominar testamento militar visigodo, en paralelismo con el *testamentum militis* romano) es facilitada a quienes estando en viaje o en guerra deciden disponer en última voluntad. Su otorgamiento es ante testigos, y posteriormente, el juez o el obispo, examina-

la no invalidación del testamento por el advenimiento de un hijo póstumo; la pluralidad de testamentos, y la designación del heredero directo en codicilo.

²¹ «sí debe constar ante todo que se ha hecho testamento» (D.29.I.24).

²² El desconocimiento del testamento, debido al carácter familiar que tenía la propiedad en este sistema, excluye el estudio del testamento militar en el Derecho germánico.

²³ Como reglas generales se exigen catorce años (diez en caso de enfermedad) para testar, sin distinción de sexo. La capacidad para otorgar testamento podía perderse por cometer determinados delitos. El testamento común debía ser escrito, con la firma del testador y los testigos.

da la fidelidad de aquellos, pondrá por escrito el testamento, adquiriendo entonces plena validez²⁴.

En conclusión, el Derecho visigodo faculta a los otorgantes implicados en la guerra una forma de testamento despojada de toda suerte de formalidades; bastando, en su caso, la simple expresión oral de la disposición.

Por su parte, el Fuero Juzgo²⁵ reproduce en su libro II, título V, ley 12 la regulación del *Liber Iudiciorum*, pero confirmando el sentido racional y limitado que las instituciones justinianas dieron al testamento militar²⁶; ya que la posibilidad de testar de palabra se circunscribe a encontrarse el testador en combate o *hueste*²⁷. Las Partidas de Alfonso X el Sabio también recogen la doctrina de Justiniano en lo que toca al testamento militar²⁸, el cual es calificado por el código alfonsino de privilegio, aunque este deba entenderse en sentido lato; concedido en razón de las circunstancias bélicas en que se desenvuelven quienes disponen en última voluntad²⁹. Como

²⁴ A tal efecto, en el *Liber Iudiciorum* encontramos una modalidad de testamento alejada de todo formalismo, pues es suficiente la expresión de la voluntad del testador que perece en guerra, «*in expeditione publica moriens*» (ley 13, título V, libro II del *Liber Iudiciorum*). Para estos casos se dispone que se consigne por escrito la voluntad del testador; si así no se hiciera, se expresará de palabra ante testigos, los cuales, mereciendo fe del juez o del obispo, deberían prestar juramento acerca de la última voluntad del testador. Estas manifestaciones debían ser escritas y rubricadas por la autoridad judicial o religiosa y confirmadas, finalmente, por el rey.

²⁵ El Fuero Juzgo no es más que una versión romance del *Liber Iudiciorum* redactada en la Baja Edad Media y vigente en la época que tratamos como fuero municipal.

²⁶ En resumen, la recepción en el territorio peninsular del Derecho de Justiniano caracteriza a partir del siglo XIII un nuevo periodo en la historia jurídica española; por consiguiente, el sistema jurídico a que dio origen, el hispano-romano-justiniano, acogió la institución que estudiamos según la concepción elaborada por dicho emperador.

²⁷ «Vamos ahora a fijarnos por unos breves momentos en el Fuero Juzgo. [...] Y en la ley IX del título I, del libro X, tenemos ya lo que ha de entenderse como *hueste*: «*por ende establecemos que deste día adelante cuando los enemigos se levantasen contra nuestro reyno, si quier sea Obispo, si quier clérigo, si quier Conde, si quier Duc, si quier ricombre, si quier infanzon, o cualquier ome que sea en la comarca de los enemigos, acuda al llamamiento*». No contiene cláusulas interesantes el Fuero Viejo de Castilla. El Fuero Real de España, de la Villa de Aguilar de Campoó, del año 1255, extensivo luego a otras villas, habla de las mandas por «*buenas testimonias ante siete testigos, y no es necesario notario y valen todo el tiempo que quisiera el testador*» (FERNÁNDEZ-VICTORIO Y CAMPS, *op. cit.*, pp. 18-19).

²⁸ «Copiaron la legislación romana en la (Partida) VI y casi anularon los “Fueros Municipales, Fuero Viejo y Fuero Real”, de la época de la Reconquista, admitiendo toda clase de testamentos, incluso el militar, y considerando este testamento militar, como un privilegio (privillejo), otorgado a los caballeros “por les facer con honra”» (PEÑAS, *op. cit.*, p. 40).

²⁹ En efecto, dicen las Partidas, exaltando a los profesionales de las armas, que «defensores son uno de los tres estados, porque Dios quiso que se mantuviese el mundo», y que «los que han de defender a todos son dichos defensores. E por ende los omes que tal obra han de fazer, touieron por bien los Antiguos, que fuessen muchos escogidos. E esto fue, porque en defender yazen tres cosas: esfuerzo, e honra, e poderío» (prólogo al título XXI,

fundamento de la existencia de esta forma extraordinaria de testar, las Partidas no aluden a la falta de habilidad o a la escasa pericia de los soldados, esgrimida como justificación en el sistema jurídico romano, sino que fundamentaban la existencia de esta institución en el peligro al que se someten los defensores del Reino³⁰.

En este sentido, la legislación alfonsina es la que más coherentemente ha regulado el testamento militar y la que mejor delimita los motivos que justificaron su permanencia en el Derecho. Así, si algún caballero quería testar en tiempo de paz, debía hacerlo conforme al Derecho Común; mas si se hallaba ante el peligro de la batalla o el combate, podía disponer su última voluntad de la manera que le sea posible³¹; siempre que se pruebe debidamente por medio de dos testigos³².

Partida II). De aquí que tales defensores, entre los cuales señala la ley 24, título XXI, Partida II a los caballeros que estuvieren en hueste o «fueren en mandería del Rey [...] puedan fazer testamento, ó manda, en la guisa que ellos quissieren».

³⁰ Concretando, las Partidas regulan el testamento militar refiriéndose a él como una facultad concedida a quienes se encuentran ante un peligro surgido durante la prestación de un servicio al rey o por defender la tierra en que viven. Para las Partidas no es, pues, la consideración personal del caballero o militar lo que determina la posibilidad de recurrir a esta modalidad de testamento; sino que su concesión se justifica en atención al peligro que puede sorprender al testador en campaña.

³¹ Como dice el propio texto «E si por aventura, seyendo en la fazienda, veyéndose en peligro de muerte, quisiesse aquella sazón fazer su testamento: dezimos que lo puede fazer, como pudiere, é como quisiere, por palabra, ó por escrito. E aun con su sangre misma, escriuiendolo en su escudo, ó en alguna de sus armas, ó señalandolo por letras en tierra, ó en arena. Ca en qualquier destas maneras que lo el faga, e pueda ser prouado por dos omes buenos que se acertassen, y vale tal testamento. E esto fué otorgado por preuillejo á los caalleros, por les fazer honra, é mejoría, más que á otros omes, por el grande peligro á que se meten, en seruicio de Dios, e del Rey e de la tierra en que bien» (Partida 6, título I, ley 4). Claramente se aprecia en el texto que acabamos de transcribir la influencia del Derecho romano en este modo excepcional de testar; baste recordar una Constitución del emperador Constantino en la que se autorizaba con las mismas expresiones la fórmula del testamento militar: «*Proinde, sicut iuris rationibus licuit ac semper licebit, siquid in vagina aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore, quo in proelio vitae sortem derelinquunt, huiusmodi voluntatem stabilem esse oportet*» (C.6,21,15) («Por tanto, así como por razones de derecho ha sido lícito, y siempre lo será, que anotaran [los nombres de sus herederos] en su vaina o escudo, con letras resplandecientes de su sangre, o los escribieran en la arena con la espada en el mismo momento en que se entendiese que abandonaban la esperanza de seguir con vida en la lucha; del mismo modo conviene que conste una voluntad firme»).

³² Las Partidas regulan el testamento militar con una ponderación y equilibrio que no se encuentra en otros ordenamientos jurídicos. No puede ser otorgado en todo momento por los militares; los soldados que no se encuentren en campaña se han de someter a las prescripciones del Derecho común y otorgar testamento con los requisitos ordinarios. Pero en guerra desaparecen todas las trabas y formalidades: el que quiera otorgar testamento en tal circunstancia sólo debe hacer declaración de su voluntad ante dos testigos, y en caso de peligro inminente de muerte «lo puede fazer como pudiere é como quisiere», sin más

Después de las Partidas no encontramos hasta el siglo XVIII preceptos que hagan mención al testamento en tiempo de guerra, si bien al no derogarlo de un modo expreso ninguno de los cuerpos legales que durante ese periodo fueron promulgados, debe entenderse que, en principio, al menos de Derecho, subsistió la vigencia de sus normas³³.

C) SIGLOS XVIII Y XIX

I) Evolución legal

En el siglo XVIII sí experimenta el testamento en tiempo de guerra vicisitudes dignas de ser recogidas. En tal sentido, la Real Cédula de 28 de abril de 1739 ordenó que el testamento otorgado por los militares sin ninguna solemnidad perdiera su validez si aquellos sobrevivían a la campaña con ocasión de la cual testaron³⁴. Pero a los tres años, en vista de los

exigencia, en último término, que la constatación del *animus testandi* por los testigos o por otro medio de prueba.

³³ PEÑAS (*op. cit.*, p. 41) nos hace una semblanza de las leyes más significativas de la época: «El Ordenamiento hecho en las Cortes de Alcalá y conocido por el de este nombre en el reinado de Alfonso XI, quien ordenó su cumplimiento en 28 de febrero de 1348, por no oponerse a la Ley única de su título XIX, que señala tres formas testamentarias, a la especial, desenvuelta en las Partidas y que tuvo aplicación para los “caualleros”, tanto más cuando su vigencia nace de este cuerpo legal. La Pragmática de 7 de marzo de 1505, dada por la reina doña Juana de Castilla en cumplimiento de los acuerdos tomados en las Cortes de Toledo, y por la cual se publicaron las ochenta y tres leyes que fueron compuestas durante la vida de aquellas, en las reunidas en Toledo el año de 1502, no afectaron a las solemnidades exigidas en el testamento de los “defensores”, ya que el número de los testigos que previene, para tener por válida las diferentes formas a que se remite la ley tercera, en nada hace a la especial que nos ocupa; antes por el contrario, el propósito de esta colección de preceptos venía a establecer una coexistencia en las contradicciones vigentes en el Ordenamiento, Partidas y Fuero Juzgo. La Pragmática de Felipe II, dada en Madrid el año 1562, al autorizar una forma tan excepcional de testamento ordinario, como el que se otorgara ante siete testigos, vecinos o no del lugar, aunque en él residiera escribano o notario, y la inserción de tal precepto entre los varios que componen el título IV del libro V de la Nueva Recopilación, publicada por Felipe II en 14 de marzo de 1567, dejó sin contenido, ni apenas valor, la singularísima dada a los militares».

³⁴ «Por eso se explica que el testamento que regularon “las siete Partidas” cayera tan en desuso y fuese tan olvidado, que por Real Cédula de 28 de abril de 1739 se ordenó que el testamento otorgado sin ninguna solemnidad, por los militares, no valiese si no fallecían en la campaña en que lo formalizasen. Con lo cual acaba de limitarse la libertad, hasta dicha fecha reducida, más por el escaso empleo que se le diera, que por precepto que lo constriñese. El precepto era manifiestamente injusto, pues observadas las formalidades del común, creado por Felipe II, el hecho de otorgarse en campaña le atribuía una limitación que no tenía su homólogo. Los militares, según esto, no poseían otra excepción que la de hallarse facultados para expresar su última voluntad en los casos de peligro o inminencia

perjuicios que producía la práctica de lo dispuesto en ella y de los inconvenientes que provocaba su observancia tanto al servicio castrense como a la profesión y honor militar, esta Real Cédula se anuló por Decreto de 9 de junio de 1742, que dispuso que los militares usasen del privilegio concedido antiguamente al tiempo de hacer sus testamentos en cualquier lugar y momento³⁵. Lo cual fue confirmado por el rey Fernando VI, que «más bien informado después por el Consejo de Guerra [...] había resuelto que se observase la costumbre antigua en cuanto a que los militares usasen de sus privilegios y fuero al tiempo de hacer testamentos, no solo estando en campaña, sino en otra cualquiera parte siempre que gozasen sueldo, y que se recogiese y anulase enteramente la citada ordenanza de 28 de abril de 1739» (Real Decreto de 25 de marzo de 1752)³⁶.

Haciendo balance de las normas comentadas, es conveniente destacar que el testamento en tiempo de guerra se sostenía con una doble extensión respecto a los requisitos personales y temporales: ya no eran solo los militares quienes tenían dicha facultad, sino todos los individuos de la administración militar; ya no era solo en campaña cuando podían testar en

de muerte, previsto en la Ley de Partidas, pero con una validez condicionada a la muerte en campaña. No es extraño que se expusiera al rey Felipe V tal situación por cuanto este, tres años después, dicta un Decreto, fechado en Aranjuez el 9 de julio de 1742, dando normas para atribuir a la Jurisdicción de Guerra el conocimiento de las testamentarias y abintestatos de los militares, y, con ella, surge de nuevo un atributo de entre los varios que integraban su clase» (PEÑAS, *op. cit.*, p. 42).

³⁵ También dispuso dicho Decreto que de los inventarios de los militares conociesen los auditores de guerra donde los hubiese, a falta de estos los jefes de los regimientos, y en defecto de unos y otros la Justicia ordinaria comisionada por la militar, entendiéndose esto solo respecto de los bienes que el militar tuviere en el paraje de su fallecimiento (como el equipaje y muebles que hubiere usado para el servicio o lucimiento de su persona, etc.); pero en los bienes patrimoniales o adquiridos que disfrutase fuera del paraje de su fallecimiento y en los mayorazgos y posesiones que tuviere, facultaba dicho Decreto para que conociese privativamente la Justicia ordinaria, tanto de los autos de inventario como de la partición y abintestato.

³⁶ Por no perder el orden cronológico conviene comentar el título 6.º del tratado 6.º de las Ordenanzas de la Armada de 1748; el artículo 1.º del mismo preceptúa: «Todo aquel que gozare fuero de marina le gozará también en punto de testamentos con los mismos privilegios que sobre esta materia están declarados a todos los militares». Para el artículo 2.º: «Cualquiera de los expresados podrá en el conflicto de un combate testar como quisiere o pudiere, por escrito, sin testigos..., o de palabra ante dos testigos». Dispone el artículo 3.º «Será igualmente válido el testamento hecho de cualquiera de estos modos en la preparación del combate [...]; y generalmente en todo peligro próximo de función de guerra, naufragio [por primera vez se equipara expresamente el naufragio al peligro próximo de guerra] u otro cualquiera eminente riesgo en que el testador se hallare; bastando en estos casos que manifieste seriamente su voluntad ante dos testigos». Sin embargo, aclara el artículo 5.º que «no estando en campaña deberá otorgar el testamento ante el escribano de marina [...], con las solemnidades acostumbradas».

forma militar, sino en todo momento y ocasión. Por otra parte, se podía otorgar testamento de palabra ante dos testigos, o por escrito, escribiendo y firmando el testador su última voluntad; con ello la ley le dispensa de las demás solemnidades. No obstante, el testador era el primer interesado en que su manifestación de voluntad quedara reflejada en términos claros y precisos que no dieran lugar a duda de ninguna clase, pues era el modo de que pudiera ser cumplida su disposición. Por mor de estos principios, las Ordenanzas Militares de 1768³⁷ recogen los puntos principales que deben tenerse presentes al tiempo de testar³⁸.

Por su parte, comienza el siglo XIX con la publicación de la Novísima Recopilación de 1805, en la que el testamento en tiempo de guerra está exento de toda clase de solemnidades, pues la ley no le exige otra cosa sino que conste la cabal voluntad del otorgante. Bajo esta consideración, si fuese nuncupativo, es preciso que haya sido confiada la voluntad del testador a dos testigos, y si se ha redactado por escrito, se habrá de comprobar que el mismo testador lo ha firmado; además, pueden testar militarmente todos los que gozan el fuero militar, no solo en tiempo de guerra, sino también en época de paz.

Visto esto, merece comentario especial la ley 8.^a del título XVIII de la Novísima. Dicha ley establece una forma ológrafa de testamento en razón de las personas: «tendrá fuerza de testamento la disposición que hiciere

³⁷ Artículo 18 del tratado VIII, título XI de las Ordenanzas de 1768: «Al tiempo de hacer el testamento, se advertirá al militar que le otorga que declare su nombre, filiación, estado, deudores y acreedores, bienes muebles y raíces, sueldos devengados, y ropa con espresión de los herederos, albaceas y cuanto convenga que se esplice, para evitar pleitos, especificando por su nombre los hijos legítimos ó naturales, y la patria, y residencia de todos, con lo demás que le ocurra, para lo que á su posteridad pueda ofrecerse».

³⁸ Creemos pertinente dejar constancia de que en el desenvolvimiento histórico de la organización y régimen internos del Ejército español constituyen un hito relevante las famosas Ordenanzas promulgadas por Carlos III el 22 de octubre de 1768. Estas *Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de los Ejércitos Nacionales* se ocupan «De las materias de justicia» en su tratado VIII, y el título XI de este versa acerca «De los testamentos». En concreto, lo que se refiere propiamente a las formalidades del testamento militar está contenido en los artículos 1 al 8 de los referidos título y tratado. Por otra parte, en cuanto a competencia, se atribuye a la jurisdicción de Guerra el conocimiento de todo lo relativo a las sucesiones causadas por militares, hasta el punto de que si interviene la jurisdicción ordinaria lo hace «comisionada» por la militar, mientras que, en contraposición a este desorbitado criterio y como límite a su desmesurada jurisdicción, a los tribunales ordinarios corresponde conocer de las «herencias que se dejasen a los militares por personas extrañas de esta jurisdicción militar, o les perteneciesen por testamento o abintestato», según ya había ordenado cuatro años atrás el rey Carlos III; sustrayéndose también a la jurisdicción castrense, en virtud del artículo 5 de las Ordenanzas, las sucesiones de los bienes de mayorazgo propiedad de militares, cuyo conocimiento es atribuido a «los tribunales que determinen las leyes del reino».

todo militar escrita de su letra en cualquier papel que la haya ejecutado; y a la que así se hallare se dará entera fe y exacto cumplimiento»³⁹. Esta ley 8.^a pone la nota excepcional de esta forma de testar en dos peculiaridades: la primera es el hecho de que a toda persona que goce del fuero militar se la exime de hacer su disposición de última voluntad en papel sellado⁴⁰; la segunda característica de esta forma de testar consiste en que se permite a los militares otorgar testamento sin necesidad de que intervengan testigos, siendo esta la gran diferencia con respecto a otras formas de testar⁴¹.

Vemos aquí, una vez más, cómo el testamento otorgado en tiempo de guerra es punta horadora de unas normas o principios que empiezan siendo derogados para estos otorgamientos y acaban siendo suprimidos en los testamentos comunes; y una vez extinguida dicha formalidad a todo tipo de testamento, deja de ser una especialidad de aquellos. Así, con el tiempo, el papel sellado dejará de ser necesario para los testamentos ológrafos comunes, como ya lo era para los militares.

Siguiendo con nuestro estudio cronológico llegamos a la Real Orden de la Reina Gobernadora de 17 de enero de 1835, en la que, como resolución de ciertos casos dudosos ocurridos en algunos hospitales castrenses, donde se estimaban vigentes los reglamentos especiales, se dispone con carácter de norma general que «es árbitro el testador, no solo 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

³⁹ Artículo 4 del tratado 8, título XI de las Ordenanzas de 1768, recogido en la Ley 8.^a del título XVIII, libro X de la Novísima Recopilación, que es la Real Cédula de 24 de octubre de 1778.

⁴⁰ El uso de papel sellado fue establecido como obligatorio por Real Orden de Felipe II del año 1566. En las leyes I y II del título 24, libro X de la Novísima Recopilación, se regula la materia relativa al papel sellado y a su uso en las escrituras, autos e instrumentos públicos. Sin embargo, a pesar de que a los que gozan de fuero de guerra se les exonera del uso del papel sellado, el escrito ordinario en el cual hagan sus disposiciones testamentarias debe aparecer fechado; pues si bien en todo testamento escrito este requisito aparece suplido por el uso del referido papel oficial, no así en esta forma ológrafa de testar, en la cual la fecha habrá de señalarse expresamente del puño y letra del testador, como parte de los elementos esenciales para la validez del mismo. Ello por ser la fecha un elemento indispensable por la doble función que la misma cumple en las disposiciones de última voluntad, a saber:

- En primer lugar, la fecha determina la posible capacidad o incapacidad del testador en el momento de disponer de sus bienes;

- En segundo lugar, con carácter revocatorio, la fecha determina si existe algún testamento anterior o posterior; pasando a ser válido solo el último otorgado.

⁴¹ Los testigos eran requeridos para cualquier forma de testamento por las leyes 2.^a y 3.^a del título XVIII, libro XII de la Novísima Recopilación.

exigencia en el modo de testar y, por consiguiente, sin que deba ni pueda intervenir[...] persona si no es llamada por el testador al paraje donde se encuentre».

Con tal disposición alcanzó el testamento en tiempo de guerra una exorbitante amplitud, llegando a convertirse en norma privilegiada referida a unas personas como tales, por razón de su profesión; sin tener en cuenta consideraciones más objetivas y justificadoras, como las del lugar y el tiempo de otorgamiento. Por lo demás, la enorme libertad concedida a los militares para otorgar testamento en la primera mitad del siglo XIX no es eliminada por el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, entendiéndose que tal disposición no derogaba el testamento en tiempo de guerra⁴².

De estos precedentes legales se infiere que no son las circunstancias extraordinarias de la guerra ni el peligro del combate los motivos que mueven al legislador a autorizar estos otorgamientos con plena libertad; es solo la condición personal, el carácter que imprime la profesión castrense, lo que faculta para ello.

En conclusión, el testamento en tiempo de guerra, como privilegio personal, aparece y desaparece a lo largo de las distintas etapas históricas, según las apreciaciones sociales y los valores de cada época; y a la inversa, como facultad concedida a quienes se encuentren en determinadas

⁴² Ello se infiere de las circulares de 26 de septiembre y 22 de noviembre de 1873, que al referirse a los militares hospitalizados ordenaban que cerca de aquellos cuyo estado de gravedad así lo demandase fuera comisionado un oficial para que les ayudara a expresar su voluntad última, siendo esta interpretada y consignada cual corresponde, «toda vez que 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 tanto, el Decreto de abolición de fueros no deroga lo establecido; solo 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». Sobre estas y otras leyes recordemos las palabras pronunciadas por FERNÁNDEZ-VICTORIO en su conferencia de la Universidad de Deusto (*op. cit.*, pp. 21-22): «Para no cansaros más pasaré por alto el Decreto Unificación de Fueros, de 2 de noviembre de 1869, donde en su artículo primero se echa por tierra toda la jurisdicción militar y todas las exentas; el Código Militar de 1890 y la Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906, por virtud de la cual se amplía la jurisdicción militar en virtud de unos tristes sucesos ocurridos en la ciudad de Barcelona, donde un periódico semanario (creo que era entonces “el Cucut”) se metió en un artículo vejatorio con los militares y consecuentemente se asaltó la redacción del periódico y se produjo por el Gobierno una ampliación de la jurisdicción militar para conocer de los delitos de injuria contra las autoridades castrenses y los que vistieran un uniforme militar. No obstante, quiero señalar como dato curioso, dentro de esta fobia liberal a los Fueros Militares, la existencia en esta etapa de dos Resoluciones dictadas el 30 de mayo de 1877 y el 25 de octubre de 1884, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, declarando inscribibles los testamentos hechos por los militares con arreglo a su Fuero propio».

circunstancias excepcionales, se establece en algunos periodos históricos más igualitarios.

II) Codificación

Tales eran, a la publicación del Código Civil, los antecedentes legales del testamento en tiempo de guerra que, con arreglo a la base 15 de la Ley de 11 de mayo de 1888⁴³, es sancionado y regulado en dicho cuerpo legal. A tal efecto, el Código Civil de 1889 sigue casi literalmente al Proyecto de 1851⁴⁴, del que puede decirse que solo se diferencia al admitir el testamento cerrado⁴⁵.

⁴³ «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 testamentos [...] sus diferentes clases de [...] militar [...]» (Base 15 de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, autorizando al Gobierno para publicar un Código Civil).

⁴⁴ Con respecto al Anteproyecto de C.C. de 1882, el Código definitivo solo varía por incluir el vigente artículo 717 y por añadir el párrafo tercero al artículo 720.

⁴⁵ *Derecho histórico comparado*: Un estudio sobre el testamento militar español no puede prescindir del examen de los Códigos que pudieron influir en el nuestro o reflejan las ideas dominantes en la época:

- -El *Código francés* de 1804, y su gemelo el *belga*, disponían 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 solo, 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 a 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 de que el testador haya vuelto a sitio donde pueda emplear las formas ordinarias».

- -El *Código italiano* de 1865 rezaba:

«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 este al Ministerio de la Guerra, que ordenará el depósito en la Secretaría 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 artículos 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 era el tenor del *Código portugués* a finales del siglo XIX:

«Artículo 1944. Testamento militar es el que pueden hacer los militares o los empleados civiles del Ejército en campaña, fuera del Reino y aun dentro de este, estando en plaza sitiada o residiendo en lugar cuyas comunicaciones estén cortadas, si donde se encuentra no hubiera notario.

Artículo 1945. 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 este, 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 1946. 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 substituyese.

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 fue presentado; 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 1947. 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».

• -El *Código Civil argentino* de 1869 preceptúa:

«Artículo 3672.- En tiempo de guerra los militares que se hallen en una expedición militar, o en una plaza sitiada, o en un cuartel o guarnición fuera del territorio de la República, y asimismo, los voluntarios, rehenes o prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados a la expedición,

y los demás individuos que van acompañando o sirviendo a dichas personas, podrán testar ante un oficial que tenga a lo menos el grado de capitán, o ante un intendente del ejército, o ante el auditor general y dos testigos. El testamento debe designar el lugar y la fecha en que se hace.

Artículo 3673.- Si el que desea testar estuviese enfermo o herido, podrá testar ante el capellán o médico o cirujano que lo asista. Si se hallase en un destacamento, ante el oficial que lo mande aunque sea de grado inferior al de capitán.

Artículo 3674.- El testamento será firmado por el testador, si sabe y puede firmar, por el funcionario ante quien se ha hecho, y por los testigos. Si el testador no sabe o no puede firmar, se expresará así y firmará por él uno de los testigos. De los testigos, uno a lo menos debe saber firmar.

Artículo 3675.- Los testigos deben ser mayores de edad, si fuesen solo soldados; pero basta que tengan dieciocho años cumplidos, de la clase de sargento inclusive en adelante.

Artículo 3676.- Si el testador falleciere antes de los noventa días subsiguientes a aquel en que hubiesen cesado con respecto a él las circunstancias que lo habilitan para testar militarmente, valdrá su testamento como si hubiese sido otorgado en la forma ordinaria. Si el testador sobreviviere a este plazo, su testamento caducará.

Artículo 3677.- El testamento otorgado en la forma prescrita, si el testador falleciere, deberá ser remitido al cuartel general y con el visto bueno del jefe de estado mayor, que acredite el grado o calidad de la persona ante quien se ha hecho, y se mandará al Ministerio de la Guerra, y el ministro de este departamento lo remitirá al juez del último domicilio del testador para que lo haga protocolizar. Si no se conociere domicilio al testador, lo remitirá a uno de los jueces de la capital, para que lo haga protocolizar en la oficina que el juez disponga.

Artículo 3678.- Si el que puede testar militarmente prefiere hacer testamento cerrado, actuará como ministro de fe cualquiera de las personas ante quien ha podido otorgar testamento abierto».

Otros Códigos de la época regulaban el testamento militar. Citemos, a título de ejemplo, los de Holanda (art. 993), Colombia (art. 1098), Guatemala (art. 784), Uruguay (art. 775), Luisiana (art. 1590), Chile (art. 1041), Méjico (art. 1565, gracia 4.^a), Suiza (art. 507, 3.^o), Veracruz (art. 3552), Baja California (art. 3878), Nápoles (art. 910) y Baviera (art. 4.^o del capítulo IV del libro III).