LORENZO MARTINEZ FUSET

El Testamento Militar

PRÓLOGO DEL

Dr. D. Blas Pérez González

Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad de Barcelona

SANTA CRUZ DE TENERIFE

EL TESTAMENTO MILITAR

LORENZO MARTÍNEZ FUSET

El Testamento Militar

PRÓLOGO DEL

Dr. D. Blas Pérez González

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona

(PRIMERA EDICION)

■ ■ ■

SANTA CRUZ DE TENERIFE

1935

PRÓLOGO

El testamento militar ha sido tema sobre el que apenas han fijado su atención los comentaristas de nuestro Código civil, apremiados por imperativos del método exegético o algún tratadista de derecho militar como pasaje necesario de sus obras.

Contrasta este silencio con la importancia de los problemas de técnica que su naturaleza jurídica plantea, con su significativa evolución histórica (política, romántica y literaria), y en último término, con las múltiples cuestiones que al intérprete suscita la aplicación de su ordenamiento positivo.

Está muy difundida la idea de que la institución objeto de este estudio es un privilegio de clase que, nacido al socaire de una civilización calificada de casi primitiva, se mantiene en los derechos positivos actuales merced a un respeto exagerado a la tradición, cuando por contra es bien seguro, que ni es privilegio, ni producto de civilización incipiente, ni especialidad testamentaria que sobre en la cultura actual

Delimitar netamente los conceptos de *privilegium* y *ius singulare* es tarea difícil, pero no imposible. Si,

a pesar de la diversidad de criterios dominantes, el primero aparece como disposición o norma excepcional, no fundamentada en la equidad, cuyo contenido es una derogación del derecho normal, y el *ius singulare* se diferenciaba de aquél en que la desviación del derecho normal, que constituía su supuesto, respondía a una motivación de equidad, es lógico que el testamento militar que en determinadas épocas de la historia (especialmente en la de Trajano), representó una superación de los rígidos principios cardinales en que se basaba la herencia, llegase en alguna de sus excepciones a beneficios no basados en la equidad: si en nombre de la equidad se autorizó la simplificación y a veces omisión de formalidades que eran necesarias para los no militares por razón de circunstancias de lugar, alejamiento, impericia, (no se olvide a este efecto que con frecuencia eran recibidos como ciudadanos y, por ende, sometidos al derecho romano las personas que ingresaban en la milicia), no aparecen obedeciendo a la misma idea y sentimiento de equidad muchas de las derogaciones sustantivas o de contenido, como las relativas a los principios de la necesidad de institución de heredero, el de *nemo pro parte testatus*... derecho de acrecer, prohibición de instituir a incapaces, instituir *ex re certa* o en patrimonios separados, etc.

De lo expuesto se infiere que sólo en atención a algunas derogaciones carentes de equidad, puede darse en derecho romano la calificación de privilegio al testamento militar. Pero desde la época romano-helénica las restricciones impuestas a semejantes derogaciones, hacen impropio el calificativo de privilegio atribuído a aquél, convirtiéndole plenamente en *ius singulare*, carácter que ya se atisbaba en la L. 2 D. de Test. Mil., 29, 1.

Modernamente sirve de criterio diferencial entre el *privilegium* y el *ius singulare* la idea de que, mientras el primero representa la disposición excepcional referida a una persona, cosa o relación jurídica determinada individualmente, el segundo es una disposición especial o excepcional, de carácter abstracto, aplicable a una pluralidad de personas, cosas o relaciones jurídicas determinadas. Tal criterio diferencial, (que ya tiene sus antecedentes en el derecho imperial, en el que se distingue bajo la denominación de *constitutio personalis* el privilegio propiamente dicho y se denomina equivocadamente privilegio a lo que era y es *ius singulare*), viene a servir de base objetiva, frente y como complemento al subjetivismo del criterio clásico.

Si pues las derogaciones que suponía el testamento militar han quedado de tiempo reducidas al mínimun impuestas por razones de necesidad y equidad y si las reglas positivas que hoy día la gobiernan son disposiciones de carácter abstracto aplicables a una pluralidad determinada de personas, hemos de concluir afirmando que nos encontramos ante una institución de derecho singular, cuya calificación de privilegio significaría incidir en un anacronismo y en una elemental deficiencia de técnica jurídica.

Abandonando, como es necesario abandonar, la idea de privilegio y descartando en su consecuencia la prevención con que la cultura ambiente recibe y combate esta figura, el tema elegido por Martínez Fuset entra en la esfera de estudio apacible, oportuno y necesario.

El autor de este libro, especializado en el estudio de los derechos privado y militar, ha encontrado en el testamento militar coyuntura propicia para conjugar

Talleres gráficos Margarit. Plaza del Patriotismo, núm. 1. Santa Cruz de Tenerife.

su doble vocación y así no es de extrañar la bondad del trabajo que hoy ofrece al público.

Martínez Fuset, tras una introducción de conceptos generalizadores, enfronta su estudio percibiendo certeramente los momentos culminantes del mismo, deteniéndose en una prolija exposición histórica, en la naturaleza jurídica de la institución y especial y principalmente en una inquisición y disquisición exegética de los artículos pertinentes del Código civil.

Con método riguroso, cuidada técnica, información abundante, estilo ágil y habilidad inteligente, el autor ha coronado plenamente su intento.

Blas Pérez González.

Barcelona, 20 septiembre de 1935.

EL TESTAMENTO MILITAR

CAPÍTULO PRELIMINAR

La sucesión hereditaria

Si la *sucesión* es vocablo que, aún en el tecnicismo jurídico, se ofrece con acepciones harto impropias, no menos acontece con el de *herencia* al que, según Manresa (1), la han asemejado, con error, nuestro proyecto de Código civil de 1851 y el vigente en la República oriental del Uruguay.

De aquí la necesidad de diferenciarlas.

Suceder (del latín *succedere*) es la sustitución o subrogación de una persona en el lugar ocupado por otra, y así, jurídicamente, en sentido amplio, se provoca tal hecho en cuantas trasmisiones impliquen desplazamientos de un anterior titular por el que viene a reemplazarlo. Sin embargo, al recibir algunas formas sucesorias, que sólo tienen lugar durante la vida de las personas, denominaciones que las singularizan, el término que examinamos se contrae y llega a quedar reservado para aquellas que deben su origen al fallecimiento de un sujeto, a quien el derecho precisa dar un continuador en las relaciones no extinguidas.

No otra cosa quiere decir nuestra legislación, en el artículo 657 del Código civil, al expresar que—los derechos a la sucesión de una persona se trasmiten desde el momento de su muerte,—sin que determine la forma cómo se realice el traspaso, ni la condición y clase del nuevo titular.

Herencia es palabra que se deriva de la latina *herus*, que significa

jefe de la familia (2) y de la que procede *heres, heredero;* forjándose así el término *hereditas,* no conocido en el antiguo derecho romano ni empleado en la ley de las Doce Tablas (3).

Por herencia, actualmente, entendemos, el conjunto o masa de bienes y relaciones que constituyen el objeto de la sucesión, o, como dice Ruggiero (4), el patrimonio de una persona difunta, considerado como unidad que abraza y comprende todas las relaciones jurídicas de aquélla, pero que es independiente de los singulares elementos que lo componen. En esta forma amplia, coincidente con el concepto dado por nuestro legislador en la tercera de las Disposiciones generales del Título 3 del libro 3.º de nuestro Código, y en la que es de señalar la redundancia en que incurre al hablar de bienes y derechos como términos distintos siendo así que ambas palabras envuelven una misma idea, cual la de referirse a todas las cosas que pueden ser objeto de patrimonializarse, quedan recogidos, con exclusión de los personalísimos e intrasmisibles, todos aquellos derechos y deberes que, integrando una universalidad, correspondían al extinto.

Son, pues, elementos que forman la herencia tanto el lado activo como el pasivo del patrimonio que se defiere, ya que, si constriñésemos al primero de ellos el concepto expresado no sólo limitaríamos su carácter verdadero y su construcción dogmática e histórica, estimada como una continuación personal o patrimonial del causante (5), sino, lo que es más, a virtud de la distinción, dañaríamos su unidad o bloque, tan rico en consecuencias morales y económicas, y por regresiones sucesivas dimanantes de la desarticulación del complejo, creado por el *auctor,* nos encontraríamos en presencia de una mera adquisición de derechos, que, aún de tipo universal, habrían perdido aquel elevado espíritu, que exaltó el derecho romano, en el que se persigue una fusión patrimonial y una subrogación de todas las relaciones y las cuales únicamente de tal suerte pueden llegar a inmortalizarse. Tanto, cuanto que no siempre ha de representar la herencia un provecho o utilidad, pues que no serán pocas las veces en que el mantenimiento de una situación derivativa o el cumplimiento de una obligación moral reportan, aún con perjuicio de otros intereses, una más íntima satisfacción que los bienes que

hubieran podido recibirse, no sólo porque así se rinde culto a la persona cerca de la que estuvimos obligados, ratificando frente a tercero el crédito de que la hicieron objeto, sino por la trascendencia que para nosotros mismos pueda tener el dar efectividad a los compromisos de quien nos instituyó herederos.

Aparte de que el concepto herencia, no empece, en algunos casos, al ejercicio de otros derechos provenientes de la forma cómo o bajo la que sea aceptado el *as*, y en función de los cuales, ya se trate del beneficio llamado de inventario o de la facultad de deliberar, ponemos a salvo nuestra posición o llegamos a un exacto conocimiento del patrimonio deferido, respectivamente, alejando del nuestro todo riesgo o peligro resultante de una fusión absoluta de ambos y sólo motivada por una aceptación pura o simple.

Ahora bien, junto a la forma expuesta como medio de trasmisión y aún con independencia de ella, pueden ofrecerse en el orden sucesorio una o más atribuciones de carácter particular que reciben el nombre de legados. En tal hipótesis, como elemento diferencial entre ellas podemos señalar el de que, al paso que la herencia implica una continuación en la universalidad de las relaciones jurídicas del difunto, el legado sólo se refiere a bienes determinados, y por ende a la parte activa del patrimonio. Ello no quiere decir que a su vez no pueda darse, en el segundo aspecto, una obligación o carga aparejada, pero sí que la impuesta, si la hubiera, habrá de ser igual o inferior al provecho que se reporte con la asignación de las cosas así tramitadas. O lo que es igual, que en la forma particular siempre existirá una característica de liberalidad que no acompaña de manera obligada a la herencia.

Por esto tras de definir el legislador, por sus efectos, las respectivas cualidades de heredero y legatario, a la manera como lo hace en el artículo 660 del Código invocado, vuelve nuevamente sobre el primero de dichos conceptos y termina el grupo de las Disposiciones, antes aludidas, incidiendo en el acto que da lugar a la sucesión y en la extensión asignada a ella.

Examinados los puntos básicos o cardinales, y prescindiendo de una cuestión debatidísima, en el campo de la doctrina, cual es la determi-

nación de la naturaleza jurídica del derecho hereditario, el que no obstante ser considerado por el precepto legal (artículo 609, párrafo 2.º) como uno de los modos de adquirir, entendiéndolo así autores como Valverde y Azcárate, se le estima como derecho real (tesis de Sánchez Román) cuando no como del tipo de los absolutos, ya tendente al reconocimiento de una cualidad (criterio Gianturco) o como productor de una acción oponible *erga omnes* (opinión de Campuzano); podemos definir la sucesión hereditaria, como el modo legal por virtud del que se trasmiten, en forma universal o particular, las cosas que componen el patrimonio de una persona, por causa de su muerte.

Su fundamento

Pocos problemas habrán suscitado opiniones tan contradictorias como el de la determinación del fundamento del derecho sucesorio. Escuelas de opuesta tendencia, la individualista y la socialista, han negado su reconocimiento a las diversas formas con que pudiera presentarse. Se basan los militantes de la primera (Kant, Fichte, Gros, etc.) en que la muerte provoca la extinción de todos los derechos y no cabe la perdurabilidad de ninguno de ellos más allá de la existencia humana del titular. Justifican su actitud, los de la segunda, imputando a la sucesión un origen anticuado al que le dió vigor, solamente, el poderoso sentimiento de la copropiedad aristocrática de la familia romana.

Frente a esa unanimidad negativa no existe su paralela y contraria en el grupo de los que defienden el fundamento racional de la sucesión.

Unos (Grocio, Puffendorf, Troplong, Domat, Laurent, y en nuestra patria con ligeras diferencias, Giner y Calderón, Manresa, Sánchez Román, Azcárate, Falcón y Gutiérrez) la admiten con un derecho natural derivado del de propiedad, en cuanto a ésta es inherente el de disposición; otros (Portalís, del grupo de los jurisconsultos franceses del siglo XVIII, autores de la Codificación) reconociendo el originario dominical dudan de la legitimidad del sucesorio para cuya subsistencia sólo en-

cuentran motivos de conveniencia o equidad; y no faltan opiniones (Thiers) que, lejos de considerarlo como corolario del *ius disponendi* y cual requisito para que la propiedad surta sus más fecundos frutos, lo estiman englobado en el carácter de perpetuidad atribuído a ella. Fuera del área de los que así razonan, atentos a la función patrimonial y destacando aquellos deberes que las investigaciones anteriores dejaron excluídos, surgen diversas teorías, ya apoyadas en el elemento espiritual o ético (Sthal, Beaussire y López R. Gómez) del que derivan la necesidad de suceder nacida de los vínculos que impone una común procedencia, ya partiendo (D'Aguanno) del principio de la herencia biológica o de las células germinativas de Haeckel por las que se intentan demostrar, con datos positivos extraídos de la antropología científica, la justicia de la continuación en las facultades de goce.

Modernamente, en el campo de la Filosofía del derecho, se construyen argumentaciones (Filomusi, Taparelli, Cogliolo) en las que se exhuma la figura clásica del antiguo condominio romano y de la que se deduce un concepto, para la familia, análogo a la persona jurídica.

Los colectivistas no discuten la licitud del derecho sucesorio, ni aún el orden y número de llamamientos, sino las cosas que pueden ser trasmitidas, y por ello proponen que sólo sean suceptibles de delación las objeto de consumo.

Sean cuales fueren las consecuencias divergentes de tan irreconciliables teorías, es lo cierto que unas u otras llegan a demostrar la licitud de los respectivos tipos de sucesión, aunque justo es reconocer que, no abarcando ninguna de ellas el complejo que se constituye a la muerte del titular de un derecho y enfocando el problema con parcialidad, cuando explican o razonan una modalidad olvidan o dejan en segundo término situaciones que han de ser consagradas, y así, ni el orden para suceder, ni las porciones cuantitativas a reservar, ni las preferencias a igualdad de parentesco se ofrecen como equivalentes. Ello acredita que el fenómeno sucesorio, en sus consecuencias, está muy lejos de su perfección, mas no en su origen y fundamentos ya que los términos de propiedad y trasmisión son inseparables y sólo merced al libre juego de ambos se obtienen estabilidades al par que una fijeza indispensable para

la economía social. Además, existe un hecho incontrovertible que conduce a una afirmación nada gratuíta : el de que no hay ningún país, y el moderno Código civil ruso lo atestigua (6), que no haya conocido el acto de sucesión (7).

Podrá argüirse, que él representa viciosas acumulaciones o que llega a extenderse a grados de parentesco que no tienen explicación en la reducida órbita de los afectos. Pero, aparte de que es imposible prever la exuberancia de tantos casos concretos y que la norma, por mucha flexibilidad que tenga, nunca llegará a poseer esa adecuación particularísima, al legislador cabe encontrar fórmulas que sin radicalismos como los manifestados en el Congreso de Bale, en el que llegó a solicitarse la abolición de la herencia, moderen las consecuencias estimadas como perjudiciales.

Clases de sucesión

Partiendo de la conclusión, innegable, de que los bienes de un finado no pueden quedar a merced del primer ocupante, sean cuales fueren los derechos que el mismo alegue, ora estriben en el dominio eminente del Estado o en la celeridad desarrollada por el que quiso adueñarse de ellos, se hace precisa una ley general en la que, desenvolviendo los principios que en materia de propiedad se mantengan, no dejen de influir las consideraciones de orden individual y familiar que rigen en la vida de una nación.

En los primeros tiempos de la civilización, la manera *sui generis* de constituirse la mayor parte de los pueblos dá a la familia un carácter preponderante, mezcla de organización político - social. En ella la idea del indivíduo no ha nacido o, de sentirse, se subordina con tal intensidad que quiebra en aras del ente superior. La propiedad se mantiene dentro de un régimen colectivo que atiende a sus diferentes necesidades a través del instrumento de nutrición que supone el patrimonio, al que están efectos, formando parte de él, sus propios titulares y en cuyo férreo

círculo se mantiene incólume la masa de bienes, sin otras transformaciones que las derivadas de los acuerdos del *grupo* o las que se imponían por la conquista. El jefe de la familia o tribu al terminar sus funciones rectoras, por causa de muerte u otras diversas, es reemplazado sin que con ello se motive una verdadera sucesión patrimonial: todo lo más una sustitución de cometidos.

Después, cuando al fallecimiento de quien encarna representaciones político - familiares se formulan demandas encaminadas al reintegro de aquellas aportaciones, sólo hechas por vía de temporalidad o en tanto se diesen determinadas circunstancias, la desintegración del patrimonio global se opera, y, la propiedad individual, estimulada por el acicate de la ambición obliga a dar órdenes con las que, evitándose colisiones, se establece el enlace de los distintos *acreedores* de la cosa hasta entonces poseída en común.

De tal suerte, por el tránsito de un derecho público o religioso a otro incipiente de naturaleza privada, comienzan las manifestaciones del sucesorio en el que los sentimientos más fuertes, cual los familiares, se abren paso en medio de las organizaciones primitivas.

La evolución no cesa: el individuo, a la hora de su fallecimiento, tiene obligaciones pendientes de cumplir, deudas morales que satisfacer, anhelos a los que no pudo llegar dentro de lo limitado de su existencia, y, entonces, frente al predominio que sus allegados ejercen, aparece más fuerte y pujante la idea de *su* propiedad, y con ella, haciéndola prevalecer, determina en forma onnímoda, aún con perjuicio de sus más leales colaboradores, el destino ulterior de sus bienes.

Las consecuencias de tan amplias atribuciones, de las que aún restan vestigios en varios sistemas legislativos, no pueden perdurar, y, al ordenamiento jurídico correspondía, en tal situación, poner en contacto dos términos que pugnaban entre sí: el de la cohesión familiar y los vínculos de sangre, de una parte, y la facultad de disponer, de otra.

Creado el medio que al par de prestar reconocimiento y validez a voluntades postreras mediatizaba el alcance de las mismas impidiendo que sin justa causa, abusivamente, se hicieran exclusiones de quienes debían ser llamados con preferencia a una porción determinada del

caudal, se dió origen a dos clases de sucesión: la testamentaria y la forzosa.

No hubiera sido completa la labor legislativa si, a las anteriores formas, no hubiese agregado una tercera, sólo operante, a falta de una voluntad expresa, y es así como se generó una norma jurídica, sucedánea de lo realmente querido, tenida por presunción del de *cuius*, inspirada en factores de variada índole, y a la que se la denomina intestada o legítima.

Tal construcción es la que desarrolla nuestro derecho común o de Castilla, y, por virtud de ella, con vista del articulado de Código, podemos exponerla en el siguiente orden:

1.° Sucesión forzosa, atribuída por ministerio de la ley a favor de sujetos determinados (ascendientes, descendientes, cónyuge) y excepcionada sólo por razones de indignidad o desheredación.

2.° Sucesión testamentaria: con manifestaciones libres si el disponente no tiene lazos de parentesco que le hagan disminuir a favor de algunas personas el área dominical que para las mismas reserva, en cuotas variables, el precepto legal: o limitadas a la porción excedente de aquellos bienes una vez atendidas las exigencias que representan los derechos de los herederos forzosos.

3.° Sucesión intestada o legítima, determinada por la ausencia de disposición testamentaria o porque la existente no disponga de la totalidad de los bienes que integran el patrimonio del causante.

Claro es que, en último término, la distinción queda reducida a dos clases: la testamentaria y la legítima; pues, ofrecida la forzosa como una institución de *derecho necesario* (8), impuesta con carácter obligatorio al testador, y aún a los herederos, quienes no pueden, durante la vida de aquel, renunciarla ni transigir sobre ella (artículo 816), es evidente que su razón de ser no es otra que el reconocimiento de unos derechos amparados por el precepto legal (artículo 806) frente al de disposicion del titular, o una subsistencia parcial de aquel sistema rígido en el que resultaba absorbida la testamentificación activa (9); sin que haya lugar ahora a plantear esa cuestión en la intestada toda vez que en ella no hay posturas antinómicas que reconciliar, antes, por el contrario, se

produce una mayor extensión en las porciones asignadas a aquellos sucesores (10).

Finalmente, el problema creado por la inclusión, en Las Partidas, del famoso principio romano *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* que, por representar un obstáculo al espíritu y tendencias de nuestro derecho histórico, fué abolido por la Ley única del título 19 del Ordenamiento de Alcalá, resuélvese de nuevo, al iterarse en la Base 15 de la de 11 de mayo de 1888 las declaraciones que se contenían en la Nueva y Novísima Recopilación, ya que, desenvuelta aquélla en diversos artículos, se admite expresamente, en el párrafo tercero del 658, la coexistencia de ambas clases de sucesión.

CAPITULO I

El testamento

RECONOCIDA la facultad de disponer para después de la muerte, el acto jurídico en que, exclusivamente, descansa la voluntad postrera se llama testamento. Merced a él se crea un órgano de sucesión, acaso el más importante, y su uso tiene antecedentes tan remotos que ya en el sagrado libro *El Génesis* (11) queda registrada la trasmisión de los bienes de Abraham a favor de su hijo Isaac. Es, en el derecho romano en el que las formas adquieren un desenvolvimiento paralelo al de la institución (siendo el primer monumento legal el contenido en las Leyes de las XII Tablas) donde se consagra el famoso principio *...pater familias uti legasset super pecuniae tutaeleve sue rei, ita jus esto...* con el cual, regulando la tutela, se da al padre consideración de legislador deméstico con facultades absolutas, otorgándole fuerza de ley a sus disposiciones para después de la muerte, ya sea sobre la masa de bienes (pecuniae) ya sobre las personas de sus hijos (suae rei).

Prescindiendo del estudio etimológico que parece indicado en un pasaje de Ulpiano (12) y según el cual, aunque en forma un tanto discutible después de examinada la palabra, debe ésta su origen a la expresión *testimonio de nuestra voluntad,* podemos considerar el testamento cual lo hacía el eminente filósofo Prisco (13), esto es, como la finalidad racional del triunfo de la libertad humana sobre la materia. Y en verdad

que nada hay más sublime que la supervivencia del sentimiento por encima del tiempo y el espacio. Tal es el fundamento de esta institución que ha merecido en la doctrina diversas consideraciones, no siendo las menos empeñadas aquellas que pretenden darle un rangó o categoría de preferencia sobre la sucesión legítima o intestada, y cuya pugna ha trascendido a las legislaciones positivas contemporáneas que mantienen tesis opuestas: así, las de Alemania y Suiza subordinan la testamentaria estimándola excepcional, al paso que la inglesa, nuestra doctrina científica y el Código español siguen el sistema contrario.

Dejando a un lado este problema, cuya solución es dependiente del criterio que se tenga acerca del origen y fundamento del derecho de suceder, y examinando la bibliografía contemporánea o reciente, nos encontramos con criterios que merecen destacarse.

Para Losana (14), la legitimidad del testamento es una consecuencia de la propiedad y un medio que evita la sofocación de aspiraciones dominicales que, si vieran predeterminados y por ministerio de la ley el destino de su patrimonio, buscarían, como procedimiento para hacer prevalecer sus deseos, las llamadas donaciones *inter vivos in extremis*. No son menos precisas las opiniones de Coviello (15) y Polacco (16) quienes, respectivamente, alegan que, es un instinto natural del hombre al que el Derecho civil da margen, creando y articulando su desenvovimiento ; y expone, el primero de los últimamente citados, que no debe mirarse como ficticia la voluntad, después de la muerte de quien la emitiera, a la misma manera como se admite, y rigen con eficacia las que se consignan en un contrato, teniendo éste validez aún desaparecidas, por igual causa, las partes que lo perfeccionaron y consintieron ; aduciendo, por su parte, el segundo, que se constituye, por el testamento, un valioso auxilio para el respeto a la autoridad familiar cuando no un estímulo para el ahorro y la previsión.

También se ha pretendido asignar al testamento un carácter contractual, partiendo del hecho de una cognición de voluntades en la que la del aceptante, sea heredero o legatario, se manifiesta en forma aquiescente a la del que causa la sucesión. Olvidan, los que tal dicen, la falta de simultaneidad o actualidad en cuanto al tiempo en que se desplazan

los respectivos asentimientos y aún niegan valor al predominante elemento que contiene toda disposición testamentaria, el de la revocabilidad. Para ellos, la creación del vínculo jurídico está precedida de un acto unilateral de simple promesa, el testamento; pero, como dice muy bien Mucius Scaevola, el contrato supone un convenio, expreso o tácito, previamente establecido y origen único de los derechos y obligaciones que mútuamente han de respetar los que lo celebran, en tanto en los actos de última voluntad no se dan compromisos, pues, si se prescinde de las restricciones que la ley impone a favor de los herederos forzosos y de las exigencias de forma, el manifestante obra como bien le place sin que nadie venga obligado a sufrir las consecuencias, encontrándose, los llamados, en libertad absoluta para aceptar o renunciar los bienes y derechos que se les trasmiten.

Igualmente no son defendibles las hipótesis mantenidas por algunos, como Gabba (17), en las que se acusa un matiz bilateral en las disposiciones testamentarias, atribuyendo a la sociedad la defensa de la voluntad del fallecido. Ni a la misma cabe *directamente* esa misión protectora o tutelar, ni los propios albaceas o ejecutores testamentarios, aún representando al difunto, pueden con su intervención dar lugar a otras relaciones jurídicas que aquellas procedentes del clausulado.

También son rechazables las que atribuyen a la ordenación postrera un carácter *condicional,* toda vez que la retroactividad de derechos y deberes no se opera con referencia al instante en que se formuló, y que es esencialmente mutable, ni es posible determinar la cuantía o magnitud de los asignados hasta el momento de la muerte, pues, en el entretanto, los que se otorguen pueden sufrir disminuciones o incrementos por la libérrima voluntad de quien los hizo suyos (18).

No por ello debe llegarse a la conclusión expuesta por De Buen (19), para el que el testamento es un proyecto que sólo alcanza eficacia definitiva el día de la muerte del testador, y cuyo criterio es compartido por otros autores extranjeros como Josserand (20) Baudry - Lacantinerie y Colín (21) en razón, según éstos, al carácter revocable que le acompaña. Kohler (22) por el contrario, afirma, que — es de esencia en un negocio jurídico que produzca un inmediato efecto en el estado

jurídico; que se cause con él una producción jurídica. Una tal creación jurídica se produce incondicionadamente con la conclusión del acto de testar. El causante es inmediatamente un *testatus*, aunque también no exista todavía una inmediata delación de la herencia; de la misma manera que nadie duda que en la emisión de la ley existe inmediatamente un acto jurídico perfecto, aún cuando la ejecución de la ley sea aplazada. Si se rechazase ésto, sería necesario negar eficacia, en la esfera del derecho natural, a un acto que no obtiene su determinante efecto capital sino mediante una serie de efectos intermedios; con el incendio del hilo encendedor está ejecutado el acto del barrenero, aunque la brasa encendida tenga que recorrer aún, poco a poco, todo el hilo antes que llegue a la masa explosiva y produzca la explosión. Con el disparar el arma de fuego está realizado el acto del disparo, aunque la bala tenga que recorrer el más largo camino hasta llegar al blanco. De igual modo hay inmediatamente en el testamento ya otorgado una operación activa que se desprende de la persona del testador y sigue su propio camino: es durante la vida del testador la chispa que arde bajo la ceniza y que explota a la muerte de éste — .

Salvando la impropiedad en los ejemplos, ya que, especialmente en el segundo, la nota de revocabilidad se esfuma, y disintiendo del parecer de Koeppen para quien el testamento es un acto unilateral del género de los imperfectos, podemos entender, como lo hace el ilustre Catedrático señor Traviesas (M.), (23), que — la disposición testamentaria otorgada con las condiciones que la ley señala no es un proyecto, es un negocio jurídico perfecto. Lo querido por el testador, al amparo de la ley, tiene plena validez, como acto de última voluntad, sin necesidad de que factor ninguno venga como a yuxtaponerse a la declaración de voluntad testamentaria, después de otorgada ésta. El testamento en sí es negocio acabado. La muerte del testador no cambia en nada el querer, contenido en la declaración testamentaria. Ese querer tiene existencia y vigor jurídico antes de la muerte del testador. No es exacto que el testamento se repute hecho en la hora de la muerte y para después de ella. El testador puede tener perturbadas sus facultades mentales en el momento de ocurrir su fallecimiento, y, no obstante esto, el testamento tiene plena vali-

dez. Basta que el testador se halle en el ejercicio de su razón en el momento de otorgar el testamento —. Y agrega — lo que si es cierto es que el testamento no despliega su plena eficacia sino después de la muerte del testador. Hasta entonces, v. gr.: el heredero o legatario no podrán llegar a serlo; pero su declaración de tales dependerá de un querer válido del otorgante, declarado naturalmente, por el mismo. De idéntica suerte, un contrato es un negocio jurídico perfecto, aunque su eficacia esté subordinada al hecho del cumplimiento de una condición o de un término, o a la ejecución por las partes —.

Definición del testamento

Desde la que formulase Modestino (24), con criterio tan amplio que, si resultaba inadecuada en el rígido derecho romano, sería aceptable, por la elasticidad dada a la institución, en cualquiera de los modernos, a la contenida en el artículo 422 del Código de los Soviets (25), son innumerables las que figuran en los campos de la doctrina y de la legislación, constituyendo una labor prolija la agrupación de las pronunciadas (26).

En nuestro derecho patrio, anterior al vigente Código, se le definía bajo dos conceptos: en uno de ellos, como acto jurídico, sometido por tanto a las solemnidades establecidas por la ley; y en el otro, como manifestación de la última voluntad del hombre. En el primero se le consideraba por la forma externa, y en el segundo atendiendo, principalmente, a su esencia. Conforme a tales antecedentes, y agrupándolos, el proyecto del año 1851 consignaba que era testamento el acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte, a favor de una o más personas

Pronto se echa de ver en tal definición su característica de incompleta, pues parece que no se comprenden en él, como objeto de la disposición, más que los bienes; y siendo el fundamento de la facultad de testar el cumplimiento de importantes deberes del hombre, justo es declarar

que a ellos no parece referirse el definido. El señor Goyena, destacado autor de tal proyecto, lo considera como — la disposición en que manifiesta el otorgante su última voluntad, principalmente respecto de sus bienes y derechos, para que se cumpla después de su muerte —, y, en contraposición, dice el señor Falcón, que — es la manifestación solemne de la última voluntad del hombre en la cual decide sobre los asuntos más importantes de la familia y dispone de los bienes para después de la vida —.

Examinadas ambas definiciones, hay que convenir con el señor López R. Gómez (27) que, si la primera de ellas adolece de imprecisión en cuanto a los caracteres que ha de reunir la voluntad expresada, la segunda peca de extensa y hasta de inexacta ya que hay asuntos en la vida familiar que no pueden ser resueltos testamentariamente.

Por su parte, el señor Morato, fundándose en las dadas por los jurisconsultos romanos, entiende que el testamento es la solemne manifestación de nuestra voluntad acerca de lo que queremos se haga después de nuestra muerte; y aunque se aproxima al verdadero concepto de la institución es de estimarla con significado un tanto lato.

No más feliz estuvo nuestro legislador al declarar en el artículo 667 del vigente texto legal que — el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento —, pues, si bien recoge el precedente del Ordenamiento de Alcalá, que derogó el principio romano, aceptado por nuestro derecho y por el cual — nadie podía morir parte testado y parte intestado —, la crítica no ha tenido para la definición sino acres censuras, no resultando la menos señalada la del señor Sánchez Román, que la estima inexacta, al atribuirle un sentido exclusivamente patrimonial, la califica de incompleta, por prescindir de los caracteres del acto, de los que depende nada menos que su existencia, y la tilda de inútil, propugnando el dicho autor su supresión en el articulado.

Sin embargo, no son más precisas ni completas las registradas en otras legislaciones: así el Código francés, en su artículo 895, dice — el testamento es un acto por el que el testador dispone, para el tiempo en que ya no exista, de todo o parte de sus bienes, pudiendo revocarlo —; en el 759 del italiano, se consigna — es un acto revocable,

mediante el cual alguno, según las reglas establecidas por la ley, dispone, para el tiempo en que haya cesado de vivir, de todo el patrimonio o de parte de él, en favor de una o más personas — . Y si en ambas se apunta la nota de revocación, desaparece en el 1793 del portugués, para el que es — el acto por el cual alguien dispone para después de su muerte de todo o de parte de sus propios bienes — .

En la necesidad de optar por una definición, todo lo más exacta, reproducimos la de Mucius Scaevola (Q.), en la cual, rindiendo, como dice su autor, el merecido tributo a las elegantes, aunque por extremo generalizadora ,sde Ulpiano y Modestino, se recogen íntegramente todos los caracteres que detallan la institución que nos ocupa. Dice así, — es un acto espontáneo, personal, solemne, revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, dispone, para después de su muerte, tanto de su fortuna, como de todo aquello que, en la esfera social en que vive, puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que a él están unidas por cualquier clase de intereses — (28).

El análisis de ella nos conducirá, seguramente, a una exacta comprensión de la materia.

Es un *acto* al que nosotros añadimos su condición de *jurídico,* no sólo para diferenciarle del hecho material, sino porque constando de dos elementos, uno interno o mental y otro externo o de expresión adecuada, el autor de él lo realiza a virtud del poder que el derecho le confiere y sus efectos se producen, no en el mundo real, sino en el jurídico (29). Ahora bien, esta nota la señala por su parte el artículo 667 de nuestro Código de manera que no induce a confusiones o vaguedades.

Es *espontáneo* como condición exigible a toda clase de actos jurídicos en que la voluntad humana, impulsada en forma libre, es única fuente creadora de derechos y obligaciones. Esta característica se contiene en forma expresa, al declarar el artículo 673 del Código, que será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude : en ninguna de cuyas calificaciones cabe incluir la dación de un consejo o la espiritual ayuda, siempre que en ello no sea mermada la absoluta libertad del otorgante, para hacerlo de la manera que estime más conveniente. Pero el le-

gislador, no contento con garantizar la espontaneidad, prevé la ingerencia posible del heredero abintestato que, valiéndose de iguales medios dolosos, violentos o fraudulentos, impida a la voluntad postrera se manifieste, y, a tal fin, sanciona con la privación del derecho hereditario y la exigibilidad de criminales responsabilidades al que verificase tales actos. Después, en los números 6.° y 7.° del artículo 756, extiende el área de las incapacidades para suceder a los incursos, en una u otra hipótesis, sea cual fuere su condición con respecto al causante.

Es *personal* por cuanto no puede conferirse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de mandatario o comisario. Su carácter de *personalísimo,* término empleado en el artículo 670, no obsta a la posibilidad de que se encomiende a otro la distribución de cantidades dejadas en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres, o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas de aquel orden a quienes deban de aplicarse, a todos cuyos supuestos, contenidos en el artículo 671, se les asigna una consideración de llamamientos individualizados. Con ello desaparece, como no podía menos, esa modalidad de testamento por comisario, sin antecedentes en el derecho romano ni en el genuinamente español, y que al decir de Caravantes, en su *Febrero Reformado,* debe su origen a una decretal de Inocencio III, concebida en estos términos: *qui extremam voluntatem in alterius dispositioni committituam videtur decedere intestatus;* respondiendo, así, a la consulta que le formulase el Obispo Altisidorensi y declarando caducado el *jus spolii,* o sea el derecho del prelado para disponer de los bienes de los clérigos que fallecían intestados, en los casos en que apareciera un tercero como encargado para disponer de ellos. Además, a partir de las Leyes de Toro, se impusieron para su uso tales restricciones y garantías que lo dejaron ineficaz, ya que, si el apoderado tenía facultades generales, su gestión no era otra que el pago de deudas, aplicación de un quinto del caudal en beneficio del alma del difunto y distribución de los bienes entre los parientes llamados por ministerio de la ley; y, si el poder era especial, habría de ajustarse el comisario al clausulado del mandato, con lo que se convertía en un mero ejecutor.

Es *solemne* pues en el acto del otorgamiento han de concurrir simultáneamente todas las formalidades exigidas por la ley, sea cual fuere la forma de testar, acarreando la falta de cualquiera de las que se previenen nada menos que la nulidad de la disposición (artículo 687). Algunos autores quieren establecer una relación entre la solemnidad y la forma, llegando a afirmar (30) que ésta consiste en el conjunto de las prescritas por la ley para la validez de las declaraciones de voluntad. Más científica nos parece la distinción puesta de relieve por Vitali (31) para quien la forma resulta de una o más disposiciones acompañadas de cierto número de requisitos, siendo, por tanto, la solemnidad un parcial elemento de ella. Talmente resulta en los llamados testamentos especiales que, no obstante su variedad, se contienen dentro de dos formas: la abierta y la cerrada, constreñidas ambas por formalidades diferentes, según las circunstancias, pero tan imperiosamente indispensables cual cumple a la garantía de la existencia de la voluntad como prueba, y a la naturaleza del acto, por el que se genera una norma sucesional para momentos en los cuales el disponente no puede dar noticia sobre lo querido.

Es *revocable* como indeclinable efecto del principio al que debe su causa. Siendo ésta la voluntad del hombre y reconocido por el axioma que ... *ambulatoria est, usque ad mortem*... idéntico carácter ha de recaer sobre todos aquellos actos jurídicos que tienen por objeto su manifestación, en cuanto no lleguen a producir derechos en favor de otras personas. Esta nota de revocabilidad que distingue el acto testamentario de otros, como las donaciones, a los que pudiera asemejársele, queda concretada, en el artículo 737 y siguientes de nuestro Código, en forma tan absoluta que no produce efecto la declaración del otorgante en orden a su resolución de no alterarlo o cambiarle, ya que de ser así se encadenaría la voluntad a la emitida anteriormente, y hasta tal punto que se tienen por no puestas las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento sino lo hiciere con ciertas palabras o señales. Persiguiendo el desenvolvimiento de tan esencial característica, el legislador no prohibe que un testamento especial anule uno común,

ni viceversa, basta solamente que exista una nueva disposición de igual naturaleza. Por ello el artículo 739 dice que, el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquel subsista en todo o en parte, señalando el 742 algunas presunciones referidas a la revocación de los otorgados en forma secreta y atendidos los casos de quebrantamiento de sellos, roturas de cubiertas o inutilizaciones de las firmas. Igualmente el acto revocatorio no precisa contener nuevas disposiciones, pudiendo limitarse a la manifestación de derogar, y provocando el fallecimiento intestado.

La locución *por virtud del cual una persona* indica en primer término, que sólo a través de él puede expresarse la voluntad postrera, sin que valgan aquellas distinciones puramente especulativas y según las cuales únicamente merece llamarse testamento la disposición que contenga institución de heredero, pues, según vimos en el capítulo anterior, ella no es necesaria a la manera como exigía el formalista derecho romano, (32). Paralelamente, se recoge la prohibición establecida en el artículo 699 del Código, que impide — testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero — y con cuyo precepto concuerda el artículo 733, en el que, con un rigor que tanto denota infracción del principio *locus regit actum* como palmaria incongruencia con el párrafo primero del 11.° de dicho texto legal, se decreta la invalidez en España de aquellos otorgamientos colectivos, aún cuando los nacionales testadores se hubieren acogido, durante su residencia en el extranjero, a las leyes que tal forma autorizan.

Por lo que al testamento mancomunado o de *Hermandad* se refiere, hemos de señalar el uso que del mismo se hizo en nuestra patria, — como expresión de armonía y confianza entre los cónyuges y con el propósito de economizar duplicidad de actos, dice Sánchez Román —, debiendo encontrarse la justificación prohibitiva en razones históricas (33). En efecto, la Ordenanza Francesa de 1735, decreta su derogación, persistiéndose en ella en el artículo 968 del Código civil de dicho país, y repercutiendo en el nuestro con beneplácito de la casi totalidad de los

autores quienes razonaban su criterio ora en los deseos de evitar captaciones de voluntad, por el influjo que podría darse de un otorgante respecto de otro, ora en el aseguramiento para ejercer la facultad revocatoria. Sin embargo, a nuestro modesto juicio, el principal fundamento se encuentra en la condición de *acto* que tiene asignado el testamento y que al confluir en él dos o más voluntades le revestiría de apariencias contractuales con evidente perjuicio de su naturaleza.

La falta de reconocimiento, y la abolición de esta modalidad testamentaria, habrá de motivar, a buen seguro, conflictos, pues regulada en diversos Códigos, tales, entre otros, el alemán (artículo 2265) y el venezolano (artículo 824), y siendo dispares las solucciones arbitradas por la jurisprudencia de los tribunales y opiniones de los tratadistas, las cuestiones pudieran suscitarse. Eludiendo el examen de si la prohibición encierra un problema de fondo o de forma, podemos afirmar, con vistas del Real Decreto de 17 de Octubre de 1851 y artículo 500 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que dicho testamento mancomunado no será nulo sino meramente inválido en nuestra patria, conforme a la legislación común o de Castilla. Hacemos la distinción por que, según el derecho foral, son registrables excepciones cual la del testamento de *hermandad*, autorizado en Navarra, no sólo entre esposos, como primeramente se admitió por el Fuero General, sino a cualesquiera personas que quisiesen testar en un solo acto (34), y cuya forma ha merecido el reconocimiento de nuestro más Alto Tribunal (35). Asimismo, en Aragón tienen eficacia y pueden válidamente otorgarse los testamentos mancomunados, entre cónyuges, toda vez que los preceptos de la Observancia 1.ª del Fuero, libro 6.º, *De testamentis*, han sido en cierto modo respetados, y hoy figura la institución en los artículos 17 al 19 del Apéndice al Código Civil, aprobado por decreto de 7 de diciembre de 1925 y convertido en ley por la de 30 de diciembre de 1931, con lo que el problema interregional que planteaba el artículo 13, del texto base, ha llegado casi a desaparecer en la actualidad.

Es curioso hacer notar la reacción defensiva de esta modalidad testamentaria, ya que en el Apéndice invocado, (artículo 17, párrafo 3.º) se obliga a admitir a los Notarios, Oficiales, Capellanes,

Facultativos y Subalternos del Ejército entre otros, el otorgamiento de ella.

La frase *según su arbitrio y los preceptos de la ley,* demuestra la posible coexistencia de una libertad testamentaria absoluta con una sucesión necesaria o ligada a determinadas porciones, ya reciban la denominación de reservas hereditarias o de legítimas, pues no es de aceptar que el definidor haya hecho referencia al articulado de las formas toda vez que antes imputó al acto la consideración del *solemne.* Así entendido, nadie como Cimbali (36) para explicar la significación armónica de una sucesión de tipo mixto. Hay necesidad — dice este autor — de interesar el concurso de tres elementos en la constitución de la propiedad : el elemento puramente *individual,* el elemento *familiar* y el elemento puramente *social.* Mientras vive el cabeza de la familia, o, en general, el miembro titular de la propiedad, permanece unido en el mismo el uso y el goce exclusivo de ésta, salvo la obligación de suministrar los alimentos que necesiten a los otros miembros de ella que han contribuído con su trabajo a constituírla, y la de pagar al Estado el impuesto en proporción al valor de la misma, en correspondencia de los servicios y de los beneficios que de él recibe. Solamente a la muerte del titular es cuando se resuelve en sus elementos simples el derecho complejo de la propiedad, o mejor, que se separa la comunidad del derecho sobre los bienes, cuyo ejercicio tuvo durante su vida como principal interesado y como autor principal en la formación de la propiedad. Sólo entonces es cuando cada uno de los tres factores reinvindica para sí la parte de derecho que respectivamente le compete. De la parte de bienes correpondiente al trabajo y sacrificios que se reputa haber empleado el indivíduo para producir el valor en que la propiedad se concreta, puede cada uno, a su arbitrio, disponer libremente en favor de quien quiera. La parte remanente, variable según la posición que ocupan los miembros sobrevivientes, el grado de colaboración que se reputa hayan podido prestar en la producción de los bienes, y el de participación que efectivamente hayan tenido hasta la muerte del titular, en el goce de éstos, como también según el grado de afección y de obligación que les ligaba en vida está necesariamente reservada a la familia, salvo en el indivíduo el derecho de dis-

poner libremente de todo el patrimonio, cuando falten completamente parientes que tengan derecho a reserva. El Estado concurre siempre, por tener una cuota de herencia, bajo la forma de impuesto de sucesión, la cual, de mínima que es cuando se abre en favor de los parientes próximos, ascendientes y descendientes, es mayor a medida que se debilita el vínculo del parentesco por la calidad de la línea y la distancia del grado (37). Cuando el propietario dispone, por acto de última voluntad, de la totalidad de los bienes, sucede, por faltar el concurso del elemento familiar, el predominio completo del elemento individual, que absorbe la parte de derecho correspondiente al primero, y ocurre todavía que una parte mínima de la cuota familiar la deja vacante en favor del Estado, bajo la forma de aumento proporcional en la tasa de sucesión —. No estimamos precisa aclaración alguna tras la brillante exposición del insigne maestro.

Dispone. Este es requisito inherente a la testamentifacción, sin que con ello quiera decirse que la forma de cumplirlo recaiga sobre un ente patrimonial, como después veremos. El acto debe entenderse en su acepción más amplia, y, ya se trate de revocar un testamento anterior sin prevenir nuevos llamamientos sucesorios, manifestando con ello el deseo de una distribución intestada, con lo que el carácter negativo es absoluto, ya se limite a dar meros consejos o reconvenciones, o a la invocación de aquellas causas que, cual las reseñadas en los artículos 853, 854 y 855, facultan para desheredar, habremos de ver un elemento dispositivo. En todos estos casos hay siempre una *declaración* de consecuencias jurídicas más o menos precisas, toda vez que el monólogo del testador no puede provocarlas por ser desconocido. Es indispensable, por tanto, una intención *disponente*, bien sea a través de un escrito o valiéndose de personas que puedan dar fe de lo querido.

El ser hecho *para después de la muerte* diferencia el testamento de los demás negocios jurídicos *inter vivos* y en tanto no es revocado su subsistencia se mantiene, quedando únicamente diferida su ejecución hasta que se dé aquel supuesto indeclinable.

Finalmente, son características señaladas en la definición, las de que la voluntad haga referencia *tanto de su fortuna como de todo aquello*

que, en la esfera social en que vive, puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que a él (el testador) están unidas por cualquier clase de intereses. No todos los autores se avienen con este amplio contenido del testamento: Laurent (38), Marcadé (39) y Melucci (40), entre otros, declaran que no merece tal denominación el acto unilateral *mortis causa* en el que falte la nota patrimonial, para ellos indispensable. Pero, como decía con elegancia y acierto nuestro compatriota señor Falcón,— limitar la naturaleza del testamento a solo la disposición de los bienes, es dar de esta importantísima institución una idea mezquina, desmentida por su historia y reñida con las realidades de la práctica —. Tampoco debe silenciarse el no menos autorizado criterio del sabio catedrático, señor Clemente de Diego (41), el cual declara que — el testamento es algo más que disposición de bienes: es acto de manifestación de soberanía individual, mejor de autarquía, por el que se cumplen deberes y se ejercitan derechos en el modo como podamos ejercitarlos y disponer de ellos. ¿Qué valor tendría si no el llamado testamento del pobre? —. Por último, oigamos la argumentación que el propio autor de la definición comentada emplea: — la experiencia diaria indica que en toda clase de testamentos, por modestos que sean, existe algo más que disposiciones destinadas a regular la fortuna póstuma del testador. Aunque aquélla sea el objeto principal de la institución testamentaria, muchas, innumerables, son las ocasiones en que en el testamento se descubren cláusulas que tienden a velar por la suerte y porvenir de las personas, tanto o más que por los de las cosas —. Y agrega — leemos en un distinguido publicista: constituyen de ordinario la materia propia de los testamentos, profesión de fe religiosa, disposiciones piadosas, graves revelaciones sobre paternidad y filiación de hijos, fundación de obras pías, confesión de deudas, guarda y custodia de menores, pública manifestación de los más íntimos secretos de la familia, confesión de culpas, restitución de depósitos, licencias y autorizaciones para determinados actos, consejos e indicaciones de muy diversa índole y otras muchas más disposiciones importantísimas —. — El testamento es el documento público y solemne en que el hombre, hecho el balance de su existencia, deposita sus últimos pensamientos y manifies-

ta sus deseos postreros, confiando su cumplimiento a los que le sobreviven —.

No hay duda, pues, de que un acto en forma testamentaria puede tener validez sin que contenga disposición de bienes. Nos lo dice el mismo legislador, en el artículo 45, número 3, al autorizar al padre de una persona sujeta a tutela, para que por tal medio consienta su matrimonio con el tutor o sus descendientes antes de que, terminada la representación dicha, se aprueben las cuentas del cargo; en el 126 permitiendo la legitimación, por concesión, del hijo cuyo padre o madre, ya muertos, hayan manifestado en testamento su voluntad de legitimar; en el 131, al efecto de reconocer al natural, y con tal fuerza, que la facultad revocatoria no le alcance, según preceptúa el 741, antes por el contrario, por Resolución de 21 de enero de 1899, dada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, sus efectos se provocan desde el instante mismo del otorgamiento, siendo anotables, (Circular de 5 de mayo de 1917), en el Registro Civil, y marginalmente, los reconocimientos hechos en tal forma, sin tener necesidad de esperar a que se provoque el óbito del ascendiente; en el 168, hoy de reducido ámbito después del contenido del artículo 43 de nuestra Constitución, y 21 de la ley de divorcio, de 2 de marzo de 1932, al reconocer al marido difunto facultad para que en su testamento ordene la conservación y ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes, por su esposa viuda, aunque contraiga segundas nupcias; en los artículos 204, 206 y 207 para designar tutor o protutor, según los casos; en el 209 números 2 y 3, 237 número 11, 251, 260 números 2 y 3, y 294, entre otros, para discernir la preferencia del cargo de tutor, incapacidad para el mismo, su excusa, exenciones de afianzamiento, y constitución del Consejo de familia, respectivamente; y, por último, en el 757, a los efectos de determinar el influjo de las causas de la indignidad en el suceder.

Aparte de lo expuesto, el artículo 667 en relación con el 658 bien claramente nos manifiesta que el testamento puede abarcar un campo más extenso que el puramente patrimonial y que, por ende, no es limitativa la concepción asignada por el primero de dichos preceptos al definir la institución.

Clases de testamentos

La Base 15 de la Ley de 11 de mayo de 1888, dice, en su primera parte, que « ... se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de abierto, cerrado, militar, marítimo y hecho en país extranjero, añadiendo el ológrafo... », con cuyo enunciado se manifiesta el propósito de conservar los tipos vigentes y enriquecerlos con uno nuevo, al par que respetar los acuerdos de la Comisión General de Codificación reunida en pleno en el año 1882.

En el derecho Español, anterior al Código, se hacía una clasificación de testamentos, agrupándoles en comunes y especiales, y subdividiéndose estos últimos en de excepción y de privilegio. Considerados tales antecedentes, puede decirse que el legislador, fiel a la autorización que le otorgaba la base aludida, se ha circunscrito a ella, ya que si suprimió las denominaciones con que se subdistinguían los últimos términos de aquel cuadro, respeta, en el artículo 676, la bipartita tradicional. Aparte de ello, esa ablación señalada se justifica en extremo, pues lo especial integra siempre una particularidad o singularización en la regla común que se excepciona, y el calificativo de privilegiado no encaja cuando, como hoy, todos somos iguales ante la norma jurídica. No es que, con lo expuesto, tratemos de defender la distinción hecha, antes al contrario, a todas luces es innecesaria y sólo a título de respeto histórico o por mimetismo de otros articulados extranjeros puede fundamentarse. Preferiríamos que se hubiese seguido el ejemplo sentado, desde 1.° de julio de 1867, por el artículo 1910 del Código de la vecina República Portuguesa, limitándose, en consecuencia, a enumerar las diferentes formas establecidas, pues ni es aceptable el razonamiento alegado por algunos autores de que esa agrupación la determinan modalidades que otorgan solemnidad plena o menos plena, ya que tal característica, aceptada empero por Códigos sudamericanos, como el Chileno, no permite en su esencia valoraciones cuantitativas en función del número de requisitos exigidos y que sean

cuales fueren en nada afectan a la nota indicada, ni es cierto, tampoco que en los *especiales* se dé siempre tal circunstancia, no siendo pocos los casos en que deduciríamos una igualdad precisa, como la autorizada en el artículo 717 al registrar una forma excepcional asemejándola con la ordinaria o substantiva, ni faltan ejemplos en que apoyar la afirmación de que existen otros, así llamados, a los que se reviste de mayores exigencias que los comunes. Las diversas formas testamentarias se deben a razones de necesidad, concurriendo, en todas, las convenientes precauciones para evitar su falseamiento y ofrecer una garantía de autenticidad y exactitud a través de las solemnidades prescritas. Nada más injusto sería que determinar un patrón o molde inflexible por el que discurriera la voluntad última, pues el aseguramiento de esa verdad nunca justificaría el olvido de las infinitas realidades de la vida y la gama de circunstancias que hacen variar los cauces tenidos por normales.

Nuestro Código, sin definir ambas categorías, incluye en la primera de ellas los llamados testamentos ológrafo, cerrado y abierto, y en la segunda, el militar, marítimo y hecho en país extranjero

Sin perjuicio de referirnos, llegado el instante oportuno, a las respectivas formas tenidas por comunes, se hace indispensable reproducir aquellos preceptos del articulado en que se definen cada una de ellas. Dicen así : se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688. Y, con vistas del citado, consideramos que lo son, la mayoría de edad del otorgante, su mencionada autoconfección, la firma, y la fecha especificada en el día, mes y año, con más, en los casos en que hubiere palabras tachadas, enmendadas o entrerrenglonadas la necesidad de que se salven debidamente con la firma como garantía de fe. Es abierto, siempre que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone. Es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto.

Parecía lógico que el legislador siguiera definiendo las especiales

formas testamentarias ya que la rúbrica de la Sección 3.ª, del Capítulo 1.º, del Título 3.º, Libro 3.º, es la *De la forma de los Testamentos*, pero sin método alguno que lo justifique, y consignadas las trascritas, pasa a ocuparse, bruscamente de la incapacidad de los testigos. Con vista de ello, y rota la armonía que debe haber entre las partes de un todo, la deducción no es otra que suponer a las apellidadas formas especiales sin posibilidad de revestir las modalidades tenidas por comunes, pero lejos de ello en las 8.ª y 9.ª sección, que corresponden al marítimo y país extranjero, respectivamente, se reconoce en forma palmaria el empleo de cualquiera de las mismas.

No es este el único aspecto merecedor de censura, pues, dentro del testamento abierto cabe apercibir variedades tales como las del ciego, del sordo, del loco, en peligro inminente de muerte, en tiempo de epidemia; en el cerrado pudieran singularizarse las del mudo y sordomudo; en uno y otro, el hecho en lengua extranjera, etc., etc. Baste señalar a nuestro propósito que autores como Soto Hernández (en su obra *Testamentarías y abintestados*) y Martínez Alcubilla (M.), (en el tomo 9.º, página 740 del *Dicionario de la Administración Española*), llegan a contar hasta 15 y 21 clases de testamentos, respectivamente, cifras que aún pudieran elevarse estableciendo subdistinciones dentro de algunas formas especiales.

Sin ánimo de hacer comentarios en este aspecto, y sólo por vía de aclaración, merecen destacarse las particulares de cada una de las tres formas que reciben la consideración de comunes.

En efecto, la primera de ella, la impropiamente llamada ológrafa, se distingue por tres circunstancias: una personal, como la mayoridad del otorgante, siendo así que la testamentifacción activa se obtiene a los catorces años cumplidos; otra en cuanto al acto, pues lo autoriza el mismo que lo celebra a virtud de la autografía tan necesaria como total; y la última relacionada con la existencia misma de la voluntad, la que no será conocida en tanto no lo desée el testador, ya dando cuenta de lo hecho a otra persona y haciendo la depositaria del documento, ya entregándolo para su conservación a un notario, ya requiriendo a éste para que por medio de acta, en la que se expresarán las personales circuns-

tancias del testador y la fecha y lugar del otorgamiento, se tome razón en el Registro de actos de última voluntad.

La segunda o abierta se especifica por dos causas: la interventora del notario autorizante y los testigos, o sólo de éstos, en casos verdaderamente extraordinarios, y la publicidad que el acto adquiere mediante el conocimiento que, de la disposición y su clausulado, obtendrán los que en él cooperan.

La tercera o cerrada se singulariza por dos notas esenciales; el secreto del ordenamiento póstumo hecho por el testador y que sólo él o la persona que le sirviera de amanuense puede conocer al tiempo de dictárselo el otorgante, y el concurso del funcionario y testigos al solo fin de autenticar la declaración que del contenido de la plica o sobre se hace en la cubierta con vistas de las manifestaciones que el interesado formule y que para mayor garantía consta en forma escrita, con las firmas exigidas y bajo los sellos que impiden la separación de ambos documentos que desde aquel momento forman un todo jurídicamente indivisible.

CAPITULO II

Del testamento militar. - Su historia

Es curioso destacar el contraste que ofrece la psicología de ciertos pueblos, unos, preocupados y vinculando a su existencia la idea de la muerte, otros, desentendidos de ella, sin concebir más que la de la supervivencia. La institución de la muerte es el a priori de la vida, y a su luz descubre el mundo, por un proceso de civilización, el sentido que hasta entonces permaneciera oculto.

Los indios, absortos en las trasmigraciones infinitas de las almas, no tuvieron idea de sí propios hasta el señalamiento que les hiciera Budha en el Nirvana, y aún hoy, el hombre se sorprende ante el hallazgo de ciertos semejantes que en su estructura mental sólo tienen dos dimensiones, las que corresponden al pasado y al presente, sin que su propio envejecimiento, ni la experiencia externa le dé la de la disminución de la vida expectante, antes por el contrario, comprimidos en las fórmulas de la Biología, se encuentran cautivos en la caverna de Platón y, como los prisioneros del mito, sólo perciben en sombras el trasmudo (42).

El pueblo romano bien pronto nos da muestras, en los orígenes de su derecho, de la importancia que asignaba al morir, y aquella asociación aristocrática y patricia que lo era todo, pues que de la misma dependían los comicios y las cosas sagradas, busca fórmulas para determi-

nar el mantenimiento y perpetuidad de sus últimas voluntades. Es, en la convocatoria hecha a los ciudadanos para tratar de los asuntos más importantes, bien por afectar al culto religioso, o al colegio de los pontífices, o a la inauguración de los flaminos, o a la *detestatio sacrorum*, cuando se provoca una de las formas *públicas* de testar que recoge el *Derecho Civil*. Allí, en acto tan solemne, con las garantías que ofrece la más alta representación de sus políticas organizaciones, se exteriorizan los postreros deseos, y sus manifestantes se elevan a la categoría de legisladores que sienta derecho, *(ita jus esto)*.

No vamos a entrar en un examen acerca de si los ordenamientos realizados constituían los gérmenes precisos de la institución testamentaria derogatoria de normas de un suceder forzoso anterior, o si, por el contrario, se otorgaban para el llamamiento de heredero, en su *universal* concepto, a través de una adopción atenuada que asegurase las trasmisiones de derechos a quienes no los tenían natos; y menos aún sí, por tal medio se separaban de la continuidad en el goce a quienes poseían preferencias que sólo por una manifestación que mereciera el refrendo de *lex specialis*, con su inherente fuerza ejecutiva, podían quedar privados de ellas. Plantear ese problema nos separaría de la cuestión principal conduciéndonos al terreno de las hipótesis y con ello a la exposición de doctrinas cual la de Bruck, quien, ofreciendo sus investigaciones de derecho comparado, ve en la adopción para caso de muerte, la forma primitiva de la institución hereditaria con antecedentes más antiguos en el Derecho griego y germánico — affatomía, adoptio in hereditatem —, y frente a cuyo estudio álzase contradictoriamente Lenel, afirmando que el testamento comicial es de tipo legatorio y vacío, por consiguiente, de toda institución de heredero (43).

Baste a nuestros fines declarar, que el testamento llamado *in calatis comitiis*, porque debía su nacimiento a las convocadas asambleas del pueblo *(calare est vocare)*, constituía una forma ordinaria del disponer para caso de muerte, en los tiempos antiguos, presuponiendo su ejercicio las Leyes de las XII Tablas.

No era esta, empero, la forma más frecuente de testar. La convocatoria de los comicios, para los testamentos, se verificaba, solamente, dos

veces al año, particularidad que, apuntada por Aulo Gelio, confirma Gayo (44), y con tal dato fácil es pensar que, si la autorización del *populus Romanus* para sancionar voluntades era tan escasa, hubo de existir otro medio que, recogiendo las realidades, facilitase la consagración de iguales fines.

En efecto, un pueblo en perpetua conquista y guerra con tribus y naciones, que creía deber suyo someterlas en cumplimiento de un cometido en la Historia de la humanidad, formula su reconocimiento a aquella forma testamentaria que denomina *in procinctu*, esto es, en presencia del ejército equipado y armado. El razonamiento no podía ser más convincente: el ciudadano que se llama a las armas y pronto a entrar en campaña no puede esperar la *comitia calata*, y la lucha prevista pondrá en peligro su vida.

Por tanto, si el ejército en el cumplimiento de su misión, sea cualquiera el punto donde se encontrara, merecía considerarse como el representante de los comicios convocados, ante ellos podrían quedar exteriorizadas las manifestaciones de voluntad postrera.

He aquí la segunda de las dos formas *públicas* testamentarias que tanta importancia iban a tener en las legislaciones inspiradas por el derecho romano.

La comparación entre ambas modalidades acusa una preponderancia absoluta de la segunda respecto de la primera, con sólo considerar el alcance de la expresión *bellum omnia contra omnium* y al que Vitali (45) alude para deducir, con el normal estado de la sociedad romana, no sólo la palidez de las pacíficas actividades, bien de naturaleza agrícola o industrial, sino la importancia y el arraigo que el *in procinctu* (46) debió tener.

Paralelamente, al agotarse después el derecho de testamentifacción, no ante los ejércitos sobre las armas, sino en presencia de cierto número de compañeros de colectividad, los cuales actuaban ora como testigos o como delegados del conjunto de sus respectivas unidades, se introduce una flexibilidad en la potestad, que, si integrante de un privilegio, bien pronto sería trasladado, perdiendo tal carácter, a la legislación común. Tal es la causa remota del desenvolvimiento de esta institución (47).

Además, el plebeyado, sin poder aspirar a una intervención en actos tan trascendentales como los sometidos a las decisiones de las curias, antes por el contrario, constreñidos a la ley general, no obstante estimarse, en las costumbres, la muerte *abintestato* como una desgracia o mancha en la memoria del causante, articuló un ingenioso medio que dentro de su ficción permitiera designaciones cuasi-hereditarias. El consistía, en vender el patrimonio por la mancipación aceptándose por el comprador las obligaciones que tendría, en otro caso, el elegido heredero. Sutilmente, con esa fingida causa se producía la sucesión y se sentaban al par los jalones para el establecimiento de formas más amplias. Ahora bien, el artificio que adoptó el plebeyado ofrecía el serio inconveniente de no ser revocable, pues la naturaleza del acto oneroso le mantiene con una rigidez propia de los de su clase y como tal se solemniza ante el funcionario llamado *libripens* que porta su balanza en la que simbólicamente coloca, en sus respectivos platillos, la barra de metal en función del precio y el derecho o cosa transferida y todo ello en presencia de testigos, acompañado de palabras solemnes, unas de pronunciación precisa y otras exponentes de las condiciones impuestas al comprador *(familiae emptor)*, entre las que, por necesidad esencial, estaban las de no producir efectos el contrato hasta el óbito del vendedor.

En estas circunstancias, decaída cuando no dilatada la forma comicial, no creemos peque de atrevida la afirmación de asignar a la modalidad testamentaria castrense, los caracteres de más legítima, más flexible y más común.

Claro es que el testamento de los aforados al Ejército tenía necesariamente que decaer, cuando las empresas militares fuesen menos contínuas, y el peligro de una muerte violenta, en acción de guerra, quedara alejado ; pero ello no obsta a nuestro aserto.

Reincidimos en este punto porque es frecuente, en la mayoría de los autores consultados, a virtud de la distinción entre testamentos *públicos* y *privados*, asignar al militar un antecedente privilegiado con única causa en la voluntad de los emperadores, incurriendo en error al ofrecer mutiladas sus investigaciones (48).

Si el testamento llamado *in calatis comitiis* no alcanza (49), como

dice Sohm, la época clásica en la que prevalece el mancipatorio, no ocurre lo mismo con el *in procinctu,* pues Veleyo Paterculo refiere de cinco cohortes legionarias que en el ataque de Contrebia (que según Miñano corresponde al pueblo que hoy conocemos por Trillo, famoso por sus aguas minerales, y según Cortés y López (M.), en su *Diccionario Geográfico - histórico de la España antigua,* es el actual de Zorita de los Canes) hicieron valer su voluntad postrera en esta forma, antes de cumplimentar la orden del Cónsul que les obligaba a tomar un escarpado del que acababan de arrojarles. Citamos este caso, además, por el influjo que, para el pueblo invadido, debió tener este derecho que consigo traía el ejército de ocupación, quien, si en sus lanzas simbolizaba, según expresión admitida, el primer medio de adquirir, también, eran los embajadores de un nuevo ordenamiento a virtud del cual disponían.

Cuando el *in procinctu* se desnaturaliza para tomar un marcado carácter de privilegio es en los últimos tiempos de la República, y especialmente en el período de las luchas entre Mario y Sila, a partir del cual los soldados hacen y deshacen emperadores, y éstos, por su parte, halagan, por fuerte, al Ejército.

Un principio de necesidad social fundamentó el derecho militar que regía más allá de sus propias disciplinas, pero la ambición de los Césares va a extender un galardón, vilipendiando preceptos jurídicos, con peligro de los mismos favorecidos, y, como dice Ulpiano (Dig. XXIX, I., I.) en forma tan exorbitante que las concesiones atentan al propio derecho natural. Fué Julio César el que da excepcionales normas para el uso de la testamentifacción por los aforados del Ejército, si bien limitando su vigencia en cuanto al tiempo. Por otra parte, como la fórmula empleada es el *mandato* y esta fuente de derecho sólo obliga (50) mientras el emperador que la promulga existe, sus sucesores Tito y Domiciano la confirman, y al renovarla, ulteriormente, Nerva y Trajano, la generalizan y va adquiriendo tan desmesurada importancia que los Pretores dedican al estudio del testamento especial un capítulo de sus edictos. Por fin, diversas Constituciones arreglan y desenvuelven la institución.

Varias fases podrían distinguirse en la evolutiva marcha ascendente de esa modalidad testamentaria, pero, aún cuando los textos de los histo-

riadores, especialmente el de Polibio, nos permitan reconstruir el cuadro de la vida militar del pueblo rey, los auténticos de las Ordenanzas de Augusto, Trajano y Adriano, y los libros de Catón el Censor, Cornelio Celso, Paterno y Frontino, no han llegado a nosotros, pudiendo únicamente hacer referencia, a los mismos, a través de los extractos contenidos en el famoso Epítome de Vegecio (51), razón por la que, y en honor a la brevedad, condensamos sus esenciales características en la nota de *libre*, otorgada a todos los militares para disponer por acto de última voluntad, tanto en lo que hace al fondo de las mismas y su ordenación, como a la forma con que se revistan. Sirvan de ejemplo; la capacidad para ordenar, concedida en principio a los ciudadanos, libres y *sui iuris*, ampliada después a los que sólo tenían las dos primeras condiciones, ilimitada, más tarde, a todos para poder trasferir los bienes de que se componían los peculios castrense y cuasi-castrense, y exagerada, por último hasta dispensarla a los *infantes* (menores de siete años), con lo cual se confirma la calificación, de antinatural derecho, imputada por Ulpiano; o en cuanto a la forma como quieran y puedan (*...faciant testamenta, quo modo velint... quo modo voluerint ...quo modo poterint...* Dig. 29, 1, 1, y Cod. Leyes 3.ª y 17 del Tit. 21, del libro VI) y que tiene su más exaltada expresión en la ley 15 del título y libro invocados, por la que se da validez a lo escrito con la punta de la espada o en la arena, o con los dedos tintos en sangre en la vaina o en el escudo (*...si quid in vagina aut in clypeo literis sanguinæ suo rutilantibus adnotaverin aut in pulvere subscripserint gladio suo... voluntatem stabilem esse opportet*); o por su contenido suponiendo que el guerrero no tiene sucesores forzosos y que puede, por tanto, instituir a quien quiera o desheredar a los suyos, o hacer sustituciones sin ordenar el propio testamento, o establecer la pupilar de uno de sus descendientes aunque se halle sometido a la patria potestad de su abuelo o esté emancipado, con lo que el sustituto sucede exclusivamente en los bienes propios del testador, no del sustituído, separando así la herencia del padre de la del hijo; o en contravención del formalista principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* disponiendo parcialmente de su patrimonio; o sin someterse a las prescripciones legitimarias de la Ley Falcidia (año 40 a. C.), en la

que se recogía el espíritu de las llamadas Furia y Voconia (a. 169 - a. C.) y objeto de computación particional por el senado consulto Pegasiano; o atribuyendo a la voluntad del causante efectos para dividir el *as* herencial (...sufficiat ad bonorum suorum divissionem faciendam nuda voluntas testatoris...); o en orden a la interpretación de los escritos que sólo podrían serlo literalmente, acaso para impedir que el testamento que contenían fuese objeto de rescisión por inoficiosidad o porque apareciese el heredero con un nombramiento totalmente vacío de contenido económico o jurídico; o, finalmente, la dudosa validez de lo ordenado antes de ser militar, que al decir de Marciano era negada, al paso que Ulpiano, con vista de un texto de Antonino Pío, lo considera con fuerza bastante para provocar una sucesión.

Todos estos excesos, muchos de los cuales encierran arbitrariedades inconcebibles, trataron de ser corregidos por los mismos que las perpetraban.

Trajano, en un rescripto que dirigiera a Statilio Severo, que no resistimos a la tentación de trasladar, dice: El privilegio concedido a los soldados de no estar obligados a ninguna formalidad en la formación de sus testamentos, debe entenderse en este sentido, de que ante todo debe ser cosa probada que ha sido hecho un testamento; pero este acto *puede hacerse sin escrito* y *aún por no militares.* Si, pues, el soldado sobre cuyos bienes se ha suscitado litigio ante vos, después de haber convocado testigos para manifestarles su voluntad, les hubiese hablado de modo que declarase que quería por su heredero aquel a quien *concedía la libertad,* puede ser considerado por esto sólo como habiendo hecho un testamento *sin escrito,* y su voluntad debe ser respetada. Si por el contrario, como sucede diariamente en las conversaciones, ha dicho — te hago mi heredero, o te dejo mis bienes — esto no se ha de mirar como un testamento. Nadie es más interesado que aquellos que gozan del privilegio militar en que no se admita un ejemplo de semejante naturaleza pues de otro modo no sería difícil que a la muerte de un soldado se hallasen testigos que asegurasen haberle oído decir que dejaba sus bienes a tal o cual persona, según su antojo; y que de este modo se suplantasen las verdaderas intenciones del testador.

Al producirse la ingente labor legislativa del emperador Justiniano, desarrollada entre los años 533 al 565 en que comenzara la publicación de las Instituciones y acabara la de las Novelas, respectivamente, se acentúa un período que calificaríamos de limitativo.

Dice el aludido emperador y excelso legista, refiriéndose al privilegio y a las personas que del mismo hacían uso, que fué otorgado *propter nimian imperitiam* (a causa de su excesiva impericia) y, aunque con ello disiente del racional motivo, que Ulpiano invoca, que no es otro que el del peligro de una muerte inmediata, sería suficiente alegar que del derecho de testamentifacción extraordinaria gozaban otras personas que no tenían carácter militar, y a las que se alude en el rescripto inserto, para dudar de la exactitud formulada. Es más, no cabe suponer impericia en los Presidentes de Provincia, en los Cónsules, en los Procónsules, en los Prefectos de Legación, y en tantas otras personas que o poseían conocimientos jurídicos o podían requerirlos de sus sucesores, y todos los indicados se exceptúan del cumplimiento de las normas comunes en sus testamentos. No es esta sola observación la objetable pues en el *Principium* del título once del libro 2.º de las Instituciones, invoca otra adjudicándose el honor de la reforma con las siguientes palabras : *recte nihil honorum testantur videlicet ut in expeditionibus occupati sunt ; ad quod merito nostra constitutio induxit*, y, en la alófana obra, seguidamente, en el párrafo 3.º afirma *sed hactenus hoc illis a principilium constitutionibus conceditur quatumus militant et in castris degunt* con lo que, se deduce que las limitaciones venían prevenidas por las Constituciones de los príncipes anteriores.

Y no podía ser menos, pues una vez que el Ejército no era tan necesario para la vida del régimen imperial, los que le encarnaban, viéndose ya consolidados, comenzaron las restricciones en la testamentifacción activa de los militares y, correspondiendo a la época de amplio poderío, vemos dos Constituciones, en el *Corpus iuris,* una de Antonino y otra de Constantino, respectivamente, en las que limita al tiempo de campaña el ejercicio de tal facultad. A ellas debe aludir, aunque con falta de criterio histórico, el propio Justiniano al decir : *nec idem putarent in omni tempore liceret militibus testamente quo modo voluerint componere...*

De todas formas, justo es reconocer que siquiera sea como consecuencia de la compilación efectuada se logra reducir a sus verdaderos límites el alcance del testamento militar. Sirvan de ejemplo las limitaciones en cuanto a su ejercicio : los *lecti tirones* (alistados) aunque caminen por cuenta del Estado no tienen asimilación alguna y por tanto hasta figurar en los cuadros no gozan de consideraciones castrenses : los paisanos que testen conforme al privilegio, sólo en tanto mueran en campaña tendrán por válida su ordenación ; los herederos instituídos tendrán que tener aptitud para serlo, al menos en el instante del fallecimiento de su causante y no surtirán efectos los llamados que, cual las mujeres, los célibes y los *orbi*, entre otros, la ley excluye (52) ; la subsistencia de las voluntades postreras, así dispuestas, caducarán un año después de licenciado el militar, e inmediatamente si lo fuese por causa deshonrosa *(ignominiæ causa nissi)*, o limitadas al peculio castrense si el disponente quedaba incurso en *capitis diminutio*, por castigos impuestos por delitos militares ; y, tantas otras, inspiradas en la moral, interés público o de tercero, ya referidas a instituciones torpes, a actos de manumisión prohibidos, a las alteraciones de plazo para la *bonorun possesio*, a nombramientos de tutor para persona que no estuviese sometida a la patria potestad del testador, a la privación de legítimas sobre bienes no castrenses o para impedir la constitución de obligaciones a quienes no recibían provecho o beneficio de la herencia.

Por lo expuesto, y sintetizando en cuanto al elemento externo o formal, podemos decir que los testamentos militares, en el derecho romano, eran de tres clases : 1.ª, el de campaña, pero fuera de peligro inminente, 2.ª, el hecho frente al enemigo o en acción de guerra y 3.ª, el de fuera de campaña, precisando, respectivamente, para su otorgamiento dos testigos por vía de prueba (no de solemnidad), su manifestación de palabra o escrito ya en la arena o sobre las armas, o la observancia íntegra de las normas generales, acomodándose a la legislación común.

Pasando a nuestra legislación histórica en la que tan decisiva influencia posee el derecho romano sólo interrumpido en algunas épocas, por diversas vicisitudes, y prescindiendo del análisis que se ofrece en el período llamado doble o de castas : que representan los Códigos de Eurico

y Alarico, respectivamente, en los que no es posible determinar una órbita de contornos precisos para los pueblos que se rigieran por ellos, toda vez que el primero (del que sólo tienen los investigadores fragmentos dignos de estudio, correspondiendo a *sucesiones* los señalados con los números 320 al 336) se invocaba en las controversias jurídicas entre godos y romanos acaso porque en sus leyes existían orientaciones comunes, al paso que el segundo (año 506), conocido también por *Breviarium aniani y Lex Romana Visigothorum,* sólo era una constitución de leyes vigentes para los hispanos - romanos, debiendo su desenvolvimiento a una labor de acarreo o arrastre, como dijo el Catedrático señor Ureña, y por tanto de perímetro obscuro si bien encaminados sus preceptos a determinar, dentro de un orden complejo, en el derecho privado, una legislación personal, pasemos a ocuparnos del texto en que se provoca la unión legislativa de indígenas y vencedores (53).

No fué conseguido tal propósito *ab irato* sino paulatina y reposadamente, siendo el punto de arranque el llamado *Codex Revisus de Leovigildo* cuya labor legislativa se enderezaba a fundir las diferencias existentes entre ambos pueblos, y la cual, después de sucesivas revisiones, facilitadas en gran parte desde el momento en que se produjo la conversión de Recaredo al Cristianismo, y en cuya evolución no podemos detenernos para determinar esa asimilación de encontrados elementos, florece conciliadora y compilada definitivamente en el XVI Concilio de Toledo, reinando Flavio Egica.

Jalón glorioso y síntesis la más pura de una nación en el apogeo de su grandeza, es el *Fuero juzgo o libro de los jueces* y en él, recogiéndose los sentimientos de aquella edad y el alma de un pueblo, como salvándose entre el fárrago de innumerables leyes, muchas de las cuales se desterraron por contradictorias o anticuadas, aparecen preceptos que substantivizan el llamado hoy testamento militar.

La rúbrica del título V, del libro II de dicho Cuerpo legal, dice así : — de los escritos que deben valer o no, y de las mandas de los muertos —; tratándose en su ley 1.ª de los requisitos de fecha y señales que han de contener los documentos ; en la 11.ª determinando cuatro formas testamentarias ; y atribuyendo una especial para los que mueren en

hueste con las siguientes palabras de la 12 ª — ...si oviere omes libres consigo, escriva su manda con su mano ante ellos. E si non sopiere escribir, o non pudiere por enfermedad, faga su manda ante sus siervos, que sepa el obispo que son de buena fe, e que non fuesen ante fallados en pecado. E lo que dixieren estos siervos por su iuramento, fágalo el obispo o el juez escrivir después e sea confirmado por ellos e por el Rey — .

No es que veamos en ello un privilegio de clase, pues, como dice Maucaulay, estudiando la organización política de aquel tiempo, no hay verdaderas distinciones entre paisanos y militares, todo hombre libre tiene la facultad de llevar armas para su defensa y así todos los ciudadanos son soldados. Y el mismo Fuero, en la ley 9.ª, título 1.º del libro 10.º, bien claro dice lo que se entiende por *hueste* ...*e por ende establecemos que deste día adelantre cuando los enemigos se levantasen contra nuestro regno, si quier sea obispo, si quier clérigo, si quier conde, si quier duc, si quier ricombre, si quier infanzón, o cualquequier ome que sea en la comarca de los enemigos...* acuda al llamamiento.

Es, pues, una razón de necesidad la que lleva a tan sapientísimos legistas a excepcionar la modalidad indicada, no sin prever qué medios deben emplearse para el cotejo de los escritos dudosos (leyes 14 a la 16) y el tiempo en que deben presentarse y las penas en que incurren los que los ocultaren (ley 13), con cuyas garantías, minuciosamente especificadas en el dicho título 5.º, se evitan fraudes y engaños.

El llamado *Fuero Viejo de Castilla* o *De alvedrío,* tan discutido en sus orígenes como en la extensión territorial y aún supuesto por algunos como exclusivo de la clase nobiliaria, débase a Alfonso VIII vencedor en la batalla de Ubeda y de las Navas de Tolosa, o sea su sanción del Rey D. Pedro (1356), contiene escasas disposiciones en materia de testamento. Puede destacarse la ley 1.ª, título 2.º del libro 5.º, por la que se reconoce libertad de disponer al que esté sano, pues si padeciera enfermedad seguida de muerte solo podrá verificarlo en un quinto de lo que tuviere, en beneficio de su alma, estableciéndose en el resto de su patrimonio una sucesión legítimaria con preferencia entre los parientes del hijodalgo. Es curiosa la excepción que acepta la ley 6, de igual título

y libro, para quien estando doliente ...*vinier o lo trogeren en su pie a concejo o a uso de igresia, e non troger toca,* en cuya hipótesis vale lo que disponga y haga.

No hay que ver en las disposiciones transcritas una derogación, siquiera sea subsidiaria de las prevenciones del Fuero Juzgo, ya que, como dice muy bien M. de la Cámara (M.), el prestigio legal de éste no se vió anegado en las aguas del Guadalete a la par de la monarquía goda, pues los audaces montañeses al esfuerzo en la valerosa empresa de reconquistar la perdida patria, no abandonaron a los azares del olvido esa tan veneranda reliquia, antes bien, la acataron como norma legal que había de regirles a través de los tiempos en la lucha empeñada contra el invasor africano. Y cuando pasados algunos siglos, la morisca gente ha ido perdiendo palmo a palmo lo que arrebató con ayuda de una traición sin ejemplo, el ascendiente de este Código de Egica se mantiene aún vivo en su unidad general de autoridad, no obstante tantos y tantos fueros particulares como se fueron otorgando a ciudades y villas (54) los cuales no contenían un sistema general de leyes ni podían obstar a que se usara y aplicara aquél.

Por esas mismas razones desistimos de consignar antecedentes del llamado *Fuero Real de España* con el que Alfonso X, justamente llamado *El Sabio,* inicia una labor de unificación legislativa, otorgándolo en 1255 a la Villa de Aguilar del Campo y extendiéndolo como privilegio o a guisa de fuero municipal a cada uno de los Concejos que lo precisaban. No hemos de silenciar, sin embargo, que en el título 5.º del libro 3.º al tratar de *las mandas* no contiene excepciones referidas al testamento especial que nos ocupa, pero véase también que en las cuatro formas testamentarias a las que da vigor, especificándolas en su Ley 1.ª, se contiene la de — " por buenas testimonias " — y si se considera que es procedimiento normal, paralelo al notarial o de escribano, con fuerza indefinida en tanto no sea objeto de revocación, basta ello para presumir que no se precisó de singulares excepciones en tiempo de guerra.

Sin dedicar comentario alguno a la ley 194 de las llamadas *Del Estilo,* pues éstas no son otra cosa que *Declaraciones de las que componen el Fuero Real,* nos adentramos en el inmortal Código conocido por *Las*

Siete Partidas, para el que todos los elogios nos parecen escasos, ya que es obra muy adelantada al siglo en que se escribiera. Decimos esto además porque su sanción no se alcanza hasta el reinado de Alfonso XI, quien dispone, en su *Ordenamiento, (1348), que los pleytos é contiendas que se non pudieran librar por leyes de este nuestro libro, é por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes contenidas en los libros de Las Siete Partidas.*

En el proemio del Título 21 de la Partida Segunda, dice, con galanura de lenguaje. que denota el vasto dominio que en su redacción tuvieron los literatos: *Defensores son, uno de los tres estados porque Dios quiso que se mantuviese el mundo. Ca bien, assi como los que ruegan a Dios por el pueblo, son dichos oradores, é otro si los que labran la tierra porque los omes han de biuir e de mantenerse, son dichos labradores; otro si 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 fuesen mucho escogidos. E esto fué porque en defender facen tres cosas: esfuerzo é honrra é poderio.* Sigue, en la ley 24 del título 21, hablando de aquellas mercedes que deben tener, los caballeros, distintas de los demás hombres y destaca la siguiente: *...E aun sin todo esto: han otro priuillejo, que mientra estuuieren en hueste ó fueren en mandadería del Rey, ó en otro lugar cualquier, que estén señaladamente en su oficio, ó seruicio ó por su mandato, que todo aquel tiempo que así estuuieren fuera de sus casas, por alguna destas razones sobre dichas... que puedan fazer testamento, ó manda, en la guisa que ellos quisieren, magüer non sean todas aquellas cosas y guardadas, que deuen ser puestas en los testamentos de los otros omes.*

Concordante con tal disposición, al llegar a la Partida Sexta, nos encontramos el concepto que se tiene de los actos de última voluntad, maneras de hacer testamento (ley 1.ª, tít. 1.º) y hasta qué momento puede alterarse (ley 25.ª); llevando por rúbrica la ley 4.ª, del Título y Partida mencionadas, la siguiente: *como pueden los caualleros fazer su testamento.*

Trascribimos íntegramente el precepto para que pueda observarse cómo se compatibilizan el respeto a la ley general con todos los estados

de necesidad y honores que le inspiran. Dice así: *Queriendo fazer testamento algun cauallero, si lo fiziesse en su casa, ó en otro lugar, que non sea en hueste, deuello fazer a la manera como los otros omes, ansi como dice en las leyes ante desta; mas si lo ouiere de fazer en hueste, entonces abonda que lo faga ante dos testigos llamados e rogados para esto. E si por auentura seyendo en la fazienda, veiéndose en peligro de muerte quisiesse aquella sazón fazer su testamento: dezimos que lo puede fazer como podiere, é como quisiere, por palabra, o por escrito. E aun con su sangre misma, escriuiéndolo en su escudo, o en alguna de sus armas: o señalándolo por letras en tierra, o en arena. Ca en cualquier destas maneras que lo el faga, e pueda ser prouado por dos omes buenos, que se acertassen y vale tal testamento. E esto fué otorgado por priuillejo a los caualleros, por les fazer honrra é mejoría mas que a otros omes por el gran peligro a que se meten, en seruicio de Dios, e del Rey, e de la tierra en que biuen.*

Si bien es de notar un cierto sabor románico en la ley, pues no en balde todo el espíritu de la obra está inspirado por el derecho de aquel pueblo, no es menos exacto que la forma en que se determina el privilegio, lo excepcional de su uso y la razón que motiva su otorgamiento, es bastante para hacerla objeto de encomio, pues no peca de los atrevidos excesos que oportunamente observamos en sus fuentes.

De suponer es que al darse aquel gran paso en la legislación castellana, con la publicación del *Ordenamiento* hecho en las Cortes de Alcalá, y conocido por el de este nombre, fasto del reinado de Alfonso XI, quien ordenó su cumplimiento en 28 de febrero de 1348, por no oponerse la ley única de su título XIX, que señala tres formas testamentarias, a la especial desenvuelta en *Las Partidas*, debió tener aplicación la conferida a los *caualleros* tanto más, cuanto que, como dijimos, su vigencia nace de este otro 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 Toro, que la juraron por heredera de sus padres, y por la cual se publicaron las 83 leyes que fueron compuestas durante la vida de aquéllos, en las reunidas en Toledo, el año 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 válidas las diferentes formas a que se remite la ley 3.ª, 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 los contradictorios vigentes de los Ordenamientos, Partidas y Fuero Juzgo. Si repercutió o influyó este legislado, más se debe al predominio que alcanzaran los testamentos por Comisario, cuidadosamente desenvueltos, que a las interpretaciones que pudieran formularse en orden al extraordinario de los *caualleros*.

Golpe decisivo debió ser el de la Pragmática de Felipe II, dada en Madrid el año 1566, 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. La inserción de tal precepto entre los varios que componen el título 4.º del libro 5.º de la Nueva Recopilación, publicada por orden de tal Rey, en 14 de marzo de 1567, dejó sin contenido ni apenas valor, la singularísima dada a los militares, pues dispuesta la postrimera voluntad por medio tan socorrido y perfectamente empleable en unidades numerosas, la excepción no tenía razón de ser comunmente, tanto más cuanto que la economía que se obtuviera en el número de testigos llevaba aparejada una causa de caducidad tan cómoda de salvar en puntos donde abundaban éstos.

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 de muerte, previstos en la *Ley de Partidas*, pero con una validez condicio-

nada a la muerte en campaña. No es extraño que expusieran al Rey tal situación, por cuanto éste, tres años después, dicta un decreto fechado en Aranjuez, el 9 de junio de 1742, que textualmente dice así: *no obstante que por ordenanza de 28 de abril de 1739, tuve por bien declarar el modo y solemnidades con que deben testar los militares, y que la justicia ordinaria conociese de sus testamentos, inventarios y abintestatos, más bien informado ahora por el Consejo de Guerra de los perjuicios que se siguen en la práctica de lo dispuesto en la referida ordenanza, y de los inconvenientes que produciría su observancia, tanto a Mi servicio como a la profesión Militar y honor de ella: he resuelto, se observe la costumbre antigua en cuanto a que los militares usen de sus privilegios y fuero al tiempo de hacer sus testamentos, no sólo estando en campaña sino en otra cualquier parte, siempre que gocen sueldo, y que se recoja y anule enteramente la citada ordenanza.*

Acaba la preinserta disposición dando normas para atribuir a la Jurisdicción de Guerra el conocimiento de las testamentarías y abintestatos de los militares, y, con ello, surge de nuevo un atributo de entre los varios que integraban el fuero de clase. No merecía, ciertamente, la molestia de haber dictado la primera ordenanza, para llegar a esta otra tan opuesta en sus fines. Fuera preferible conservar los preceptos de nuestro Rey Sabio que tan compatibles hacía los estados de necesidad con el respeto a las leyes de los *otros homes*. Abierta la brecha de la excepción, Fernando VI confirma, en 25 de marzo de 1752, en virtud de decreto que firma en Buen - Retiro, la Ordenanza de que hemos hecho mérito, y la hace extensiva a todas las fuerzas militares de mar y tierra, las cuales si se valen para sus actuaciones de los funcionarios de la jurisdicción ordinaria es en el concepto de delegados suyos. No termina esta orientación, pues en 21 de mayo de 1753 se dá traslado a la de 13 de noviembre del año anterior, por la cual se ordena que las disposiciones del decreto no son aplicables a las Tropas de la Casa Real por tener fuero y asesor independiente de todo otro tribunal; y en Cédula de 12 de abril de 1755, con motivo de competencia entre las jurisdicciones militar y ordinaria de Canarias, sobre el conocimiento de autos del inventario de bienes del Coronel del Regimiento de la Isla de Tenerife, de-

claró S. M. que las milicias de Canarias están comprehendidas en el decreto de 1752 para que se ejecute por el fuero de guerra la partición motivada.

Fué tan absorbente el carácter personal del aforado que su mera presencia en una sucesión acarreaba atracciones a favor de la jurisdicción castrense, siendo precisa la Orden de 19 de junio de 1764 por la que, para evitar diferencias, se declara, que cuando les pertenecieren bienes a los militares, si los causantes son personas extrañas al Ramo, conozcan los Tribunales ordinarios.

Al publicarse, en 1768, las llamadas *Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicios de sus exércitos* (55), se procede con un criterio más conciliador y preciso. El título undécimo, del tratado VIII, de dicha obra, tiene por rúbrica *De los testamentos* y en sus primeros cuatro artículos se marca un orden preciso en cuanto a testamentifacción activa. Dicen así : — 1.° Todo individuo que gozare fuero militar (56), según está declarado en esta Ordenanza, le gozará también en punto a sus testamentos, ya sea que le otorgue estando empleado en mi servicio en campaña o hallándose en guarnición, cuartel, marcha o en cualquier otro paraje.

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

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

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

No queremos analizar los puntos encomiables de estos preceptos, pues el lector deducirá, con la mera lectûra, de un lado, la preferencia dada al testamento ante notario, el carácter singular de los autoconfeccionados en punto donde no radicara aquel fedatario, y los extraordinarios para caso de combate; y, de otro, el reconocimiento de un riesgo que, aún siendo marítimo, tenía consideración especial en mérito de las personas que lo corrieran.

Se extiende luego el citado título en disposiciones encaminadas a la determinación de competencias para conocer de los actos de última voluntad, exigiendo en éstas, se manifieste los nombres y apellidos del testador, su filiación, estado, deudores, acreedores, bienes, sueldos, hijos legítimos y naturales, etc., y todo cuanto tienda a la evitación de pleitos.

No creemos fueran dudosas las expresiones de las Ordenanzas, que acabamos de transcribir, mas, so pretexto de ello y para aclarar el artículo 4.°, en cuanto a la preferencia, antes indicada, atribuída a la forma notarial, se dictó una Real Cédula, por Carlos III, fechada en San Lorenzo de El Escorial, en 24 de octubre de 1778, y en la que se dice: « ...y en particular la de si es o no arbitrario a los militares otorgar por sí su testamento conforme al estilo de guerra, o deben hacerlo ante escribano, donde lo haya, arreglándose a las leyes del Reyno, a las municipales o a las Ordenanzas; declaro por punto general, que todos los indivíduos del Fuero de Guerra pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por sí sus testamentos en papel simple y firmado de su mano, *o de otro cualquier modo* en que conste su voluntad, o hacerlo por ante Escribano con las fórmulas y cláusulas de Estilo; y que en la parte dispositiva puedan usar a su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil o la municipal; y mando que así se cumpla y execute, no obstante cualesquiera leyes, decretos y ordenanzas anteriores ».

La anarquía que supone esta libertad tan exagerada bien pronto comenzó a surtir sus efectos, pues de una parte las solemnidades externas quedaban en algunos casos tan reducidas que podía ser suplantada la voluntad del fallecido, con perjuicio de sus familiares o allegados, y de otra, dada la diversidad de órdenes sucesorios, en el mosaico del derecho foral, se expresaron elecciones altamente injustas para quienes conforme

a reglas jurídicas poseían la condición de herederos forzosos, y por tanto con una situación expectante que el aforado anulaba a virtud del ejercicio de un privilegio que, ciertamente, ni se derivaba de una categoría de la que se hallase investido, ni por razones de residencia. Sirva de ejemplo el célebre pleito a que dió lugar el testamento del Marqués de Santa Cruz de Marcenado, quien, acogiéndose a la legislación de Cataluña, dispuso de los bienes que poseía en Asturias y Galicia, instituyendo por herederos a los hermanos del causante, con perjuicio de la madre del mismo. Tal disposición fué declarada nula por el Tribunal Militar, estimando que la preterición no era prosperable, mas apelado el fallo a que se alude ante el Tribunal Supremo, se revocó el que dictase el inferior y por otro de 23 de octubre de 1790 se reconoce y da subsistencia al testamento (57).

Menudearon las disposiciones del monarca en defensa del fuero militar y fueron varias las dictadas para que, aún tomando los testamentos formas notariales o comunes, conociesen del cumplimiento y efectividad de los mismos, ora fuese para inventariar los bienes o a los fines de partición, las autoridades castrenses, ya que el otorgarlos ante notario no debía implicar pérdida jurisdiccional.

Al publicarse la Novísima Recopilación, lejos de alterarse un régimen tan justamente calificado de caótico, se reprodujeron las más importantes órdenes y decretos, incorporándolas a los títulos XVIII y XIX de su libro X, y aunque se consagraban por tal medio, en los comienzos del siglo pasado, pues que la obra se sancionó en 15 de julio de 1805, no fueron escasas las cuestiones que, naturalmente, se suscitaron.

Para no descender al examen de ellas, algunas tratadas debidamente por Rioja (58) y Fernández de la Hoz (59), y como prueba de lo indicado, expondremos someramente los particulares que se destacan en la Real Orden de 17 de enero de 1835. Una vez más se alude a la existencia de ciertos casos dudosos que provocan la declaración legal, precisándose a este efecto los ocurridos en hospitales militares, donde se estimaban vigentes reglamentos de guerra, y aunque — declara — basta reproducir el derecho constituído por las Ordenanzas y sus adiciones, determina — que es árbitro el testador, no sólo en campaña, guarnición,

cuartel o marcha, sino también donde quiera que se halle y cualquiera que sea el estado de su edad, de su salud, con peligro o sin él, de preferir el modo de manifestar su voluntad en la forma civil o en la militar, sin sujeción a los reglamentos locales, por no deber mediar exigencia en el modo de testar, y, por consiguiente, sin que deba ni pueda intervenir persona alguna, si no es llamada por el testador al paraje donde se encuentre —.

Como siempre ocurre, cuando la realidad se impone a las normas que sin base suficiente derogan otras generales, los propios aforados, ante las consecuencias que pudieran acarrear, en su sucesión, preceptos llamados a revisarse, optaron por las disposiciones de carácter común, y acomodaban sus testamentos a las formas notariales. Mas, para que no se limitasen las prerrogativas jurisdiccionales, se dictó una Real Orden en 12 de julio de 1862, por la que, préviamente solicitado el informe del Consejo de Estado y de acuerdo con el mismo, se ordenaba que el derecho de testar en forma especial era inalterable, tocando a los Capitanes Generales defenderlos, así como hacer saber a sus subordinados que sólo deben intervenir en los casos previstos en la Ley de Enjuiciamiento, a petición de parte o al hacerse contenciosas las operaciones de testamentarías o ejecución de cédulas.

Tras la publicación del Decreto de 6 de diciembre de 1868, por el que se unificaban los fueros, refundiéndolos en el Ordinario, y por no afectar éste al derecho anterior, se dictaron las Circulares de 26 de septiembre y 22 de noviembre de 1873, resolviendo que los médicos militares que prestasen servicio en los hospitales, diesen cuenta a los Jefes de Cuerpo del estado de gravedad de los enfermos, a aquéllos pertenecientes, en cuanto considerasen que era el momento oportuno de ejercer la facultad de testar, a fin de que dichos Jefes, comisionando un oficial, conozcan los deseos de quienes se encuentran en tal situación, les ayuden a expresar su voluntad y procuren que sea interpretada y consignada cual corresponde, toda vez — dicen tales órdenes — que este procedimiento no se opone al derecho que desde muy antiguo tienen los militares de testar sin las formalidades de las leyes comunes, aún fuera de los casos de hallarse en campaña, y, por lo tanto, el decreto de abolición

de fueros no deroga lo establecido, sólo se contrae a la jurisdicción que es competente para intervenir en las testamentarías, pero no a la forma constitutiva y esencial de los testamentos militares.

Paralelamente, la Dirección General de los Registros, en resoluciones de 30 de mayo de 1877 y 25 de octubre de 1884, declaraba inscribibles los testamentos hechos en uso del privilegio concedido a los militares, sin exigir otro requisito que el de su protocolización en forma judicial.

Tal era el estado de nuestro derecho al publicarse la ley de Bases de 11 de mayo 1888, por las que se redactó el vigente Código Civil.

CAPITULO III

El testamento militar en el vigente Código Civil Español

El espíritu igualitario de los tiempos — dice un autor — que más fuertemente se hizo sentir en la esfera del Derecho privado; la contínua restricción del llamado fuero militar, que había tomado exorbitantes proporciones, y el mismo apoyo que ofrecían los precedentes jurídicos de las Compilaciones más antiguas, hizo que llegáramos a un estado de derecho más justo y defendible a la luz de toda clase de ideas. Porque el testamento militar racionalmente establecido, y sin ampliaciones que contradigan el propósito de su implantación en los Códigos, es, no sólo defendible, sino imprescindiblemente necesario; a menos de despojar violentamente a los militares del sagrado derecho de testar, y en las circunstancias críticas en que su vida va a correr inminentes riesgos.

En efecto — agregamos —; a lo largo del artículado que constituye la sección séptima del capítulo 1.°, del título y libro 3.° del texto que se invoca, no es posible atisbar el menor indicio de privilegio, favor, concesión o merced, que denote normas de desigualdad en el ejercicio de los derechos civiles, ni excepciones generalizadas en provecho de una determinada clase, — siquiera ésta sea, como la militar, tan acreedora a una singular consideración —, sino simplemente, el reconocimiento de una

razón de necesidad dentro de la que son reglamentadas con una prudente gradación las diversas modalidades testamentarias, de las que tanto pueden hacer uso los aforados a guerra como aquellas otras personas que de cerca o de lejos siguen las vicisitudes de una campaña y se encuentran expuestas a sus peligros.

Tan exacto es ello, que si no fuese porque los autorizantes de sus diferentes formas tienen la consideración de militares, dudaríamos de la exactitud de la rúbrica que nos ocupa.

Es innegable, en el terreno lógico, que lo ideal sería hallar una fórmula que, tras las precauciones que garantizasen la autenticidad de las disposiciones testamentarias, se impusiera indefectiblemente en todo caso y lugar. Pero, no lo es menos, que ella constituiría un valladar altamente injusto, y los que se sometieran a sus ritos, por fuerza de su ambulatoria naturaleza se verían en circunstancias bien distintas de las previstas por el legislador y, entonces, ni podrían alterar la ordenada ni expresar la sentida o secreta hasta aquel instante.

Por eso el ordenamiento jurídico tiene que acompañar hasta el borde mismo del sepulcro a quien, como sujeto de él, puede hacer manifestaciones que repercutan dentro de su órbita, y, al regular los efectos de las que se exterioricen, exigir solemnidades proporcionadas al caso, evitando fraudes y amaños que, al ser incompatibles con la amplísima libertad perseguida, representan un perjuicio mayor que los escasos dimanantes de una sucesión intestada. Tales razones, más que suficientes para aceptar los preceptos limitativos del Código, ahogan todo intento de defensa a tradicionales y arcáicas formas en las que, so pretexto de un fuero protector, quiebra el sagrado principio de igualdad ante la ley para constituirse en privilegios, que, cual otros aún subsistentes en derecho foral, son incompatibles con el gran número de personas que al mismo se acogen, y determinan situaciones altamente perjudiciales y contrarias a los fines propuestos.

Es inconcebible, dice Bigot - Préamenau, haciéndose eco de la corriente dominante en la escuela francesa, que el servicio militar ponga a los testadores en la imposibilidad de conformarse con la ley. Es precisamente en aquellos momentos en que la vida se expone cuando se ofrece

una mayor utilidad a la manifestación de las últimas voluntades. La ley pecaría de incompleta si privase a una parte numerosa de sus ciudadanos, y, sobre todo, a los que están lejos de sus hogares por el servicio de la patria, de un derecho tan natural y tan precioso como el de disponer por testamento — .

Nuestro Código no podía tener un carácter abolicionista; pero hoy la modalidad se presenta no como un privilegio de clase o una gracia a las personas o una caprichosa distinción, sino como racionalmente debe ser; una variante de la testamentifacción activa, justificada por la necesidad de facilitarla a quienes se encuentran en determinadas condiciones y revestida de garantías suficientes para asegurar su verosimilitud: o con la concisa y hermosa frase del gran Pacheco, en su comentario a la ley 3.ª de las de Toro, como *un homenaje que se rinde a lo imposible.*

Circunstancias "sine qua non" para testar militarmente

Por desordenadas y obscuras se tienen las disposiciones de nuestro Código que tratan del hecho base motivador de esta modalidad testamentaria. La mayoría de los autores aceptan, sin el menor reparo, las condiciones impuestas como necesarias, sin parar mientes en la incertidumbre con que se exigen en la locución en que figuran. Aún hay textos, como el de la República de Cuba, que, por ser reproducción del nuestro, las consignan sin la menor aclaración, no obstante su utilidad.

Dos son los elementos que habrán de concurrir para tener por permitido el empleo de las distintas clases de testamentos reguladas en la sección 7.ª, antes mencionada; el otorgarse *en Tiempo de Guerra* y *en Campaña.*

Uno y otro figuran en el artículo 716 como referidos a una sola de las diversas variantes en que la voluntad postrera puede manifestarse en tan excepcionales momentos, pues, con criterio restrictivo, cabe entender

que para las demás o perdura un privilegio de clase (artículo 717) o se puede autorizar y formalizar cuando, con independencia de ellos, se den cualquiera de las extraordinarias vicisitudes de combate, asalto o batalla. A tal conclusión lleva el empleo de la frase « generalmente en todo peligro próximo de *acción de guerra* » precedida de la conjunción *y*, a la manera como se hace en el artículo 720.

Merecía la pena que el legislador hubiese dedicado uno de sus preceptos a la puntualización de tan indispensables requisitos, pues contaba al tiempo de redactarlos con el ejemplo de otros articulados extranjeros (60), o, al menos, que le hiciera objeto de un párrafo especial. Todo antes que incurrir, como lo hace, en el error de englobar, contra reglas de método, las personas que pueden valerse de este medio junto con las circunstancias en que deben encontrarse.

No por eso hemos de formular deducciones tendentes a la acreditación de privilegios para los aforados, en tiempo de paz; al contrario, supuesto que el espíritu de la base 15 era el de compatibilizar la existencia de la forma con su limitación en cuanto al ejercicio, y sentada esta premisa, consideramos imprescindibles las circunstancias y extensiva su concurrencia a las normales figuras testamentarias de índole castrense.

Ello no empece para que, dentro de la elasticidad que permitan los términos exigidos, busquemos, a través de su liberal interpretación, aquellas autorizadas acomodaciones que sean más consonantes con la naturaleza del instituto.

Presentado el vocablo *guerra*, aún en el derecho internacional, con las más contradictorias acepciones, no es posible tener por suficiente, siquiera baste para imaginarse sus efectos, la definición que hiciera nuestro inmortal Código de *Las Siete Partidas*, y según el cual constituye tan anormal estado *el estrañamiento de paz é movimiento de las cosas é destruymiento de las compuestas.* La propia dificultad del concepto llevó a sus redactores a agregar: *E aún dixeron que guerra es cosa que levanta muerte é captiverio é daño é pérdida...*

Eludida la intención de hacerlo por nuestra parte al par que la del planteamiento del magno problema filosófico que el fenómeno supone, no sólo porque aún se discute en las cancillerías y hace objeto de trata-

dos internacionales quién debe ser tenido por agresor o qué actos son integrantes de guerra, como por no ser de este lugar el análisis de ambas cuestiones (61), nos limitamos a una ligera digresión demostrativa.

El hecho de su existencia en la historia no necesita acreditarse, porque tanto las sociedades primitivas como las de más refinada civilización han conocido esas colisiones que, al decir del P. Rivadeneira, en su *Tratado de la Tribulación*, provienen de nuestra naturaleza, siendo lo peor de todo que el mismo hombre, que debería ser amparo y remedio de su semejante, le es verdugo y cuchillo — , y sin que sean bastantes a desvirtuar el calificativo de calamidad de la especie otras opiniones, — hoy muy en boga — según las cuales, merced a ella, los pueblos se hacen laboriosos, disciplinados, inteligentes o enérgicos y, al paso que dan muestras de grandes virtudes morales, cual el patriotismo y el espíritu de sacrificio, abren nuevas vías al comercio, se engrandecen y son el motor de grandes bienes y el incentivo para el progreso.

Acaso llegue un día en que el hombre la destierre de sus costumbres ; pero entre tanto justo es que la estimemos como una ley natural, dimanante de la *lucha por la vida*, o como enseñaron Hegel y Proudhon, como manifestación doble de nuestras concepciones mentales en que la realidad cognoscible se nos aparece, esto es, por vía de contraste con la paz, como la enfermedad respecto de la salud.

Seamos, pues, optimistas — decía nuestro llorado Auditor D. Angel Salcedo y Ruiz — (62), aunque en la esfera trascendental no abriguemos la ilusión de que este mundo llegue alguna vez a convertirse en un paraíso. Después de todo, si esa cuestión se refiere al futuro remoto (63), dejemos al futuro que la resuelva. Le basta al día su propio afán. Hoy por hoy, la guerra es un hecho en que podemos influir, regulando y disminuyendo sus calamitosos estragos, evitándolo algunas veces, pero que no podemos suprimir aunque nos empeñemos en ello. Rindámonos, pues, a la realidad, no nos desvele la cavilación infecunda de si esta realidad se modificará o no para nuestros remotos descendientes, y, dentro de las condiciones que aquélla nos ofrece, laboremos por la felicidad posible del género humano. Evitemos cuantas guerras sean evitables, si bien convencidos de que no lo son en el momento presente.

Porque en el orden jurídico la guerra se nos muestra como manifestación de uno de los derechos fundamentales de la personalidad humana al que nadie, en su sano juicio, puede renunciar : *el derecho de legítima defensa*. La guerra, en efecto, no es sino el derecho de propia defensa trasmitido por el indivíduo al grupo social de que forma parte.

Así lo entendemos nosotros, no asintiendo por subordinación, que llevamos gustosa, sino como discípulos de tan eximio maestro, rindiendo tributo a su memoria.

El contrasentido que, muchas veces, supone la lucha cuando no tiene las asistencias de tan innato derecho, las falsas esperanzas que ella hace concebir traducidas más tarde en un cortejo de problemas de todo orden, la inconsecuencia dramática de ver predicada la paz y el trabajo generoso por las mismas personas que después lanzan arengas y gritos de alarma en llamamiento a la vena heroíca de las gentes ocultando otros afanes inconfesables, lo antieconómica que ella resulta, su carácter de retrógrada, cuando no se agotaron soluciones que la eviten, siempre que no se empañe la dignidad nacional, y el acudir a ella en comisiones de atropello al más débil aún enajenándose el reconocimiento moral de la humanidad, son aspectos que nos llevan a clamar contra las guerras de naturaleza injusta.

Y si tal decimos de ese género de colisiones ¡ qué hablar de aquellas otras que se dan por adversidades o infortunios anteriores, o entre clases de una misma nación, desenfrenadas en bastardos apetitos o envidias incontenidas, o para desmoronar la sociedad, o causantes de la miseria, constitutivas de una perpetua amenaza al país que se tiene por civilizado, trágico juego de explotadores sin conciencia, baldón del pueblo en donde se producen, y apostolado impropio, en tiempos de libertad, que con falsos evangelios inspirados por el frenesí y la agitación de los exaltables, tratan de resolver con fórmulas simplistas las necesidades de esta época compleja ! Más execrable son todavía porque o se ofrecen frente al poder o, como fuerzas distintas y equilibradas, dejan al Estado el difícil desempeño de fiel de la balanza. Y no es de omitir que, para mayor escarnio, tienen por defensores, cuando no por jefes, a algunos de los intitulados *pacifistas*.

Sin duda alguna a todo ese género de conflagraciones hizo referencia el redactor de nuestro artículo 716, pero en forma tan ambígua que la misma ocasión determinativa se hace difícil localizarla, y entonces surge la preocupación de cuál será el hecho que marca el tránsito del estado de paz al excepcional de guerra exigido.

Vueltos de nuevo a nuestro estudio, se hace preciso el examen de aquellos textos básicos para deducir una consecuencia aprovechable.

Constitucionalmente, España, a virtud de la declaración contenida en el artículo 6.º, *renuncia a la guerra como instrumento de política nacional.* El germen de este precepto se encuentra en el artículo 1.º del Pacto Kellogg, firmado el 27 de agosto de 1928, y su antecedente directo no es otro que el contenido en el apartado II, letra d) del artículo 61 del anteproyecto de nuestra Ley fundamental, aprobada en 9 de diciembre de 1931 (64), del que se suprimió el adverbio — solemnemente — por considerarlo algún diputado como indiscreto y pedantesco, sin que por ello dejara de merecer, injustamente, la consideración de lírico. No obstante, como dice el ilustre catedrático señor Pérez Serrano (65), si una declaración no ha de contener solamente reglas de aplicación forense inmediata, bien está que los anhelos que revele y en las aspiraciones que enuncie, resalte la creencia en un mundo mejor, para cuya realidad es condición previa la fe que cada uno le preste.

Y no hemos de regatear nuestro caluroso elogio al precepto que, aparte de su profundo sentido jurídico, tiene una misión bien determinada y constituye el exponente del querer nacional tan admirablemente glosado por el Príncipe de nuestros ingenios, cuando hace pronunciar al simbólico Don Quijote (Capítulo XXXVII y siguiente), aquellas maravillosas frases del *discurso sobre las armas y las letras,* — sobre los fines de unas y otras — ... las armas tienen por objeto y fin la paz... Y la salutación que el mejor Maestro de la tierra y del cielo enseñó a sus allegados y favorecidos fué decirles... *mi paz os doy, mi paz os dejo, paz sea con vosotros...*

Como no podía menos, en nuestra Constitución, se prevé la necesidad de acudir a tan extrema medida como la guerra, y en el artículo 76, al enumerar diversas facultades que corresponden al Presidente de la

República, determina en el apartado a), la de formular su declaración y firmar la paz, no sin aludir al artículo siguiente por el que se subordina el primero de dichos actos al cumplimiento de las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de la Naciones, y una vez agotados aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico, y los procedimientos judiciales de conciliación o arbitraje, o los tratados de naturaleza particular a iguales efectos siempre que no se contradigan con los Convenios generales.

Aún más; tal declaración debe hallarse autorizada por una ley.

Regulación tan minuciosa en materia tan grave, bien patentiza sus propósitos de templanza y su amor sincero a la paz, acudiendo sólo a la violencia para rechazarla cuando se vea empleada. Pero hasta llegar el instante en que se verifica la estampación de la firma, pues en la realidad son las Cortes quienes ejercitan el derecho, son de ponderar, como heraldos de la decisión, una serie de medidas inherentes a tan excepcional estado.

Supongamos que la gestación de la Ley es de inmediata promulgación (artículo 83), tanto por su carácter urgente como porque la decisión comprenderá, dada su trascendencia, las dos terceras partes de los votos emitidos por el Congreso, ¿pueden considerarse, a los efectos que nos ocupan, como actos integrantes de *tiempo de guerra* el invertido en el trámite parlamentario, tanto más si, paralelo a su desarrollo, se decretan las movilizaciones de unidades armadas y sus efectivos, se retiran los diplomáticos acreditados en la nación estimada como posible contendiente, se cursan notas a las potencias amigas, se dán manifiestos al país, se suspenden garantías constitucionales, y, en suma, se provoca un estado de ánimo que hace temer el conflcto? Justo es declarar que tales actos, aún formando parte de los propios del *tiempo de guerra*, no tienen influencia para determinar una testamentifacción activa, con forma tan singular como la que nos ocupa. Una interpretación extensiva que no tuviese otro fundamento que la ruptura de las relaciones diplomáticas o el llamamiento a filas de un número, mayor o menor, de reemplazos, o el destino de unidades al posible frente de combate, sólo podría tener confirmaciones cuando la contienda surgiese y las hostilidades constituyeran

de por sí un estado de hecho cuya presencia son los actos de la guerra, y sin que por faltar la declaración formal de ella pudiera desmentirse su existencia; mas, en tal hipótesis, siempre podrían presentarse dudas acerca de la validez de una disposión testamentaria que otorgada *en tiempo de guerra* había precedido en su nacimiento a la declaración de ésta.

La estimación de los actos anteriores y coetáneos a la fecha en que formalizó el de última voluntad el disponente, sería motivo de litigio y objeto del correspondiente fallo judicial.

De contrario, si a las medidas de carácter preparatorio para la lucha no subsigue ésta, ya porque los procedimientos de arbitraje o conciliación surtieron sus efectos, ya por cualquier otra causa, el otorgamiento de una disposición testamentaria no tendría validez alguna, pues *el tiempo* en que se emitiera se hallaría carente del denominador que le substantiviza.

Otro aspecto de la cuestión lo constituye el de la clase de guerra aludida en el artículo 716 que comentamos.

En nuestro derecho histórico son varias las distinciones que se establecen, no resultando la menos precisa aquella que se contiene en la ley 1.ª, título 23, de la Partida 2.ª, en donde se agrupan en: justas, injustas, civiles y plusquanciviles (66). Dejando a un lado tal clasificación, y prescindiendo de las de Lapradelle y Fauchille, hoy desatendidas, aceptamos la más usual, aunque no siempre exacta: guerra internacional y guerra civil.

Y ocurre pensar, ¿será ésta productora de una circustancia tan excepcional como la exigida en el precepto invocado, para ordenar voluntades por causa de muerte?

La declaración formal a que alude nuestra Constitución no puede tener lugar, ya que su naturaleza de interior conflicto, excluye el reconocimiento de otra personalidad o potencia a quien dirigirla. Tampoco puede servir de punto para distinguirla el de que las hostilidades se abran entre ejércitos regularmente organizados, elemento esencial para algún autor, ni mucho menos el que sea reconocida una de las partes contendientes.

A nuestro juicio, sean cuales fueren los elementos con que se opere, y la simpatía, aquiescencia o auxilios dados a la facción, sus actos no pueden quedar desnaturalizados frente al Poder constituído, en tanto éste se mantenga en sus funciones. La organización y efectivos de las milicias levantadas pueden tener apoyo económico o personal de procedencia dudosísima, como igualmente pueden serlo las declaraciones que, con ingerencia oficiosa, pronuncie un Estado, y sean cuales fueren los móviles que induzcan a ello no bastarán a desvirtuar el calificativo de *rebeldes* con que se les tilde hasta tanto ocupen el mando y desempeñen íntegramente la función dejada vacante por la organización que derrocaran. Por tanto, hasta llegar este instante, caerán dentro del orden jurídico penal, por su consideración de delincuentes, y sus conductas revestirán formas varias de delitos contra la seguridad exterior del Estado, contra la Constitución o contra el Orden público, previstas todas en los tres primeros capítulos del Código Penal Ordinario, cuando no incluídas en los correspondientes del de la Marina de Guerra o en el de Justicia Militar.

En estos casos sólo a través de un precepto, al que oportunamente se aludirá, caben las homologaciones entre el período de turbulencia y el *en tiempo de guerra.*

Paralelas con las anteriores hipótesis pueden ofrecerse dos situaciones de orden externo e interno, respectivamente.

En el primero, hecha omisión de aquellas que no son de analizar con vista de nuestra política internacional, de la que no se derivan mandatos ni colonizaciones, es digna de estudio la misión de Protectorado que tenemos asignada en el norte de Marruecos, y en la que han sido precisas, no meras funciones de policía, sino verdaderas contiendas, durante prolongados años, a veces con pérdidas tan sensibles y cuantiosas que, si reveladoras de actos heróicos o patentizadoras de sacrificios, no menos lo son de la existencia de una lucha igual cuando no más peligrosa que las desarrolladas entre naciones beligerantes. Sin embargo, esta labor que impuso una serie de relaciones oficiales con Gobiernos extranjeros (67) y la mutua colaboración con alguno de ellos a los fines de acción militar, hasta darla oficialmente por conclusa, creándose como conse-

cuencia de ella la Medalla de la Paz (R. D. de 21 de noviembre de 1927), no fué precedida, ni pudo serlo, de una declaración formal de guerra.

De igual suerte las funciones asignadas a la Alta Comisaría, en Decreto de 15 de febrero 1935, permiten a ésta autorizar operaciones de guerra, repeler las unidades militares las agresiones e imprimir operaciones de *castigo*. En todos estos casos es innegable la existencia de un choque armado ; pero no lo es menos que ninguno tendrá por nuncio esa declaración antes aludida, ya que, como dijo expresamente la Comisión Parlamentaria encargada del proyecto de Constitución, en la respuesta que diera su Presidente, señor Jiménez de Asúa, a instancia del diputado señor Ossorio (D. A.), a los efectos de la redacción del artículo 6.º, de nuestra Ley Fundamental, no pueden estimarse como guerra las operaciones exigidas por una acción de protectorado.

En el orden interno, aunque ocasionalmente, con caracteres de transitoriedad o brevedad, pueden presentarse motines, algaradas, pronunciamientos, etc., que si, como llamada guerra *civil*, permiten ser incluídos, sus variados matices insurreccionales, dentro de diversas figuras delictivas, acarrean situaciones de peligrosidad análogas a las de guerra, cuando no más graves, tanto por los medios empleados cuanto por la forma artera y cruenta conque suelen utilizarse.

Desistimos de seguir exponiendo el sinnúmero de aquellas circunstancias que, por su equiparación a la establecida como necesaria, pueden conducir a erróneas interpretaciones ; pero antes de llegar a una conclusión, y creyendo demostrado lo impreciso de la frase *en tiempo de guerra*, pasemos a estudiar el segundo elemento que, como convergente, se requiere.

En campaña. La redacción del artículo 716 permite llegar a dos conclusiones : una, que sólo los militares pueden encontrarse *en campaña* y, por tanto, dada esta situación y la anterior de *en tiempo de guerra* concurren los elementos precisos para el goce de las formas testamentarías peculiares : otra, que a las demás personas, aforadas o no, les basta con el singular requisito de *en tiempo* y uno accidental y vario, constituído por estar empleadas en el ejército o seguir al mismo.

A tan desdichada redacción se dan corolarios absurdos porque de tal pecarían esas distinciones si fuesen el punto de arranque para llegar a conocer lo que quiso el legislador.

Nos detiene en la literal interpretación, ver consignada la clase de los voluntarios como excluída de entre las que reciben la consideración de militares, y además ¡ asombrándonos !, extendida la testamentifacción activa, así otorgada, « a los demás indivíduos empleados *en el Ejército* o que sigan a éste ».

¿ Cómo sospechar que el propósito del legislador fuese dar facilidades para aquéllos que, empleados o siguiendo al Ejército, y atendida sólo a la situación de *en tiempo de guerra*, acudieran a las formalidades testamentarias establecidas como excepcionales - ordinarias, en tanto a los posibles combatientes o en condiciones de estarlo se les condiciona a otorgalo *en campaña* ? Imposible ; sería de una injusticia desoladora que el *temporero*, dedicado a la compra de víveres por cuenta del Ramo de Guerra, en retaguardia, pudiese testar militarmente, y el oficial, próximo al teatro de operaciones, pero en punto que no rigiese el Reglamento de campaña, se viera obligado a guardar las formas ordinarias o comunes.

Habríamos llegado a invertir los términos en forma tal que al suprimir el carácter privilegiado para los llamados militares lo traspasábamos a los que, de manera más o menos casual, les servían o acompañaban.

Hubiésemos preferido que, en este caso, como en tantos otros, nuestro articulado resultara calco de legislaciones extranjeras, no porque ellas sean lo suficientemente precisas, pues algunas requirieron ulteriores redactados, sino por su mayor claridad o por las interpretaciones de que se las ha hecho objeto. En Francia, después de leídos los artículos 93 y 981 del Código Civil, modificados por leyes de 8 de junio de 1893 y 17 de mayo 1900, y la instrucción de 1894, Ley de 2 de junio de 1915, Circular del Guarda - Sellos de 8 de julio de igual año y ley de 14 abril de 1923, llegamos a la conclusión de que, en territorio nacional y en tiempo de paz, las reglas de derecho común son aplicadas : en territorio nacional, en los casos de movilización y durante el período de hostilidades y en plaza sitiada y, por tanto, dentro de la zona de las armas

puede acudirse a las formas especiales, sin que ellas sean excluyentes de las comunes si pudieran observarse ; y fuera de territorio nacional, ya en tiempo de paz como de guerra, es decir, aún después de signada la paz y hasta el instante mismo en que las tropas rebasan la línea fronteriza de su país, las autoridades a quienes se les confiere pueden recibir los testamentos.

En Italia, el artículo 802 del Código, aprobado por decreto de 30 de noviembre de 1865, número 2606, atribuye la potestad de usar el testamento castrense a todos — aquellos que están en una expedición militar por causa de guerra, tanto en país extranjero como en el interior del reino o acuartelados o de guarnición, fuera del reino o prisioneros en poder del enemigo o en otros lugares donde estén interrumpidas las comunicaciones —.

En Portugal, y para referirnos a los países vecinos solamente, el artículo 1944 previene que dicha modalidad testamentaria pueden hacerla los militares y empleados civiles del Ejército en campaña fuera del reino, o dentro del reino estando cercados en la plaza, o residiendo en tierra cuyas comunicaciones con otras estén cortadas, si en esa plaza o tierra no hubiera notario.

No constituirá, pues, osadía, si se afirma que el requisito de campaña le es de exigir en principio a los empleados del Ejército o a quienes le acompañan, sea cual fuere lo que por tal circunstancia entendamos.

Pero ¿ qué es el Ejército en campaña ? Esa obra perfecta en su género, y en su forma digna del pueblo en que se escribieron el Fuero Juzgo y Las Partidas, llena de humanidad, con base sólida, que es reveladora de la creciente suavidad de costumbres y que se debe al insigne general Almirante, llamada oficialmente — Reglamento para el Servicio de Campaña —, y como tal aprobado por Ley de 5 de enero de 1882 (Colección Legislativa del Ejército, número 25), nos dará alguna idea sobre lo que quiso indicar el cuerpo de redactores del Código Civil.

En el título 1.º de dicha disposición, que lleva por rúbrica *Organización del Ejército en operaciones*, dice que éste puede encontrarse en pie de paz y en pie de guerra : tiene por lo tanto dos servicios distintos : el de guarnición y el de campaña. El pase de uno a otro se efectúa por

una serie de medidas que toman el nombre genérico de movilización, siendo la de concentrar el hecho de conducir a las tropas desde sus respectivas guarniciones al teatro de la guerra, es decir, a la frontera o al territorio amenazado. La parte de colectividad militar que, segregada de la que permanece en el país, constituye el Ejército de operaciones toma, desde luego, su organización peculiar. Más adelante, en el Título XIII relativo a — Campamentos — diferencia a las tropas en reposo dentro de una modalidad natural ; acampadas y acantonadas.

Por el primer concepto entiende cuando el albergue se hace en tiendas o barracas, fuera de los núcleos urbanos, (pues si careciese de los primeros elementos estarían en vivac) y por el segundo si, en forma total o parcial, habitan lugares o poblaciones en concepto de alojados.

La zona de campaña a que se remiten los artículos 498 al 522, más que dar un perímetro de lugar, integran meticulosos consejos de estrategia, en orden a la elección de posiciones, sin que se afecte para nada a la naturaleza jurídica que ha de merecer.

Con vista de lo expuesto podemos deducir dos consecuencias, no excluyentes entre sí : una, que el hecho de concentrar las unidades poniéndolas en el teatro de la guerra, sea éste la línea fronteriza o el territorio amenazado, hace aplicable los preceptos del reglamento: otra, que la separación del ejército combatiente del que permanece guarneciendo el país o dispuesto para las órdenes de salida, motiva que, en cuanto al primero, sus normas de conducta se ajusten a los preceptos que examinamos.

En nuestro deseo de acomodar la circunstancia de *campaña,* exigida por el artículo 716 del Código, hemos hecho una incursión a través de toda la materia a ella atinente, y el resultado no es más práctico que el que arroja el Reglamento así conocido.

Es frecuente conceder abonos por permanencia en el territorio de operaciones (el decreto de 26 de abril de 1894, los otorga para la llamada guerra de Melilla ; el de 1.º de septiembre de 1896 los concede en forma varia a los que cooperaron a sofocar la insurrección Cubana y Filipina ; el de 13 de mayo de 1916, entre otros muchos, para el ejército de Marruecos), y a veces éstos se especifican muchos años después de

tener lugar éstas. Baste consignar el Decreto de 15 de febrero de 1928, para hechos que se verificaron en los precedentes de 1911 al 1912. En la legislación de condecoraciones, tan prolija como fragmentaria, se contienen multitud de citas para las diversas creadas en razón a distintas campañas, y, al final, un decreto de 17 de diciembre de 1931 acaba por unificar las divisas, conservando detalles particularísimos del lugar en que se hicieron acreedores al distintivo, etc. etc.

Haciendo gracia al lector del relato de nuestra peregrinación sobre las innumerables disposiciones positivas acabamos, como lo hace Mucius Scaevola (68), imputando al término *campaña* un carácter negativo, es decir, lo contrario que el servicio de guarnición o de quietud en los cuarteles. No de otra suerte puede comprenderse, pues aún cuando quisiéramos desplazarle de su verdadera acepción otorgándole, a través de antecedentes históricos, una determinativa misión en función de espacio, en lugar de la de tiempo, que es la exacta, la realidad se nos impondría con avasalladora fuerza, más aún, en estos tiempos, en los que la aviación amplía tan considerablemente la zona de guerra llevando el peligro por detrás de las lineas de choque, en que el empleo de agresivos químicos, tan temidos, obliga a realizar a la población civil ensayos que la preserven el día de la conflagración (69), y la misma balística reserva insospechadas creaciones o sorpresas extraordinarias.

Sin embargo, no es de suponer en el legislador una alegación estéril al exigir *en campaña*, y en la necesidad de asignarle al término un alcance, no hallamos otro que el propósito de diferenciar, dentro de un mismo *tiempo de guerra* a las unidades combatientes de las que no lo son.

La atingencia, empero, queda sin logro, no obstante lo cual así lo apreciamos, provisionalmente, hasta llegar a las deducciones perseguidas.

Fines del Ejército son, conforme a los artículos 2.° y 1.°, respectivamente de la ley Constitutiva y su adicional, antes invocada, — sostener la independencia e integridad de la Patria, defenderla de enemigos exteriores e interiores y velar por el imperio de la Constitución y las leyes —.

Razones, por consiguiente, de orden internacional o nacional pueden conducir al empleo de las armas.

La guerra entre Estados no siempre se declara, aunque la tradición y el derecho moderno impongan tal necesidad. No es posible, según dejamos sentado, supeditar la producción de sus efectos jurídicos, siquiera sea en el orden testamentario, al reconocimiento de la beligerancia entre los ejércitos, ya que unas veces se provocan colisiones antes de que la declaración aparezca y, otras, a la ruptura de las hostilidades, por quedar éstas en el plano de lo formal o diplomático, no subsiguen choques entre combatientes, limitándose en este último caso, del que tenemos ejemplos en la contienda del 1914 al 1918, a un apoyo moral cerca de uno de los bandos y al que se suman para merecer la consideración de aliados. Si aún en ésta, de naturaleza internacional, la declaración de guerra fuese precisa para computar el *tiempo* de ella, a partir sólo del instante en que se emitiera, los obligados a contender en los momentos precedentes estarían en una situación desventajosa, por lo que a la testamentifacción se refiere, y los caídos en la lucha tendrían una paz en la que no hay para qué observar disposiciones legales.

Asimismo el empleo del Ejército en operaciones de guerra o *castigo*, sea a virtud de nuestra misión de Protectorado en Marruecos (70) o para mantener la soberanía de las Posesiones españolas, puede exigir el otorgamiento de esta modalidad testamentaria militar, bien por la existencia de los peligros inherentes a la función o cometido, o porque la carencia de notario en dichos territorios haga imposible la observancia de las normas comunes.

De igual forma, en momentos de turbulencia, de atentados a la propiedad y al ejercicio pacífico de todos los derechos y libertades, instantes en los que no se precisa una solemne declaración de guerra, pero que han de ser sofocados y reprimidos con una energía que obliga al empleo de las armas, tengan aquellas convulsiones una permanencia que las haga merecer el calificativo de lucha civil, o una localización de insurgentes en determinada zona o provincia, es precisa la estimación de circunstancias para, con vista de ellas, autorizar el ejercicio de la testamentifacción activa privilegiada.

En ese complejo que resulta integrado por los factores *tiempo de guerra* y *campaña* sería difícil la concurrencia de ambos si no encontrá-

ramos el apoyo de un precepto legal que, con acierto, homologa dichos términos.

En efecto, sin acudir, para el primero, a establecer un parangón con el *en tiempo de epidemia* y cuya frase arroja interpretaciones diferentes, según Isabal y Sánchez Román, toda vez que no se trata de examinar el alcance de una sola circunstancia, sino de su relación con otra, estimamos que, sean las intervenciones a que se lleve el ejército de índole nacional o internacional, su apreciación exacta habrá que buscarla en el artículo 215 del Código de Justicia Militar, aprobado en 27 de septiembre de 1890.

La norma invocada, aunque de tipo punitivo, acaso por esto, ya que a mayor gravedad en las sanciones debe existir una correlación de derechos más voluminosa, establece cuatro reglas de las que podemos inducir qué se entiende por *tiempo de guerra* y qué por *campaña.*

Consideración idéntica merecen las tropas que se hallen en territorio declarado en estado de guerra o en operaciones de campaña, siempre que exista, con notoriedad, frente a ellas o en sus aguas marítimas jurisdiccionales o en el área de su influencia, cualquier fuerza enemiga o armada (regla 2.ª) ; y serán reputadas en campaña cuando residan u operen en las plazas o territorios declarados en estado de guerra, aunque no aparezca ostensiblemente ningún enemigo armado (regla 4.ª). Es decir, que, respectivamente, quedan asemejadas, en el primer caso, las circunstancias expuestas, cuando no se subordina la de campaña al excepcional declaratorio de orden público. Con lo cual la extensión geográfica de aquélla será la que se determine para éste.

Ahora bien, ¿ será bastante que se haya declarado el estado de guerra para que por él entendamos que es tiempo de ella ? Con tener en cuenta el carácter extremo y definitivo que, para tal situación, determina el capítulo IV de la Ley de 28 de Julio de 1933 ; su posible antecedente en los llamados de prevención y alarma ; el no poderse decretar sino por el Gobierno, cuando afecte a la capitalidad de la República, o a todo el territorio de una región autónoma o a más de una provincia ; la concurrencia de su apreciación por las Autoridades supremas de un lugar en los demás casos, y siempre con el imperativo de dar cuenta a las

Cortes o a su Diputación Permanente, sería bastante para considerar que sólo por motivos de una peligrosidad inminente es acordado y, por tanto, siendo tan varios los factores que al mismo pueden impeler, en nada obsta para que el acto formal de su declaración sea equivalente al de guerra.

Pero no basta con lo expresado, que pudiera parecer atrevida deducción. La entrada en el llamado *estado de guerra* se motiva por la publicación de los Bandos que los Generales en Jefe o los Gobernadores de las Plazas dictan a todos los que moran dentro del territorio de su jurisdicción, en este caso absoluta, ya que las demás o se compatibilizan o se subordinan a la única existente, que es la militar. Esos bandos, que al decir de uno de nuestros más grandes caudillos, *valen tanto entre la gente de guerra como Bartolo y Baldo*, tienen, hoy, en todos los países que admiten los principios del Derecho constitucional moderno, el carácter de disposiciones delegadas del poder legislativo, razón por la que quienes están encargados de pronunciarles, poseen una facultad ordenadora semejante a la ley. Esa consideración le atribuye, en el derecho francés, el insigne tratadista Duguit, y esa es la que ha merecido dentro del nuestro. El artículo 15, tratado y Título octavo de nuestras ordenanzas, dice que — el capitán general, comandante general o comandante general de un ejército en campaña, tienen plena autoridad para hacer publicar los bandos, los cuales tendrán fuerza de ley — y conteste con tal fuente, el Código de 1884 la reproduce, para pasar en análoga forma al artículo 171, párrafo segundo, del vigente de Justicia Militar, en relación al 9 de dicho Cuerpo legal.

De esa forma queda indeferenciada la circunstancia de *campaña* de la de especial de *estado de guerra*, a la manera cómo se produce la ley de 1933, que, refiriéndose específicamente a él, determina en el artículo 58, ser de la competencia de la autoridad militar, la adopción de las medidas que las civiles tienen atribuídas, las demás que se autorizan por dicho precepto y cuantas sean necesarias para el restablecimiento del orden.

Y es que, sea cual fuere el concepto que tengamos del Estado, ya le asignemos como Kant la misión única de realizar el derecho, o como Molinari y Bastiat, — el ejercicio de la industria de seguridad y su manteni-

miento —, las normas excepcionales, en este caso de tipo jurídico - militar, se derivan de un principio de Derecho público que no tiene su asiento en el normal desenvolvimiento de los poderes, y éstos, como la mayor o menor amplitud de los reconocidos a los ciudadanos, cederán ante la misión protectora que les libre de los enemigos exteriores cuando pretendan imponer servidumbre o de los interiores que impiden un convivir pacífico.

De tal suerte, exigiendo harta veces el sacrificio de ideales en aras de tan primordial objeto, la ley militar resulta de las llamadas de *salud pública*, como dijo Le Faure (7), descansando sobre la imperativa de una necesidad social. Por tanto, volviendo al tema que nos ocupa y creyendo demostrado el alcance de la declaración del estado de guerra, podemos afirmar que él, normalmente tiene, ante la imprecisión dada a la frase *tiempo de guerra* por el art. 716 del Código, una equivalencia exacta con aquél, ya que hay guerras que no se declaran ni pueden serlo, y luchas que, aunque idénticas o más peligrosas que las conflagraciones internacionales, ponen al ejército en situaciones de peligrosidad igual, aunque no merezcan la calificación de aquéllas.

No nos explicamos cómo algunos autores (72), distinguen los términos *tiempo de guerra* y *campaña*, pues si lo primero llega a analogarse a lo segundo (y buena prueba de ello es la redacción que emplea el legislador en el artículo 4.° de la Ley de 17 de julio del corriente año, al reorganizar la justicia militar), bastaría pensar en la facultad que tienen las autoridades militares para ratificar la consideración, que atribuye la regla 4.ª del artículo 215 del Código de 1890, a las tropas, para tenerlos y aceptarlos por comunes.

Además, el Decreto de 10 de marzo de 1920, por el que se regulan las recompensas en tiempo de guerra, no se reduce, en su aplicación, a los casos en que ésta es declarada entre España y otra nación, sino que aceptado el hecho, por el que se conceden cualesquiera de las varias allí reseñadas, como de guerra (73), se estima motivador de otorgamiento, y no es de temer un criterio más restringido en materia testamentaria.

Aún nos resta otra consideración importantísima. Antes dijimos a cuán varia e injusta resultancia conduciría el tomar como inicio de un

conflicto armado el momento en que éste tuviera declaración oficial, y la diversa atribución que, en orden a la facultad de testar, poseerían los que, en igual peligro, corrieran éste con anterioridad o posterioridad a tan importante fórmula. El hecho de declarar el estado de guerra medio preventivo no será a tales fines solución tardía. Al contrario, porque así como una declaración de ella, entre dos estados será imposible que contenga normas retroactivas, no será igual cuando se trata de una atribución del poder ejecutivo quien puede dar tales efectos a los hechos anteriores al en que se acuda al excepcional del artículo 50 de la Ley de Orden público.

Tal se verificó, últimamente, por decretos de 29 de noviembre de 1934 y 28 de diciembre de 1933. Una y otra disposición no deben redargüirse de ultralegales por cuanto que en ellas sólo se atiende a dar estado a una situación presentada con triste autencidad (74). Ambas vienen a confirmar la regla 3.ª del artículo 215 antes dicho, en el que se considera a las tropas al frente de rebeldes o sediciosos, siempre que haya dentro o a la vista de la localidad, campamento o posición que aquéllas ocupen, cualquier grupo o fuerza armada en actitud rebelde o sediciosa, aún cuando no hubiese precedido declaración formal del estado de guerra.

Por tanto, y si se puede declarar el estado aludido en forma provisional, cuando súbitamente se presenten los acontecimientos, con tanta más razón puede darse a posteriori un reconocimiento oficial haciéndole partir desde la fecha en que se iniciaron. Además al Ejército cabe emplearlo, hasta un tercio de sus efectivos, en auxilio de la autoridad civil cooperando en el mantenimiento del orden público, y sería injusto que a tales fines, por declinar el mando tal autoridad pasara a asumirlo la militar, tuviesen distinta condición los que prestaran sus servicios a las órdenes de una u otra, respectivamente. Al menos por lo que al derecho de testamentifacción se refiere (75).

Concretando, podemos sentar las siguientes hipótesis, acompañadas de sus respectivas conclusiones :

1.ª Supuesta una lucha, sin previa declaración de estado de guerra, pero realizando el Ejército operaciones como si estuviera en campaña, es-

timamos que les es factible a las personas a quienes se les concede el derecho de testar acomodar éste a las formas prevenidas en la sección 7.ª del título y libro III del Código civil, toda vez que la condición de *tiempo de guerra* se genera de hecho por las hostilidades y la de *en campaña* por la clase de servicio prestado, siempre que el punto en que tenga lugar el acto esté dentro del asignado como zona de influencia.

2.ª Declarado el estado de guerra en una o más provincias o territorios cabe el ejercicio de la testamentifacción activa, con las solemnidades de los artículos 716 al 21 del Código Civil, ya que la supernorma que el bando supone, al atribuirse a las tropas que operan en la circunscripción residencia en campaña, integran la dual circunstancia exigida por el primero de dichos preceptos.

3.ª Empleadas las fuerzas del Ejército en la represión de un movimiento rebelde o sedicioso, pero prestando el auxilio que para las autoridades civiles determinan los artículos 17 y 48 de la Ley de Orden público, las disposiciones testamentarias que se otorgaren sólo podrán revestir las formas que, para extraordinarios casos, prevee el artículo 720 en función del 721 del Código Civil, en el que no se precisa la concurrencia de *tiempo* y *campaña* y sí sólo la proximidad del peligro inherente a una acción de guerra, en mérito de la cual se realiza el acto. El uso de las modalidades del artículo 716 y siguiente, aparte de ser vicioso en esta hipótesis, pues que los funcionarios autorizantes no tienen capacidad para serlo, acarrearía la invalidez de la disposición, tanto por lo expuesto como en los casos en que a la declaración de estado de guerra no se le otorgase efectos retroactivos (76).

Por demás está decir que, al hablar de tropas, hacemos extensiva la facultad para cuantas personas tienen derecho al empleo del testamento militar.

CAPITULO IV

Quienes pueden otorgar testamento militar

ANTES dijimos que el artículo 716 del Código Civil comprendía en un mismo párrafo las circunstancias exigidas para el empleo de las normales formas testamentarias militares y las personas que podían hacer uso de ellas. Pero al llegar a este punto, la enumeración peca de imprecisa, incongruente y, sobre todo, de excesivamente laxa. — Militares, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército o que sigan a éste —, son incluídos en amalgama bélica sin que entre unos y otros podamos establecer, a priori, signos diferenciales.

No es que tengamos preferencias por otras redacciones de vecinos códigos, aunque sean más exactos en la enumeración de las causas o en la correspondiente a las personas. El nuestro da una nota de liberalidad laudable y hubiéramos deseado que, junto a ella, apareciesen, con observancia, reglas de método.

En el art. 981 del Francés (Sección 2.ª, tít. II, Lib. III) se les concede testamentifacción activa especial a los militares, marinos del Estado y personas empleadas en la suerte de las armas; el 802 del Italiano solamente autoriza el empleo de ella a los que están en una expedición mi-

litar, por causa de guerra; y el 1.944 del Portugués, comprende a los militares y empleados civiles del ejército.

Justo es declarar que el legislador español supera, con espíritu amplio, la extensión del testamento castrense, el cual es permitido en razón de las circunstancias y apartado todo privilegio de clase, mas, por eso precisamente, surge la necesidad de agrupar los distintos sujetos a quienes afecta, con el fin de que no raye en intolerable abuso materia de tan trascendental importancia.

Clasificaremos, pues, en tres órdenes, las personas a las que, categóricamente o en forma ambigua, se refiere el precepto invocado:

1.º Militares.

2.º Empleados en el ejército.

3.º Indivíduos que siguen a éste.

Militares. La equivalencia de esta palabra no es posible reducirla, cual hace algún autor, con vista sólo de las disposiciones substantivas o adjetivas de la Institución, como tampoco, valiéndose de su gramatical acepción, extenderla a cuantos sirven en la guerra. Lo primero conduciría a estimar la parte por el todo, y lo segundo llega a dispensar una asimilación castrense, incluso a aquellos que, aún interviniendo en la lucha, no pueden merecer tales consideraciones. Así ocurre con los guerrilleros no autorizados por el Gobierno constituído, que se califican como malhechores, en el art. 867 y su concordante 868 del Reglamento de campaña, en razón al carácter anafórmico conque prestan su cooperación.

Valiéndonos, por lo que al Ejército hace, de su ley básica, de la adicional y posteriores, ya que las primeras sufrieron modificaciones considerables, podemos decir que la investidura militar, en su más alto grado, la ostenta el Ministro de la Guerra, a quien, por decreto de 4 de julio de 1931, se estima — como Jefe supremo en orden al mando, gobierno y administración de las fuerzas, institutos y servicios a él sometidos —.

En la llamada — Administración Central — del Ministerio, aparecen organismos de cometidos varios, algunos de enlace con otros Departamentos, otros al servicio de la Casa Presidencial, y los más constituyéndose en elementos de preparación, instrucción, inspección o estudio, ora de los planes de defensa o de las unidades.

Inspecciones, Consejo Superior de Guerra, Estado Mayor Central, Juntas Consultivas o Facultativas, Comisiones Centrales, Asambleas, Consejos Directores, etc., etc., en cuya enumeración no hemos de detenernos, están compuestos por elementos aforados que figuran en las diversas escalas de la organización armada. Igualmente la Subsecretaría, con sus secciones y negociados, y cuantas otras dependencias entienden en el despacho y trámite de los asuntos de administración y gobierno del Ejército, tienen adscritos funcionarios con las debidas categorías y empleos.

Por tanto, a los fines de sistemática en los llamados militares, dividiremos a su vez los del Ejército de tierra en tres grupos; uno contituído por el Estado Mayor General y al que se hallan afectos todos los Oficiales Generales, en sus grados respectivos de división y de brigada y los asimilados a este último; otro integrado por los Jefes, oficiales y suboficiales de las diferentes armas, cuerpos e institutos; y un tercero por las clases e indivíduos de tropas.

Omitiendo, por lo que al primer grupo se refiere, toda distinción entre sus situaciones de actividad, 1.ª y 2.ª reserva, y aún la derivable entre los procedentes de Armas y Cuerpos, podemos anticipar que sólo los que se encuentran en la 1 ª de dichas situaciones o en las de reserva, pero con desempeño de mando o destino, gozarán de la facultad de ordenar sus últimas voluntades conforme a las especiales castrenses.

El segundo y tercer grupo lo estudiaremos concorde a la clasificación legal, establecida en 12 de Septiembre de 1932, en la que se distingue entre Armas, Cuerpos, Servicios e Institutos.

Poco importa que, en cuanto a la de Infantería, sus componentes se hallen afectos a Regimientos de línea o de carros de combate, a Batallones de montaña, ciclistas o de ametralladoras, a la Compañía Disciplinaria o cualesquiera otras unidades; o que en Caballería lo sean a sus respectivas de Regimientos o Grupos, Escolta Presidencial, Depósitos de recría y doma o al Central de ganado; o que los de Artillería pertenezcan a Regimientos ligeros, pesados, a pie, a caballo, de montaña o de costa, o a Grupos mixtos, o de información, o contra aeronaves, o a columnas móviles; o que los Ingenieros tengan cometi-

dos de Zapadores - minadores, pontoneros, trasmisiones, iluminación, alumbrado, ferrocarriles, automovilismo, aerostación, o se constituyan en grupos mixtos; o que la aviación, dependiente hoy de la Presidencia del Consejo, adopte denominaciones propias, o distinga sus fuerzas en independientes o divisionarias; los que componen todas ellas, en servicios de las cinco armas enumeradas, y aún los que sin depender directamente de las mismas, presten otros, sea en organismos regionales, cual Juzgados, Cajas de reclutas, Secciones de Contabilidad o de destinos, Juntas de Clasificación, Vestuario, Arrendamientos, Parques, Comandancias de obras y fortificaciones, sea en los centralizados, aún radicantes en distintos puntos del territorio nacional, cual las Fábricas, Talleres, Industrias, Laboratorios Escuelas (Superior de Guerra, de Tiro, de Gimnasia, de Equitación, de Aeronáutica, de Automovilismo de Transformación, de Transmisiones, de Preparación militar, de Información, de Topografía, etc.,) Colegios, Academias, etc., etc., en una palabra, cuantos jefes, oficiales, suboficiales clases e indivíduos de tropa, se afecten a tales actividades recibirán el común denominador de *militar*es, sin que sea obstáculo para ello, antes al contrario, ratificación del adjetivo, los nombres con que se conocen los empleos de Coronel, Teniente - Coronel, Comandante, Capitán, Teniente, Alférez, Subteniente, Brigada, Sargento, Cabo, Soldado y Alumno de las armas en que se encuentran escalafonados o adscritos.

Por Servicio se entiende, conforme a la Ley invocada y decreto de 21 de Marzo de 1933, el de Estado Mayor. Su desempeño se confía a los que formaron el Cuerpo, así llamado, y a los Jefes y oficiales que, ostentando el oportuno diploma, proceden de las armas y a los cuales, periódicamente, se les hace objeto de tal misión. Unos y otros conservan sus categorías militares.

Cuerpos, llamados auxiliares en la ley de 1889, son el Jurídico, Sanidad, Intendencia, Tren y Directores de Músicas militares. Sus componentes tienen denominaciones propias a virtud de las que, en los respectivos empleos, se asimilan, cuando no identifican en sus categorías, a las señaladas en las Armas. Tampoco se desnaturalizan en su condición de militares, porque los del primero presten funciones varias de asesores,

fiscales o auditores; o porque las ramas de medicina, farmacia y veterinaria, que integran el segundo, tengan las suyas en Comandancias de tropas, Hospitales, Clínicas, Laboratorios, Institutos de higiene, Parques, Ambulancia, Unidades de evacuación, Enfermerías, Oficinas de medicamentos, dependan de la Administración Central o de la Regional, o se hallen afectos a unidades armadas; o porque el servicio de Intendencia lo sea en forma autónoma o subordinada en los de Avituallamiento, Material, Combustible, Caudales, Acuartelamiento, Depósitos, Parques o Tropas; o porque los de tren se constituyan en secciones o compañías, motorizadas o hipomóviles o tengan a su cargo Talleres, Parques o material de campaña y transportes.

La denominación de Institutos se dá a los de la Guardia Civil y Carabineros que, si bien dependen de los Ministerios de Gobernación y Hacienda, en forma respectiva, tienen su organización militar, se rigen por las Ordenanzas del Ejército y Cartillas de Cuerpo y, llegado el instante de la declaración del estado de guerra, dependen del Ministerio de este nombre y de las autoridades militares que asumen el mando. En uno y otro las categorías son idénticas a las de las Armas.

Mención especial merecen fuerzas con cierta semejanza a la de los Institutos, como las de Miñones, Miqueletes y Escuadras de Cataluña, organizadas militarmente, con divisas cual las del Ejército, y objeto de empleo en cooperación con éste, al llegar los instantes excepcionales de aquella declaración de estado de guerra.

Por último, en nuestra Zona de Protectorado en Marruecos se encuentran las tropas del Tercio, Regulares Indígenas, Jalifianas (Mehallas y Mejaznías), y otras, que, cual las de Guardia Civil y Batallón de Tiradores de Ifní, tiene organización, fuero y categorías militares.

Sintetizando, nosotros entendemos por militares a cuantos debidamente escalafonados se encuentran en cualquiera de las situaciones que define el decreto de 7 de septiembre 1935, o, a quienes, sin poseer la primera de dichas circunstancias, forman parte del contingente mililitar, determinado con arreglo al artículo 37 de la Constitución. O, dicho en otros términos, cuantos se enumeran en el párrafo primero del artículo quinto del Código de Justicia Militar, toda vez que en tan amplia califica-

ción quedan incursos los procedentes de Cuerpos disueltos o extinguidos, los movilizados para el servicio de las armas y aún aquellos que, retirados de él, se ofrecen en los instantes críticos de la vida nacional y en los que recuperan, siquiera sea transitoriamente, sus antiguas divisas. Sirvan de ejemplo, a esta última hipótesis, los preceptos de la Circular de 7 de octubre de 1934.

Pero con todo, sólo hemos expuesto el alcance de tal denominación genérica referida al Ejército de tierra. Los que componen el de la armada son igualmente militares. En el Digesto (38, 1, § 1), quedaban homologados a los *milites*, los *novarchi, trierchari* y tantos otros que desempeñaban sus oficios en las naves de guerra. Hasta llegar a las Ordenanzas de 1748, los preceptos del Ejército eran aplicables a los marinos del Estado, y aún hoy, pese al reconocimiento que de la modalidad del testamento marítimo hace la sección siguiente (8.ª, título y libro III del Código), a la en que se desenvuelve el llamado militar, cabe el que éste se emplee por aquéllos. En efecto, la ley de 10 de noviembre de 1894, en el artículo 11, número 2, atribuye a las autoridades de la armada el reconocimiento de los testamentos otorgados con las solemnidades prevenidas en los 716 al 721 del Código civil, cuando su celebración tenga lugar en tierra y los disponentes, en cualquiera de aquellas formas tuvieran el carácter de aforados.

Por tal medio se delimitan con toda claridad las pertinencias, en cuanto al ejercicio o uso, de los llamados testamento militar y marítimo, respectivamente. El último tiene su razón de ser en mérito de los riesgos que la navegación impone ; mas sería injusta la norma si, a los que corren los peligros inherentes a la profesión de las armas, les privase de forma tan típica de expresión de voluntades postreras. Merced a tal precepto y sin desvirtuar el formalizado ante las autoridades de las embarcaciones, los marinos de guerra, ya operen con independencia de las fuerzas del Ejército o lo hagan en unión de éste, aseguran hasta sus últimos instantes la manifestación de sus deseos.

Para no detenernos en el examen de quienes deben ser reputados como marinos de guerra, tanto más innecesario cuanto que la facultad que se les confiere es la de hacer su testamento atendidas las condiciones

de lugar, afirmaremos, con vista del Código de 1888, que en el común término se comprende desde el Ministro del ramo a todos los indivíduos que pertenezcan a cualquiera de los Cuerpos o Institutos de la Armada y a cuantos dependan de aquél.

Antes de cerrar este primer orden y para agotar el apelativo de militares, podemos decir que por tal debe tenerse, siquiera sea a los efectos de testamentifacción activa castrense, a todos los indivíduos del Cuerpo de Seguridad que, por el mero hecho de declararse el estado de guerra y en función de los preceptos de su reglamento (artículos 5, 589 y 591, entre otros, del aprobado por Decreto de 30 de abril de 1931), pasan a depender de las autoridades que asumen el mando, respondiendo con ello a la organización disciplinada que tiene tal organismo de policía gubernativa. En idénticos casos, y declarado así en los Bandos, pueden quedar asemejados a los anteriores, los integrantes de la Municipal, dados los términos del Decreto de 9 de octubre de 1934, en los que se les militariza al igual que a cuantos intervienen en el mantenimiento del orden público, y a los que, en determinadas circunstancias, se les inviste de la consideración de fuerza armada.

Punto señalado es aquel concerniente a la llamada Guardia Colonial de la Guinea Española. Sus componentes ostentan en principio la condición de policía gubernativa, mas en especiales circustancias, previstas en el decreto de 30 de noviembre de 1932, alcanzan su identidad con las del Ejército y, por ende, gozan, como las de éste de la facultad de ordenar sus últimas voluntades conforme a las modalidades del llamado testamento militar. No creemos sea óbice la posibilidad de acudir a las formas especiales creadas por decreto de 10 de agosto de 1928, pues en nada excluyen las mismas a las otorgables en casos de extraordinaria gravedad.

Empleados en el Ejército. Declarados a extinguir todos los Cuerpos político - militares, se constituyó, con los pertenecientes a ellos que voluntariamente quisieron aceptar la nueva organización y el personal temporero y eventual que prestaba servicio y reuniera determinadas condiciones, el llamado — Cuerpo Auxiliar Subalterno del Ejército —.

Este, que debe su origen a la ley de 13 de mayo de 1932, se compo-

ne de cinco secciones, independientes, que reciben los siguientes nombres; auxiliares administrativos; subalternos periciales; auxiliares de obras y talleres: taquimecanógrafas, y conservación y servicio de edificios, respectivamente. Las funciones que se les encomiendan responden a la denominación recibida, siendo su genérica misión la de auxilio en los órganos de la administración central o regional y en los Cuerpos y establecimientos del ramo de guerra.

Auxiliares de oficinas y almacenes, Maestros de Artes Gráficas, de talleres, de fábricas de artillería, Delineantes, Topógrafos, Ayudantes de obras, Celadores, Armeros, Ajustadores, Practicantes de Medicina y Farmacia, Enfermeros, Radiooperadores, Picadores, Herradores, Forjadores, Silleros, Basteros, Guarnicioneros, Obreros filiados de Artillería e Ingenieros, Conserjes, Porteros, Mozos, etc., etc., integran el susodicho Cuerpo.

A todos los estimamos como empleados en el ejército, y no como propiamente militares, porque si bien se organizan bajo los auspicios de una subordinación cerca de los jefes a cuyas órdenes se encuentren por la índole de sus cometidos, no tienen asimilación con ellos, y sí sólo se les otorga *consideración* de oficial o suboficial en razón del sueldo que disfruten.

No hay para qué establecer distinción entre los que se escalafonan en las diversas secciones y los que, procediendo de Cuerpos político-militares, prestan análogos servicios que los enumerados, porque, según dijimos anteriormente, los que no optaron por formar parte del nuevo organismo, conservan su condición, asimilaciones y prerrogativas, y por tanto quedan incluídos en la común de militar. Aparte de que, en nada afecta a la facultad de testamentificar en las formas especiales castrenses, toda vez que unos y otros se encuentran comprendidos en el art. 716 del Código civil. Y en verdad que nos alegramos de la amplia redacción que tuvo el legislador para el citado precepto, pues el número de los que se encuentran en esta situación de auxiliares supera actualmente al de cinco mil.

También merece la calificación de empleados en el ejército el personal obrero que se contrate conforme al reglamento de 12 de diciembre

de 1933 y 3 de mayo de 1934, ya que la reserva contenida en el título IX, artículo único, del mismo, puede provocar, en circunstancias extraordinarias el empleo de aquellas excepcionales formas de testar que nos ocupan.

Por estas mismas causas, no se aisla del Auxiliar Subalterno, Sección 4.ª, no obstante su singular reglamentación, el personal femenino que la forma.

Por último, los que se emplearen en los casos de movilización, y a la manera como se prevee en el Reglamento de 7 de abril de 1932, aprobado con carácter definitivo el 14 de enero de 1933, merecerán iguales consideraciones.

Indivíduos que siguen al Ejército. La locución que se emplea bien claramente demuestra una movilidad en las unidades castrensès. Son los peligros y riesgos de la institución armada, compartidos por quienes no ostentan la condición de militares ni la de empleados en el ejército, los que motivan esa excusa o dispensa de los requisitos que en la vida ordinaria son precisos para testar.

La frase no estaba incluída en el proyecto de Código de 1882, y aunque es un tanto laxa, procuraremos interpretarla en el sentido que más se acomoda al espíritu de la Base 15, de la ley del 1888.

El art 132 del Reglamento de campaña, determina que — los indivíduos que quieran seguir al ejército, para ejercer — por su cuenta — un oficio o profesión, lo solicitarán del comandante de la guardia, quien, previos los convenientes informes y dada cuenta al Gobernador del cuartel general, les facilitará el pase —.

Este documento será negado o recogido a todo el que dé motivo cualquiera, en su conducta, de recelo o sospecha, en cuyo caso se considerará expulsado del campo, procediéndose contra él si es habido, así como contra todo el que no se haya sujetado a las formalidades señaladas.

Tiene tal importancia el mencionado pase que, como en su momento observaremos, él da carácter en caso de que sean apresadas estas personas no combatientes, por las potencias enemigas.

Con independencia de esta autorización claro está que también po-

drán expedirse otras por el General en Jefe de las unidades que operan, por el alto mando y por el Gobierno de la nación

Así, por este último, será destinado. conforme al apartado f), del art. 8 del decreto de 15 de febrero de 1933, el personal de la Intervención Civil de Guerra; con lo que no damos por incluído, en este grupo u orden, a los procedentes del Ejército, que, declarados a extinguir, se hallan comprendidos en el primero de los estudiados, aunque desempeñen sus funciones fiscales en la administración con el carácter de desmilitarizados.

Dejando a un lado este inciso, al que en sus momentos nos referiremos con más detalle (pues que si de propósito omitimos su inclusión al ocuparnos de los llamados Cuerpos del Ejército, no enerva tal conducta la necesidad de señalar funciones importantísimas que tenía atribuídas tal organismo, sin que en la reforma se haya pensado a quién competen en la actualidad) y volviendo al término genérico de acompañantes de las tropas que operan, destacaremos los siguientes: vivanderos, cantineros, guías, exploradores, confidentes, vendedores ambulantes, intérpretes, fotógrafos, reporteros, corresponsales de periódicos, agregados militares de otras potencias, y cuantos otros, debidamente autorizados, sea su permanencia, en el teatro de la guerra, transitoria o continuada, se relacionen directa o indirectamente con la marcha de las unidades bélicas o con el lugar donde éstas ejercen su influencia.

Igualmente, hombres de ciencia que deseen estudiar el desarrollo de un objetivo, o los efectos de los proyectiles, o la aplicación de sus conocimientos a la balística, o el análisis y composición de los agresivos químicos, o sus destructoras consecuencias, o el suelo o subsuelo del terreno, o la naturaleza de sus aguas, su composición y aplicaciones, o las fuentes de riqueza, o, en suma, cualquier otra finalidad no concatenada con la guerra o, de serlo, sin hallarse movilizados por ella ni puestos a las órdenes del mando, pues en esa hipótesis se ofrecerían con la consideración de empleados en lugar de la de acompañantes, que es la estudiada, pueden obtener autorización ya del Gobierno ya del Cuartel general.

En idéntica forma, sin adscripción bélica, los criados y servidores

de los aforados y sus esposas y familiares, pueden conseguir permisos para acompañarlos hasta los puntos o lugares que debidamente se les fije.

Unos y otros, al compartir las vicisitudes de la guerra y sus peligros, es natural que, estando capacitados para expresar sus voluntades últimas, se les faculte para poder testar militarmente.

Si este nuestro criterio disiente del mantenido por ilustres civilistas, cual Vitali y Borsari, débese a que los códigos que comentan no adoptaron un sistema tan expansivo como el nuestro.

Aún pudiéramos decir que, sin encontrarse los aludidos acompañantes del Ejército, provistos del correspondiente pase o autorización, pueden testar en foma militar si se encontraran enfermos o heridos, pues el párrafo tercero del artículo 716, no exije más circunstancias que las dichas.

Es laudable tan amplia permisión ya que puede acaecer que, como consecuencia del conflicto, se provoquen enfermedades o heridas que pongan en peligro la vida del testador, y sería altamente injusto negar el uso del derecho de disponer por causa de muerte a quien no pudo proveerse de un documento justificativo de su personalidad, conducta u objeto de su presencia en el lugar.

Aparte de que no siempre se precisa el pase, pues la población civil en cuya comarca se desarrolle la conflagración tiene otros documentos de identidad independientes del concedido militarmente, y si los moradores no han podido o no han querido evacuar la ciudad o poblado, y sufren las contigencias de la guerra, al quedar hospitalizados o recibir el auxilio de facultativos, es natural que ante éstos puedan expresar sus postreros deseos.

Con lo expuesto damos por terminado el examen de los tres órdenes en que dividimos los sujetos a quienes se refiere el artículo 716 del Código Civil, pero no sería nuestro comentario completo si no dedicásemos el oportuno a los independientemente citados, como — voluntarios, rehenes y prisioneros —, todos los cuales quedarán adscritos al orden correspondiente.

Voluntarios. Es inexplicable esta singularización formulada por el legislador, pues, a la publicación del Código, el reglamento para el reem-

plazo y reservas del Ejército, aprobado en 22 de enero de 1883, declaraba en el número 3 del artículo 4.°, que pertenecían también a la institución, como los activos, quienes habían sentado plaza y no habían sido declarados soldados por su suerte. Esto es, que los voluntarios son verdaderos militares que se distinguen de los demás sólo en la forma cómo ingresan en el Ejército.

También constituía antecedente la ley de 11 de junio de 1885, confirmadora de tal declaración, y, con posterioridad, la ley de 29 de junio de 1911, el decreto de 29 de marzo de 1924 y sus reglamentos, hasta llegar al ordenamiento que se proyectó en 24 de junio de 1935, no excepcionaron nunca a los así reclutados de su condición castrense.

En nuestro deseo de encontrar una explicación que justifique la palabra empleada creemos que ella se refiere a los cuerpos francos, partidas guerrilleras, milicias territoriales movilizadas, paisanaje que toma las armas para rechazar la ocupación, y, en general, a toda fuerza irregular que, remunerada o no, dependiendo de las autoridades militares se somete a ellas y coopera a las operaciones de la guerra.

Claro es que, como dice el Reglamento del 1882 en su artículo 867, esas tropas merecen la asimilación militar, y nosotros, siguiendo tal precepto, las consideramos como incluídas en el primero de los órdenes estudiado.

Rehenes. La disposición que acabamos de citar declara en el apartado *Leyes y usos de la guerra* que, unas y otros se constituyen por las restricciones en el procedimiento y conducta para dañar al enemigo; las reservas de humanidad convencionales para reducir la devastación a lo meramente indispensable, y cuantas normas aseguran la lealtad de la lucha, con lo que ésta adquiere un carácter más humano y caballeroso, aminorando antiguos e inútiles desastres. Todo ello, sin más garantía que la buena fe.

La simple lectura de tales conceptos y tantos otros encaminados a reprobar la matanza, el estrago y la ruina que no conduzcan — directamente — al fin de la guerra, a la que asigna como único objeto el aseguramiento de una paz beneficiosa, nos enorgullece como españoles, al considerar el respeto y la influencia que en sus redactores ejercieron

aquellos internacionalistas que, cual el dominico Francisco de Gamboa, más conocido por el P. Victoria, y el jesuíta Suárez, de igual nombre, tanto hicieran por humanizar la política conquistadora.

Nuestra complacencia no es derivada del asombro, pues al tratar de los rehenes, dice en el artículo 866, que se considera como anticuado y también como ineficaz el uso de ellos, esto és, de personas que se dan o se toman a la fuerza, en garantía del cumplimiento de convenios o estipulaciones. Los que en tal concepto se tienen son prenda (reén, en árabe, tal significa) que tiende, por la coacción moral, al afianzamiento de relaciones.

El catedrático señor Torres Campos los consideraba en su doble condición originaria, ya forzosa ya voluntaria, como inútiles a los fines perseguidos en la guerra. Olivar habla de ellos con referencia al Tratado de Aquisgrán (1748), último entre los que aparecen pactos referidos a los rehenes. Y Martens distingue entre pueblos salvajes y civilizados para admitir su licitud cuando se lucha con los primeros y rechazar el empleo cuando lo es con los segundos.

Nuestro, tantas veces invocado, reglamento de campaña, considera abusivo el hacer responsables a los rehenes de las faltas de otros, imponiéndoles penas que siempre serán arbitrarias ; mas prevista la posibilidad de su empleo, determina que — en todo caso deben ser tratados con igual consideración que los prisioneros —.

Por tanto, al orden a que homologuemos éstos a los fines de testamentifacción, quedarán incluídos los rehenes.

Prisioneros. Aunque no los llama *de guerra*, por tal tenemos los previstos en el art. 716 del Código Civil, ya que con miras a tal acontecimiento los hace figurar en la relación establecida.

La coordinación de los intereses bélicos y las ideas humanitarias habían hecho que los usos de la guerra fijaran su atención en los que cayesen en poder de la potencia enemiga. De nuestro derecho entresacaríamos innumerables preceptos, a ellos referentes, pero todos ceden ante los que fueron convenidos en Ginebra, el 27 de julio de 1929, y los cuales se ratificaron por España en 6 de agosto de 1930.

Fuentes que se tuvieron en cuenta para la redacción del *Código de*

Prisioneros de Guerra, lo son: un proyecto aprobado por la XI Conferencia de la Cruz Roja, reunida en 1923, y a la que se presentaron multitud de trabajos; los capítulos pertinentes en los Reglamentos de La Haya, de 1899 y 1907; los protocolos de Stockholmo de 1915 y 1916; las Convenciones de Copenhague de 1917; los tratados bilaterales de 1918 y, seguramente, la experiencia adquirida durante la guerra, reflejada en el tratado de Versalles, de 28 de junio de 1918, y en el de Lausanne, de 24 de julio de 1923 (77).

La autoridad de los preceptos a que hemos de referirnos se robustece pensando en los 47 países que se adhirieron a las nuevas disposiciones.

El artículo 1.º de la Convención hace suyos los correspondientes (1.º, 2.º y 3.º) del reglamento anexo a la de La Haya, de 18 de octubre de 1907, ampliando, en su inciso 2), el círculo de las personas que deben ser consideradas como prisioneros y haciendo extensiva tal condición a las enumeradas en el título VII, que se constituye por el art. 81 como único. De la lectura de tales preceptos deducimos que merecen esa común denominación de prisioneros: todos los indivíduos pertenecientes a la organización militar; quienes formando parte de milicias o cuerpos de voluntarios, con independencia del ejército, reunan las circunstancias de poseer a su cabeza una persona responsable por sus subordinados, un signo de distinción fija o reconocible a distancia, lleven las armas abiertamente y se comportaren en las operaciones según las leyes y usos de la guerra; la población de un territorio no ocupado que, ante la proximidad del enemigo, toma espontáneamente las armas para combatir a las tropas invasoras, aún sin tener tiempo de organizarse militarmente, siempre que lleven las dichas armas abiertamente y acomoden sus conductas a las leyes y costumbres antes aludidas; todas cuantas personas pertenezcan a las fuerzas beligerantes y sean capturadas por el enemigo en el curso de las operaciones de guerras marítimas y aéreas, con las reservas que fueren inevitables, que no serán atentatorias a los principios fundamentales de la Convención; a cuantos se constituyan en formaciones no combatientes, pero que formen parte del ejército apresado y, por último, a aquellos que *siguiendo a las fuerzas,* sin ser

parte directa de ellas, cual reporteros de diarios, vivanderos y proveedores, caigan en poder del enemigo, se juzgue por éste útil su detención y se encuentren provistos del pase oportuno que la autoridad militar a quienes acompañaban hubiera extendido para legitimarles.

Entendida así la frase — prisioneros de guerra — quedan fuera de su alcance aquellos elementos civiles que, como las mujeres, ancianos, niños, etc., etc., permenanezcan en la zona ocupada. Estos, aún siendo internados por conveniencia o necesidad de las potencias beligerantes, no podrán testar conforme a las modalidades castrenses, si bien es de esperar, en fecha próxima, la dación de un nuevo estatuto jurídico internacional que regule metódicamente las condiciones en que deben hacerlo quienes se encuentran en territorio enemigo, sea en el momento de abrirse las hostilidades o después, durante la conflagración, tengan la característica casi militar de movilizados o se hallen exentos de llamamientos a filas.

El espíritu de la Convención no podía olvidar aquellas necesidades jurídicas que se originan por actos otorgables por los prisioneros de guerra. Por eso, en el art. 3.º, tras de declarar que éstos tienen derecho a ser respetados en su personalidad y honor, y las mujeres — algunas de las cuales pueden ser estimadas, por sus servicios, como combatientes — con el miramiento y respeto debidos a su sexo, acaba por reconocer que *unos y otras, en su condición de tales, poseen plena capacidad civil.*

Congruente con esta afirmación, se ordena, en el art. 41 — que los beligerantes darán todas las facilidades para la trasmisión de los documentos destinados a los prisioneros, y, en particular, de los testamentos, pudiendo ser éstos recibidos y redactados (Art. 76) en las mismas condiciones que para los militares del ejército nacional —.

Sin embargo; no es esta última la forma testamentaria que nos ocupa, pues si se otorgasen los actos de voluntad postrera conforme a la legislación de la potencia en cuya guarda se hallaren nuestros prisioneros, el testamento será de la especie de los militares, pero como modalidad de los hechos en país extranjero, y por tanto, no perteneciente al género que nos ocupa en el presente estudio. Este se caracteriza por la acomodación al articulado de nuestro Código civil y por tanto será preciso tener en cuenta otros preceptos de la misma convención.

En el artículo 5.º de su texto se dice que cada prisionero es obligado de contestar, si se le preguntare, sus verdaderos nombres y grados, y en el último párrafo del art. 19 y único del art. 22 se garantizan la posesión de éstos, de las condecoraciones y demás documentos de identidad.

Por tanto, si aún en la común desgracia de la cautividad son conservadas las jerarquías de procedencia y el estatuto personal, en lo concerniente a la capacidad civil, es evidente que en nada se diferenciarán los testamentos otorgados por los militares, en tal situación, como no sea en el curso que habrá que dar a los documentos en que se hallen consignados tales actos.

Lo mismo podemos decir si el conflicto fuera entre potencias que no se hubieren adherido a la Convención o que denunciasen el articulado de ésta, pues la jerarquización militar no se pierde y, en tanto subsistan oficiales autorizantes y testigos, podrán celebrarse los testamentos, cual si continuaran bajo la bandera de la patria a quien sirvieron.

Vemos, pues, cómo a través de los preceptos comentados, y pese al criterio negativo que se mantiene por otros autores, la mayoría de las potencias, a pesar de tener en sus códigos respectivos una enumeración más limitada que la nuestra, en lo que a la testamentifacción activa se refiere, llegan a extenderla a cuantas personas son reconocidas por nuestro derecho (78).

CAPITULO V

Por quiénes son autorizados los testamentos militares

El poder público de toda sociedad organizada, deposita un destello de su propia veracidad en determinadas personas; unas veces constituyendo con carácter profesional el ejercicio de la fe y su dación, otras, invistiendo transitoriamente de tales facultades a aquellos sujetos que le merecen garantías de crédito suficientes y a quienes vincula el desempeño de cometidos análogos.

Las causas que determinan esa amplitud en la autenticación, desorbitándola, al parecer, de la esfera de quienes normalmente la desempeñan, son innumerables, no resultando la menos destacada aquella que tiene su fundamento en la imposibilidad de constituir un extenso grupo de funcionarios que siempre, y en todo lugar, puedan llevar a cabo su peculiar misión.

Todos los pueblos que han pretendido desenvolver el *ministerio de la verdad* se han visto imposibilitados de circunscribir el testimonio de ella a una determinada clase u organismo.

En el misterioso reinado de Asurbani - pal las investigaciones han descubierto una inscripción cuneiforme, en la que se habla de los variados funcionarios que atestiguan, con sus sellos, y guardan en sus archi-

vos, noticias de relaciones contractuales. En el pueblo romano se distinguieron con los diversos nombres de Scribæ, Notarii, Tabeliones, Tabularii, Chartularii, Actuarii, Librarii, Epistolares, Logographi, Refrendarii, Cancelarii, Diastoleos, Censuales, Libelenses, Cognitores, Sciriarii, Cornicularii, Consiliarii, el inmenso grupo de participantes, en forma preeminente o en la material de la función. La seguridad de ésta toma carta de naturaleza en el rudimentario derecho internacional de aquel pueblo que, antes de la primera guerra púnica, pacta con Cartago la intervención de pregoneros y notarios en las transacciones que se verifiquen en el mercado de Africa o en el de Cerdeña, y, aún dentro del territorio de denominación, se procura robustecerla con la pluralidad de fedatarios. Sirvan de ejemplo, si hemos de dar crédito a ciertas crónicas, los nombres de Natan, Lucio Sestilio y Amastrisilio que firman el proceso seguido ante Poncio Pilatos, en contra de N. S. Jesucristo.

En España, la romana dominación pasa a influir como efecto ineludible de la superioridad cultural, y las tablas de bronce encontradas cerca de Osuna acreditan la existencia de funcionarios autenticadores. También en la época goda aparecen los *escribanos comunales, del pueblo* o *del Rey* y los propios *Monjes - Notarios* que, por sus conocimientos y profesión eran considerados a los fines de adveración.

En el siglo XIII empiezan a otorgarse ciertas singularidades a los que ejercen tal sacerdocio, y el Fuero Real distingue entre *escribanos de la corte* y *escribanos públicos*. En el XIV atribúyese merced a los municipios para nombrar *Oficiales públicos*, siempre que reuniesen determinadas circunstancias. Posteriormente se crean los *escribanos de número*, exigiéndose mayor cantidad de requisitos para el desempeño del cometido, sin que por ello se limitase su importancia, antes por el contrario, acrecentándola hasta el punto que, si en Valencia vemos (1566) establecida la cátedra de Notariado, en Aragón se registran las colegiaciones de sus miembros (1510 - 1537 y 1542), ya en diversas ciudades como Jaca, Borja y Barbastro, o dentro de una misma población, en distintas ramas, cual las de Barcelona (Colegio de notarios públicos de número, Colegio notarial público y Real de Barcelona, y Colegio de Notarios Reales y causídicos de la Ciudad), llegándose a tener por título

honorífico paralelo al nobiliario el ejercicio de tales cargos. De esta forma, hasta fecha reciente, se unían a los ducados de Osuna, Arcos y Medinaceli las denominaciones de Notarios Mayores de Castilla, León y Andalucía, respectivavente.

Al promulgarse la ley orgánica de 28 de Mayo de 1892, que es la vigente, no pudieron quedar aunadas todas las funciones que en múltiples aspectos desempeñaban los llamados escribanos o notarios, y así, fuera del alcance de ella o como reminiscencia de los excepcionales, conocidos por los nombres de protonotarios, notarios apostólicos, notarios del Nuncio, extravagantes y ordinarios, Escribanos de Embajadores en lo civil, de Señorío, de Corregimiento, de Merindad, de Audiencia, de Consejo y Corte, de Juzgado, de Ejército, de la Armada, de Guerra y Marina, de Casa, sitios, etc., etc., quedaron con cometidos propios los actuales notarios eclesiásticos; los Párrocos de Cataluña, Aragón y Navarra, en defecto de los propiamente llamados Notarios; los Secretarios Municipales, en las circunstancias previstas en el art. 1.324 del Código civil; los agentes consulares y diplomáticos acreditados por España en el extranjero, con un carácter idéntico al de los notarios; los secretarios y vicesecretarios de juzgados y tribunales, siquiera su *fe* sea de tipo procesal; los colegiados de comercio en las intervenciones que enumera el art. 93 del Código de 1885; los Contadores de la Armada y Capitanes de la Marina civil, en razón a determinados documentos otorgables durante la navegación; los funcionarios del poder ejecutivo en el área que comprende el art. 3.° de la Ley Hipotecaria; los mismos Registradores de la Propiedad, (artículos 16, 59 y 262, entre otros, de la mencionada Ley Hipotecaria), y tantos más que pudieran citarse.

En suma, el depósito de la fe se hizo extensivo (pese al proyecto de ley presentado al Congreso en 12 de Enero de 1848 y por el que se aspiraba a — establecer una sola clase de funcionarios autorizados para dar testimonio de los actos y contratos *intervivos* o *mortis causa* que ante ellos pasaren —) y unas veces porque lo demandaban las circunstancias y otras más allá de lo que reclamaban, quedaron sin aunación funciones típicamente notariales.

El testamento militar no podía ser autorizado por Notarios, en la

verdadera acepción de la palabra, so pena de constituir un Cuerpo de ellos, tan numeroso que bastase a garantizar la expresión de las últimas voluntades allí donde éstas quisieran ser manifestadas. Aún así, los que le integrasen perderían una característica esencial que tienen los del Cuerpo, la residencia y competencia territorial, para trocarla por una absoluta de tipo meramente personal.

Por tales razones surge la necesidad de extender el caráter que tienen dichos funcionarios a las personas que, reuniendo las circunstancias de nacionalidad, moralidad y aptitud física necesarias, pudieran suplir la ausencia de aquéllos. Estamos, no obstante, muy lejos de llamar *notarios especiales* a quienes son receptores de los postreros deseos. Para ello sería preciso intepretar torcidamente la definición contenida en la Ley de 1862, según la cual, — el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales —. Independiente de la falta de analogía entre el militar y el funcionario y de la carencia de la extensión en aquél, en cuanto a la dación de fe para actos extrajudiciales, concurren en el notariado las notas de jurisperito y consejero que difícilmente podrían señalarse en todos los castrenses. Estos se limitan a guardar las formalidades externas del documento que autorizan, observando las exigidas en el acto intervenido; pero ni poseen título ni se les reclama fianza, ni toman posesión del cargo, ni prometen o juran éste, ni custodian protocolo, ni ostentan medalla ni perciben remuneración arancelaria, ni registran el signo, firma, rúbrica y sello.

Si algún punto de coincidencia tienen es en la esfera de las responsabilidades, y acaso por ello y tendiendo a evitarlas es por lo que, en momento oportuno, haremos una sucinta exposición de las advertencias que deben ser tenidas en cuenta.

Cuando aludimos al desenvolvimiento de la fe notarial, no fué guiado nuestro propósito por otra finalidad que la de hacer resaltar cómo el ejercicio de ella ha venido revistiéndose de tantas garantías, que hoy resultaría impropio decir, que está encomendada al — ome que es sabidor de escriuir —.

A quien prepara la guerra y la hace se le pueden presentar, en mu-

chas ocasiones y en el campo mismo de batalla, sujetos que le inviten a dejar la espada por la pluma o a solicitar, siquiera sea brevemente, su atención. En unos u otros instantes, poco propicios para improvisar una aptitud jurídica, la falta de ella puede acarrear consecuencias irreparables en el orden legal y económico. Basta pensar la gama de proposiciones examinadas, en relación al contenido de un testamento.

Se dirá que la exigencia de las solemnidades, es demasiado severa al llevar aparejada la nulidad del acto; pero justo es pensar que no se encuentran establecidas por mero capricho o arbitrariamente, sino respondiendo a las necesidades de garantías, acierto y seguridad que, en su importancia, el mismo reclama.

Volviendo a nuestro estudio, el militar llamado para recibir las disposiciones de última voluntad tiene el carácter de un testigo, de mayor excepción si se desea, si bien cuando autentica los actos de quienes reclaman esa especial misión, su fe, que es humana, se eleva a la categoría de pública y por tanto merece la creencia de los demás hombres, y, como la notarial, está llamada a producir iguales efectos legales.

Decimos esto porque en los testamentos el hecho jurídico lo produce exclusivamente el otorgante, y las cooperaciones del autorizante y cuantos intervienen con él son de naturaleza externa, ya con el carácter de solemnidades, ya simplemente con el de prueba, según las variadas formas que revistan.

En la mayoría de las modalidades del llamado militar, el documento en que se hace constancia de la disposición testamentaria merece la calificación de público, auténtico y fehaciente. Es público, por cuanto que se autoriza por — empleado — público competente, con las solemnidades requeridas por la ley, y, por ende, merece la calificación de tal, en función del artículo 1,216 del Código civil; es auténtico, en la equivalencia que tiene esta palabra (derivada de las dos griegas *autos*, el mismo y *entos*, dentro), y es fehaciente por la fuerza legal que le asigna el artículo 1,218 del texto invocado y la motivación de sus consecuencias.

Deliberadamente hemos empleado el término documento y no el de escritura, no sólo por ser de más amplia extensión, sino porque a la segunda es preciso elevar aquél conforme ordena el art. 718 del Código,

si bien tal formalidad nace, más que de la naturaleza del instrumento, por la incorporación del mismo a un protocolo notarial, cuyo encargado facilita las copias que los interesados instaren.

Acaso con tal criterio disintamos del que mantiene el tratadista señor Ruiz Gómez; pero en nuestro apoyo podemos citar los autorizados y concordes de los señores Gonzalo de las Casas y Moreno (79), quienes, ante la falta de precisión en que incurren el Código y la ley notarial, usando como sinónimas las frases *instrumentos públicos* y *escrituras públicas*, definen éstas, respectivamente, *como el escrito auténtico en que se consigna* y *perpetúa un título o un hecho*, o, *la autorizada por persona constituída en dignidad sobre el negocio concernientea la misma dignidad u oficio, o la que pasa ante el Escribano público.*

Por otra parte se hace imprescindible buscar una semejanza antes de incurrir en las declaraciones de Gayet (80) y Julliot (81), quienes consideran el testamento militar derivado de una competencia *sui géneris*, para acabar llamándole *instrumento híbrido*, y cuya conclusión nada dice en la práctica.

Respondiendo al epígrafe del capítulo, podemos decir que el testamento militar puede ser recibido por todos los aforados al ramo de guerra, que se encuentren en las condiciones exigidas en el art. 716 del Código, sea cual fuere su empleo y condición, y aun por los que, sin tener consideración castrense, acompañen a las tropas.

La generalidad, ó, por mejor decir, la vaguedad y falta de precisión dada a nuestra respuesta, obliga a formular especificaciones siquiera sea en perjuicio del método seguido, ya que hemos de anticipar someramente las diversas formas con que puede ofrecerse el testamento militar y en mérito de todas las que dimos nuestra contestación.

En principio sólo pueden ser autorizantes del testamento militar (en la forma ordinaria o normal que prevé el art. 716, párrafo 1.º, o en la extraordinaria que señala el 721 en relación con el que le antecede, todos del Código civil), los generales, jefes y oficiales del Ejército y de la Armada que tengan una categoría igual o superior a la de capitán.

No hay para qué distinguir en este empleo o en aquellos, si se trata de pertenecientes a las Armas generales o Cuerpos Auxiliares, porque si

la interpretación que diésemos al precepto fuese limitativa las consecuencias serían dañosas al espíritu del legislador. Este sólo exigió que fuese *oficial* y en tal concepto merecen considerarse unos y otros siempre que por su denominación propia o por la manera de hallarse asimilados ostentaren las divisas de tales. Perseverar en otro criterio sería negar la testamentifacción activa a las fuerzas de la Marina de Guerra, cuando operasen en tierra, so pretexto de que el oficial requerido para autenticar el acto es Teniente de Navío y no Capitán, siendo así que ambas categorías son análogas. La consecuencia sería tan absurda como la resultante de estimar capacitado al que reglamentariamente tiene la jefatura de una compañía o escuadrón y negar aquella potestad al farmacéutico o veterinario primero que pueden verse reclamados, a tales efectos, por los que son sus subordinados y los elijen para un acto tan trascendental.

Es más, puede ocurrir que los pertenecientes a unidades de combate tengan cometidos que les reclamen todas sus actividades o hayan desaparecido o muerto, y en tales situaciones extraordinarias, a las que no hace referencia el texto legal, no van a ganar, por sucesión de mando, una potestad quienes *a priori* carecieron de ella. Igualmente, los acompañantes de unidades armadas pueden demorar, hasta los últimos instantes de peligro, la formalización de sus voluntades y estar seguros de que se hallan capacitados para recibirlas aquellos militares que ellos ven con insignias de la categoría necesaria, sin distinguir o no en los emblemas de sus profesiones respectivas, y resultaría inconcebible que, basados en tales diferencias, se ahondase hasta un límite que el legislador no dejó establecido.

Cuando algunos comentaristas del articulado de nuestro Código se expresan en términos encomiásticos para el proyecto de 1882, lamentando que las funciones de autenticar no estén atribuídas en principio al Cuerpo Jurídico, a la manera como se preveía, nosotros, agradeciendo toda la intención perseguida y los calificativos empleados (82), no podemos menos de discrepar de tan autorizados pareceres. El personal de dicho Cuerpo está comprendido en el art. 716 y, lo que es más, acaso sus componentes sean preferentemente reclamados, siquiera con vista de sus funciones; pero es laudable que no se haya circunscrito la dación

de fe a ellos exclusivamente, no tanto porque en su reducido número sería difícil encontrarlo en todos los lugares donde fueren precisos a estos fines testamentarios, como porque su ausencia obligaría a la adopción de formas excepcionales y peligrosas de tipo verbal. Además, para la forma escrita, los oficiales de Armas y Cuerpos, en su completa y cada día más vasta formación cultural, tienen capacidad suficiente.

Es, pues, a todas luces merecedor de plácemes el redactado liberalísimo de nuestro Código en esta materia. No sigue orientaciones de otros textos extranjeros que exigiendo para autenticar grados superiores o concurso doble de jefes y siempre la asistencia de testigos, acaban por aceptar, en determinados casos, la fórmula española. Esta asegura y garantiza la finalidad destacada en la institución testamentaria, puesta de relieve por Bigot - Préameneu, y ella es depósito de una indiferenciada confianza, de moralidad y competencia, en todos los oficiales del Ejército y Armada Nacional (con el grado o categoría mínima aludida), entre los que el otorgante puede hacer la más libre de las elecciones, siempre que radique en el lugar de la celebración, sin verse impelido a celebrar el acto en presencia de sus jefes naturales exclusivamente.

Decimos esto como tributo de reconocimiento, ya que el Código, cuando quiere reducir el alcance de las intervenciones de los aforados, en ciertos actos civiles, lo precisa con toda exactitud. Sirva de ejemplo el matrimonio *in artículo mortis*, hecho en campaña y en ausencia del Juez municipal competente, autorizable sólo por los Jefes de Cuerpo respecto de los individuos a él subordinados. Excepcionando en el número de autorizantes antes dicho, se especifica en el art. 717 para un determinado Cuerpo la modalidad que pudiéramos llamar ordinaria cerrada. Dejamos para el instante en que de ella tratemos los comentarios que nos sugiere tan singularísima reglamentación y proseguimos el examen de aquellos otros que, sin tener la categoría o empleo exigidos, pueden autorizar testamentos abiertos de la clase de los previstos en el tantas veces repetido art. 716.

En efecto, por razón de sus servicios se extienden las facultades autenticadoras a los Capellanes o Facultativos que asistan al otorgante y por las condiciones del lugar, al que mandare el destacamento en donde

aquél se encontrase, aunque la categoría que ostente el fedatario sea subalterna.

Para la mejor exposición del contenido de los párrafos 3.° y 4.° de la cita últimamente invocada aislaremos los elementos personales, siguiendo el orden con que aparecen en el precepto.

Capellán. Dice el ilustre jurisconsulto señor Betancourt (83), al analizar este extremo, que: *En Cuba no existe, ni por su Constitución puede existir, el Clero Castrense, al que parece se refiere la palabra Capellán empleada en este artículo; pero como, no obstante, es posible que al enfermo o herido lo asista un ministro de su religión, cuando se redacte el Código de Cuba* (el que hoy rige es el nuestro sancionado después de constituído aquel país en República independiente), *debe aclararse este concepto, en armonía con lo que prevengan las ordenanzas militares.*

Pudiéramos dar por reproducidas tales palabras toda vez que nuestra Ley básica, en sus artículos 3, 25, 26, 27 y 48, desenvuelve el principio de libertad de cultos ya consagrado en el decreto de 22 de Mayo de 1931, aceptándole cual norma de derecho público internacional y siguiendo los precedentes de otros países católicos, como Irlanda y Polonia.

Sin embargo, el hecho de que el Estado no tenga religión oficial y el de que todas las confesiones religiosas sean consideradas como asociaciones sometidas a una ley especial, no dejó de ofrecer cierta laxitud reflejada en el artículo 4.°, de la de Congregaciones, fechada en 2 de Junio de 1933, por el que se declara que — El Estado concederá a los indivíduos pertenecientes a los institutos armados, siempre que ello no perjudique al servicio, a juicio del Gobierno, los permisos necesarios para cumplir sus deberes religiosos —. Claro está que sin diferenciar las diversas clases de confesiones que puedan reconocerse.

Refiriéndonos a la Católica, por ser la más numerosa en nuestro país y, de otra parte, por estar consignada la palabra capellán en el art. 716 del Código civil, con indudable concatenación a ella, sin que por esto se excluyan las que pudieran merecer idéntico trato, destacamos la ley de 30 de Junio de 1932, en la que, al disolver el Cuerpo Eclesiástico del

Ejército, se dice textualmente: — El servicio religioso en hospitales y penitenciarías, así como en las posiciones destacadas del territorio de Marruecos, para los militares que lo deseen, podrá hacerse por los soldados que sean sacerdotes o por pesonal extraño al ejército. Para las fuerzas de maniobras se procederá de igual modo. En época de guerra el servicio religioso estará afecto al sanitario, y lo desempeñarán los sacerdotes y religiosos movilizados e incorporados a filas —. Justo es reconocer que no quedaron desatendidas aquellas posibles necesidades religiosas dentro de lo que un laicismo radical imponía y, lo que es más, que la mencionada Ley es más flexible que el decreto de 2 de Agosto de 1932, dado para su aplicación en la Armada, y por el que se dispone que, extinguido el Cuerpo Eclesiástico y suprimido el servicio en Centros, Dependencias y Buques... — se desalojaran los locales... — destinándolos a oficinas, hospitales, clínicas, laboratorios, etc., sin que haya otro lugar para el culto que los que se encuentran dentro del particular recinto que como residencia tienen las Hermanas de la Caridad, quienes sufragarán los gastos que ello origine. Se podrá opinar acerca de si en el ejército se encuentran los servicios religiosos mejor o peor atendidos por estos medios que por los que prestara el Cuerpo disuelto; pero tal conducta no es ni puede ser motivo de nuestro comentario.

Concretado éste al examen de la capacidad de los llamados capellanes, para autorizar los testamentos de los que, en las circunstancias prevenidas, son asistidos como enfermos o heridos, hemos de contestar afirmativamente. Se deduce del reconocimiento que a la Iglesia Católica da la invocada Ley de 1932 y la de Congregaciones de 1933; de la posibilidad de que los procedentes del disuelto Cuerpo que se hallen como en activo (y que conservan sus derechos conforme a la circular de 14 de Junio de 1932), puedan prestar sus servicios en las unidades combatientes; de la facultad que conservan los Párrocos y Tenientes - Vicarios en ciertas regiones de derecho foral sin que la religión a que se hallan afectos les haya disminuído su potestad de autorizantes, y de la carencia de un precepto legal que deje abolidas dichas intervenciones.

Contestando al epígrafe de este capítulo, dijimos que los testamentos en forma militar podían ser autorizados, en ciertos casos, por quie-

nes, sin tener consideración castrense, acompañasen a las tropas, y la confirmación de tal aserto se encuentra en la ley de 1932, antes citada, al atribuir el desempeño de funciones religiosas, en las unidades y establecimientos, no sólo a los sacerdotes - movilizados, sino a aquéllos extraños al ejército y que sigan a éste con el suficiente permiso (83 bis).

Facultativos. Nuestro Código, tendente a facilitar hasta el último momento el ejercicio de la potestad de testar da un concepto amplio al referirse al otorgante enfermo o herido que recibe asistencia, y otro, que no lo es menos, para las personas que se la prestan. Vecinos textos, cual el Portugués, exigen (párrafo 1.° del art. 1,945 y 2.° del 1.946) condiciones de lugar y preferencias entre diversos autorizantes ; o como el Italiano (art. 800), atribuyen esa recepción al oficial sanitario de servicio ; o cual el Francés (art. 97 en relación al 982), armonizan una y otra, determinando los puestos de sanidad reglamentarios y encargan el cometido al médico - jefe, o al que le siga en grado, con asistencia del oficial de administración, y, a falta de éste último, de dos testigos (84).

Para nosotros, eludida la circunstancia del lugar y tomando en cuenta, solamente, las de asistencia técnica y personal al testador, el alcance de la palabra facultativo no puede ser otro que el de comprender a los que ejercen la profesión médica, sean los integrantes de ella pertenecientes al Cuerpo de Sanidad Militar o movilizados para la prestación de sus servicios, o indivíduos civiles que, reclamados u ofrecidos, desempeñen su misión dependiendo de la autoridades militares.

Señalamos este último extremo no sólo a los fines de las obligaciones impuestas en orden a la remisión del testamento que autorizasen, sino porque, dada la posibilidad de que el testador no sea militar, ni el lugar un hospital castrense, podría deducirse una modalidad por causa de guerra que estuvo muy lejos de consentir el legislador. Y no hay para qué establecer diferencias entre los miembros de Sanidad Militar — Sección de Medicina —, con mando de tropas o con destino en un establecimiento, de los diversos en su organización, porque en el primer caso por su categoría de escalafonados pueden autenticar un testamento sin que el otorgante se halle enfermo o herido, al paso que en el segundo

es bastante tal condición, con independencia del empleo o categoría que ostentasen en el ejército, siempre que sean facultativos.

Subalternos. Si estuviere (el otorgante) en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno. Tal reza el párrafo cuarto del artículo 716 del Código civil.

Comentándolo Mucius Scaevola, dice que, según los artículos 315 y 317 del Reglamento de campaña de 1882, destacamento es voz genérica aplicable a toda tropa más o menos numerosa, separada eventual y temporalmente de su unidad o núcleo táctico, con un encargo especial o secundario y por lo regular independiente; un batallón destaca una compañía, como una división destaca un batallón y un Ejército una brigada o una división entera. Destacar es separar, segregar; y conviene no confundir servicio destacado con servicio avanzado, así como fuerte avanzado con fuerte destacado, es decir, lejano, independiente. El destacamento puede tener varios objetos, no sólo en su fuerza y composición, sino en la duración de su especial servicio. Tratándose de un testamento militar hecho en destacamento, cualquier jefe de éste puede recibirlo, aunque sea un simple cabo o sargento. A este efecto, y autorizando tal interpretación, la edición última del Código ha suprimido la frase *ante oficial*, sustituyéndola por la *ante el que lo mande* e indicándose que no importa la categoría del jefe siempre que lo sea del destacamento.

La autoridad del autor y lo acertado de sus palabras hacen que suscribamos éstas integramente; mas para no llegar a la confusión temida y, sobre todo, para evitar el abuso a que pudiera conducir la autenticación de testamentos por quienes no quiso el legislador que actuasen sino cuando las circunstancias lo exigiesen, nos permiteremos formular algunas consideraciones por nuestra parte.

Hemos dicho en anteriores ocasiones cómo la mayoría de los textos extranjeros facilitan el otorgamiento de los testamentos militares en plazas sitiadas o bloqueadas. Algunos Códigos de los citados exigen, en territorio nacional, la especialísima condición de incomunicados y la carencia de notario en el lugar donde el acto de testar se celebrare (art. 1.944 del Portugués), y, atendidas ambas circunstancias se promulgó en Fran-

cia la ley de 28 de julio de 1915 para dar eficacia a determinada forma testamentaria (85).

Si, pues, nuestro legislador suprimió la necesidad de que se autenticase el acto por ante oficial, a la manera como aún se exige para estos casos en el art. 799 del Código Italiano (86), justo es designarle al que tuviera lugar, según el nuestro, unas condiciones precisas, con objeto de que la competencia del jefe del destacamento se halle en consonancia con su función.

Esta y su mando están delimitados por la porción de terreno en que una y otro se desenvuelven; mas, como no sería suficiente el circunscribir a tan precisas características la potestad de autorizar, consideramos que si los que guarnecen la posición destacada tienen posibilidad de trasladarse a la cabecera de ella o a campamento inmediato en donde se encontrara un oficial de la categoría correspondiente, ello sería bastante para estimar que no concurren las calificadas, ya que, a virtud de permiso, puede el testador reclamar la presencia de aquél en el caso de que no se le autorizara para ir a donde se hallaren los normalmente competentes.

Y no creemos que con lo expuesto hayamos cercenado una facilidad más, ni hecho limitaciones en la condición de supremo y temporal mando que a los comandantes de destacamento asigna el art. 326 de dicho reglamento. Lo primero porque sentamos hipótesis que no excluyen los testamentos celebrables conforme al art. 720 del Código, y lo segundo porque existiendo puestos destacados de etapa o enlace con cuerpos de ejército resultaría incongruente que mantenidas las comunicaciones y recibiéndose órdenes del mando, en forma personal, se dieran modalidades en la testamentifacción activa, que sólo se previeron en ausencia del mismo.

Por tanto, en cualquiera de las diecisiete manifestaciones en que según el art. 316 del Reglamento de campaña pueden encontrarse los destacamentos, según su objeto, nosotros consideraríamos indispensable, a los fines perseguidos, un asedio o bloqueo que impidiera el contacto con el resto de las fuerzas; o la imposibilidad de trasladarse el testador al punto en donde residiere un oficial; o igual circunstancia inversa, es de-

cir: la de trasladarse un autorizante a la posición que guarnece el que quiere otorgar.

Sólo así comprendemos la licitud de que por un teniente, suboficial o cabo puedan autenticarse formas testamentarias. Por esas razones es por lo que, al contestar el presente epígrafe, dijimos que, en ciertos casos, podía recibir las últimas voluntades cualquier aforado sin distinción de empleo.

Dejamos para cuando estudiemos la más privilegiada de las modalidades testamentarias castrenses la recepción de éstas por simples testigos y dedicaremos breves líneas a una singular cuestión planteada por tratadistas extranjeros.

Esta no es otra que la de si los notarios pueden recibir testamentos militares.

En principio hay que distinguir el derecho de instrumentar en las dos fases en que puede ser ejercido: *jure civili* y *jure militari.*

Dentro de la primera se hace imprescindible una subdistinción en orden al carácter de movilizado y al de incorporado a filas con que puede encontrarse el notario.

Así estimada la cuestión, y teniendo presente el área territorial en que se desenvuelve el cometido notarial, no hay inconveniente en admitir que el notario movilizado desempeñe sus funciones hasta el instante mismo en que, por su incorporación, se subordine a las autoridades militares, procediendo, entre tanto, en su habitual forma (86), dentro de su circunscripción.

Mas la perplejidad surge cuando por estar adscrito a un Cuerpo se borran o hacen desaparecer con él todas las cualidades personales. Claro está que si la unidad armada a la que pertenece residiera en punto en que no puede desempeñar su civil cometido la negativa es indeclinable; pero las dudas apasionan y hacen tomar a los autores posiciones varias y contrapuestas cuando se encontrase el hipotético notario dentro de la porción de territorio asignado a su estudio. A juicio de algunos él no sufre una *capitis diminutio* y, por tanto, el documento que autorizase no sería incriminado ni objeto de acción de nulidad, toda vez que concurren las condiciones de capacidad en el funcionario. Otros, enfocando la

cuestión desde el punto de vista disciplinario, estiman que solamente podría ejercer su profesión cuando contase el aforado con el permiso de sus superiores.

En Francia, donde tal asunto fué a la consideración ministerial, no mereció una solución categórica por parte del departamento de la Guerra, apesar de las consultas que le hiciera el titular del de Justicia. Este último publicó en 4 de diciembre de 1914 una circular, comunicada a la Cámara de Disciplina de los notarios, examinando el caso, y concordándolo con la ley de reclutamiento de 21 de marzo de 1905, se desprendía el carácter de militares y, en su consecuencia, las obligaciones que las leyes y reglamentos en vigor imponían a los notarios. Y aquél, respondiendo negativamente a la pregunta de si la autoridad militar estaría dispuesta a facilitar autorización a los oficiales públicos o ministeriales, invoca los intereses de la disciplina, aun en los casos en que dichos funcionarios pudieran ejercer sus cometidos en la localidad donde residen sus unidades, tanto más cuanto que por ley de 5 de agosto de 1914 se organizan las suplencias (87).

En la fase que denominamos de autenticación *jure militari*, la controversia sube de punto. De un lado Troplong (88) y Mercadé (89), con interpretaciones de las Ordenanzas del vecino país, de 1735 y del articulado del Código, sostienen que los notarios tienen tantas garantías como los oficiales militares y no creen pueda reducírseles su capacidad por bajo de las imputadas a un jefe de batallón. De ello deducen que la pluralidad de testigos en los casos de una doble intervención notarial puede obviarse considerablemente. Frente a tales conclusiones, Dalloz y Demolombe (90) niegan las respectivas afirmaciones, argumentando que el legislador, si hubiera querido ampliar el número de autorizantes incluyendo a los notarios lo hubiese hecho, y que dichos funcionarios no están exentos, de manera concreta, para excepcionar el cumplimiento de las formas habitualmente observadas.

No queremos adoptar una fórmula intermedia en esta cuestión, a la manera como lo hizo M. Perecil (91), porque ni poseemos conocimientos bastantes, ni podemos terciar entre polemistas de tan reputada valía, y así, dejando el problema entre dichos meritísimos antagonistas, sólo

deseamos que no se presente ocasión bélica que obligue a resolverlo.

Un último aspecto, que parece aunar las dos fases expuestas, es el de si un oficial de complemento que ostente la categoría de notario, llegado el caso de una movilización y reclamado para autorizar un testamento, debe desempeñar su cometido en forma común o en la especial.

La respuesta debe ser más concluyente, tenidas en cuenta las resoluciones antedichas. Si se encuentra en su estudio sólo debe emplear las fórmulas *jure civili*, ya que éstas no quedan excluídas por las especiales; si fuera de su estudio, no se halla facultado sino para desempeñar el servicio *jure militari*, y si incorporado a Cuerpo y dentro del territorio de su demarcación, podrá emplear las primeras con la autorización oportuna de sus jefes, y en otro caso sólo las segundas a virtud de su predominante carácter castrense.

Advertencias comunes a todos los autorizantes de testamentos militares

La declaración general de nulidad, contenida en el artículo 687 del Código civil, para cualquier testamento en el que no se hayan observado las formalidades, que, como solemnes, son establecidas, y, de otra parte, la repercusión que la ineficacia instada puede tener para cuantos intervienen en la autenticación de tales actos, obliga a reseñar las prevenciones más esenciales, sin perjuicio de hacer destacar aquellas que, no siéndolo menos, son peculiares de cada una de las distintas modalidades con que puede ser manifestada la última voluntad.

Tres son las circunstancias primordiales que deben ser, ineludiblemente, tenidas en cuenta por el autorizante de todo testamento: capacidad, conocimiento y asistencia de testigos

Capacidad. El primer aspecto de ella debe serlo con referencia a la del otorgante del acto, y, así, no vamos a incidir en las circunstan-

cias determinativas del ejercicio en forma especial, ni en las motivadoras de las que corresponden al llamado a dar fé del mismo.

El señalamiento de edad para que una persona pueda actuar como testador es problema intrincado a juicio de la totalidad de los autores. El legislador tiene que acudir a la teoría de las ficciones para llegar a una conclusión que garantice los derechos de los otorgantes. Se dirá que, cualquiera que sea el límite fijado, la seguridad no queda lograda; pero tal objeción es consecuencia de las imperfecciones humanas que, en la imposibilidad de ser atendidas en cada caso concreto, hacen marcar una etapa presumida.

La mayoría de edad es un hito, pasado el cual se obtiene, y sería ilógico afirmar que en forma brusca se salta, en la realidad, de un estado a otro. Sin embargo las leyes fijan un período de tiempo e imputan potestades administrativas o de dominio a quienes han recorrido la escala que se estableciera, y de contrario niegan unas y otras a los que anticipándose al número fijado celebrasen actos jurídicos. Acaso se deba ello a un hecho inconcuso: el de que el tiempo, aun en las personas precoces, perdona muy pocas veces la falta de su concurso.

De igual manera, en las relaciones contractuales, en las matrimoniales, y en los actos de última voluntad, la ley considera, en principio, que solo contados un cierto número de años, se obtiene el discernimiento suficiente para conocer la trascendencia del hecho realizado. Pero así como en las primeras caben anticipaciones otorgadas por permisión del precepto juridico, en las segundas hay un mínimo irrebasable.

En el proyecto del vigente Código civil, acaso siguiendo la influencia del docto jurisconsulto García Goyena, se establecía que el testamento podría ser otorgado a los 12 años, por la mujer, y a los 14 por el hombre. Tales cifras correspondían a las señaladas para contraer matrimonio.

La base 15, de la ley de 1888, fijó cual común a ambos sexos la de 14 años, y el articulado de nuestro texto legal, la señala en los arts. 662 y 663 en forma negativa: diciendo, en el primero, que pueden hacerlo todos aquellos a quienes la ley no lo prohibe expresamente, y, agregando, en el segundo, que están incapacitados para testar los menores de catorce años.

Ciertamente que la fusión en un solo número de años para el varón y la hembra, puede provocar que ésta se vea en la imposibilidad de disponer por causa de muerte apesar de hallarse casada y hasta con descendencia, pero, con todo, tal injusticia es menor que la que puede acarrearse al fijar una menor temporalidad en la que, como dice Ramos (92), no hay juicio, ni apenas reflexión, ni conciencia de lo trascendental de los actos que se realizan, y los sujetos pudieran verse influídos y sugestionados por caracteres más poderosos.

Hubiéramos considerado un acierto el exigir como límite mínimo el de 18 años, con lo que la capacidad intelectual corre parejas con la patrimonial de ciertos actos, y la necesaria para ser emancipado o habilitado; pero unificada en 14 años, la encontramos preferible a la *semicapacidad* del articulado francés o a la *acreditada* del austríaco.

En efecto, el primero de estos textos faculta (art. 904) al mayor de 16 años y menor de 21, que es el de la mayoridad, para disponer de la mitad de sus bienes. Excepción de este precepto es la ley de 28 de octubre de 1916, debida a la proposición de M. Maurice Spronck y votada en la Cámara de diputados el 21 de julio de 1915, en la que se declara que, cuando los que se hallaren movilizados por una campaña de guerra, y contando más de 16 años y menos de 21, desearen hacer testamento, podrán verificarlo como si fuesen mayores de edad, siempre que los instituídos como sucesores lo fuesen, en número de uno o más, entre sus familiares dentro del sexto grado o en favor de su cónyuge superviviente, pudiendo hacerlo a favor de extraños en ausencia de unos y otro.

No comprendemos esta excepción que parece galardonar a quienes ofrecen su vida por la patria, y la consideramos a todas luces injusta, porque o se tiene capacidad para disponer o no se tiene; si lo primero, debe ser amplia, y si lo segundo no deben autorizarse aquellos actos que no dejan de merecer el calificativo de injustos aunque sus consecuencias en el orden económico sean menores. Omitimos reseñar el sinnúmero de interpretaciones que ha provocado la indicada ley. Girard y Jenouvrier han planteado el problema de su retroactividad; el Guarda-Sellos, se ha visto obligado a dictar Circulares, cual la de 21 de septiembre de 1918, que se estiman contrarias al espíritu que prevaleció en las

discusiones del Parlamento, y el órgano informativo de los notarios discute si en los grados de parentesco se encuentran o no incluídos los parientes naturales y si la supervivencia ha de ser de la esposa divorciada.

No es más precisa la garantía perseguida por el otro código extranjero. La mayoría de edad se necesita para testar notarialmente; pero los menores de ella podrán hacerlo si el acto es autenticado por ante tribunal. Creemos que las medidas de cautela que adopten, pueden ser empleadas por el notario, o, en último término, exigir un número de estos funcionarios igual al que componga el más nutrido de magistrados. Por esas razones indicábamos que preferimos, dentro del riesgo que supone una edad tan mínima como la que exige nuestro Código, el articulado de éste a los comentados, pues no adopta posturas eclécticas, altamente viciosas, ni lleva a establecer, por vía indirecta, un área de sucesores forzosos fuera de los que se encuentran incluídos en la consideración de tales, como resulta del francés. Además, y exigible la mayoridad para el testamento ológrafo se requiere, en las otras formas, una intervención más o menos directa, pero suficiente para comprobar, por quienes la llevan a cabo, si el testador está o no influído por un tercero o tiene las condiciones de discernimiento bastantes, al tiempo de otorgar.

Punto esencialísimo es a todo autorizante el confirmar si el disponente, por acto de última voluntad, es mayor de 14 años, y en la creencia de que habrá de requerirle para acreditar tal extremo, o que en otro caso se valdrá, a falta de documentación, del informe de dos médicos, seguramente militares, o de uno solo de éstos, si no fueren habidos más en el punto del otorgamiento, para comprobar dicho requisito, omitimos el plantear un incidental problema en orden a si la citada cantidad de tiempo ha de ser computada de momento a momento (es decir desde el alumbramiento hasta el instante en que el acto tenga lugar) a la manera como lo entienden la mayoría de nuestros autores patrios (Sánchez Román y Manresa, entre otros), con vista de la del Registro Civil (circunstancia 3.ª, artículo 48).

Sin descender a otras situaciones derivadas de un régimen estatutario personal, ya que en el Apéndice dado para Aragón se confirma igual requisito (art. 11 y 13), ni hacer objeto de distinción los comprendidos

en las diversas legislaciones forales, con más que para los extranjeros que sirvan bajo nuestras banderas, les es aplicable la legislación común, salvo que otra cosa se estableciera, damos por extensivo a todos el precepto del art. 663, de nuestro derecho, y en su consecuencia consideramos la edad de 14 años como mínima para el ejercicio de la activa testamentifacción (93).

Ahora bien ; como la capacidad no es un derecho, sino, más propiamente hablando, la aptitud para poder crear o extinguir relaciones jurídicas, de aquí que junto al período de tiempo supuesto para adquirirla se precise la *sanidad del juicio*

El Código abandonó los términos *demencia* e *imbecilidad* que empleara entre las causas que restringen la personalidad jurídica (art. 32), y los vocablos, *locos, dementes, locos furiosos,* usados a propósito de la tutela (art. 214, 215 y 220) y se vale de la expresión *el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio,* (n.° 2, art. 663), fórmula parecida a la que aplica para los testigos testamentarios (art. 681, número 6), y más amplia que la de *enajenado mental,* (art. 664). Pero es tan general el sentido de la locución *cabal juicio,* que lo mismo puede comprender todos los casos de enfermedades mentales. comunmente resumidas en el vocablo *alienados,* que los pasajes psíquicos o transitorios que en más o en menos afectan a la integridad intelectiva del hombre.

Si, como decía Legrand du Saulle, *los desórdenes de la inteligencia se presentan, se conciben y se constatan, pero no pueden resumirse en forma breve, lúcida y clásica,* piénsese qué de dificultades no acarreará la comprobación del estado anímico del otorgante, por el que autoriza el acto. En el proyecto de Freytas (94), se emplean términos científicos, tales como *manía, melancolía, demencia, imbecilidad, idiotismo,* usados por autores de reconocida solvencia científica, cual Pinel y Esquirol. En el art. 141 del Código Argentino se recogen tan variadas formas, si bien se interpretan más como demostrativas que por vía de enumeración, pues, aparte de resultar ésta incompleta o artificial, existen formas de locura descubiertas con posterioridad y clasificadas debidamente en la psiquiatría (95).

No han sido más afortunados otros textos, como el alemán y el

suizo, al señalar las — enfermedades mentales o debilidad del espíritu — o la — ebriedad habitual — bajo ciertas condiciones, refiriéndose a las causas de incapacidad en general.

Para nosotros, interpretando el precepto, puede haber una situación permanente o relativa, y, ya se dé una u otra, la estimaremos como factor que impide la declaración de voluntad en tanto sea supuesta como originada por perturbación de la mente, sin la cual es imposible la constitución de ese negocio jurídico que se llama testamento.

Aún cabría distinguir entre la manía, como manifestación demencial y la simple manía o manía parcial. La persona atacada de esta última enfermedad no presenta una alteración total de sus facultades mentales, sino solamente un punto débil, una idea fija, con relación a la cual su insania aparece; pero en todo lo demás es un hombre completamente normal y sociable.

Esta circunstancia, en la que nos detenemos por ser frecuente en los que residen en lugares aislados, como posiciones avanzadas, puntos desérticos, etc., y que se ofrecen en el Ejército, desgraciadamente, aceptándosela infinidad de veces como producto del medio y de los servicios que se prestan, y *apodándola* con el genérico y vulgar denominador de neurastenia, ha dado lugar a una delicada cuestión, profundamente discutida en medicina legal, a saber: si la persona atacada de manía parcial debe ser o no considerada como responsable de sus actos. La polémica se ha producido principalmente desde el punto de vista de la responsabilidad penal; pero es evidente que esta cuestión afecta a la personalidad entera del hombre, y por tanto, colocándonos en el del derecho civil, podríamos plantearla en los siguientes términos; ¿la persona atacada debe ser considerada incapaz, a los fines de testamentifacción, atendida la manía inapreciada, pero de la que se tiene constancia por el que autentica el acto?

En medicina legal se han sostenido dos teorías: según unos, todo individuo aquejado de manía parcial debe estimarse incapaz y declarado demente; según otros, la conclusión anterior es demasiado absoluta y, por el contrario, el que se hallare en ese estado es un enfermo al que en muy contadas circunstancias puede atribuírsele acertadamente tal declaración.

Troplong (96) sigue la primera de dichas hipótesis, alegando que la razón del hombre es una sola y no es por tanto susceptible de división. Losana (97) afirma que hay coexistencias o afasias sobre ciertos puntos que no impiden la lucidez más completa en el restante campo de las ideas.

De ello deduce, acertadamente a nuestro modesto criterio, que la voluntad declarada será válida o no, según puedan concatenarse las expresiones que contenga con los objetos aberradamente apreciados. En tales casos y si el monomaníaco se ofreciere al autorizante, en el momento de testar, con manifestaciones delirantes o simplemente extrañas, sería preferible aplazar o suspender el acto que no dejar su validez a merced de litigios ulteriores. Lo mismo podríamos decir para aquellos que pretendieran otorgar en momentos de ira, siempre que ésta excluyese el ejercicio de la razón.

Han pugnado algunos autores por estimar que es testamento inválido el que seguido a su celebración se acompaña de suicidio o de empresa de tal naturaleza que pudiera estimarse como conato de él. Sostener la concurrencia de una perturbación mental en los momentos del otorgamiento sería demasiado peligroso toda vez que pueden ser muy varias las causas de uno u otro orden que impelan a determinarse, arriesgadamente, a una persona. Demolombe (98) y Ricci (99), niegan valor a tales situaciones ya que incluso pueden estar motivadas por el deseo de escapar a un castigo o a sustraerse de una dolorosa enfermedad. Nosotros no podemos tomar en consideración tan amplias presunciones de invalidez, con vista de una problemática existencia de perturbación mental, pues en el mismo caso se encontraría el condenado a muerte y a tan afligida circunstancia no le niega la norma posibilidad de testar, antes al contrario, en nuestro derecho existen disposiciones, cual el decreto de 10 de diciembre de 1928, que proveen su ejercicio por los reos en capilla.

Llegando a conclusiones prácticas y teniendo en cuenta que el autorizante del acto testamentario ha de dar fe de la capacidad del testador, no en forma absoluta, sino en la que a su criterio (y al de los testigos que le acompañan y paralelamente intervienen) le merezca, con arreglo al parecer que arroje el que otorga en el momento de celebrarse, podemos sentar las siguientes conclusiones :

1.ª Que se trate de un ser normal, aunque padezca alguna anomalía no conocida o no apreciada en el instante del hecho testamentario; el testamento puede celebrarse.

2.ª Que exista una perturbación mental, sea producida por epilepsia, embriaguez, sonambulismo, arrebato, debilidad alucinatoria de quien está próximo a morir u otras varias; el testamento deberá impedirse, pues en tales casos la obligación impuesta al autorizante por el párrafo tercero del articulo 695 y la veracidad conque, seguramente, se emitirá la declaración por el precepto exigida conduciría a un acto nulo.

3.ª Que se trate del testamento de un declarado judicialmente loco; siendo incapaz, conforme al número 2 del artículo 663 del Código, es imposible autorizar su testamento. Se excepciona si lo celebrare en un instante de lucidez, situación que, en las clásicas descripciones de D'Aguesseau y Legrand du Saulle, es — una luz perfecta, un resplandor vivo y contínuo, un día pleno y entero que separa dos noches — o — el intervalo de suspensión absoluta, pero temporaria, de las manifestaciones y de los caracteres del delirio —.

En tal excepcional caso, el artículo 665 del Código exige que el notario designe dos facultativos que previamente reconozcan al testador, no otorgándose el acto, sino cuando dichos técnicos respondan de la capacidad y a tal efecto suscriban el documento en que se haga constar, dando fe el autorizante del dictamen emitido.

No vamos a plantear en este inciso cuestiones relacionadas con la posible pugna entre el autorizante y testigos, de un lado, y los facultativos, de otro, afirmando o negando, respectivamente, la capacidad. Con el competentísimo civilista señor Sánchez Román hay que convenir que, aún en el caso de que el notario y los testigos recelen de la integridad mental del testador, el acto deberá celebrarse, sin perjuicio de consignar aquellas apreciaciones que, a sus respectivos juicios, inducen a pensar que el que otorga no se halla en plena lucidez. De esta forma y constituyéndose por tales alegatos pruebas acerca de la validez o ineficacia del testamento y no siendo irrebatible el dictamen pericial reclamado, podrán valorarse en su día, a través del litigio procedente, las observaciones expuestas, en mérito de las cuales se dictará el fallo.

Hemos destacado estas intervenciones técnicas porque a nada práctico conduce, ni siquiera a robustecer la autoridad del fedatario, el valerse en casos dudosos del auxilio de los facultativos. Podrán dictaminar como un medio complementario de asegurar la capacidad del testador ; pero no hallándose éste declarado incapaz no son preceptivas sus manifestaciones y, por ende, la validez se deriva de las apreciaciones del autorizante y de los testigos.

Como pudiera presentarse un testamento otorgado por un incapaz, en intervalo lúcido, autorizado por un médico militar y con la asistencia de testigos, alguno de los cuales ostentase igual condición, nosotros, modestamente, entendemos que dichas circunstancias no impiden que se reclame el concurso de los que previene, en número y clase, el invocado artículo 665, ya que los primeros tienen su cometido y los segundos su misión y no es de aceptar para tan importantísimo acto la fusión de unos y otros cargos en las mismas personas (100).

Conocimiento o identidad del testador. Para prevenir engaños y usurpaciones de estado civil el Código y la ley del Notariado establecen diversos procedimientos para asegurar que las declaraciones consignadas se emiten por quien se da fe de ser el otorgante. No podría de otra forma atribuírsele al documento la fuerza probatoria a que con anterioridad nos referimos, considerándolo fehaciente.

Apesar de que en Sentencias de nuestro más alto tribunal (de 21 de enero de 1907 y 10 enero de 1910), se declare que la ley antes citada no es aplicable a los testamentos *especiales*; la concatenación que dichos preceptos tienen con el articulado del Código, nos obligará, no obstante ceñirnos a éste, a buscar su interpretación en aquélla.

En el artículo 685 de la ley substantiva se dice que — el notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo notario y de los testigos instrumentales —. Y en el siguiente, 686, en el deseo de facilitar la testamentifacción activa, agrega — si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el notario, o por los testigos en su caso, reseñando los

documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo —. — Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador —.

La copiosa jurisprudencia motivada en la interpretación de estos preceptos y las contradictorias opiniones de los tratadistas, en sus comentarios a ellos, serían bastantes a llenar toda una obra, razón por la que expondremos, de manera escueta, el alcance que para el testamento militar tienen, tratando de lograr que la temida invalidez, que el propio legislador prevé en ciertos casos, no llegue a producirse.

Es evidente que aunque se especifique el conocimiento que del testador ha de tener el notario, igual exigencia habrá de observarse por el receptor o autorizante del acto otorgado en cualquiera de las formas castrenses.

Como dice Fernández Casado, este hecho es la rueda catalina de la autenticidad, pues de nada serviría que se recogieran cuidadosamente las manifestaciones y se revistiera el instrumento público de todas las solemnidades, si no constara que la persona que establecía la relación jurídica era la misma a quien verdaderamente corresponde el nombre y apellido conque se presenta. A mayor abundamiento, nuestro Código es de los más exigentes sobre el particular porque encarga al notario y a los testigos, acaso implicando como entiende Sánchez Román cierta desconfianza o desconsideración para la persona del primero, el aseguramiento de tal circunstancia.

De otra parte, ella es tanto más imprescindible en algunos testamentos especiales cuanto que, en los mismos, se previene que todos los testigos tendrán la obligación de conocer al testador. Claro es que tal exigencia no afecta a los otorgados en forma militar, pues únicamente se impone para los excepcionales que se regulan en los artículos 700 y 701.

Pero ¿ qué es lo que entiende por conocimiento nuestro Código ? He ahí la dificultad, nacida de una cuestión de sindéresis. Dada la falta de adscripción territorial, en los que ejercen funciones autenticadoras de testamentos militares, y la libertad de elección de quienes pueden emplear cualquiera de sus variadas formas, toda escrupulosidad en esta ma-

teria nos parecerá escasa. Por haber visto o hablado unas cuantas veces con una persona, o tener trato con ella, y hasta por conocer sus nombres y apellidos, no podemos afirmar que es ella misma; fiarse de tan frágiles antecedentes, hoy tan pródigos en la vida social, nos pudiera conducir a la comisión involuntaria de una falsedad.

Se podrá argüir que es demasiada previsión la que consideramos como necesaria. En efecto; no sólo se demanda en el texto legal, sino que por él se infiere algo más que una identificación, pues se asevera por el autorizante y los testigos, en forma tan resuelta, que su credibilidad sólo se impugna levantando frente a la dación de fe la existencia de un hecho criminoso.

Si el derecho al nombre estuviese regulado por minuciosos preceptos y se tutelase en forma más eficaz que la que se deriva del castigo de la usurpación del mismo o el uso de uno supuesto, acaso en el Código no se imputara a los que intervienen en el testamento todas aquellas medidas de cautela que debieron ser adoptadas por el legislador.

El nombre o prenombre sirve para individualizar a las personas dentro de una misma familia, a la manera como el apellido o patronímico es el elemento hereditario que se aplica a aquéllas para distinguirlas dentro del orden social. Uno y otro tienen los caracteres de obligatorio, imprescriptible y hasta inmutable (salvo en ciertos casos); ambos constituyen un derecho *extra comercium* protector de la personalidad humana, evitador de confusiones e instrumento de policía civil, y sin embargo estamos muy lejos de una reglamentación que garantice el exclusivo empleo a las personas que tienen su legítima pertenencia.

Al contrario, la facilidad para optar por denominaciones comunes contribuye bien frecuentemente a errores más o menos subsanables; pero siempre motivadores de molestias y trastornos. Los que vivimos en contacto con organizaciones numerosas sabemos de la necesidad de diferenciar a quienes se presentan con idénticos nombres y apellidos, unas veces causada la repetición por el parentesco y otras por la generalidad de los impuestos que, unidos a la casualidad, en cuanto al de sus progenitores, naturaleza y día de nacimiento, dejan perplejo al que observa.

Ante tales hechos, más de una vez registrados entre pertenecientes a

la misma unidad armada, en la que es preciso singularizar acudiendo a los ordinales, 1.º, 2.º, etc., pensemos las consecuencias que se derivarían de un testamento otorgado con fe de conocimiento, pero imposible de determinar, si quienes intervinieron en su celebración hubiesen muerto o desaparecido. ¿ Sería aplicable la disposición del art. 773 del Código, que referido a la institución de heredero, declara que *si entre personas del mismo nombre y apellidos hay igualdad de circunstancias y éstas son tales que no permiten distinguir al llamado, ninguno sucederá ?* Tal vez, apesar de que el precepto está formulado para la testamentifacción pasiva.

Hacemos votos porque en breve se recojan las motivaciones que sugieren autores tan destacados como Maccario (101) y Perreau (102) o porque se siga el ejemplo, más o menos preciso, de la legislación rumana (ley de 29 de marzo de 1895) o del Código Suizo (arts. 29, 30, 161, 270 y 325), que pueden servirnos de inspiradores ; o porque el llamado *libro de familia* que creó nuestra ley de 15 de noviembre de 1915, se declare obligatorio. Todo antes que declinar en los testigos y en el notario una prueba que incumbe acreditar a quien tanto interesa : al Estado (103).

Vueltos a nuestra materia, incidimos en que la autenticación del otorgante debe declararse por quien autoriza y los testigos, una vez que se hallen persuadidos inequívocamente de que el que testa es aquel a quien corresponden los nombres y apellidos que se consignan, y, como en su momento indicaremos, haciendo constancia, en los casos en que sea presumible una confusión o identidad, de las características que personalmente concurran, tales como naturaleza, edad, estado, o las especiales de unidad, compañía, escuadrón y procedencia. Lo que abunda no daña, dice un refrán, y aunque poco exacto, en este caso puede tener su influencia.

No siendo conocido por el notario y los testigos puede acudirse, según el precepto, al declarado de otros dos de esta clase, que, por serlo de aquéllos y del testador, acreditan la identidad (104).

Innecesario nos parece agregar que iguales medidas de discreción deben ser tomadas al elegir los testigos indicados ; más aún, la concu-

rrencia de ellos no debe excluir la constancia de cuantos datos puedan confirmar el fin perseguido, dada la trascendencia del acto.

Por último, es factible el otorgamiento por la reseña de documentos y señas personales del testador, cuando éste no pudiera acreditarse por las anteriores formas.

Un tanto extraño será el caso trátandose de aforados que en su convivencia y documentación hallan medios de ser conocidos sobradamente por camaradas y superiores; pero como el segundo extremo, esto es, el de la documentación, es un tanto impreciso y pudiera ocurrir que faltasen elementos personales, dedicaremos unas ligeras observaciones al efecto.

Nuestra cartilla militar para indivíduos y clases de tropa es indicio de que quien la posee es su titular, si coinciden las señas personales allí consignadas; pero a fin de obtener mayor crédito debiera unirse a la misma la fotografía del interesado, a la manera como se exige en la cartera y tarjeta de que van provistos los jefes y oficiales y determinados indivíduos del Ejército, respectivamente, así como en éstas últimas también sería conveniente ordenar la estampación de otros datos independientes de los que se previenen por orden de 5 de diciembre de 1911, tales como algunos de los exigidos en aquélla.

La cédula personal no representa, en realidad, otra cosa que el recibo de una contribución o impuesto, ya que, aparte de la escrupulosidad conque el servicio de estadística, base para expedirlas, es llenado, suelen contenerse en tal documento las caprichosas declaraciones de los interesados, con referencia a edad, estado, profesión, etc.

No merece mayor garantía la ostentación de títulos, diplomas, partidas de bautismo o de matrimonio, pases de situación militar y tantos otros, razón por la que, cuando sean ofrecidos por el otorgante como medio de identificación, estimamos que todos ellos deben ser reseñados debidamente para en su conjunto constituir la mayor cantidad de fuerza probatoria, toda vez que es esencial en estos casos, que por el autorizante y testigos se haga constar que no hubo otros medios de acreditación. Nosotros, si las circunstancias lo permitieran, aconsejaríamos, junto a todos ellos el empleo de la impresión digital del dedo pulgar de una o de

las dos manos, en el documento y al lado de la firma o con independencia de ella, si no sabe o no puede hacerlo el testador. Ocioso resultaría explicar las ventajas que representa esta identificación, base del sistema Vucetich.

Asistencia de testigos. La necesidad racional de la intervención de los testigos en la celebración de los testamentos, y, en general, de todos los títulos autenticados por notario, ha motivado las más enconadas controversias.

El ilustre catedrático señor Torres Aguilar, basándose en que la fe pública debe ser indivisible, sólo consideraba precisa la colaboración testifical cuando los que daban fe no tuvieran caracter técnico y fuese su misión la de meros archiveros. Para ello invocaba las conclusiones del Congreso de Stutgard, los precedentes de alguna legislación extranjera y las facultades del secretariado oficial (105). Frente a tal posición adoptó la suya el doctor Felguera (106), defendiendo la licitud de las intervenciones testificales, considerándolas precisas a los fines de publicidad y solemnidad de los documentos, y resaltando que en tal sentido se habían pronunciado las Juntas de los Colegios de Aragón, Cataluña y Baleares.

No es de suponer que la función de las personas que acompañan al notario robustezca la fe pública en él depositada, y por ende, alejando aquellas suspicacias de origen confuso, habremos de distinguir entre el cometido del testigo como prueba y el que se le confiere a los efectos de solemnidad. Uno y otro se confunden en aquellas modalidades testamentarias en que no existe autorizante del otorgamiento, y de ahí que se les considere como tales en el último párrafo del art. 695 del Código; mas tan pronto se dá la dirección del acto al notario o a la persona que haga sus veces, la misión testifical es simplemente solemne. Por esa razón se comprende que la falta de ellos no pueda ser suplida con posterioridad, como acontecería con su significación probatoria, y se declara la invalidez o nulidad si no estuvieron presentes en la celebración del acto.

La jurisprudencia sentada por el órgano directivo de la general de los Registros y del Notariado, en orden a la fe que el autorizante debe dar en cuanto a que ninguno de los dichos testigos están incursos en

prohibiciones, atendido lo que a juicio de aquel resulta y de las manifestaciones que le hicieren, previo requerimiento, nos lleva a hablar de la idoneidad necesaria para el desempeño del cargo.

Como las condiciones exigidas lo son en forma negativa, ya que los artículos 716, 717 y 721 no tienen su concordancia con otro positivo del capítulo en que están incluídos, ello nos obliga a tratar las incapacidades en general, sin perjuicio de que en su momento se tengan por no establecidas cuando de alguna singularísima modalidad testamentaria se trate. Hacemos referencia a la del art. 720 que merecerá comentario independiente.

Las incapacidades pueden ser absolutas o relativas. Las primeras, según Vitali, pueden distinguirse (107), en morales y físicas o naturales, sea por hacer menos pleno el ejercicio de los derechos civiles o se funden en motivos que afectan a la imperfección o carencia de facultades corporales o psíquicas indispensables para que la función testifical pueda cumplirse debidamente.

Sin ánimo de agruparlas, podemos hacer su enumeración en la forma siguiente : Los que no estén en su sano juicio, los que no entiendan el idioma del testador, los ciegos, los totalmente sordomudos, los que hayan sido condenados por delito de falsificación, falso testimonio o estén sufriendo pena de interdicción civil, los amanuenses, criados o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante, las mujeres, varones menores de edad, los que no fueren vecinos o domiciliados del lugar del otorgamiento, herederos y legatarios instituídos, y los parientes de ellos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad ; a no ser, en cuanto a los legatarios y sus parientes cuando el legado sea de poca importancia con relación al caudal.

Comprendemos perfectamente la inhabilidad del que no está en su sano juicio, aunque se halle en intervalo lúcido, porque sería expuesta su intervención, cuando no dudosa ; se explica la del que no entienda el idioma del testador porque es análoga su situación a la del sordomudo, sin comunicación con el exterior ; asimismo la de aquellos cuya credibilidad es deficiente en razón a las transgresiones que cometieran o a la

importancia de la pena principal impuesta; pero no acertamos a ver las razones que tuviera el legislador para tachar tan radicalmente a las mujeres, tanto más cuanto que se las permite en otros más singulares casos, (art. 681, n.º 1.º, en relación con el 701). Nosotros, con vista del art. 25 de nuestra Constitución, de la ley votada por el Parlamento catalán en 19 de junio de 1934 del vigente reglamento provisional del Notariado de 8 de agosto de 1935, y de las opiniones que sustentan la mayoría de los tratadistas (108), entendemos que debe estimarse derogada la prohibición que no tenía otro fundamento que el resabio histórico o la copia de la que se estableciera en el Código italiano.

A nuestro objeto conviene destacar algunas de las enumeradas anteriormente. Los menores de edad se encuentran imposibilitados para testificar, sin que, a juicio de algunos autores, sea posible distinguir en lo categórico del precepto entre ellos y los habilitados o emancipados.

Es, pues, detalle interesantísimo, el asegurarse de que aquellos que intervienen poseen las condiciones exigidas. Pero como será frecuente que, tratándose de soldados, comparezcan quienes no tienen facultad para el desempeño del cargo y como nuestra ley no ha tenido la previsión, cual la Argentina (artículo 3.675 del Código del 1869), de excepcionar a quienes posean el empleo *de sargento en adelante* con un mínimo de 18 años, habrá que estar atentos a que los testigos tengan los veintitrés años cumplidos, a menos que tratándose de aragoneses o catalanes, y sin llegar a tal cifra, tengan la de veinte o veintiuno, respectivamente.

En nuestro articulado no se dá reconocimiento a las habilidades putativas (109), y su rigidez hace extremar las medidas de precaución en este orden.

También es de notar que si pueden tener la condición de amanuenses los escribientes de la unidad a que pertenece el autorizante, no es aplicable tal incompatibilidad al cargo de testigo, pues tal función únicamente se interpreta con efectos prohibitivos al ser dependiente, con remuneración o sin ella, del funcionario llamado a dar fe; mas nunca cuando entre los variados cometidos que a los subordinados pueden conferírseles, se encuentra el de auxiliar de una oficina. Otra cosa sería si el testigo fuera un asalariado o doméstico del oficial que autoriza, en

cuya hipótesis es inhábil; no siendo extensiva esta calificación al asistente u ordenanza que difícilmente podrían ser homologados a aquéllos. Sin embargo, y salvo en los casos de imprescindible necesidad, nosotros prescindiríamos de todo allegado, no sólo para revestir el acto de las mayores solemnidades, cuanto por alejar todo peligro de pseudas interpretaciones constitutivas de litigio.

En cuanto a la calidad de vecinos o domiciliados es circunstancia que debe tenerse presente en los testamentos, cuando los testigos sean paisanos y no tengan obligación de acompañar a las fuerzas del ejército. Establecemos la distinción, ya que en lo que hace a los aforados, y cualquiera que sea el concepto que nos merezca la palabra domicilio, éste no será otro que el asiento jurídico que su unidad tenga, o la residencia que se le imponga por razón de destino; en una palabra, el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que se encuentran prestando sus activos servicios. Lo contrario, y considerar que los instrumentales de los castrenses tienen que poseer la consideración de vecinos o domiciliados, en el verdadero alcance de la palabra, conforme al derecho administrativo, implicaría, como dice Mucius Scaevola — borrar de una simple plumada todo lo escrito en favor de los militares que quisieran testar en tiempo de guerra y en campaña —.

No es, pues, errónea nuestra opinión, que se fundamenta en la flexibilidad que, a esta exigencia, dió una copiosísima jurisprudencia.

Con lo expuesto, y estimando suficientemente aclarados los tres conceptos básicos de la testamentifacción, damos por terminado el presente análisis.

CAPITULO VI

Formas del testamento militar

La riqueza de figuras testamentarias *iure militare* es nota singular de nuestra legislación. Ninguna, excepcionadas las que se inspiran en la española, puede ufanarse de poseer la exuberancia de moldes registrados, en todos los cuales se combinan las garantías de probanza con los variados momentos en que puede surgir la necesidad de manifestarse postreramente la voluntad humana.

Es por ello que las naciones extranjeras, beligerantes en la pasada contienda europea (1914 - 1918), tuvieron que arbitrar, en su mayoría, normas tendentes a la creación de imprevistas fórmulas, cuando no dictadas para reconocer eficacia a modalidades que el uso sancionó (110).

Pero precisamente por esa situación multiforme se hace necesario clasificarlas. A tal efecto, desentendidos de las agrupaciones que algunos comentaristas han señalado, y (111) siguiendo los preceptos de nuestro Código, las distinguiremos en orden a las circunstancias en que sean empleadas y al carácter público o secreto del clausulado que contuviesen. De ello se deducen las siguientes clases de testamento:

1.º Ordinario abierto.
2.º Ordinario cerrado.
3.º Extraordinario abierto.
4.º Extraordinario cerrado.

1.° Ordinario abierto

Al estudiarlo, surgen interrogantes en cuanto a la forma cómo debe otorgarse, persona que ha de escribirlo, papel a emplear, firmas, y, en suma, si debe seguir las huellas de su paralelo común o, por el contrario, ante el silencio injustificado del artículo 716, ha de considerarse tan excepcional que el incumplimiento de las prevenciones exigidas en el que autorizan los notarios no afecta a la validez del castrense.

Acogiéndonos al autorizado criterio de Mucius Scaevola, quien parece optar, a falta de luz u horizonte — son sus palabras —, por estimar aplicables, aún con pocos motivos de convicción, los artículos 694 a 696 y 699, y recogiendo, por nuestra parte, la jurisprudencia anterior al Código, así como todos aquellos extremos esenciales en el otorgamiento del mismo, trataremos de desentrañar el próposito que el redactor del precepto persiguiera, teniendo presente las concordancias que se establecían en el último párrafo del artículo 715 del proyecto de 1882.

El carácter solemne atribuído a todo testamento impone en su estructura documental una serie de requisitos convergentes, de tal suerte imprescindibles, que la ausencia de cualquiera de ellos provoca la nulidad del que se tiene por celebrado. De aquí que para la mejor exposición de todos ellos, y aún incluyendo entre los mismos algunos que pudieran estimarse como accidentales, se proceda a diferenciarlos por el orden conque naturalmente habrán de motivarse.

A) Circunstancias que permiten el testamento militar :

Encontrarse en *tiempo de guerra* y en campaña ; elementos, ambos, objetos de examen en el capítulo III.

B) Personas que puedan valerse del empleo de esta modalidad en la testamentifacción activa :

Los militares, empleados en el Ejército o que sigan a éste, siempre que tuvieren más de 14 años de edad y se hallaren en su sano juicio, extremos cuyo alcance se determina en los capítulos IV y V de este trabajo.

C) Personas que autorizan el acto :

1.° Cualquier oficial de igual o superior categoría a la de capitán.

2.º De encontrarse el testador enfermo o herido, el capellán o facultativo que le asista.

3.º Caso de hallarse en un destacamento, ante el jefe del mismo, que lo mande, aunque sea subalterno.

D) Intervención de testigos:

Dos, mayores de edad, que vean y entiendan al testador y en ninguno de los cuales concurran las circunstancias que le inhabiliten para el desempeño del cargo, con más que uno de ellos, al menos, sepa y pueda escribir.

E) Solemnidades relativas al acto:

1.ª Conocimiento del testador por el autorizante y los testigos, o, en caso de no tenerlo, aseguramiento de la personalidad de aquél por cualquiera de los medios que exige y prevé el artículo 685 y siguiente del Código civil, estudiados en el capítulo que precede.

2.ª Apreciación unánime por el llamado a autorizar y por los testigos, de que a su juicio el testador tiene la capacidad suficiente para celebrar el acto que se propone.

3.ª Manifestación de la voluntad del testador:

El ser este requisito el verdaderamente característico de la modalidad que tratamos nos obliga a formular una ligera digresión

La voluntad debe ser expresada ante el *notario* y los testigos, en forma tal que unos y otros queden enterados de lo que se dispone. Ello no excluye el que por el otorgante se haga uso de la forma escrita presentando ante aquellos el papel en donde haya hecho constar sus deseos postreros con objeto de que la redacción del testamento se ajuste a las instrucciones en el mismo contenidas. Este último procedimiento sólo debe aceptarse cuando se trate de disposiciones complicadas o de un clausulado extenso que difícilmente podría quedar retenido en la memoria de los presentes al acto y aún en la del propio testador. Opinamos así, porque si bien el artículo 695 sólo hace referencia a la expresión de la última voluntad, con lo que no excluye una u otra forma, es decir la verbal o escrita, podrían, merced a ella, darse ingerencias de tercero que, sorprendiendo la buena fe del disponente y a través de una redacción artificiosa, diesen al testamento un contenido muy

diferente del que, con espontaneidad, se desprendiera al usarse la forma oral.

El código francés exige que el testador dicte su testamento, con lo cual persigue la evitación de fraudes o simulaciones.

Algunos autores, comentando este último texto legal, entienden que el interrogatorio al otorgante desvirtúa sus disposiciones y hace nulo el testamento.

Nosotros hemos de distinguir entre el llamado *ad alterius interrogationem* y las preguntas que pudieran ser necesarias para la mejor comprensión, por parte del autorizante y testigos, de lo que quiere el disponente.

En el primer caso, esto es, cuando el testamento se confecciona en mérito de las preguntas que el autorizante o testigos formulasen al testador, limitándose éste a asentir, ora con un gesto o con un monosílabo aprobatorio, la disposición debe ser proscrita sin género alguno de duda. Tal afirman civilistas tan autorizados como Melucci y Colin. En el segundo caso, no ; porque ellas tienden exclusivamente a la obtención de una mayor claridad, ya porque ésta no se logre en el que otorga o por la falta de comprensión en las demás personas que intervienen en el acto.

La celeridad que la vida militar impone a los actos de servicio y el número de los que constituyen su horario obliga a destacar un circunstanciado peligrosísimo a los fines testamentarios. Este no es otro que el referir la manifestación de lo querido a cédulas o papeles privados que, después de la muerte del testador, apareciesen en su poder, en su domicilio o en cualquier otro lugar.

Tal aspecto, conocido en la doctrina con el nombre de *testamentum per relationem* ha sido objeto de polémica

Vitali, Coviello y Pescatore, basándose en la distinción de intrínsecos o extrínsecos, conque pueden ser clasificados los elementos de la voluntad, admiten la validez de ésta en aquellas disposiciones que, en cuanto a su alcance o atribución, sean precisadas de una investigación ulterior ya en función de la persona instituída como sucesora ya en cuanto a las cosas que se tramiten, en oposición a Demolombe que niega en absoluto todo reconocimiento a una disposición testamentaria así establecida.

Sin ánimo de emitir nuestro parecer, creemos con Laurent que es ineludible diferenciar entre el testamento ológrafo y el testamento auténtico, y que por lo que a éste se refiere, es necesario declarar ante el notario y los testigos las disposiciones, al objeto de que sean escritas. Con tal criterio no queremos decir que se enumeren los indivíduos que se instituyen y exprese el nombre y apellidos de cada uno de ellos, ni, tampoco, que se resefien las cosas que constituyen la masa herencial de que se dispone, sino, simplemente, que llegue a conocimiento del autorizante y testigos la determinación de una base legal en presencia de la cual pueda operarse la sucesión. O, con otras palabras, que no exista ignorancia en el objetivo testamentario; así, la institución de los sobrinos del otorgante, o de los hijos del mismo, o de los parientes en un grado o hasta un grado familiar, o de los establecimientos de beneficencia o de los pobres en general, es válida; pero no gozará de la misma condición si se refieren dichas instituciones u otras análogas a que estén o no especificadas en los documentos que se hallaren en tal o cual sitio, o a lo escrito en las páginas de un libro, o a la forma cómo distribuyera su patrimonio una tercera persona. Ello rompería los contornos testamentarios haciendo que fuera del acto quedasen extremos que deben figurar y ser ordenados en el mismo. Porque si la documentación a que se hace referencia es un testamento de los llamados ológrafos su existencia puede ser acreditada sin necesidad de concurrir los elementos que se precisan para el abierto; si se trata de alterar aquél, no hay inconveniente alguno ya que tiene vida propia, y por el que se otorga con posterioridad, queda revocado el que le precedió, a menos que se aluda a determinadas disposiciones que se dejan subsistentes, con lo cual, y dada la atracción del segundo, se concatenan ambos haciendo que aquél forme parte de éste; y si al que se otorga en el deseo de anular todos todos los anteriores se le imprime ese carácter negativo, tal manifestación constituye por sí misma un hecho cierto y por ende consignable en la modalidad abierta que estudiamos.

En suma, cabe relacionar un testamento abierto con cualquier otro anteriormente celebrado; pero es inaceptable silenciar, en aquél, lo que realmente se quiere, haciéndoles sufrir ignorancia a quienes lo autorizan y prestan su intervención, o que el referido, de lo que por tal pro-

cedimiento quiso ocultarse, lo sea en mérito de cédulas, papeles o legajos privados, extendidos o por extender, aunque de su constancia existan inequívocas pruebas.

4.ª Redacción del testamento :

a) Papel. No es preciso enumerar las distintas clases de materia *escriptoria* en que pueden hacerse constar las voluntades testamentarias. Está fuera de toda duda que las mismas han de ser consignadas en cualquiera de aquéllas, pues que en otro caso sería imposible su remisión a la superioridad y su ulterior protocolización cuando procediera.

La facilidad conque se encuentra la más común de todas, el papel, nos releva de analizar las que en otras épocas se empleasen. Pero ¿ será sellado o del timbre oficial el que se exige ?

Nosotros entendemos que no, atendidas las excepciones que en todo momento se reconocieron (111 bís) a los aforados, desde la pragmática de Felipe IV, dada en 15 de diciembre de 1636 y por cuya disposición se creó tal requisito, hasta la vigente ley de 1932, en que se determina que el reintegro de tal tributo se verificará cuando el documento sea incorporado al estudio del notario y por cuyo funcionario se habrán de expedir, con el carácter de escrituras públicas, las copias del mismo (artículos 20 y 21).

Y lo creemos así a pesar de no hallarse incluídos los testamentos entre la sujeta o exenta documentación de los ramos de Guerra y Marina, porque de manera expresa lo están con el nombre de *especiales* en el título II, capítulo I, de la mencionada ley, en cuya rúbrica dice *Documentos Públicos.*

Aceptado que el uso de papel común para el testamento militar ordinario abierto en nada empece a su validez, creemos indispensable hacer resaltar que, sea cual fuere la escasez sentida, nunca deberá emplearse un mismo pliego u hoja para más de un otorgamiento. La falta de esta advertencia, o su incumplimiento, podría acarrear muchos inconvenientes, en especial cuando fuese imposible la separación formal de las distintas voluntades ; porque al hacer así sus respectivas constancias, se incurriría en escritura *opistógrafa,* es decir hecha por ambas caras, y con independencia de la dificultades que para su protocolización se ofre-

ciera, daríamos margen aunque atrevidamente, a la estimación de que existía mancomunidad en el acto.

b) Escritura. Esta debe ser manuscrita, empleando en ella, a ser posible, la misma tinta que se procurará tenga la característica de indeleble. Poco importa que los rasgos o formas de las letras sean de la clase itálica, redondilla o inglesa, o los hermosos de la *toledana*, o los cursivos de la antiguamente llamada *procesal;* lo esencial es que sea legible y perteneciente a nuestro alfabeto. El uso de abreviaturas, ya por supresión de letras finales o del centro, ya surmontándolas entre sí, deberá proscribirse tan radicalmente como la escritura o máquina, con objeto de que lo escrito no se preste a erróneas interpretaciones. Asimismo se eludirá, por expuesto o arriesgado, el empleo de guarismos los cuales es conveniente consignarlos por letras.

c) Idioma. El castellano, dada la obligatoriedad que establece el artículo 4.° de nuestra Constitución.

El empleo de las lenguas regionales, aparte de ser su cooficialidad aceptada en términos que presuponen conocimientos de ellas, no siempre al alcance de todos los aforados, sólo puede hacerse, indistintamente, en singulares casos que la legislación foral autoriza. Cuando el otorgante no pueda valerse del castellano y se exprese en idioma extranjero es precisa la intervención de dos intérpretes, designados por él, que traduzcan las disposiciones. En esta hipótesis el testamento será escrito en los dos idiomas, ya a doble columna o una versión a continuación de la otra, y firmando los que hayan desempeñado tal cometido.

d) Escribiente o amanuense. Aunque nada impide que el autorizante se valga de uno de sus subordinados o de cualquier otra persona que desempeñe la material misión de escribir, aconsejamos que siquiera sea por las solemnidades del acto, debe ser confeccionado por el llamado a dar fe.

Presentes los expuestos preliminares, examinemos ya cómo debe hacerse el testamento abierto.

e) Fecha. — Ha dicho un autor que así como el punto es la intersección de dos rectas, geométricamente hablando, la fecha es la relación de dos extremos: el tiempo y el espacio con un hecho. Laurent (112),

basándose en el silencio de la ley, considera que no habría nulidad en el testamento privilegiado que careciese de fecha, porque no hay texto que la prescriba. Más acertadas nos parecen las tésis de Aubry y Rau (113), considerándola una formalidad sustancial para todos los actos auténticos, que se hace indispensable, sobre todo, cuando se trata de testamentos privilegiados, puesto que es la única manera de comprobar de un modo singular y oficial que han sido otorgados en las circunstancias que la ley autoriza. Nosotros añadiríamos un dato más. El surge de la caducidad, y mal podría ser ésta declarada si no se parte de un día cierto que, en relación al en que cesan las causas provoca la insubsistencia de la disposición.

La fecha está constituída por los siguientes elementos: lugar, día, mes y año en que se verifica el acto, con más el de la hora que se exige en el art. 695.

Aunque la fecha se formule por el calendario oficial o Gregoriano, único legal desde 1806, no hay inconveniente en admitir, junto a ella, la coincidente que pudiera resultar de la Hégira, o del calendario ruso, o del judio moderno, o computada desde un acontecimiento importante, como un cambio de régimen, un descubrimiento de tierras, la ocupación de un territorio, todas las cuales pudieran presentarse por el testador como objeto de constancia, ora agregándolas en mérito a sus creencias o por mero capricho.

La constancia del lugar, que forma parte de la fecha, es, a nuestro juicio, de capitalisimo interés para comprobar la competencia de otorgante, oficial y testigos. Por tanto, debe expresarse el pueblo, caserío, cuartel, posición, etc., en que se celebra el testamento, sin perjuicio de consignar paralelamente, el municipio o partido a que pertenecen aquéllos. En los casos en que sean desconocidas estas últimas divisiones administrativas, se puede referir el lugar a las circunscripciones de que dependen. Por ejemplo, en la posición de..., perteneciente al sector de..., a las... horas de..., de..., de...

f) Comparecencia. El primero de los elementos personales es el propio autorizante De aquí que, a continuación de la fecha, deba hacerse constar la designación del que vá a dar fe del acto.

De la misma manera que la competencia de los notarios se precisa

en los instrumentos por el distrito y colegio a que pertenecen, entendemos que por los generales, jefes y oficiales autenticadores de los testamentos debe hacerse constar a continuación de su nombre y dos apellidos, el empleo, destino, o comisión, y arma o cuerpo a que pertenecen. Tratándose de Capellanes o Facultativos, sin categoría militar, se sustituirán dichas características por las de su adscripción a la unidad, hospital, o puesto donde prestan sus servicios, y las especiales de movilizado, empleado en el ejército o razones por las que sirve en éste.

Si la celebración se verificase en destacamento es imprescindible señalar que el que instrumenta ejerce el mando del mismo, con objeto de comprobar tal extremo si sus divisas fuesen las de subalterno. Unicamente puede quedar omitida tal circunstancia, cuando el que desempeñe tales funciones posea jerarquía igual o superior a la de capitán.

En todos los casos antes dichos puede comenzar este apartado por la consagrada locución de *Ante mí...*

Inmediatamente se reseñarán los testigos instrumentales, consignando nombre y apellidos de los mismos, naturaleza, estado (en el caso de que sean militares, el arma o cuerpo a que pertenecen), que son mayores de edad, que gozan de sus derechos civiles, y que no tienen parentesco con el autorizante, testador y heredero o legatarios instituídos, ni con los familiares de unos u otros dentro de los grados que le inhabilitarían para el desempeño del cargo, y que saben leer y escribir. Esta última circunstancia ha de poseerla al menos uno de los dos testigos. Si el otro no supiere o no pudiese leer o escribir, se especificará debidamente, mencionando las causas, sea la de ignorancia o la de lesión. En forma alguna podrán intervenir los ciegos, según dijimos oportunamente, ni los sordomudos, ni los completamente sordos, por hallarse incapacitados naturalmente. En cuanto a las demás causas nos remitimos a las enumeradas en el capítulo anterior.

No hay inconveniente en que actúen de testigos los extranjeros, que conozcan perfectamente nuestra lengua y tengan goce de derechos civiles; pero si no tuviese tal condición el otorgante, es de procurar que los testigos sean españoles, atendida la conveniencia en el diligenciado que con posterioridad pudiera motivarse.

En tal caso, como cuando no sean militares, es indeclinable comprobar que son vecinos o domiciliados en el lugar del otorgamiento.

Y por fin, tras dichas asistencias testificales, declarar qué persona es la testadora. Ella será designada por su nombre, dos apellidos, estado, naturaleza, edad, arma o cuerpo a que pertenece y unidad en donde se encuentra destinado si fuesen militares; si sabe leer y escribir o causas que le impidan esto último; nombre de su esposa; domicilio o residencia de ella, o, en su caso el de sus ascendientes, descendientes, o el que, por propio, hubiere poseído, como último, el otorgante.

No hay incoveniente en hacer constar el apodo con que fuese conocido el testador, la profesión u oficio a que se dedicare, y aún creemos que, a pesar de la prohibición del Decreto de 1.° de junio de 1931, pueden enunciarse los títulos nobiliarios que ostenten, ya que el precepto invocado sólo evita su carácter de privilegio, pero no el empleo o uso de los mismos, tanto más, cuanto que estampados los nombres y apellidos, el dicho extremo sólo sería un medio para identificar.

Acto seguido se declarará (114) que el autorizante y los testigos *conocen* al testador y que, a juicio de ellos, posee la capacidad necesaria para otorgar sus últimas disposiones.

Cuando se tratase de un desconocido se acudirá a los medios de identificación a que se hizo referencia en el capítulo anterior, haciendo reseña de los testigos que interviniesen, en igual forma que los instrumentales. Si no fueran habidos aquéllos, se transcribirán los documentos y señas personales que ofreciera el otorgante.

Igualmente si el testador ha padecido una perturbación mental, en razón de la que se le declaró incapaz sin que hubieren cesado los efectos de dicha resolución judicial, y se encontrase en intervalo lucido, se hará constar la presencia de los Facultativos y el dictamen que éstos emitieran, previa observación, con más las personales de los que instrumentan.

En análoga forma se procederá, por lo que se refiere a los intérpretes y traductores de las disposiciones, cuando la lengua en que se expresara el otorgante fuese extranjera.

Examinados las hipótesis dichas, y presentes en el acto las personas

que se indican, ya como autorizantes, ya como técnicos, el testador expondrá sus manifestaciones.

Comunmente, y siguiendo viejas costumbres, se suelen estampar declaraciones de fe religiosa, las que, si responden verdaderamente a los sentimientos del que otorga, son reveladoras de que el disponente tiene en cuenta la solemnidad del acto y lo refiere al trascendental momento de su muerte.

No sucede igual cuando se limitan a copiar las frecuentes estereotipadas en los formularios de instrumentos públicos. Hoy pudieran tener importancia en orden al rito en cuyo seno desea morir el testador y en relación al cementerio civil o religioso en que hubiere de ser inhumado.

A continuación se expondrán y transcribirán todas aquellas disposiciones que a bienes, reconocimientos de hijos naturales, perdón de ofensas recibidas, etc., etc., y cuantas quedaron aludidas en el capítulo 1.° de este trabajo, estime convenientes el testador.

No descenderemos a examinar toda la gama de proposiciones que pueden ser cbjeto de disposición testamentaria. Baste, simplemente, consignar que no deberá darse acceso a las que constituyesen materia delictiva, tales como palabras injuriosas, conceptos calumniosos, imputaciones infamantes, etc., ni tampoco a las que sirvieran para instituir herederos o legatarios a alguno de los que intervienen en el acto, o a sus familiares dentro de los grados de parentesco antes mencionados (115). En una palabra, las que sean opuestas a la moral, a la ley y a las buenas costumbres, o pongan en situación de incapacidad o tela de juicio las condiciones de imparcialidad de los que cooperan deberán excluirse, siendo pertinentes todas las demás que enunciara el testador y en cuya minuciosidad no hemos de detenernos. Como el escribir a presencia de quienes intervienen todo el clausulado implicaría una pérdida de tiempo para los instrumentales, se puede acudir a su redacción previa, conforme a las instrucciones que haya dado el otorgante. Hecho así, el acto se simplifica con la

g) Lectura del testamento. Es indiferente, dice un autor, que el que otorga lea por sí mismo el documento en que se consigna su última disposición o que lo mande leer a otra persona. Lo imprescindible es

que después de la lectura, oigan, el autorizante y siempre el competente número de testigos, que ese es su testamento. El requisito de la lectura es de los más esenciales en la forma de testar que examinamos. Cuando la postrera voluntad se ha expresado oralmente por el testador y reducido a escrito, la lectura es precisa a fin de comprobar si se hallan empleados fielmente los términos; y si se presentó la minuta proyecto, la lectura servirá para enterarse del mismo el propio testador y los testigos, comprobando el primero que se han interpretado debidamente sus propósitos. En uno u otro caso, y por ser preceptiva la lectura *en alta voz,* acabada que sea, es llegado el momento de rectificar errores, hacer enmiendas, verificar entrerrenglonados o interlineaciones para hacer constar las palabras omitidas, tachar las que deben tenerse por no puestas o apostillar las que ilustren o completen las cláusulas a que se refiere.

Todas estas operaciones serán salvadas a continuación, antes de estamparse la firma, por medio de un párrafo en el que aparezcan aquellas operaciones con la debida claridad, con el fin de evitar dudas sobre la autenticidad del testamento.

El Código no prescribe normas a guisa de advertencias legales. Acaso sea ello debido, más que al principio de que *la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento,* al carácter de perito que tiene el notario. Tal circunstancia no se dá en los testamentos militares, de ordinario, y por eso, aunque no parezca propio de este lugar, hemos de hacer mención de dos extremos que aún no formando parte del acto deben ser puestos en conocimiento del testador para su buen gobierno. Uno es que por el hecho de otorgarse este acto quedan revocados de derecho todos los anteriores, a menos que quisiera mantenerlos subsistentes en todo o en parte, en cuyo caso deberá hacerse constar por medio de cláusula inserta en el que se está celebrando. Otro, que la validez o, por mejor decir, subsistencia del testamento militar ordinario abierto, es limitada en tiempo a partir del instante en que para el testador cesen las circunstancias que le permiten hacer uso de esta especial modalidad.

Conocidas que sean, el testador deberá declarar si está conforme con lo leído, y salvado en su caso, pudiéndose al efecto, y si fuere preci-

so dar una ulterior lectura, ya por el otorgante o por los testigos o por el propio autorizante, haciéndose como aquélla, en alta voz, para que sea recogida por los asistentes, con objeto de que cuando se manifieste por el disponente que tal es su testamento, sea la afirmativa tan categórica, explicita e incondicional que no se abrigue duda en cuanto a ella y en tal sentido se pueda hacer constar en el documento.

h) Dación de fe. Independientemente de la que se hizo mérito en orden al conocimiento del testador y a la facultad legal que, a juicio de notario y testigos, posee para otorgar y disponer su última voluntad, es conveniente que se afirme el cumplimiento de las formalidades legales, con referencia a las que se han observado. Entre éstas consideramos, establecida la semejanza con el abierto o común, la de — unidad de acto —. Por tal entendemos la ininterrupción del que (una vez reunidos otorgante, fedatario y testigos), comienza con la lectura y termina con la estampación de las firmas, sin que se establezcan paréntesis en la celebración ; salvo que fueren accidentales y tan breves que no constituyan ausencia o falta de atención por los que intervienen.

Otra es, en el caso de que se hubiere empleado más de un pliego en la extensión del documento, el dar fe del número de tirada que tuviere aquel en que se comenzó, y en los que le siguieron hasta el en que se estampan las firmas ; y en la hipótesis de que la foliación no pudiera obtenerse por ser de tiraje no oficial o emplearse papel común, dar fe de que dichas firmas se extienden en todas y cada una de las márgenes de la primera página de cada pliego.

Por último, también se dará fe de la declaración que haga el testador o alguno de los testigos instrumentales, de no saber o no poder firmar, y de que a su ruego lo verifica uno de los testigos u otra persona, señalándose el nombre de la sustituída y su sustituta.

i) Firmas. Siendo éstas la representación gráfica y auténtica de una persona y la prueba material y visible de su conformidad con el escrito que le precede, es indispensable hacer constar aquellas características que puedan afectarles.

En general la firma se integra por el empleo del nombre y apellidos, manuscritos, de aquel a quien le corresponden, y a veces por un

rasgo añadido llamado rúbrica, ya sea éste y su denominación derivado de *roborare*, robustecer, o de *rubrum*, rojo, tinta que se empleó en alguna época como color especial para ellas. Es el caso que la deformación de las letras que constituyen el nombre y patronímicos o la supresión de éstas, representándolas por la inicial o mayúscula hace a veces ininteligible su lectura. Por tal circunstancia indicamos que, en la cabeza o principio del testamento, es conveniente hacer constar las señas de los que intervienen en el acto, pues la estampación de las firmas debe serlo en la forma usual. Indicábamos, en el principio, la utilidad de emplear la misma tinta por cuantos han de firmar y rubricar, y ella es práctica seguida por la generalidad de los notarios a fin de evitar que pudiera presumirse como hechas en diversos momentos las intervenciones de cuantos son parte en el acto.

Con lo dicho creemos haber señalado la importancia de este requisito, y por tanto la imposibilidad de acudir a *estampillas*, o cualquier otro facsímil de la firma. No suponemos exista inconveniente en dejar impresa la huella dactilar del que no supiera o no pudiere firmar; pero tal cosa no evitará nunca la estampación de la a él correspondiente por otra persona. Para terminar, citaremos dos fallos relacionados con este punto, y pronunciados ambos por el Tribunal Supremo. Uno es anterior a la vigencia del Código, lleva fecha de 31 de mayo de 1875 y dice así: — que no desconoce la facultad que concede a los aforados de Guerra la ley 8.ª, título 18, libro X de la Novísima Recopilación, para testar en cualquier papel que conste su voluntad, la sentencia que declara no ser válida la copia de un testamento militar que no está firmada más que del testador a pesar de expresarse en ella que sería firmada por testigos —. Si con la firma del testador, y en tiempos de tan amplio margen para los militares, se hacen atracciones a la legislación común, piénsese cuál sería hoy el criterio. Por esas razones hemos querido seguir lo más fidedignamente posible, las características del testamento abierto. Otra es de 21 de octubre de 1915, según la cual si el testador puede firmar, aunque sea imperfectamente por su estado de salud o posición en el lecho, no es preciso acudir al medio supletorio de que firme otra persona o un testigo a su ruego.

Requisitos que han de observarse en el testamento ordinario - abierto, cuando el testador sea enteramente sordo o ciego. No tanto porque hemos visto cuán varia es la condición de las personas que pueden acogerse a los beneficios de las formas castrenses, como porque los aforados, hasta tanto sean baja en el ejército, no deben quedar desposeídos de hacer uso de ellas, si las circunstancias lo exigieren, a pesar de sufrir uno u otro defecto físico, estimamos, ante el silencio del legislador, aplicables a las mismas, las singularidades que caracterizan uno y otro aspecto del común abierto.

Ciego. Dice el art. 698 que *cuando sea ciego el testador se dará lectura del testamento dos veces : una por el notario conforme a lo prevenido en el art. 695, y otra en igual forma* (es decir, en alta voz), *por uno de los testigos u atra persona que el testador designe.*

No creemos de necesidad, ante lo claro del precepto, hacer comentario alguno, como no sea corroborando la libertad de elección que tiene el otorgante para nombrar quien le supla en momento tan trascendental, o para decir que tales extremos, circunstancia física y persona designada deben ser consignados en el testamento, así como que se verificó su doble lectura.

Sordo. Por tal entendemos, a los fines testamentarios, no al que para hablarle hay que hacerlo en tono más alto, o a quien para escuchar ha de valerse de un aparato acústico, sino al que lo es enteramente.

Ante tal defecto dice el art. 697 del Código *que deberá leer por si mismo su testamento y si no sabe o no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del notario.*

A juicio de algunos autores debió negársele la capacidad para testar en esta forma al que no sabe leer, pues su incomunicación con el medio que le rodea es idéntica a la del sordomudo, y no habrá medio de hacerle comprender la necesidad de que designe las dos personas que han de suplirle, ni de que éstas se entiendan con él para manifestarle que lo que expuso es conforme con lo estampado en el documento, ni de que ya puede firmar o que debe abstenerse de hacerlo.

Como en el caso anterior, el autorizante deberá cuidar de la cons-

tancia de las causas que provocan la intervención de estas dos personas y de las que corresponden al nombre, apellidos, estado y condición de ellas.

Envío del testamento. Dice el art. 718 del Código que el testamento otorgado — deberá ser remitido con la posible brevedad al Cuartel General y por éste al Ministro de la Guerra. El Ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al juez del último domicilio del difunto, y no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que de oficio cite a los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos deberán solicitar que se eleve a escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil —.

Es, pues, innegable, toda vez que exige la mayor premura en la remisión, que tan pronto como se otorgue, el testamento debe ser cursado al Cuartel General. De suponer es que en éste se aseguren de la autenticidad de las firmas con el fin de no trasmitir un documento cuya fidelidad sea dudosa. Algún Código, como el colombiano, en el art. 1,102, dice que para que valga el testamento militar es necesario que lleve al pie el visto bueno del Jefe superior de la expedición o del Comandante de la plaza, salvo el caso de que ellos sean los otorgantes; que vaya rubricado al principio y al fin de cada página por dicho Jefe o Comandante y que la firma de éste sea abonada por el Secretario de Guerra y Marina de la República o por el prefecto del Territorio. Tal es la importancia que, naturalmente, se asigna a documento de índole tan trascendental.

Nosotros aconsejaríamos que, dada la necesidad de cursarlo valiéndose de sus superiores jerárquicos, si los autorizantes son oficiales, o de los jefes de unidad o establecimientos donde prestan sus servicios, si paisanos (Capellanes o Facultativos), se pusiera por las oficinas de mando respectivas, el sello de ellas, a la manera como se hace con las certificaciones de defunción libradas por los médicos militares, con objeto de imprimir en el documento un carácter a tono con su condición de solemne.

Más aún, tratándose de militares, en general, aconsejamos que se haga constar el otorgamiento de la última disposición, y cuantas partici-

pan de esta naturaleza, en las hojas de servicios y filiaciones de los oficiales, clases y soldados, respectivamente, ora en forma sucinta o con la detallada y precisa del día en que se celebró el acto, oficial autorizante, testigos y fecha en que se cursó el instrumento a la superioridad para su depósito en el Ministerio.

Nos mueve a ello, no sólo la posibilidad de verificar tal inscripción en la parte conocida con el nombre de *vicisitudes* y que figura en dichas documentaciones personales, sino también la defectuosa forma en que se lleva el Registro de actos de última voluntad.

No vamos a reproducir las perplejidades que ofrece autor tan destacado como López R. Gómez (116), acerca de si existen razones legales que justifiquen la existencia de tal organismo después de publicado el Código Civil, pues la utilidad que reporta, en la mayoría de los casos, y sus reorganizaciones, tras la vigencia de aquel texto legal, abonan suficientemente la afirmativa ; pero si eludimos tal cuestión no es para silenciar aquellas lagunas que nos indujeron a la imputación antes formulada.

El llamado Registro Central de Actos de Ultima Voluntad debe su origen al decreto de 14 de noviembre de 1885, modificado por los de 19 de febrero de 1891 y 27 de septiembre de 1899. El artículo 3.° de este último obliga a dar noticia a aquel centro de todos los testamentos abiertos y cerrados o de sus respectivas revocaciones, y en general, de todo acto relativo a la expresión o modificación de última voluntad.

Para que el fichero sea perfecto se obliga a los notarios de la Península e Islas adyacentes, Curas Párrocos, en los puntos en que según fuero o costumbre tengan facultades, y agentes diplomáticos o consulares de España en el extranjero, a dar dentro del tercer día, o en el primer correo los residentes fuera de la nación, noticia de los testamentos que autoricen, articulando en párrafos separados y numerados aquellas circunstancias personales y familiares, del actuario y disponente, en forma respectiva, con más las que se relacionan con el lugar, fecha y clase del acto. Tan se persigue la obtención de tales antecedentes que se facilitan las tarjetas debidamente impresas, se obliga a reiterar las comunicaciones hasta obtener el acuse de recibo de ellas y hasta se faculta a llenar los ca-

jetines con los datos que se posean, cuando no pueda hacerse constancia de todos los que constituyen la ficha.

Al Registro pueden tener acceso los testamentos ológrafos, si los otorgantes lo desean, haciéndolo constar por medio de acta notarial.

Con lo expuesto parecía natural que los testamentos militares tuvieran, sino preceptivamente, al menos potestativamente un medio que asegurase la acreditación de su existencia, tanto más cuanto que puede provocarse la pérdida de ellos y carecer los interesados de indicios que permitan suponerla. Y constituído un organismo a dichos fines nada más lógico que hacer constancia en el mismo de los que se otorgasen, pues de contrario resultará que un testamento ológrafo, de cuyo paradero poco o nada se sabe, es posible certificarlo como existente, y, sin embargo, uno de naturaleza militar y obrando en el Ministerio de la Guerra, no impide que se libre por el Registro una certificación negativa.

A esas consecuencias lleva la actual organización que sólo admite en sus ficheros las normas testamentarias castrenses cuando han sido previamente protocolizadas, y eso si nos atuviésemos al pié de la letra para dos de ellas, las de los artículos 716 y 717, como si no tuvieran importancia las extraordinarias que regulan los 720 y 721.

Con sólo pensar el sinnúmero de trastornos que se puede ocasionar a los familiares de un testador al librar una certificación negativa, obrar con vista de ella y después encontrarse con el ulterior otorgado ; o aceptar como buena la positiva de un común, instar sus copias, proceder a la partición y resultar estériles todos los esfuerzos y dispendios ante la presencia de uno más moderno de naturaleza militar, sería suficiente para acordar o bien la necesidad de facilitar aquellos datos, a la manera como se hace y obliga a párrocos y agentes consulares, al mencionado Registro, o bien, de iterarse en el actual sistema, a suprimir el calificativo que tiene de Central.

Nosotros nos explicaríamos tal proceder si las certificaciones fuesen de tal naturaleza intangibles que con vista de ellas se hiciera fe absoluta de su contenido ; pero constituyendo un indicio o una certificada prueba, si se quiere, no excluyente de otras, no acertamos a justificar esa demora hasta el instante de la protocolización del documento, porque ha-

ciéndose a petición de los interesados y por ante el juez la elevación a escritura pública ¿ para qué se necesita la formalización de esta ficha? ¿ Para cotejarla con otros actos del mismo testador o para ver en qué relación de fechas se encuentran ? No lo creemos ; como tampoco por el deseo de constituir un trámite más en la ya complicada documentación particional.

No se diga que el criterio que acabamos de defender es erróneo, en mérito a la caducidad de las formas testamentarias militares, pues ni probaría nada en contrario en tanto tengan un período de vigencia, ni tal aserto sería exacto, ya que, como después veremos, hay modalidades a las que no afecta el curso del tiempo en ese aspecto.

Otros muchos defectos podríamos señalar a la institución registral (117), que no parece querer remozarse a pesar de los recientes reglamentos notariales (118); pero con lo expuesto creemos haber justificado la conveniencia de nuestro consejo.

Llevada la noticia de la celebración del acto testamentario a la Hoja de servicios o Filiación del aforado, sus familiares, bien al tiempo de reclamar tal documento para la solicitud de haber pasivo o por indicación del Jefe a quien estuvo subordinado el difunto, tendrán inmediata noticia, y gratuitamente, de extremo tan importante para ellos.

No será, dada tal hipótesis, necesario aguardar a que el Ministerio, con vista de la relación de bajas por muerte o desaparición, coteje los incluídos en ella con la que corresponde a la de los actos testamentarios celebrados. Tal sistema es expuestísimo, y si en él se ofrece una involuntaria omisión y por tal causa no se dá el traslado documental previsto en el art. 718, los interesados en la sucesión no podrían conocer la que les afecta.

Se dirá que los riesgos subsisten en aquellos casos en que el personal no militar, ni movilizado, carece de documentación en el ramo de guerra. Cierto ; y aunque tales peligros no se deben a nuestra voluntad, confiamos en el probado celo de cuantos llevan las relaciones de bajas, y en ellos descansan nuestros deseos de que, merced a sus buenos oficios, no queden ignorados aquellos testamentos que tanto pueden repercutir en el orden patrimonial y moral de los interesados, en el más amplio concepto del suceder.

Omitimos todo comentario en relación a las dificultades que se prevén en el art. 718 del Código para determinar el último domicilio del causante.

Al ocuparnos de la forma cómo debe reseñarse al sujeto que otorga, fiel a nuestros propósitos de incluir los elementos esenciales y accidentales del acto, indicamos la potestad de designar el domicilio, ya en función del último que tuviese (que tratándose de militares no puede ser otro que el de su destino, a los efectos legales del art. 68 de la ley de enjuiciar), ya en orden al de su esposa o el que libremente fijara a tales fines. Incidimos, como en la anterior ocasión, en que bien por los vínculos creados, o por el sitio en donde se posee todo o el mayor patrimonio o por mera conveniencia, no hay inconveniente en fijar libremente qué lugar ha de reputarse como domicilio, con objeto de evitar esas citaciones de oficio a que alude el precepto.

Cerramos este apartado con una breve noticia de la parte adjetiva de la disposición otorgada en esta forma. El Juez llamado a conocimiento expedirá un exhorto a la Autoridad Judicial Militar de la Región o División, si se hallaren en campaña los autorizantes o testigos, o al ordinario correspondiente, en otro caso, para que, con vistas del testamento que se adjuntará al librado trámite, reconozcan sus respectivas firmas de suscripción y manifiesten si son las mismas y las tienen por legítimas, así como si el contexto del documento es igual al que se leyó en alta voz o fué leído por el mismo, al tiempo de otorgarse.

Prestadas tales conformidades, el Juez ordenará la protocolización en el registro del Notario de la cabeza del partido ; y si hubiere más de uno, en el que designe entre ellos.

Caducidad. Un testamento puede estar privado de fuerza jurídica por causas diferentes : por ministerio de la ley, cuando le falta una solemnidad formal establecida, y se llama nulidad ; por el otorgamiento de otro posterior ya se indique o no en él la insubsistencia del o de los que le precedieron, y se llama revocación ; o por el mero transcurso del tiempo y se denomina caducidad.

Al ocuparnos de esta última hemos de declarar que si nosotros mantuvimos determinado criterio a propósito de las circunstancias que

permiten testar en forma castrense fué debido, en gran parte, a la influencia del artículo 719. Tal precepto dice así: *Los testamentos mencionadas en el art. 716* (es el abierto el que estudiamos), *caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.*

Tal cómputo de tiempo puede hacerse con vistas al elemento personal o real.

En el primero, si la campaña se desenvuelve dentro de un determinado territorio, el hallarse fuera del área que comprenda, inicia la caducidad a partir del día en que la ausencia se produzca. Pudiera ocurrir que antes de pasar los cuatro meses regrese de nuevo el testador al teatro de operaciones, ya sea el lugar el mismo en que se otorgara u otro diferente, y, en tal caso, se interrumpe el plazo señalado al enfrentarse con los peligros y circunstancias que le autorizaron para emplear la forma castrense.

En el otro aspecto, cuando la guerra se da por terminada (o se suspenden los efectos de las declaraciones que analogan a ella el tiempo en que las excepcionales subsistan), el plazo cede, en general, a partir del momento en que se pronuncie tal fórmula de extinción, provocándose la ineficacia cuatro meses después. Innecesario parece decir que tal módulo de tiempo, en uno y otro caso, se dá con referencia al art. 7.º del Código y que, por tanto, los meses son de 30 días, incluídos los inhábiles.

Desearíamos que se tuviese en cuenta por los otorgantes esta circunstancia que hace feble el testamento abierto-militar-ordinario, a fin de que no confiasen en el celebrado cual si tuviera los caracteres de permanente.

2.º Ordinario cerrado

Esta forma testamentaria, de la que tenemos que ocuparnos, es completamente nueva en su aspecto *iure militari.* Ni el proyecto de 1851, ni el de 1882 la incluían entre las castrenses. Acaso el ejemplo que los Códigos de Italia y Portugal, habían dado, movieron a nuestro legislador a no seguir los antecedentes patrios.

El precepto que la permite es el 717 de nuestro articulado que se concibe así: — También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes —.

Bien pronto veremos lo inexacto de esta obligación con referencia absoluta a todos los números de la sección 6.ª del Capítulo 1.º, del título y libro 3.º de nuestro Código civil, y pues, dejando tal alusión a un lado, definiremos con el jurisconsulto francés Rogrón esta modalidad testamentaria. Dice tan esclarecido autor: — es el que escrito por el testador o por otra persona, si aquél sabe leer, se presenta después delante de los testigos y un notario que cierra y sella lo escrito, si ya no lo ha sido por el testador, extendiéndose por dicho funcionario un acta de suscripción firmada por él, por el autor del testamento, si sabe, y por los testigos —.

Es precisa la terminología de nuestro texto legal al llamarlo cerrado y no secreto como otras legislaciones, pues en puridad la esencia de él es su clausura imposibilitándole para ser leído hasta el momento preciso, lo que no excluye que su contenido se referencie por el testador a otras personas; únicamente consideraríamos improcesal si tales manifestados se hicieran constar oficialmente, en el acta que habrá de extenderse, ya que en tal caso, como dice Melucci, se motivaría una forma mixta de abierto y cerrado que no sólo no reconoce la ley, sino que repugna a la verdadera naturaleza de la disposición testamentaria.

Esta tiene, en su sigilo, las ventajas propias de la *fe guardada*, y en muchos casos es conveniente acudir a tan garantizadora fórmula atendida la índole de las disposiciones que se acuerden. Una protesta de fe, el reconocimiento de un hijo natural, las causas que obligan a desheredar y tantas otras, puede ser perjudicialísimo el anticiparlas públicamente a la manera como se hace en un testamento abierto, ya que los testigos no tienen la obligación de mantener impenetrables, a tercero, lo que oyeran o supieren, y, aún independientemente de ellos, cabe el conocimiento de lo ordenado por una involuntaria indiscreción.

No quiere esto decir que todo sea favorable en esta clase de testamentos pues unas veces la falta de consejos o el aceptar, como inequívo-

co, uno interesado o de tendencia dudosa, puede acarrear males irreparables, con más, y aunque esté dentro de la esfera de lo imprevisto, la factible prestidigitación de un tercero que, sabedor de que el otorgante no pudo hacer por sí mismo su testamento, cambia las cubiertas con fines ilícitos, o aún estando confeccionado por el testador efectúa la sustitución para provocar la ineficacia y con ello la muerte intestada del causante.

A) Circunstancias que permiten su otorgamiento:

Creemos fuera de toda duda, no obstante la falta de claridad con que se redactó el artículo 717, que, dada la colocación asignada a éste, y el comenzar con el adverbio — también — con lo que denota igualdad, semejanza o conformidad de una cosa con otra, tales identidades son buscadas con el precepto que le antecede y por tanto que sólo *en tiempo de guerra* y *en campaña* puede darse motivo para la celebración del cerrado.

B) Personas que pueden valerse de él.

Los militares, empleados en el ejército o individuos que siguen a éste, tal como lo entendimos en el capítulo IV de este trabajo, con tal que tengan más de catorce años, sepan leer y estén en su sano juicio.

C) Autorizantes del acto o sustituto del notario:

Casi pudiéramos decir que, prácticamente, este molde testamentario no tiene quien lo oficie, o que se ha destruído indirectamente la posibilidad de emplearlo.

El que fué presidente del Tribunal Supremo de Justicia, en Cuba, señor Betancourt, comentando este artículo, que dijimos es idéntico en el Código de aquella nación, declaraba, que la organización militar del ejército antillano, tras el decreto de 4 de abril de 1904, y el de 15 de febrero de 1915, no tiene en sus plantillas el funcionario conocido en España por Comisario de Guerra, si bien pudiera hallarse su equivalente en el que recibe la denominación de *Cuartel Maestre*.

Nosotros hoy tampoco tenemos Comisarios de Guerra.

Hubo un tiempo en el cual la administración militar se desempeñaba por el Cuerpo que tomaba su nombre del servicio encomendado: el de Administración Militar.

La ley de 15 de mayo de 1902, al suprimir el párrafo tercero del ar-

tículo 5.° de la del 19 de julio 1889, dispuso que el Administrativo se dividiera en dos a los que se les llamaría, respectivamente: Intendencia e Intervención. En la orgánica base legal de este último, y en el apartado E) del art. 4.° se incluía, en el enumerado de sus funciones, la del — ejercicio de la notaría militar en la forma que hoy se efectúa por los Comisarios de Guerra —; a tal efecto se ordenaba a continuación, en el artículo 6.°, y como categorías de dicho Cuerpo, las de Comisarios de segunda y Comisarios de primera con las asimilaciones de comandante y teniente coronel. Después, en el reglamento de 19 mayo de 1913, vuelve a repetirse que — el notariado militar es cometido de los interventores — (art. 4.°, n.° 5) y en forma pomposa y hasta inexacta, por lo amplia, se declara en el artículo 38 que — a los Comisarios de guerra corresponde la función importantísima del *otorgamiento* (?) de los testamentos militares en la forma que establece el Código —.

Tal era la situación, hasta el 12 de septiembre de 1932 en que se dicta una Ley, declarando el Cuerpo a extinguir y haciendo desaparecer, en sus miembros, toda asimilación castrense. No constituía novedad, ya que el decreto de 2 de junio de 1931, el reglamento de 29 de septiembre de igual año y la orden de 29 de enero de 1932, habían dejado sin fuero y fijadas denominaciones del Cuerpo de Administración Civil a los que integraban el de la Armada.

Desenvolviendo aquella ley de 1932, surgen otras disposiciones; y así, por un decreto de 15 de febrero de 1933, se desafectan los interventores de toda militarización, no sin decirse, en el preámbulo, que para las alteraciones de categorías, sueldos y funciones de los que procedentes de tal organismo desempeñan sus cometidos en el ramo de guerra, es precisa la concordancia del Ministro de ésta y del de Hacienda pues ha de llegarse a constituir un Cuerpo general de la Administración del Estado. Se dispone, entretanto, que la fiscalización prevenida por la ley de contabilidad, corra a cargo del nuevo Cuerpo de Intervención civil de guerra, al que señala categorías que van desde jefe de negociado de tercera clase a jefe superior de administración, impidiendo el uso de uniforme (aunque se tenga derecho a él) en los actos de servicio, anunciando un distintivo especial (luego reducido al uso de la cartera de

identidad) y previendo, en el art. 8.º, apartado f) que las intervenciones de las fuerzas militares en campaña serán con arreglo a lo que en cada caso se disponga. Luego, con ocasión de acceder a una petición de retiro, se dice en O. M. de 1.º de julio de 1933, que es preciso ir rápidamente a la extinción del Cuerpo, como se hace en el eclesiástico. Y por fin en la circular de 30 de diciembre de 1933 dando normas para el servicio, hasta que se publique el reglamento, se recalca el carácter de civil y su independencia absoluta de las autoridades militares, extremo éste que se acentúa en la de 23 de junio de 1934, al designar la percepción de haberes, y en el que se incide en 31 de agosto de 1934, al señalar inspecciones de titulación y caudales.

Teniendo presente lo expuesto, ¿ cómo decir que resulta factible el otorgamiento de testamento militar en forma cerrada ? Si se excepciona la remota posibilidad de que se encuentre en campaña un procedente de dicho Cuerpo, con la categoría necesaria y exigida, en todos los demás casos es ineludible responder negativamente, porque en el art. 717 de manera concreta se atribuye el cometido a Comisarios de Guerra, y sólo a Comisarios, y no caben homologaciones si éstas no se dan así mismo en el denominador del empleo, o al menos en un reglamento, como el citado de 1913, que asigne tales funciones y que, en su virtud, pudieran entenderse como sucedáneas de las extinguidas.

No vamos a dar soluciones, ni siquiera a hacer nuestras aquellas palabras del ilustre comentarista Mucius Scaevola, y para el que *son de advertir la impropiedad de encomendar a un Comisario de guerra el oficio notarial, cuando estaría más en razón ejercido éste por cualquier individuo del Cuerpo Jurídico-Militar... mucho más tratándose de testamento... para cuyo otorgamiento es preciso conocer un mayor número de solemnidades establecidas por el Derecho...* Nos limitamos a señalar la anomalía que se ofrece, en la actualidad, seguros de que, sea cual fuere el acuerdo que por la Superioridad se tome, y el organismo a quien se atribuya esta misión, sus componentes sabrán desempeñarla con toda competencia.

D) Período de preparación del testamento :

El artículo 706 permite tres formas distintas en la confección ; dos,

potestativas para quien sabe leer y escribir, y una tercera para quien se vé imposibilitado de esto último y de firmar.

La primera consiste en escribir el testador por sí mismo toda la disposición testamentaria, rubricando las hojas, salvando, al final del clausulado, las palabras tachadas, enmendadas o entrerrenglonadas, y poniendo a continuación su habitual firma.

La segunda permite valerse de un amanuense quien escribirá las disposiciones que le dictará el testador, poniéndose, por éste, su firma entera al pie del documento así como en cada una de los hojas que se hayan empleado.

La tercera se singulariza por estar toda ella escrita por otra persona distinta del otorgante, si bien es imprescindible hacer constar las causas de imposibilidad para que por el testador sean firmadas y rubricadas las hojas del documento y sustituyéndole, en tal requisito, el que lo extendiera.

Son formalidades concurrentes, en cualquiera de las enunciadas, las de que se haga constar el lugar, día, mes y año en que se escriba y que lo sea en papel común.

Pese a la comodidad que supone la segunda de las expuestas, aconsejaríamos se prescindiera de ella adoptando la primera de las dichas, toda vez que no sólo quedan logradas, en toda su extensión, las reservas perseguidas, sino que, si por incumplimiento de cualquier otra formalidad en el otorgamiento, se declarase el testamento nulo, serviría para reputarle válido en su condición de ológrafo.

Se provocaría, llegado ese instante, lo que se conoce en la doctrina con el nombre de conversión de negocio jurídico.

Innecesario nos parece distinguir entre rúbrica y firma, vocablos empleados en el artículo, ya que nos ocupamos de sus equivalencias en el apartado anterior.

E.) Período de otorgamiento.

En él comienza la parte pública de esta modalidad testamentaria, y sus exigencias o solemnidades son las que invisten de eficacia y validez a la disposición.

Se ha de comparecer ante el Comisario y cinco testigos, que habrán

de ser idóneos a la manera como lo entendimos en el Capítulo anterior, es decir, mayores de edad, avencidados o domiciliados en el lugar del acto (los militares con destino en el punto donde se celebre poseen tal característica), no encontrarse en ninguno de los casos de incapacidad física o moral, ya estudiados, y que de ellos, tres al menos, han de saber firmar. Como excepción pudiéramos señalar la de que no hay inconveniente en que el Comisario y alguno de los testigos sean legatarios o herederos del otorgante, pues, salvo el caso de que ellos hubieren escrito, a ruego de aquél o sustituyéndole por no poder firmar el documento, la incompatibilidad no puede ser apreciada.

Más dudosa sería la competencia de unos u otros cuando supieran la disposición que les favorece, ya por haberla anticipado el testador o por hallarse escrita por alguno de los familiares de aquéllos y comunicada al interesado, y a pesar de ello oficiaran en este período.

Presente el testador ante el Comisario y testigos, comienza el acto que deberá tener la continuidad y solemnidad propias de él, hasta su terminación.

El que actúa en funciones notariales y los testigos deberán asegurarse de la identidad del que otorga por cualquiera de los medios que señalan, respectivamente, los artículos 685 y 686 del Código, al menos en la hipótesis de que, el primero y dos de los instrumentales, no conocieran al testador.

Unos y otros juzgarán si se halla en su *sano juicio* y posee la capacidad legal para la celebración del acto que se propone.

Hecho así, el testador manifestará que el pliego que presenta contiene su testamento, especificando si se halla escrito, rubricado y firmado por él en todas las hojas y al final de la disposición ; o que, por estar escrito de mano ajena, fué estampada su firma entera en todas las hojas y al pié del documento ; o que éste se encuentra escrito a su instancia, y por mano de otro, así como con las firmas necesarias, que por no saber o no poder, lo fueron a ruego del compareciente.

De importancia suma es la consignación de todas y cada una de las circunstancias antes indicadas, pues merced a las mismas se consigue la

congruencia entre la parte interna y la que como externa o pública será objeto de fe.

Nosotros aconsejaríamos que si el testador espontáneamente adujera el nombre de la persona que lo confeccionó no quedara omitido o silenciado este detalle, pues aparte de que deben transcribirse cuantos constituyen el manifestado del disponente, el aludido extremo podría tener capital importancia, más que por la autenticidad, por su integridad.

A continuación, si no se hubiere hecho, se procederá a la clausura del testamento dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

El eximio jurisconsulto D. Augusto Comas, afirmaba que, toda la garantía, toda la seguridad, toda la salvaguardia del testador se encontraba en la cubierta, pues el hecho de que aparezca rota implica la nulidad del acto. Por eso los mayores cuidados para el cierre nos parecen pocos, y el Comisario habrá de vigilar esta operación para alejar de sí cualquier sospecha cuando no responsabilidades de variada índole.

Al principio indicamos que entre los inconvenientes que podrían señalarse a esta modalidad testamentaria, no es imprevisto el de una posible trasmutación o cambio, y a evitarlo tendería el aconsejar al otorgante que identifique el documento por sí mismo antes de incluírlo en la cubierta que ha de utilizarse.

Colocado en ella, se adoptará el procedimiento que estime el testador como más seguro para la clausura, bien el de lacrar las partes de papel en que éste se superpone, imprimiendo en cada uno de los sellos la marca que les autorice o señal que les distinga ; ya el de precintar y coser el testamento y su cubierta formando un todo, o empleando el sistema que señalaban Las Siete Partidas, esto es, doblar la carta en que se contiene el testamento y poner en ella siete cuerdas de manera que se cierre y queden colgando los siete sellos.

Esta operación puede efectuarla previamente el otorgante, si bien, por multitud de razones, entre las que sólo destacamos la que acusa una existencia de suprema libertad testamentaria, nosotros aconsejamos se efectúe ante el otorgante y los testigos.

Cumplidos los anteriores requisitos se procederá a extender el acta,

precisamente en la cubierta que guarda el testamento, haciéndose constar por medio de ella las circunstancias siguientes:

1.ª Expresión del lugar, hora, día, mes y año.

2.ª Nombre y apellidos del Comisario, su empleo y destino.

3.ª Nombres y apellidos de los testigos, destino o residencia de ellos, y cuantas características sean conducentes a facilitar su citación el día en que ésta sea obligada.

4.ª Fe del conocimiento del testador por el autorizante y los testigos; o expresión de aquellos dos instrumentales que, en unión del comisario, acreditan la identidad del otorgante; o constancia en igual forma de las personas que han intervenido conforme al art. 685; o reseña de la documentación personal del testador a la manera como prevé el art. 686.

5.ª Fe de hallarse el testador con la capacidad legal necesaria, a juicio del autorizante y testigos, para otorgar su última disposición.

6.ª Indicaciones formuladas por el compareciente con referencia a que el documento que presenta (dentro o fuera del sobre) contiene su testamento, con más la forma en que se confeccionó; es decir, si todo él es autógrafo, rubricando todas las hojas y poniendo su firma al pié; o si se escribió por amanuense, poniendo el otorgante su firma entera en todas las hojas y al final del clausulado; o si se encuentra escrito y firmado por tercera persona en razón a las causas de ignorancia o imposibilidad que alegue.

Sobre estos extremos no puede darse fe, porque al Comisario no le consta la veracidad de los distintos puntos que integran la manifestación; pero incidimos en la necesidad de que los diversos del declarado han de recogerse para evitar, por omisión de cualquiera de ellos, consecuencias perjudiciales. Por ello deben transcribirse aquellas disposiciones que desafectadas de cautela tienen relación con la parte interna del testamento: vr. gr. la prohibición de apertura del pliego hasta que sea llegada una fecha cierta, domicilio que fije a tal efecto, etc. etc.

7.* Forma cómo se halla cerrado el documento en su cnbierta, número de sellos puestos, marca de los mismos, color del papel (119), y, en general, cuantas características sean conducentes a identificar el sobre en que se contiene la disposición.

8.ª Expresión de que se dió lectura del acta a todos los presentes, advirtiéndoles del derecho que tenían a hacerlo por sí; indicando la renuncia al mismo o si se ejercitó por el testador o testigos.

9.ª Conformidad explícita del otorgante.

10.ª Firmas del testador, testigos y Comisario. El número de éstas indefectiblemente debe ser el de siete. Cuando interviniesen testigos de conocimientos serán dos más. La estampación de las firmas deberá hacerse en su forma habitual por cada uno de los que intervienen, mas si algún testigo no supiera o no pudiera firmar, y de tal circunstancia o de su sustitución por otro de ellos no se hubiera hecho mérito en el cuerpo del acta, se pondrá como antefirma *a ruego del testigo Fulano de Tal, por no saber firmar, o por no poder firmar*, y se estampará la de quien le sustituya, pues, como dijimos, tres de los instrumentales han de saber y poder hacerlo necesariamente.

Con lo expuesto, creemos cumplimentadas las solemnidades que el Código exige en el período de otorgamiento como propias del acta.

F) Conservación del testamento:

El artículo 711 ofrece, a estos fines, tres medios distintos: — El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado o encomendar su guarda a persona de su confianza o depositarlo en poder del notario autorizante para que lo guarde en su archivo —. Dijimos que la inexactitud del artículo 717, haciendo referencia al cumplimiento u observancia de los que contituyen la sección 6.ª del capítulo 1.º, título y libro III del Código civil surgiría bien pronto.

En efecto; de las tres hipótesis que se establecen en cuanto a la conservación del documento, no puede darse más que la tercera, esto es, la de depositarlo en poder del Comisario, pero no para que éste lo guarde en su archivo, que no le tiene, sino para que, en cumplimiento del artículo 718, lo remita — con la posible brevedad — al Cuartel General para que llegue al Ministerio de la Guerra.

Por tal razón, y por la carencia de protocolo en el autorizante, estimamos inaplicable, al cerrado castrense, el art. 710 que dice que *autorizado el testamento, el Notario lo entregará al testador, después de poner*

en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento. Una vez más, y como medio de suplir tales requisitos y los de recibo al testador a que hace referencia el artículo 711, consideramos convenientísimo hacer mención del acto celebrado en las Hojas de servicios o filiaciones de los disponentes. Por ese medio, ya que no se permite el acceso al fichero del Registro Central de Actos de Ultima Voluntad, se garantizará indirectamente el celo que nuestro legislador se propuso en cuanto a la conservación de esta clase de documentos. No habrá recibo, ni tiene porqué haberlo en aquellos casos en que el que otorga sea aforado al ramo de Guerra, pues la confianza que inspiran los autorizantes del acto y la necesidad de que el testador ponga el *enterado* en las hojas anuales de aquella documentación son más que suficientes. Unicamente vemos una dificultad cuando el disponente no tenga aquéllas garantías. En tales casos no habrá más remedio que proveer de un recibo a quien de tal suerte dispuso su última voluntad, y al Comisario le será expedido otro por el superior a quien lo remita para su expedición, y así sucesivamente hasta que el Ministerio, extendido el suyo, provoque la cancelación de los anteriores llegando el instante de sustituir el provisional que obra en poder del testador, y que extendiera el que autorizó el acto, por el definitivo de aquel alto Centro.

Esa peregrinación que impone el art 718 y que nosotros estimamos perfectamente orientada ya que es la mayor garantía que puede dársele a la custodia del testamento, obliga a que cuantos intervienen en su curso examinen cuidadosamente el estado de la plica o sobre, con objeto de no asumir responsabilidades por la destrucción o inutilidad de ella o de los sellos, o por la tachadura o raspado de sus firmas, que provocarían la nulidad del acto celebrado, en gran número de casos.

Caducidad. La mayoría de los autores se producen por estimar subsistente y definitiva esta forma testamentaria, toda vez que no le afectan las declaraciones especiales de ineficacia contenidas en la sección que se ocupa del testamento militar.

A dichos fines, pues, el cerrado-militar ordinario es de una perfecta analogía a su paralelo común, y, por ende, sólo a causa de revocación por el propio testador dejará de producir efectos jurídicos.

Requisitos que habrán de observarse en el testamento militar ordinario cerrado, cuando el otorgante sea mudo o sordomudo. Puede acaecer que, ya por un accidente o por otra causa, el testador no pueda expresar las particularidades a que hicimos referencia en el apartado E), circunstancia 6.ª del n.º 2 del presente Capítulo. En tal hipótesis el Código permite el otorgamiento del acto en forma cerrada, siempre que, además de las condiciones generales, sepa escribir y se observen los siguientes requisitos:

1.º El testamento ha de ser autógrafo.

2.º La presentación del testador, ante el notario y testigos, estará seguida de una declaración hecha por él en la cubierta del sobre o plica, y por escrito, comprensiva de que el pliego contiene su testamento y que está todo escrito y firmado por el compareciente.

3.º Seguidamente se extenderá por el Comisario el acta de otorgamiento, dando fe de haberse cumplido lo anterior así como aquellos extremos antes estudiados y que sean aplicables al caso.

Igualmente puede ofrecerse, en especial tratándose de prisioneros de un ejército extranjero, una dificultad análoga a la de la mudez. Ella consistirá en no ser entendido el otorgante por el Comisario y testigos que han de autorizar el acto.

Dada esa hipótesis, difícilmente se guardaría el secreto de la disposición testamentaria si fuese preciso la traducción de ella a los dos idiomas, a la manera como prevé el artículo 684 de nuestro Código.

Disintiendo del parecer de algún comentarista, nosotros creemos que pueden compatibilizarse los fines esenciales de la modalidad cerrada con dicho precepto, estimando bastante que el testador extienda en el sobre cuantos extremos se imponen al mudo o sordomudo para el otorgamiento de su última voluntad. Hecho así, en forma manuscrita y a presencia de dos intérpretes, estos traducirán el manifestado, y, tras de formularse a continuación el acta, con las formalidades exigidas, firmarán los bilingües juntamente con los instrumentales, el testador y el Comisario.

Apertura del testamento. En cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 718, y conocida que sea por el Ministerio la muerte del testador, enviará la disposición al Juez del domicilio que fijase el

otorgante, o al último que hubiera tenido, y no siendo uno u otro noticiados a la Superioridad, al Decano de los de Madrid.

El secretario judicial examinará el pliego que contenga el testamento, y pondrá diligencia de su estado, describiendo minuciosamente los motivos, si existieren, para poder sospechar que haya sido abierto o sufrido alguna alteración, enmienda o raspadura.

Por providencia del Juez se acordará lo pertinente, en orden al examen del pliego cerrado por el autorizante y los testigos, con objeto de que declaren si reconocen como legítima la firma y rúbrica que con su nombre aparece en él y si lo hallan en el mismo estado que tenía cuando la estamparon. Si alguno de los testigos lo hubiere hecho por otro, serán examinados los dos, reconociendo la firma el que la hubiere puesto. Es preceptivo interrogar a los testigos sobre el extremo de la edad que tenían en el día del otorgamiento.

Si alguno o algunos de los testigos hubieren fallecido o se hallaren ausentes, se preguntará a los demás si le vieron poner su firma y rúbrica y se examinará además a otras dos personas que conozcan la firma y rúbrica del fallecido o ausente, acerca de su semejanza con las estampadas en el pliego. Si el Comisario hubiere fallecido se cotejará pericialmente las que a él corresponden.

Si todos cuantos intervinieron hubiesen fallecido se abrirá información acerca de esta circunstancia, época del óbito, concepto que merecieran y residencia en el lugar el día del otorgamiento.

Previa citación al Ministerio Fiscal, y tras de comprobarse que no existe en el acta cláusula prohibitiva de apertura, se procederá a ella, a fin de poner en conocimiento de los herederos e interesados la existencia del documento, del cual se les darán copias por el notario que lo protocolizare, conforme a lo acordado por la Autoridad Judicial.

3.° Testamento nuncupativo, verbal o extraordinario

Aunque la redacción dada al artículo 720 no sea todo lo feliz y comprensiva que apetecemos, y a causa de su impropiedad se ofrezcan deducciones contradictorias, es posible llegar a una consecuencia, tenien-

do presente el origen de esta modalidad y las definiciones técnicas que se contienen en el reglamento de campaña.

El párrafo primero del precepto dice así: — Durante una batalla, asalto, combate y, *generalmente*, en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos —.

Son, pues, dos las situaciones de tiempo: una, determinada por el participio activo del verbo durar, y usada adverbialmente con equivalencia de significado análogo al de — mientras — ; otra, amplia en sí misma y en cuanto a la causa o motivo que le da nacimiento, representada por los vocablos — generalmente — y — peligro — en relación a la frase — acción de guerra —.

Hemos dicho en el capítulo II, que en las Ordenanzas del Ejército tuvieron consagración antiguos privilegios otorgados a los castrenses. En efecto en el tit. 11 del tratado VIII, se declaraba — que en el actual conflicto de un combate o sobre el inmediato caso de empezarlo, podrá testar como quisiere y pudiere, por escrito sin testigos o de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su última voluntad —.

Si esta fórmula se reputó peligrosa por las suplantaciones que podía originar, ¡ qué decir en los momentos actuales !

Para su interpretación estimamos más natural proceder cronológicamente, comenzando por la previsión del peligro originado por un hecho de guerra, sea cual fuere su naturaleza, y definiendo, si es factible, los tres elementos que se especifican o se enumeran.

En 1882 se declaraba a través de los reglamentos que — las armas actuales, con su certeza, alcance y rapidez, han impuesto a los procedimientos del ataque moderno graves modificaciones — y que debía darse creciente importancia a las desdeñadas tácticas de las defensas lejanas —. Hoy pudiéramos repetir aquellas frases escritas cuando la aviación no cubría tantos objetivos y la guerra química no podía ser tan temida como lo es actualmente.

Acciones de guerra son, de tan variada naturaleza en frentes tan dilatados, todas y cada una de las que ordena el mando con fines destruc-

tores o de ataque, y aún, a muchos efectos, las impuestas como preparatorias de otras más intensas. Es más; pudiera acontecer que una simple exploración, por complicaciones imprevistas, se convirtiese en verdadera lucha y ésta, por sí misma, substantivizaría unas circunstancias que estaban lejos de ser presumidas por el que formara parte de la unidad de choque. De contrario, se estudia un plan, se cursan las órdenes, todo está dispuesto para combatir; pero una noticia recibida a última hora, hace suspender las órdenes del mando o no acaban de pronunciarse las definitivas que, en su cumplimiento, constituyen el riesgo de la vida.

En los anteriores supuestos se dan posturas diferentes: en el primero, si no se sospechó el peligro, mal pudo testarse en consideración a él; en el segundo, si se manifestó una voluntad postrera lo fué sin valor alguno jurídico, pues el párrafo segundo del art. 720 parece exigir algo más que la inminencia, ya que habla de salvarse, con lo cual bien claramente indica que el hecho se produzca.

En tal sentido interpretamos la disposición, pues, de otra suerte espíritus pusilánimes entorpecerían, con sus facultades de testamentifacción activa y hasta con fines dudosos, la atención necesaria para objetivos bélicos.

El legislador ha querido dar facilidades, hasta el borde mismo del sepulcro, a todo sujeto de derecho en condiciones de expresar sus postreros deseos; pero su intención, en este caso, no ha sido otra que la de que el acontecimiento no sea fortuíto, sino real, y, por tanto, sin género de dudas en cuanto a su desarrollo. Por eso el empleo de la palabra *próximo,* que tanto quiere decir como distar poco una cosa de otra o un hecho de otro.

Los vocablos — batalla, asalto, combate — los consideraremos con el sapientísimo general Almirante. En el art. 414 del reglamento de campaña manifiesta que — el combate es el acto principal de la guerra: las operaciones, las marchas, las maniobras, concurren a prepararlo, a sostenerlo, a utilizar sus resultados. Hoy, por el numeroso efectivo de las tropas, el largo alcance de las armas y la enorme extensión de los frentes, una gran batalla campal viene a ser el conjunto de varios combates

parciales reñidos por los diferentes trozos o elementos orgánicos en que se fracciona un ejército —. Y agrega — al asalto debe preceder un vivo cañoneo. A la señal convenida para empezarlo, todas las baterías alargarán el tiro Al redactar la orden de asalto, el general designará las fuerzas que, después de entrar en la plaza, vayan destinadas exclusivamente a la protección de la personas y de las propiedades y a impedir el saqueo y la violencia, haciendo respetar los fueros de la humanidad y el derecho —.

Con vista de ello, no parecerá aventurado indicar que los términos batalla y combate son análogos o, cuando más, que éste es parte del todo, hallándose dentro de él y como una fase de la lucha la realización del asalto que parece referida específicamente a plazas, previamente sitiadas, ya que tratándose de posiciones de otro género se emplea la locución — ataque a viva fuerza — como más exacta.

A fuer de redundantes, pero siguiendo el método empleado en el estudio de las anteriores formas testamentarias, analizaremos la que nos ocupa, con la separación debida.

A) Circunstancias que autorizan el empleo de esta modalidad:

Hecha excepción de las salvedades a que nos referimos en el capítulo 3.°, consideramos que las motivadoras genéricas se integran por el *en tiempo de guerra* y *campaña*, unidas a la celebración de un combate en cualquiera de las formas en que éste se manifieste y ya lo sea en los momentos que le preceden o en los que le subsiguen inmediatamente.

Esta última afirmación no siempre es aceptada por los comentaristas de nuestro Código. Mucius Scaevola se expresa en esta forma: — En la letra del art. 720 no están comprendidos los que, por consecuencia de la batalla, asalto, combate y, en general toda acción de guerra, se encuentran heridos y quizá en peligro de sucumbir muy pronto. ¿ Podemos considerarlos incluídos en el espíritu de dicha disposición? El párrafo 3.° del art. 716 prevé que el testador se halle enfermo o herido, pudiendo testar ante el Capellán o Facultativo que le asista; pero en este caso se exigen más requisitos a los dos testigos que han de intervenir, y además es preciso reducir a escrito la voluntad testamentaria en el mismo acto del otorgamiento. ¿ Serán éstas las reglas que procederá aplicar

al herido o moribundo a que antes nos hemos referido? ¿Habrán de exigirse más solemnidades al que, desangrándose sobre el campo de batalla, como una de las víctimas de la acción militar terminada, en las agonías quizás de una muerte segura, apenas conserva expeditas más que su inteligencia y la facultad de expresar sus últimos pensamientos que con todas sus ansias y el mayor interés quisiera dejar perpetuados por medio de los que le rodean entonces, para bien de su familia y deudos, que al que, sano y en libre ejercicio de todas sus potencias y sentidos y miembros del cuerpo, testa en consideración al peligro que se avecina o en el transcurso de una acción de guerra? El art. 720 parece referirse en su contexto literal a tiempos futuros, cuando se vea el peligro próximo a una acción de guerra, o *durante* una batalla, asalto o combate; de modo que excluye el tiempo que inmediatamente subsigue a esos hechos de armas, cuando, suspendidas las hostilidades por el momento, o declarada la victoria en favor de uno de los ejércitos combatientes, queda terminada la lucha sangrienta, de la cual sólo restan como huellas y recuerdos dolorosos los cadáveres de ignorados héroes y los numerosos lesionados que conservan aún señales de una vida que acaba por instantes —. Tras dicha exposición considera tan meritísimo autor que sólo cabe a quienes se encuentran moribundos hacer uso de la fórmula del art. 700 del Código civil; esto es, testar en razón al inminente peligro de muerte, manifestando su voluntad a cinco testigos idóneos.

Sánchez Román opina que, aunque tomada literalmente, la expresión del art. 720 parece que no alcanza más que los momentos de actualidad de la batalla o de su proximidad anterior, y no a los en que acaba de ocurrir ésta, ha de entenderse que cualquiera que sea la imperfección de la letra, el espíritu del artículo es manifiesto y se refiere a todo momento inmediatamente anterior o próximo, simultáneo o inmediatamente posterior a un hecho de armas, consecuencia de la situación de guerra o de campaña en que se encuentra el militar testador. Y añade: — Como las circunstancias del otorgamiento son más extremas, el criterio de la ley en cuanto a solemnidades es más tolerante y las formas de testar de más fácil cumplimiento, sobre todo en el testamento abierto que establece el art. 720.

Deducciones tan contrapuestas en boca de tan eximios civilistas, como los invocados, dejan perpleja nuestra actitud; mas en lo obligado de este libro y dada la necesidad de tomar partido por una de ellas, nos inclinamos por la del segundo. Procedemos así, además, por el carácter que al combate señala nuestro reglamento de campaña, según el cual, la acción no termina brusca y rápidamente. Puede llegar la noche — dice — y quedar indecisa la contienda, y en tal caso, quien pretenda continuarla al día siguiente pernocta en el campo, cubriéndose de las sorpresas y aún a veces sorprendiendo él mismo. Si la cuestión se decide por la retirada de uno de los combatientes, el vencido, al iniciarla la cubre y la protege con un cuerpo llamado de retaguardia, ya organizado de antemano o en el momento mismo, según lo permitan las vicisitudes. Si la retirada es por derrota, no es probable que el vencedor deje tomar tranquilamente el camino proyectado. En la previsión y prudencia del general está elegir a tiempo el instante en que pueden darse las órdenes de retirada En este grave momento tanto puede pecarse por exceso como por defecto, confianza y energía.

Es, pues, visto que, aún terminado oficialmente un combate, persisten y hasta aumentan los peligros de él. Por tanto, si quien quedó indemne del principal empeño puede hacer testamento basándose en la exiscia de unos riesgos próximos, consecuencia del intentado hecho de armas, y constituídos por otros de igual naturaleza, con tanta más razón quien por la imposibilidad de retirarse o de ser evacuado observa cómo se agigantan los peligros. Acaso sea esta finalidad la más propiamente lograda por el legislador, ya que no sería extraño que una persona, segura del acabar de su existencia, tranquilizase sus últimos momentos declarando cuál es su voluntad testamentaria, confiándola a quienes por tener otra misión, ya de pedir refuerzos bien la de pasar a lugares menos hostilizados, pueden ponerse a salvo conduciendo su postrero sentir.

B) Personas que pueden valerse de esta forma testamentaria:

Concordes con el precepto básico, art. 716, son únicamente los militares, empleados en el ejército o indivíduos que sigan a éste, y aún añadiríamos que también aquellos que requisados por el mando, prestando sus servicios a las tropas u obligados a pasar sus trances, a la ma-

nera como se ordena en el art. 670 del Reglamento de 1882, corran los peligros de aquellos momentos, aunque no se encuentren provistos de autorización militar bastante. Claro es que por ello no debemos entender a todo el personal civil que estuviera residiendo en una plaza sitiada y objeto de ataque por el enemigo, pues entonces habríamos incluído una modalidad no prevista entre las comunes. A tales indivíduos, y en ausencia de notario y encontrándose en inminente peligro de muerte, les cabe hacer uso de la fórmula prevista en el art. 700 de nuestro Código civil.

C) Autorizantes del acto y otorgamiento del mismo:

Empleamos esta denominación para los testigos, porque así son llamados en el párrafo segundo del artículo 685 para cuantos intervienen en los dos casos allí señalados, sin concurrencia de notario.

Unánimemente se pronuncian los autores al destacar la falta de idoneidad que el legislador omitió exigir al redactar el art. 720. Tal calificación, deliberadamente expuesta, sólo puede entenderse en manera prudencial.

En efecto, tratándose, de un testamento nuncupativo las condiciones exigibles a estos vivientes elementos de prueba no pueden ser otras que las de contar más de 16 años y que posean facultades físicas e idiomáticas para oir y entender al testador.

En principio aceptamos tan singulares y reducidas exigencias; pero creemos que deben darse otras si se persigue la ausencia de toda duda que con posterioridad surgiera. Nosotros aconsejaríamos que viesen al otorgante, que lo estimasen en su sano juicio, ya que es, si no frecuente, sí al menos ocasional, perder, en estos casos, la cualidad de consciente, sobre todo para quienes no hacen de las armas una profesión; que lo conocieran, para no imputar a un fallecido voluntades que no emitió; que recibieran simultáneamente la manifestación de postreros deseos; que se asegurasen de que se estaba celebrando un testamento, y que ninguno de ellos o sus familiares o allegados era beneficiado por las disposiciones acordadas.

D) Condicionalidad del acto:

Muy acertadamente declara el legislador que el testamento así otor-

gado quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

Un solo problema pudiera presentarse. Si el disponente es ciudadano barcelonés o de alguna de las poblaciones que gozan de los privilegios de la Ciudad Condal, o de Gerona o su diócesis, o de Tortosa o pueblos comprendidos en sus llamados términos generales, ¿ subsistirá esta voluntad por el tiempo que señala la respectiva legislación comarcal ? Porque hay que tener en cuenta que tales privilegios son personales, que conforme a Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1901 no se rigen por el principio *locus regit actum* y que la condición de varones se encuentra prácticamente eliminada a virtud de la ley catalana de 19 de junio de 1934.

Nosotros entendemos para esta hipótesis que la intervención de un testigo menor de edad provocaría la ineficacia a la manera como se preceptúa en nuestra Código ; y cuando tal circunstancia no concurriese y ambos fuesen hábiles conforme a las normas usuales, sería preciso que el testador hiciera expresa mención de que el otorgamiento de la modalidad empleada lo era en mérito de la permisión contenida en el *Recognoverunt Proceres,* o en las *Consuetudines Gerundensis,* o en el Código de las Costumbres, según se tratara de los respectivos puntos de naturaleza, y no conforme al articulado del Civil.

Acaso se nos impute un criterio restrictivo, mas aunque tal fuese, que no lo creemos, siempre encontraríamos razones sobradísimas (entre las que no son las menos poderosas aquellos inconvenientes que registra el Dr. Durán y Bas, en su *Memoria* y el peligro de enormes abusos patentizados en innumerables litigios), en el conflicto planteado, para resolver la preferencia entre un fuero personal y una ley común a favor de ésta, a menos que como punto obligadísimo se acreditara cual fué el verdadero espíritu y deseo que animó al otorgante.

E) Formalización del testamento :

En el desgraciado caso de que a la manifestación de la voluntad testamentaria subsiguiera el óbito de quien la otorgó, y para que no quede ineficaz en sus disposiciones, exige el Código que se formalice, por los testigos, ante el Auditor de guerra o funcionario de justicia que siga al ejército.

La expresión *aunque no se salvare*, empleada en el art. 720, demuestra de manera concreta que es absolutamente necesario que la muerte se produzca como consecuencia del riesgo en cuya consideración testó, pues ocurrido el fallecimiento por otras causas diferentes, sea antes o después de restablecido el otorgante y, por ende, cuando pudo hacer uso de las formalidades previstas en los artículos 716 y 717, ya que en la primera de éstas cabe celebrarlo ante el Capellán o Facultativo que le asistiera, desaparece la vigencia de la disposición.

No vamos a especificar esa analogía que el Código establece entre Auditores y funcionarios de Justicia. Mucius Scaevola entiende que unos y otros son los que componen el Cuerpo Jurídico-Militar, y, aunque destacada la falta de precepto concreto que atribuya a los indivíduos del mismo esta labor formalizadora, nosotros la sobreentendemos dada la misión que para conocer asigna el n.° 2 del art. 11 del Código del 1890 a la Jurisdicción de guerra. Tal vez dicha cita peque de restringida en el elemento personal, y de laxa en el formal; pero en la misma se declara la competencia en — los testamentos otorgados por militares pertenecientes a un ejército en campaña o en país extranjero, con arreglo a los artículos 716 al 721 del Código civil, entendiéndose reducida a los límites que en dichos artículos se determinan —.

No encontrándose afectado este precepto por las limitaciones que el artículo 11 del decreto de 2 de junio de 1931 impusiera en orden al Capítulo 2.° del Título XXVII del Código de Justicia Militar, y siendo aquellos técnicos los que representan o comparten, según los casos, la jurisdicción castrense, a ellos se les encomienda esa función formalizadora de los testamentos otorgados conforme al artículo 720. Constituiría presunción, si en este lugar determinásemos la clase de procedimiento informativo que dichos funcionarios habrán de seguir, o enumerar las medidas que deban adoptarse en orden a la seguridad de la disposición testamentaria o a la acreditación de la característica de contestes que necesariamente tienen que reunir los testigos.

Lo primero sería ocioso e imperdonable, y lo segundo vario según la credibilidad, situación y demás circunstancias que se ofrecieran, en relación al acto, personas y lugar.

Sea suficiente decir que, recogidas por escrito las manifestaciones testificales, por el oficial designado, y comprobada la verosimilitud de las evacuadas, con más la certeza del fallecimiento del testador, todos cuyos trámites deben tener la celeridad típica de los procedimientos judiciales castrenses, y aún más si fuere posible para evitar confabulaciones, se darán por terminadas, para que por la Autoridad se acuerde el envío, el cual, ante la ausencia de disposición concreta en el Código y por las generales que rigen en el ramo de guerra, deberá efectuarse directamente al Ministerio de este nombre, quien acusará el oportuno recibo y trasladará el actuado al Juez del domicilio del causante o, de ser este extremo ignorado, al Decano de los de Madrid.

Por estos últimos se providenciará lo pertinente en orden a la protocolización del actuado, conforme al título VI, libro 3.°, de la ley de Enjuiciamiento civil.

4.° Extraordinario cerrado

Lo aleatorio que resulta el empleo de la forma verbal *ob inminens vitae periculum* hizo, sin duda, que el legislador quisiera evitarla en aquellos casos en que atendido el espíritu de previsión del testador se manifestase la voluntad de éste de manera más precisa y menos arriesgada.

Por tales razones aparece en nuestro artículo 721 un molde, referido al testamento cerrado, que al enunciarse con el condicional — si — remite su aplicación a los casos de combate, asalto y batalla, antes analizados, o a los generales de próximo peligro dimanante de acción de guerra.

De suponer es que esta forma no se desenvolverá, al menos en su período de preparación, durante el tiempo en que se desarrollan los choques armados que el legislador enumera. Interpretarlo así conduciría a un conflicto entre el cumplimiento de obligaciones y la potestad conferida, y la resolución indeclinablemente será con preferencia a aquellas, ya que ésta, aparte su posibilidad de ejercitarla en forma más

tranquila o breve, conforme a los artículos 716, 717 y 720, se subordinará siempre en aras de lo ordenado.

El precepto que autoriza la modalidad que nos ocupa se concibe en los siguientes términos: — Si fuere cerrado el testamento militar, se observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto exige el artículo 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere —.

Abreviaríamos la exposición de esta materia, siguiendo el ejemplo del redactor de la disposición transcrita, dando por aplicable a ella cuanto indicamos con anterioridad; pero fieles a nuestro propósito, y aún incurriendo en repeticiones más o menos obligadas, estructuramos las diversas partes de esta fórmula testamentaria.

A) Circunstancias que autorizan su celebración:

Excepcionando las aludidas en el apartado A) del número 3.º del presente capítulo, podemos afirmar que las motivadoras generales de esta permisión se integran por el *en tiempo de guerra* y *Campaña* unidas a las específicas de un combate en cualquiera de sus fases y ya lo sea en los instantes que le preceden o subsiguen inmediatamente.

B) Personas que pueden valerse de esta modalidad testamentaria:

Los militares, empleados en el Ejército e individuos que siguen a éste, o reclamados para la prestación de los servicios castrenses, ya lo sean, estos últimos a virtud de requisición o colaborando en el objetivo belicoso en cuya consideración se testa. Unos y otros deberán ser mayores de 14 años, encontrarse en su sano juicio y sabrán leer.

C) Autorizantes del acto:

La referencia hecha en el artículo 721, es bastante imprecisa. Dice que el testamento será otorgado — ante el oficial y los dos testigos que para el abierto exige el artículo 716 —. En este último cuando el legislador empleaba el término oficial, precisó una categoría mínima en cuanto al empleo, la de ser Capitán. ¿Será esta misma la exigida?

En principio una razón de concordancia hace inclinarse por la afirmativa, mas ante la modalidad de ser otorgable el abierto - ordinario en una posición, con tal que se efectúe el acto ante quien tenga el mando de

ella, aunque sea subalterno, y dado lo factible que resulta ostentar dicho cometido un aforado cuyo empleo sea el de alférez o teniente, ambos con la consideración de *oficiales*, nos preguntamos: ¿Será nulo un testamento cerrado porque el acta se extienda, bien en ausencia del Capitán, o por carecerse de éste en el lugar, o por haber sido muerto, por quien con las divisas del inmediato inferior empleo desempeñe tal función?

El respeto que nos merece la disposición testamentaria, su carácter de *solemne*, el llevar aparejado el incumplimiento de cualquiera de sus formalidades legales nada menos que la nulidad, y sobre todo la repercusión que pudiera tener para quien tal hiciese, junto con lo modesto de nuestra postura de comentaristas, nos hace aconsejar que sólo en aquellos casos en que el testamento fuese autógrafo desempeñen tal cometido los llamados subalternos - oficiales, nunca los de inferiores categorías, pues el riesgo que corrierran en tan apurados trances de guerra se vería neutralizado por el artículo 715 del Código, que si bien declara que — es nulo un testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas..., y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables —, también dice — que será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviese escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento —.

Anticipemos a este efecto, que deberá ser mayor de edad el otorgante, ya que es la más esencial de las condiciones exigidas.

Fuera de desear que, sin que se presentaran ocasiones de resolver esta hipótesis, el legislador, en la misión reformadora que periódicamente puede hacer del articulado, llevase a éste una congruencia entre las denominaciones castrenses y las que establece con imprecisión para estos casos.

Como testigos que han de cooperar al acto del otorgamiento se señala el número de dos, y no hay para qué decir que, debiendo concurrir en ellos las mismas condiciones que en los del ordinario-abierto, tienen que ser idóneos. Por tanto y remitiéndonos al examen hecho en capítulos

anteriores, sintetizamos esta cualidad en los que sean mayores de edad, que vean y entiendan al testador, que sepan y puedan escribir, que tengan la condición de vecinos o domiciliados (o tratándose de militares que estén en el lugar por razón de su destino, o comisionados), no hayan sido procesados por falsificación o falso testimonio, no se encuentren sufriendo pena de interdicción civil, que no tengan salario o remuneración personal del oficial que autoriza o con cargo a expensas del mismo, y no se hallen ligados a él por razones de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

b) Período de otorgamiento:

Los extraordinarios riesgos y urgencia que son de prever en esta formalidad testamentaria nos hacen pensar que en su aspecto público se encontrará reducida a los más breves momentos

Dando por reproducidas las diversas maneras con que se puede confeccionar el testamento; esto es, todo escrito por el otorgante, rubricado en sus hojas y firmado al pié; o escrito por otro, a su ruego y bajo su dirección con la firma del disponente, entera, en todos aquellos lugares dichos; o manuscrito y firmado por quien sustituyera al otorgante en la mecánica función de pendolista para suplir la imposibilidad o ignorancia del testador; y suponiendo, asimismo, que por éste se habrá guardado el documento dentro del sobre o plica y en ella puestos los sellos que garantizan la imposibilidad de extraer aquél sin romper ésta o deteriorar los lacres y señales que aseguran la inviolabilidad, creemos que l acto se limita a las siguientes formalidades:

1.ª Concurrencia del oficial, testigos y testador.

2.ª Escritura del acta para hacer constar:

a) Lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

b) Nombre y apellidos del autorizante y testigos, con más el empleo y destino si se pudiere.

c) Fe del conocimiento del testador y de que se encuentra, a juicio de ellos, en condiciones de capacidad para la celebración del acto.

d) Manifestación hecha por el testador en orden a la manera como está escrito el documento y las que estime necesario hacer constar, en cuanto a su apertura, domicilio, etc., etc.

e) Expresión del número de sellos que tiene la cubierta.

f) Que se dió lectura del acta, y la encontró conforme el testador, o fué leída por el mismo.

g) Causas que impiden firmar al testador y, si tal ocurre, testigo que le sustituyera.

h) Firmas del testador, autorizante y testigos.

No hay para qué hablar, en estos momentos, de la posibilidad de reintegrar la carpeta con un timbre movil, pues tal requisito sería de difícil cumplimiento, si préviamente no se hubiere observado por el que otorga.

De igual suerte, y por la referencia concreta que el artículo 721 formula a los articulos 706 y 707, se encuentra vedada esta modalidad a los sordomudos, personas que no sepan hablar y, a este efecto, a quienes no pudieren expresarse en idioma conocido por el autorizante y testigos, ya que no cabe la intervención de intérprete, ni tampoco que en la cubierta se escriba por el testador a la manera como prevé el número 2 del artículo 709, que expresamente parece excluído de aplicación.

E) Conservación del testamento :

Nada dice el Código en cuanto a tan importante extremo, lo que acredita, a juicio de un comentarista, la precipitación y descuido con que está redactado el texto. Opinamos que debe ser entregado el sobre que contiene la última voluntad al oficial que autorizara el acto, fundando nuestro aserto en que si para las formas ordinarias del testamento militar se procede así para el curso de la extraordinaria no cabe utilizar otro medio, además de que la potestad de retenerlo en su poder quien lo otorgó o encomendar su guarda a persona de confianza, nace del artículo 711 y éste no se encuentra mencionado en el art. 721.

En consecuencia, damos por reproducidas aquellas prevenciones consignadas en el apartado F) del número 3.° de este capítulo, en orden a la comunicación que habrá de librarse para el Jefe de la Unidad en donde preste sus servicios el otorgante, a los efectos de constancia en su documentación personal o a facilitarle recibo en otro caso.

El oficial que autentica el acto, una vez pasado el peligro, procederá con la mayor brevedad, a la entrega del pliego a sus superiores para que

por éstos, siguiendo el conducto regular, se haga llegar al Ministerio de la Guerra.

Ello no quiere decir que deba siempre verificarse personalmente la entrega, pues si los azares de la lucha pusieran al fedatario en situación tan peligrosa que temiese la pérdida o desaparición del documento, lógico es que procure la subsistencia del mismo, confiando dicho cometido a quien, a su juicio, pueda felizmente desempeñarlo.

Caducidad. Apasiona a los tratadistas de derecho civil español la determinación del carácter que tiene esta modalidad testamentaria. ¿Es definitivo? ¿Es permanente su consistencia?

Don Marcelo Martínez Alcubilla deduce, a través de una relación entre el art. 720 y 721, que este último autoriza un acto en relación con las causas previstas en aquél y por tanto no conservará el testamento su fuerza obligatoria y quedará ineficaz cuando el disponente se libra del peligro en cuya consideración dispuso (120).

Mucius Scaevola opina en contrario (121) basándose en que — el artículo 719 alude exclusivamente a la modalidad testamentaria regulada por el art. 716, y el 720, párrafo 2.°, menciona nada más que los testamentos verbales. Luego por el principio *inclussio unius exclussio alterius* y por la consideración de que no hay el más insignificante dato que pruebe ser otro el propósito del legislador, habrá que convenir en que, si al testamento del artículo 721 no se le ha puesto límite alguno.... ha de tener toda la eficacia de los testamentos cerrado ordinarios —. Y añade después: — además, las funciones notariales tan representadas estarán por el Oficial de graduación, no inferior a Capitán, como por el Comisario de Guerra —.

Análoga conclusión sienta el señor Sánchez Román, observando entre otros particulares el cumplimiento que para esta forma se exige, de los artículos 706 y 707, sin que baste a justificar un criterio de caducidad la sustitución del notario por un oficial y la reducción en el número de testigos.

No cabe, pues, duda alguna que, en principio y llenadas las formalidades de solemnidad y confección prevenidas en este testamento, sus efectos perdurarán en tanto no sea revocado por otro posterior, toda vez

que no existen razones de utilidad o legales que aconsejen otro criterio, y sin que basten a disuadirnos del que mantienen los dos comentaristas últimamente invocados las alegaciones que formulan otros, estimando aplicable a este silencio lo preceptuado en el artículo 730. Quienes tal afirman olvidan, acaso, reglas de analogía, y llevan al testamento militar una norma especialmente pronunciada para el marítimo, pues la caducidad allí declarada se circunscribe bien claramente a los que se otorgaren con arreglo a dicha sección.

Apertura del testamento. Conocida que sea por el Ministro de la Guerra (122), la muerte del testador, se enviará al Juez del último domicilio del fallecido, y, no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, con objeto de que se cumplimenten las prevenciones ordenadas en el título VII del libro III de la ley de Enjuiciamiento civil.

CAPITULO VII

Examen de otras formas testamentarias

El testamento ológrafo

PUEDE ser definido como la disposición de última voluntad que el testador autoriza por sí mismo, escribiéndola y firmándola de su puño y letra, sin intervención de testimonio ajeno.

Nos ocupamos de esta modalidad no tanto por el beneficio que representa para aquéllos que desearan otorgar su testamento con cierta clandestinidad y en lugares donde no hubiese autorizantes de la forma cerrada, como por la ventajas que para su revocación o cambio se ofrecen toda vez que, mientras se conserve en poder del testador, éste puede introducir cuantas variantes estime oportunas a través de uno nuevo, redactándolo ulteriormente, y aún reclamar la entrega del documento si lo hubiese depositado en poder de otra persona.

Causa sorpresa la afirmación, hecha por uno de nuestros más destacados civilistas, de que las personas enumeradas en el artículo 716 del Código no pueden acudir al autógrafo como medio para ejercitar sus facultades de testamentifacción activa, porque tal forma está reservada para tiempo de paz, y no es utilizable como regla de Derecho común por los militares.

Leídos y releídos todos los artículos que de la misma se ocupan no hemos visto excepción en el precepto legal, y, antes por el contrario, los precedentes históricos abonan una opinión contradictoria. Como dice

Navarro Amandi, la manera típicamente militar de testar era la ológrafa, que al hacerse común dejó de ser privilegiada *sin mortificación para los aforados.*

En la legislación alemana se reconoce capacidad para el empleo de esta forma testamentaria (artículos 2.231, número 2 y 2.247 del Código civil), la cual, si reviste caractes de privilegio militar, se subdistingue en dos modalidades, caracterizándose la primera por su autoconfección y la segunda por suscribirse el documento de propia mano del testador, ya con dos testigos o por un funcionario superior o por un oficial (123).

Apoyados en aquel criterio y sus precedentes, estimamos de aplicación este molde jurídico que, de estar reservado sólo en tiempos de paz y para personas que no han sido excepcionadas por otras circunstancias, llevaría a la consecuencia de que la Institución que generó, dió vida y mantuvo esta modalidad a través de los tiempos, es, precisamente, la privada de su empleo.

Por otra parte, no es el carácter común de esta forma razón que abone la negativa, pues, si tal se invocara, las deduciones serían extensivas a todos los testamentos otorgados ante Notario, y no creemos que haya quien defienda esa *capitiis diminutio* en los individuos que corren la suerte de las armas. Al contrario : dispuestos a emitir nuestro postrer deseo, en lugar en que hubiese aquél funcionario, y concurriendo las tristes circunstancias de *en tiempo de guerra* y *campaña,* optaríamos, siempre por la intervención de aquél no ya para hacer perdurable y consistente nuestra voluntad, sino para asistirnos de su valioso y prudente consejo.

Dejando a un lado esta digresión, pasemos a enumerar los requisitos necesarios para la validez del testamento ológrafo.

Capacidad. Excepcionando la regla general, se exige al otorgante ser mayor de edad. Esta condición no aparecía en la primera edición de nuestro Código ; pero al consignarla el artículo 688 de la vigente se buscó, sin duda, no sólo evitar el irreflexivo abuso que los menores pudieran cometer en el empleo de esta forma testamentaria sino, también, alejar los peligros que sobre ellos se darían por el influjo de otras personas.

Los códigos extranjeros, ulteriores al nuestro, han seguido este ejemplo.

Materia "escriptoria". Desaparecida por ley de 21 de julio de 1904 la exigencia de papel sellado, correspondiente al año de su emisión y otorgamiento, y cuyo precepto concuerda con el artículo 21 de la vigente del Timbre del Estado, puede esta modalidad patentizarse en el ordinario o común.

Demolombe no cree haya inconveniente en admitir un trozo de vidrio en el que, por medio de un diamante, se haya hecho constar la voluntad testamentaria. Baudry - Lacantinerie, recordando un pasaje de Justiniano, se pronuncia por el cartón, el lienzo, la piedra, la madera o el pergamino como materias receptoras de postreros deseos. Y no faltan autores que, apesar de las dificultades que ofrecería su protocolización, aceptan la hipótesis de una escritura válida a estos efectos, aunque se hiciera sobre un muro, con carbón o en una pizarra. Todo sería cuestión, dicen, de proceder a un reconocimiento judicial, valerse de peritos y levantar el acta que ha de protocolizarse (124).

Forma. Pudiéramos, en principio, afirmar que no existe. Así, de idéntica consideración legal son objeto los otorgados con cláusulas separadas y numeradas, como la sencilla redacción epistolar. De esta última clase lo fué una disposición dada en Peñafiel, a 24 de octubre de 1915, y reconocida con fuerza testamentaria, en Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio 1918. Basta, por consiguiente que se refleje, en forma indubitada, que existe ánimo de testar.

Escritura. Necesariamente la totalidad del escrito debe extenderse de puño y letra del testador. Hasta tal punto es esencial este requisito que la existencia de palabras tachadas, interlineadas o agregadas a la autografía del otorgante, entienden los comentaristas que se tendrán por no puestas, ya que aceptar otra opinión sería equivalente a dejar a merced del capricho, malicia o arbitrio de terceras personas la validez del documento. En consecuencia, la escritura a máquina o la hecha por otro, aunque sea al dictado del testador, hacen nula la disposición.

Idioma. Entendemos que puede serlo en cualquiera. Lo resuelto por la Dirección general de los Registros y del Notariado en 22 de no-

viembre de 1916, autorizando al Consul general de España en París para protocolizar el testamento autógrafo de un español, redactado en lengua extranjera, nos lleva a sentar dicha afirmación.

Actualmente se discute si, con vista de un acontecimiento excepcional o de un apremiante peligro, podría aceptarse un escrito con caracteres estenográficos o hecho con clave. Lo dudosa que resulta una y otra forma, en orden a su autenticidad, obliga al consejo de que sólo debe hacerse en caracteres alfabéticos ordinarios.

Fecha. De manera incuestionable es esencial este requisito, que, por otra parte, demanda el texto legal. Poco importa el orden en que se consignen el año, mes, día, y hasta que se omita la constancia del lugar (aunque sería convenientísimo); pero la veracidad de aquellos extremos debe ser cuidada, so pena de atraer sobre la voluntad así expresada, sospecha de falsía.

Firma. Ella sirve para distinguir el verdadero testamento de los proyectos que para el mismo se hicieren. El Tribunal Supremo tiene declarado (5 enero 1935) que por firma de una persona se entiende la que ésta, en todos los actos de su vida, acostumbra estampar al pié de sus escritos, no pudiendo considerarse como testamento ológrafo el documento autorizado solamente con el nombre de pila o patronímico, cuando de otros documentos resulta que el otorgante firmaba generalmente con nombre y apellido.

En aquellos casos en que la firma empleada fuese ilegible y en el texto del escrito no se haya indicado el nombre y apellidos de quien lo otorga, debe subsanarse esta dificultad, para evitar erróneas interpretaciones, por medio de antefirma con el nombre y dos apellidos del testador, escritos también en su propia mano, y aún indicaríamos que constase el empleo y unidad a que perteneciese para no incurrir en falsos supuestos.

Conservación del testamento. Ninguna medida establece el Código como garantía de custodia, según indicamos oportunamente, para conseguir su toma de razón en el Registro Central de Actos de Ultima Voluntad. Puede el testador declararlo así ante notario, haciendo constar el otorgamiento por medio de acta en la que se expresará la fe-

cha, el lugar y las circunstancias personales del disponente, y claro está que también aquellas manifestaciones relacionadas con el lugar y persona que tienen depositado el documento.

Puede, en consecuencia, ser conservado éste por el testador o por otra persona o en casa del funcionario antes dicho.

Presentación, curso y envío. Ocurrido el fallecimiento del otorgante, y aparecido entre sus papeles, deberá inventariarse en las diligencias de prevención que hubiere acordado tramitar la Autoridad Castrense, dándose por ella curso inmediatamente al Juzgado del domicilio en que hubiere fallecido, y en la hipótesis de que operasen en territorio extranjero, al Ministerio de la Guerra para su entrega al del último que tuviera o, caso de ignorarse cual fuese éste, al Decano de los de Madrid.

Obligación es de la persona que por cualquier motivo lo tuviese en su poder, presentarlo ante la Autoridad Judicial en el plazo de diez días, con el fin de evitar las responsabilidades en que por su morosidad pudiera incurrir. Dicho plazo se computa a patir del siguiente al en que tuviese conocimiento del óbito.

Una vez entregado el testamento, la Autoridad Judicial procederá a la adveración y ordenará protocolización en la forma prevenida.

Caducidad. El artículo 689, sin emplear esta denominación, declara inválido el que no se protocolizase dentro de los cinco años, contados desde el dia del fallecimiento del otorgante.

El testamento mancomunado

Apesar de las prohibiciones que establece el Código para el uso de esta forma de testar, es posible que se acuda a ella por quienes, según su legislación, se encuentran facultados. Con anterioridad indicamos que los aragoneses, a virtud de las prevenciones contenidas en el Apéndice al Código civil, pueden otorgar con esta modalidad.

Transcribiremos los artículos más esenciales con ella relacionados:

El 17 en su párrafo tercero, dice: *Los Oficiales, Capellanes, Facultativos y Subalternos del Ejército... admitirán el mancomunado de los cónyuges aragoneses y cumplirán las obligaciones que les imponen las disposiciones vigentes.* Estas, pues que sólo del aspecto formal o solemne del acto nos ocupamos, son las mismas que las hechas objeto de examen en el apartado correspondiente al testamento abierto, y como complemento de ellas hacemos notar que en el párrafo primero del artículo invocado autoriza — ...que expresen juntos las disposiciones, ora lleve uno sólo la palabra y el otro se limite a aceptar y consentir las manifestaciones; ora cada testador ordene lo concerniente a sus respectivos bienes —.

Otra prevención que pudiera tenerse en cuenta, si el testador es aragonés, se relaciona con la fórmula de revocación de sus anteriores disposiciones, que de emplearse en el abierto - ordinario - castrense cabe hacerla objeto de *advertencia* por el autorizante. Ella consiste en notificarle al testador que, si con anterioridad ha formalizado o celebrado un testamento mancomún, debe hacer saber notarialmente a su consorte el propósito de otorgar este nuevo. En la hipótesis de que dicho cónyuge hubiere fallecido, la de que no valdrán las modificaciones que introduzca en aquél, si previamente no renuncia en su totalidad a los beneficios que provengan de las disposiciones del finado.

Con lo expuesto damos por terminadas las especiales formas no recogidas en la Sección que se ocupa.

No es de creer que se nos impute un inmoderado deseo de atracción (126). Si tal hubiera existido, figuraría en este Capítulo la prevista en el artículo 701 de nuestro Código, en mérito a lo frecuentes que son en las guerras, y pese a los esfuerzos sanitarios, los casos de epidemia. No lo hacemos porque allí se parte del supuesto de carecer de Notario, y, en el ejército se ha extendido esa función a cuantos se hallan en condiciones de ejercerla, siquiera sea en su aspecto formal o externo y reducida al campo de la testamentifacción activa. O, llevaríamos las singulares de — confianza — y — por comisario — de las legislaciones catalana y vizcaína, respectivamente, prescindiendo de que su regulación afecta, en más o en menos, al contenido testamentario, y so pretexto de

aportar datos que ilustrasen a los oficiales autorizantes. O, por último, basándonos en la ambígua redacción del párrafo 2.º del artículo 716, (que parece comprender, no obstante, la unidad de la Institución, a otros ejércitos), a plantear problemas ligables con el derecho internacional privado o con la esfera de aplicación del nuestro, etc., etc., ya que aún pudiera verse en el precepto, más que una extensión de fórmulas a los prisioneros hechos por las tropas españolas, y así lo deducimos, una supervivencia de privilegios, que, excepcionándose del *en tiempo de guerra* permite a los militares, cuando se encontrasen fuera de su país, el ordenar sus voluntades en presencia de sus superiores, prescindiendo del derecho local o del personal ejercitable ante nuestros representantes diplomáticos o consulares acreditados en otra nación (127).

Lejos de proceder con tal conducta y fieles a los dictados de las Circulares del Ministerio de la Guerra, fechadas en 7 de junio de 1891 y 19 de abril de 1895, no consideramos utilizables las formas testamentarias estudiadas, sino en los casos que las circunstancias lo aconsejan, aunque, con tal criterio, disintamos de otros autores que estiman vigentes las modalidades castrenses que regula el derecho foral, siempre que las fuerzas operen o guarnezcan los territorios en donde el mismo rige (128).

Hemos llevado nuestra interpretación a los prudentes límites en que estimábamos deben ser desenvueltas las diversas formas de testamentifacción activa castrense. Sin embargo, las observaciones formuladas con vista del articulado de nuestro Código, aún atendidas llegado el instante de la reforma del texto legal, no serían suficientes. La experiencia nos demuestra bien tristemente que, en tanto llega el soñado día de una paz absoluta y estable, en los conflictos de las armas tanto sufren las unidades que integran el ejército como la población civil. Si, pues, esta última es objeto de un mayor número de riesgos no sólo porque en la conflagración suele ser objeto de un singular y preferente ataque por parte del enemigo, como por lo desprovista que se halla de medios ordinarios de defensa, no es de extrañar que aboguemos por la construcción jurídica de una forma testamentaria especial que, ejercitable *en tiempo de guerra*, tenga más flexibilidad que la prevista en el artículo 700 de nuestro Códi-

go y venga a llenar una idéntica necesidad que la que nuestro legislador supuso al redactar los artículos 716 y 720.

Llegado ese instante coexistirían, sin diferencias de clase, dos modalidades determinadas por un mismo hecho: una para la población amenazada y otra para el ejército y quienes con él siguen los peligros de la lucha.

EPÍLOGO

Al trazar la rúbrica que cierra el libro es inevitable la emoción. Nos preocupa la suerte que pueda correr, sentimos la llaga de sus imperfecciones y adivinamos, en el lector, un natural interrogatorio.

La cortesía rompe el embarazo de la pluma y nuestro ánimo, temeroso de haber pecado de irreverente o atrevido, se dispone, franco y sincero, a responder.

En esta época de doble faz, en la que se respira la niebla oscura de un porvenir que a unos aterra y a otros disgusta, hemos encontrado cavernas y oquedades en la regulación del testamento militar.

El Ejército es hoy la nación armada; su núcleo permanente se amaestra en la paz y el estudio, mas puede llegar un día en que las acciones de Lepanto, Mook, Gravelinas, Alcántara, San Quintín, Túnez o Bailén, haya necesidad de repetirlas en otros lugares, y, sería abrumadora carga que, quienes ofrecieron su vida en aras de la Patria, pagasen con la hacienda su impericia procesal o el olvido del requisito solemne que reclamó un acto y tiene su escondrijo en la maraña del articulado. Y, sin embargo, es así.

El legislador, breve y conciso en el redactar de seis artículos, se muestra pródigo en los que atañen a responsabilidades y, sin preocupar-

se de cuales sean las circunstancias ni la jurídica aptitud de las personas, extiende a todas una igual sanción (129).

Esa injusticia ha motivado en los tratadistas extranjeros, después de la guerra del 1914 - 18, las más variadas posiciones. Unos distinguen entre la condición del oficial y la del funcionario; otros diferencian los instrumentales de guerra y los del orden judicial; aquéllos especifican las faltas personales y las del servicio; éstos la posibilidad de reducir la trasgresión a los límites de una negligencia; y muchos, en la más cómoda de las posturas, abandonan el problema al conocimiento de los tribunales, esperando que sean apreciadas atenuantes o la exención que originase la fuerza mayor (130).

Toda esa gama de hipótesis, algunas antinómicas, estimularon nuestras iniciativas, hasta que la idea se sobrepuso a la humildad de nuestra preparación. La falta de monografías sobre el tema en nuestra patria, hizo que, a la manera como el militar actúa en notario, nosotros oficiásemos de centinelas, en ese peligro que amenaza a los castrenses.

Deliberadamente se esquivó el planteamiento de cuestiones que, si relacionadas con la testamentifacción, eran ajenas a la índole de nuestro cometido; tal ocurre con el derecho de suceder, interesantísimo al examen, pero abigarrado e incoherente en el mosaico que representa el derecho foral (131).

Sobre las revueltas capas de ese duro conglomerado del Código, hicimos observaciones tendentes a su mayor claridad, ora invocando el criterio de sabios comentaristas, ya nuestra modestísima y nada autorizada opinión; pero persiguiendo en todo instante alejar la nota de pedantería para no llamar *celéustica* al arte de tocar la corneta, o *estratopedia* a la táctica del mando.

Carecemos en absoluto, y lo decimos sin modestia, de aquella ejecutoria que permite dar a la estampa un trabajo de esta naturaleza. En él habrá omisiones, errores y defectos; pero, por extremada que hubiera sido nuestra diligencia, nunca quedaría librado el empeño, antes al contrario, en su tolerante crítica o en la autópsica del analista, se impondrían ablaciones que nosotros mismos llegamos a apreciar.

Con este libro no venimos a resolver el cuadro de las complicacio-

nes testamentarias que pudieran ofrecerse. Aspiramos sólo a coadyuvar, en la medida de nuestras fuerzas, al cumplimiento de un ritualismo que, acaso no fué obligado en las guerras de Tebas (1214?, 1197?), pero que comienza a generarse en las legiones romanas y hoy constituye un nudo difícil de resolver con desenfado análogo al del héroe macedón.

Al dar por terminada nuestra tarea, a nadie mejor que a las Instituciones armadas podía ser ofrecida. Ellas la inspiraron y a las Españolas de mar, tierra y aire se dedica, con el fervientísimo deseo de que ninguno de sus miembros se vea obligado a compulsar estas páginas, por la necesidad de un caso concreto.

España tiene una historia sobrado victoriosa para pretender colocar en la punta de sus espadas más efluvios de gloria. Nuestra aspiración sublime es verla respetada en el Congreso de las demás naciones, preparada sin arrogancias para cualquier eventualidad, próspera y feliz en sus ciudadanos, abiertas sus fronteras a todos los aires, solventando las más difíciles cuestiones con sus alcances diplomáticos y la nobleza de sus tradiciones, y hablando, en su recio lenguaje, un idioma de paz.

LLAMADAS

(1) Manresa y Navarro (J). « Comentarios al Código Civil Español», 4.ª Edic. 1921; página 203.

(2) « Veteres enim heredes pro dominis appellabant » (Instituts. 2, 19, § 7).

(3) Ortolán. « Explicación histórica de la Instituta »; página 500.

(4) Ruggiero (R). « Instituciones de Derecho Civil ». Edic. 1931. Vol. II; página 973.

(5) Sohm (R). « Instituciones de derecho privado romano ». Historia y sistema, 17.ª Edic. 1928; páginas 509 y ss.

(6) Artículos 418 y ss. Véase Bougaevski (R). « Droit succesoral de la Russie Soviètique) Edic. 1926.
Véase Tager (P). « Traité de droit civil et commercial des soviets ». Tomo tercero, Edic. 1930; páginas 395 y ss.

(7) Alonso Martínez (M). « Opúsculo sobre la Propiedad ».

(8) Castán Tobeñas (J). « Derecho Civil Español, común y foral ». T. primero. Vol. segundo. Edic. 1926; página 211.

(9) Véase Lacoste (J). « La Mejora. Su origen y desenvolvimiento ». Trad. española; pág. 332.

(10) Generalizamos a todos los sucesores forzosos, ya que la « constante » de los hijos naturales, conforme a la antigua legislación, dentro del tercio libre, puede ser objeto de ampliaciones cuantitativas con vistas al desenvolvimiento que habrá de operarse al

desarrollar el art. 43 de la vigente Constitución de la República, aprobada en 9 de diciembre de 1931. A tal efecto consúltese el trabajo « Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado », premiado en el concurso « Alcalá Zamora », abierto por la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación, y del que es autor el Catedrático Dr. D. Manuel Batlle y Vázquez. Edición 1933 ; páginas 145 y ss.

(11) Libro primero del Pentateuco de Moisés, capítulo XXV, vers. 5.º.

(12) Testamentum es mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostran valeat. Ulp. Reg. 20, § 1.

(13) Prisco (J). « Filosofía del Derecho fundado en la ética ». Traducción de Juan B. Hinojosa. Edic. 1879 y tercera 1891.

(14) Delle successioni testamentarie. Edic. 1896 ; página 1.

(15) Corso completo del diritto delle successioni. Edic. 1915. T. segundo ; páginas 321 y ss.

(16) Delle successioni ; página 142.

(17) Essai sur la veritable origine du droit de succesión.

(18) Gabba. « Teoría della retroattivitá delle leggi. Edic. 1897, tomo tercero ; páginas 282 y 283.

(19) Derecho Civil. Edic. 1932. Vol. segundo ; pagina 380.

(20) Cours de droit civil. Edic. 1930, tomo tercero ; página 849.

(21) Delle donazioni fra vivi e dei testamenti. Traduc. italiana ; página 456.

(22) Ademtión der legate, en « Zeitschrif de Grünhut, VII ».

(23) El Testamento. Revista de Derecho Privado (abril 1935). Tomo XXII, (número 259 al 261), páginas 101 y ss.

(24) « Testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri veli ». (Digesto, libro XXVIII, título 1, fragmento primero).

(25) Es la disposición, en forma escrita, hecha por una persona para el caso de muerte, relativa a la trasmisión de una cosa a una o varias personas entre el número de las designadas en el artículo 418 (herederos legítimos) o a la distribución entre varias o todas esas personas, desviándose del modo y manera que se prevé en el 420. Véase Tager (Paul) Ob. cit. ; páginas 419 y siguientes.

(26) Es curioso citar la de Mohamed Ben Abdallah Ibn Rachid, inserta en el Loubab El Loubab (pág. 300) y para el que, es el acto por el cual « una persona dispone de una parte de sus bienes sin deferirla hasta su muerte, y que ella puede revocar ». Para el estu-

dio del testamento en el rito malékita, de importancia en nuestro Protectorado, véase Pesle (O). « Le testament dans le Rite Malékite ». Edic. 1932.

(27) Derecho de sucesión. Edic. 1916, Tomo primero ; página 49.

(28) Código Civil, Edic. 1896. Tomo XII ; pág. 175 y vuelta.

(29) Véase Van Bemmelen (P.) « Nociones fundamentales de derecho civil ». Edic, 1923 ; páginas 120 y ss.

(30) Véase Aubry y Rau. « Cours de droit civil français ». Edic. 1916. Tomo X ; página 62.

Véase Filomusi. « Diritto ereditario ». Edic. 1917. Tomo segundo ; página 58,

(31) « Delle successioni legitime é testamentarie ». Edic. 1923, Tomo cuarto ; página 116.

(32) Manresa y Navarro (J.). ob. cit. ; páginas 422 y 23.

(33) Planiol y Ripert, « Traité pratique de droit civil français », Edic. 1923 ; página 115.

(34) Ley de las Cortes de 1765 - 66 (22 del tít. V del libro primero de la Novísima Recopilación Navarra).

(35) Sentencias de 21 de febrero de 1896, 1 de diciembre de 1898, 22 de octubre de 1910, y 1 de febrero de 1913,

(36) Cimbali (E.) « La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales ». Trad. Esteban García (F.). Edic. 1893 ; pág. 165 y s.

(37) La tasa de sucesión fué conocida en el derecho romano. Impuesta por Augusto con el nombre de « vigésima hereditatum » se elevó al décimo por Caracalla. Abolida por el influjo del Cristianismo, se restauró en la época feudal bajo el nombre de « relevío » y como pago del derecho de investidura.

Véanse Mantellini. « El Estado y el Código civil », Volumen 1.° ; páginas 202 y ss..

Du Mesnil - Marigny « Histoire de l'economie politique des anciens peuples ».

Pescatore « La lógica del impuesto » ; página 179.

Cibrario « La economía de la Edad Media », Tomo primero ; página 217.

Modernamente se sostiene que la cuota del impuesto se halla representada como un suplemento necesario del tributo directo sobre el capital mueble e inmueble.

Véase Seligman (E. R. A.). « El impuesto progresivo en la teoría y en la práctica ». Edic. 1913.

(38) « Principes de Droit civil français ». Edic. 1874. V. XI. ; pág. 129.

(39) « Explication théorique et pratique du Code Napoleón ». Tomo tercero ; páginas 373 y ss.

(40) « Il testamento », Edic. 1914 ; página 51.

(41) « Instituciones de Derecho Civil Español », Tomo 3 ; página 25.

(42) Hegel, en su « Filosofía de la Historia », dice cómo los egipcios ponían en los festines los retratos de los muertos para así gozar más de los deleites, pensando en su brevedad.
Véase Max Scheller, « Muerte y Supervivencia », Edic. 1935.

(43) Puede consultarse el interesante estudio de Koschaker, « Observations juridiques sur - Ibila - Ablum », en « Revue d'Assiriologie ». Tomo II (1914) ; páginas 22 y ss.

(44) Quæ comittia bis amno testamentis faciendis destinata erant (Gay. 2 § 101).

(45) Vitali (Vittore) « Del testamento privilegiato ».

(46) La expresión « testamentum procinctu » es extraña y corrompida hasta el punto que no se usa por Gayo, Ulpiano y la mayoría de los autores romanos.

(47) Es frecuente que leyes al parecer de excepción sean adoptadas después en el articulado de la común. Recientemente, en materia procesal, se hizo de tal suerte a virtud de la Ley de 10 de septiembre de 1931 (Gaceta del 11), una incorporación de esta naturaleza.

(48) Es como si el matrimonio de rito escocés lo historiásemos por la leyenda de Jaime I con el privilegio, para autorizarlo, al herrero de Gretna Green.

(49) Sohm, ob. cit. página 545.

(50) El Imperio republicano llega, aproximadamente, hasta el 300 d. C. Hasta entonces el « princeps » se considera — primer ciudadano de la República — interviniendo en la vida jurídica con decisiones de casos aislados — mediante « decretos » —, dictaminando sobre litigios en forma de « rescriptos », por instrucción a los funcionarios valiéndose de « mandatos » y con notificaciones al pueblo por « edictos ». El « mandato » tiene uno de sus ejemplos en el « caput ex mandantis » de Trajano, (Dig. 29, 1, 1,) favoreciendo el testamento militar.

(51) « Epítome institutionum rei militaris ».

(52) La decadencia de la sociedad romana se manifiesta en las leyes « Julia de maridantis ordinibus », (4. d. C.) por la que se fomentan las uniones matrimoniales y se prohiben las de personas de

«calidad» con los libertos e infames. Justiniano derogó los impedimentos anteriores ; pero declara « caducos » los bienes dejados a los célibes (solteros sin causa legítima) y a los « orbi » (casados sin hijos), si bien a estos últimos parcialmente.

(53) Von Schewrin. Notas sobre la historia del Derecho Español más antiguo. Anuario de Historia del Derecho Español. Tomo primero, 1924.

(54) Véase « Derecho Militar en la Edad Media. España. Fueros municipales », del auditor general, Don Juan Martínez de la Vega y Zegrí. Edic. 1912.

(55) Edic. 1768, de la oficina de Antonio Marín. Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra. Dos volúmenes en cuarto.

(56) Las declaraciones en cuanto a las personas que gozan del Fuero, exenciones y preeminencia militar, se registran en el Título primero del Tratado octavo, si bien después se fueron extendiendo en forma considerable.

57) Véase Bacardí (A) « Tratado de derecho militar de España ». Edic. 1848.

(58) « Defensa del Fuero Militar ». Rioja (M. J.)

(59) « Informe acerca del fuero civil de las clases militares ». Edic. 1856.

(60) « Code Civil des Français » (21 marzo de 1804); Código Austríaco (1811); Italiano (25 de Julio de 1865); Haití (1825); Bolivia (1845); Perú (1852); Chile (1855); Ecuador (1861); Uruguay (1868); Argentina (1869); Méjico (1870); Venezuela (1873); Honduras (1880); República Dominicana (1884); Costa Rica (1841); etc. etc.

(61) Véase « Le droit de la guerre ». Vanderpol (A).
« Revue hebdomadaire », 28 octubre 1911. (Artículos de Harold Wiat y de Regenald Hez).
Anales académicos de la de Ciencias Morales y Políticas. Tomo V, páginas 27 a 96. Discusión sobre « El movimiento antimilitarista en Europa ».

(62) Substantividad y fundamento del Derecho Militar. 1913.

(63) Las palabras parecen de actualidad, después del discurso pronunciado en la Cámara de los Comunes por el Secretario de Foreign Office, Sir Samuel Hoare, del que entresacamos las siguientes frases : ¿ En qué medida es exacto decir que la paz es una estructura de un solo bloque y que una de sus partes no puede ser aislada del cuadro del conjunto, siendo la proposición

verdadera, nos agrade o no ? Las invenciones modernas y las tendencias políticas contemporáneas contribuyen a ligar las cuestiones que de otro modo podrían separarse. El hecho de que no queramos tomar ningún nuevo compromiso no quiere decir que dejemos de tener interés en la reglamentación de cuestiones. Hay algunos Gobiernos de Europa, que no quiero nombrar, que consideran el centro y este del continente como los puntos de mayor peligro. Sin asociarme a estos temores, admito, sin embargo, que una guerra que empezara en el centro o en el este, podría terminar, juzgando por la experiencia, en una conflagración general. (Sesión del 11 de julio de 1935).

(64) Recientemente, por Ley de 13 de diciembre de 1934, España quedó sumada al acuerdo anti-bélico de Río Janeiro.

(65) « La Constitución Española ». Antecedentes, Texto - comentarios. Pérez Serrano (N.). Edic. 1932 ; páginas 73 y ss.

(66) « E son 4 maneras de guerra. La primera... que quiere tanto decir, en romance, como derechurera. E esta es cuando el ome la faze para cobrar lo suyo de sus enemigos, o por amparar a si mismo e a su casa dellos. La segunda... que se mueue por soberbia y sin derecho. La tercera... que se leuanta entre los moradores de algún lugar en manera de vandos o en el reyno por desacuerdo de la gente entre sí. La cuarta... en que combaten no solamente los cibdadanos de algún lugar, más aún, entre los parientes de un lugar con otros por razón de vando ».

(67) Entre otras muchas, véase la O. Cr. de 4 de enero de 1926.

(68) Ob., cit., pág. 604.

(69) El espectro de la guerra es tan avasallador que, en el pasado mes de julio, el Departamento de la Defensa antiaérea del Reino Unido, publicó desde el Ministerio del Interior (del que actualmente forma parte) una Circular a todos los Ayuntamientos y Concejos, que constituye todo un plan de defensa civil, en la Isla entera, contra los ataques que pudieran presentarse inopinadamente. En igual sentido, en España, por Decreto de 8 de agosto de 1935, y después de manifestarse en el preámbulo « que no bastan los sentimientos pacifistas de una nación para evitar los peligros de una agresión aérea », se organiza el Comité nacional para la defensa pasiva de la población civil, integrado por los Ministros de Gobernación, Instrucción Pública, Obras Públicas, Guerra y Marina, y los comités provinciales y locales (éstos en las poblaciones superiores a 8.000 habitan-

tes). con personal especializado, y la cooperación de entidades similares para la defensa antigás. El propósito inmediato es desarrollar una activa propaganda que lleve al ánimo de todos los españoles la necesidad urgente de adoptar medidas que faciliten la acción defensiva.

(70) Los ensayos de Protectorado preferentemente civil, son múltiples, destacándose el Decreto de 11 de mayo de 1924 que trató de implantarlo paulatina y progresivamente. La Medalla de la Paz se dejó sin efecto por Decreto de 3 de junio de 1931. En cierto modo no es posible hablar de Paz, mientras se prevea la necesidad de emprender operaciones de castigo. Actualmente existe la Orden Civil de Africa (Decreto 26-10-1933) para premiar actividades beneficiosas al interés público del territorio.

(71) Le Faure (A.) « Les lois militaires de la France, comentées et annotées d'aprés les discussions législatives et les principaux auteurs militaires, comparées avec les legislations étrangéres».

(72) Isabal (M.). Enciclopedia Jurídica Española. Tomo 19. Voz « Testamento militar ». Edic. Seix.

Valverde (C.) Tratado de derecho civil. Título quinto.

(73) Las disposiciones declarando hechos de diversa naturaleza, como de guerra, son innumerables. Entresacamos las siguientes : Cr. 12 enero 1934, para los que resultaron muertos o heridos el 4 de mayo de 1931 en una revuelta acaecida en Tetuán ; Cr. de 6 de abril de 1934 para el personal muerto o herido en el movimiento sedicioso entre los Askaris de una Mía, destacada en Cabo Juby (Zona Sur del Protectorado); Decreto de 24 de mayo de igual año, para los heridos en servicio de aeronáutica por accidentes ocurridos en el aire o en el despegue, aterrizaje o amaraje, en función del servicio ; para los fallecidos en cautiverio en las condiciones del caso concreto que determina la Ley de 28 de mayo último ; para los muertos y heridos en el movimiento subversivo de octubre próximo pasado ; por la de 25 de junio de 1935 por los disturbios (en que resultaron muertos y heridos) de los meses de mayo a septiembre, etcétera.

(74) Consideramos de triste autenticidad, pensando, con vista de un escrito de calificación emitido por el Excmo. Sr. Fiscal General de la República, el resultado verdaderamente tétrico que arroja un movimiento insurreccional bien reciente. Dice así : En la lucha que durante la subversión se produjo entre los elementos insur-

gentes y las fuerzas leales, fueron por aquellos hostilizadas las del Ejército, resultando muertos 14 oficiales, 12 suboficiales, 103 soldados, y heridos 51, 43 y 456, respectivamente. También a consecuencia de la misma lucha, murieron 6 oficiales, 12 suboficiales y 85 Guardias civiles, y resultaron con heridas 10, 15 y 50 respectivamente. De Carabineros, se registran, en el número de muertos, cuatro oficiales y siete números, y heridos, un oficial, un suboficial y 14 soldados. Fuerzas de Seguridad. Secciones de Asalto, 4 oficiales y 49 guardias muertos, y 6 oficiales, 6 suboficiales y 92 guardias heridos; resto de dichas fuerzas, 3 oficiales, un suboficial y 16 guardias muertos y 32 guardias heridos.

(75) La Cr. de 15 de julio de 1935 (D. O. núm. 162) determina el alcance de los auxilios a prestar las Autoridades militares a las civiles.

(76) Mucius Scaevola, ob. cit., páginas 603 a 604, tiene un criterio aún más amplio que el nuestro, dice así: « Partidas levantadas en cualquier provincia, asonadas y motines graves, alteraciones serias de orden público en una región minera por consecuencia de una huelga de trabajadores, pueden hacer necesaria por mucho o poco tiempo la acción militar con el concurso de un verdadero Cuerpo de ejército que haya de destacarse .. » Y se pregunta: « ¿dejará en estos casos de ser procedente la forma privilegiada de testar que estudiamos? Respondemos negativamente sin abrigar la menor duda, y decimos lo mismo que al ocuparnos del testamento hecho en tiempo de epidemia, cuya declaración oficial tampoco consideramos precisa para que pudiera testarse válidamente en esa forma. Una cosa son e-as declaraciones oficiales, exigidas para los efectos administrativos, políticos y diplomáticos (alude a la declaración de guerra) y otra la existencia real de un estado de guerra o epidemia comprobados por hechos cuya autenticidad han de estimar en cada caso los Tribunales, según el valor probatorio que atribuyan a los extremos que aleguen los interesados al ventilarse en juicio la validez o nulidad de un determinado testamento hecho en esas condiciones. El Derecho civil no debe subordinar la eficacia de sus creaciones o instituciones a meras formalidades de la legislación administrativa, que tienden a otro objeto muy distinto, y no acompañan siempre inmediatamente a la realidad, en esos períodos anormales en la vida de los pueblos y de las naciones ».

Acaso, por esa previsión que establece el autor de que el Tribunal pondere las circunstancias de momento, y para evitar las posibilidades de litigio, es por lo que nosotros, modestamente, comprendiendo y agradeciendo todo el sentir de tan eximio civilista, reducimos deliberadamente el área del otorgamiento del testamento militar en los postulados anteriores y en especial en la tercera de las hipótesis sentadas.

Nuestro criterio, además, está influído por la locución « tiempo de guerra » tan frecuente en los artículos del Código de Justicia Militar, tanto al tratarse de delitos de espionaje (objeto de reciente modificación por ley de primero de agosto de 1935), como en las trasgresiones llamadas de deserción y a las que se refieren los artículos 159, 287 y 290 entre otros, los cuales, según Jurisprudencia del disuelto Consejo Supremo de Guerra y Marina, en fallos de 31 de mayo de 1909, 10 enero de 1899; 17 enero de 1911, 3 de mayo y 18 de octubre de 1915, han sido aplicados a casos en los cuales la figura delictiva se perpetraba ausentándose desde Ceuta, Cabo de Agua y Posiciones de Africa.

Con posterioridad, en Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, de 18 diciembre de 1934, se continuó el mismo criterio para un delito de abandono de servicio, consumado en Melilla, y apreciándose en función del párrafo segundo del artículo 159 del Código Castrense, como perpetrado en tiempo de guerra, por ser plaza declarada en tal estado, agregándose en uno de los Considerandos del fallo que no se precisaba la declaración de tal circunstancia « estado de guerra » por encontrarse permanentemente en él y proponiéndose la conmutación de la pena aplicada por otra menor ya que la resultante era excesiva.

(77) « Recueil de textes de Droit International Public ». Le Fur (L.) y Chklaver (G.). Segunda edición 1934.

(78) Véanse : « Comentaire de la Convention du 27 juillet 1929 », relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra. Rasmussen (G.). Edición 1931.

« Le droit moderne de la guerre ». Rolín (A). Edición 1920. Tomo primero ; páginas 281 a 302.

« Les prisonniers de la guerre », (1914 - 1919). Cahen - Salvador (G.). Edición 1929.

« Recueil des cours de l ' Académie de droit international de La Haye ». Tomo 21 (1928). Wernes (G.).

« Salmonsens Konversationsleksikón », en la Enciclopedia Danesa, Tomo XX. Segunda edición.

« Die deutschen Kriegsgefangenen in Frankreich », (1914 - 1920) - Plassmmenn (C.).

(79) Moreno (I.), « Tratado elemental sobre el otorgamiento de los instrumentos públicos ».

(80) « Théorie des actes de l ' état civil apliquée au service de santé militaire ».

(81) « Traité - formulaire théorique et pratique de l ' état civil des militaires a l ' interieur et en campagne ».

(82) Mucius Scaevola, ob. cit. ; páginas 605 y 6, dice : « El Cuerpo Jurídico - Militar, como da a entender ese calificativo, ha de tener la suficiencia acreditada del Abogado, del conocedor del Derecho, y natural es, por tanto, que concediéndole facultades a la manera del notario en estos casos, se aproximara en lo posible el testamento militar al notarial y común de las circunstancias normales de la vida, y sobre todo sustituiría siempre con ventaja un indivíduo de ese Cuerpo a un simple Capitán o a un Comisario de Guerra. Nosotros preferiríamos que siempre que acompañara al ejército o destacamento o se encontrara en el punto en que se halla el testador enfermo o herido un Auditor o cualquiera otro individuo del Cuerpo Jurídico - Militar, éstos fueran los que en primer término dirigiesen la formación del testamento ». Tal criterio, reflejado en el artículo 1945 del Código Portugués, merece, según indicamos, nuestra discrepancia ; y esto por dos razones : si la preferencia es para los técnicos en derecho, el área de elección del otorgante se reduce y aún puede ocurrir que éste no quiera hacerlo ante aquél, y destinados permanentemente le priva de hecho la manifestación de su voluntad. Si la intervención del Letrado, hace análoga la forma a la notarial, se constituye una especial dentro de la castrense, y si es indiferenciada en nada descansa la preferencia. Lo probable será que el Jurídico, si se hallare en el lugar del otorgamiento, o en otro caso, y para las dudas que pueda tener el autorizante, será reclamado su dictamen o consejo a fin de tenerlas resueltas previamente.

(83) Bentancourt (Angel C.) « Comentarios al Código Civil Cubano », Tercera edición 1924 ; página 246.

(83 bis) Exigimos el requisito de la permisión a fin de evitar la incompetencia del sacerdote autorizante. Esta fué puesta en duda en un

caso ocurrido en la guerra de Francia con el Piamonte, y acabó por ser reconocida en sentencia que pronunció el Tribunal de Turín, el día 21 de mayo de 1810, en trámite de casación.

(83) Véase « Colección de causas célebres ». Edic. 1834.

(84) Julliot, comentando estos artículos, en relación al reglamento del servicio de sanidad militar, se extiende en una larga consideración de los distintos puestos, tales como de socorro, ambulancias, convoyes, trenes, hospitales de sección, de evacuación, etc., etc.

(85) Planiol. « Traité de droit civil ». Tomo III ; números 2.512 y ss.

(86) Julliot (Ch. - L.) « Des testaments authentiques des militaires, Competence des notaires a l'effet d'instrumenter jure civili et jure militari ».
(« Journal des Notaires », 30.471)

(87) « Journal officier » de 11 de enero de 1916.

(88) « Droit civil expliqué », Tomo III ; núm. 1.733.

(89) « Droit civil expliqué » . Tomo III ; « Sur l'article 988 ».
Véase « Les militaires en droit romain et en droit français ». Jacomet de Boaça ; página 219.
« Resumé et conférence des comentaires du Code Civil ». Vazeille.

(90) « Traité des donations et testaments ». Tomo IV ; página 436.

(91) « Revue pratique », París. Tomo XIX ; página 862.

(92) Ramos (R): « De las sucesiones »; Edic. 1894, T. I., página 56.

(93) En Cataluña, por las prohibiciones del Senadoconsulto Macedoniano los « hijos de familia » sólo pueden disponer por vía de testamento de sus peculios castrenses y cuasicastrenses. Es de esperar que, dadas las orientaciones que se dibujan en algunas leyes pronunciadas por el parlamento catalán, como la que inspira la de 8 de enero de 1934, que empezó a regir en 1.° de enero de 1935, se fijen normas más consonantes con la legislación común.

(94) Freytas (A. T. de) « Código civil ». Edic. 1909 ; dos tomos.

(95) Véanse : Lacassagne (A.), « Précis de medecine legale ». Edición 1909 ; pág. 213 y ss.
Vibert (Ch.), « Précis de medecine legale ». Edic. 1911 ; págs. 676 y ss.
Veyga (F. de). « Estudios médico - legales sobre el Código civil argentino ». Edic. 1900 ; pág. 263.
Legrand du Saulle, « La folie devant les tribunaux » y « Etude médico - legale sur l'interdiction des aliénés... ».

Legrain, « Elements de médicine mentale appliqués a l' étude du droit ». Edic. 1906.
Régis (E.), « Précis de psychiatrie ». Edic. 1923
Bleuler (E.), « Tratado de psiquiatría ». Edic. 1924.
Ottolenghi (S.), « Trattato pratico di psicopatologia forense per uso dei medici, giuristi e studendi ». Edic. 1920, dos Vols.
Lucero (A. L.), « Informes en materia civil y criminal. Psicopatología forense ». Edic. 1917.
Baudry - Lacantinerie et Bonnecarrére, « Traité théorique et practique de droit civil des personnes ». Vol. V. núm. 978.
Demolombe (C.), « Cours du Code Napoleon » . Volumen VIII, núms. 419 al 421.
Laurent (F.), « Principes de droit civil français » 4.ª edición, Vol. V, núm. 249.

(96) Troplong, ob. cit. I ; pág. 441, núm. 451.

(97) Losana, ob. cit. ; págs. 26 y 27, núm. 48.

(98) Ob. cit., T. XVIII ; pág. 364, num. 349.

(99) Ricci, ob, cit., pags. 246 y ss., núm. 104.

(100) No es de creer que las conclusiones sentadas en Sentencia de 27 de mayo de 1914, a propósito de la doble misión de los testigos, en sus aspectos de instrumentales y de conocimiento, puedan ser extensivas a este caso, ya que los testigos los elige el testador y los facultativos los designa el notario. De otra parte no va a dar fe del dictamen quien lo emite, ni es prudente afirmar que todos los médicos se atreverían a informar sobre todos los casos de lucidez que se les presentaran. La reconocida prudencia de ellos, especialmente si actúan como notarios, hará que soliciten el concurso de los especialistas.

(101) Maccario (F.), « La sanction civile du droit au nom ». Edic. 1921.

(102) Perreau (E. H.). « Le droit au nom en matiére civile ». Edic. 1910.

(103) Desordenadamente se han dictado disposiciones encaminadas al logro de la identidad de los funcionarios ; v. gr. ; Carnet judicial (5-6-1933); del personal del Ministerio de Estado (19-2-34); del de Hacienda (26 - 4 - 934); del de Gobernación (19 - 5 - 934) ; del servicio social agrario (22 - 3 - 932) ; del secretariado local (31 - 5 - 1934) ; del Cuerpo técnico - administrativo de obras públicas (20 - 6 - 1934) ect., etc. Asimismo se han dictado normas para la expedición de cartas de identidad de trabajo, cual las de extranjeros (25 de octubre de 1932), y no pocas son las rela-

cionadas con el servicio de cédula de identificación o con fines electorales, como la de 30 de agosto de 1935. (Dec. del Gobernador General de Cataluña).

(104) Mantenemos la vieja doctrina que se contiene en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de febrero de 1901 y 10 de julio de 1906, en atención a ser dos el número de testigos de los testamentos militares, excepción hecha del secreto o cerrado que regula el art. 717.

(105) Torres Aguilar (S. de), «¿Deben concurrir los testigos al otorgamiento de los instrumentos públicos?». «Gaceta del Notariado».

(106) Falguera (F. M.), ídem, idem.

(107) Vitali (V.), «Forma del testamento italiano». (Del testamento público, pág. 31).

(108) Batlle Vázquez (M.), ob. cit.; pág. 45.
Véase «Trattato di diritto civile». Vol. I; pág. 499.

(109) El Código Colombiano preceptúa, en el art. 1,069, que es habilidad putativa la que se tiene por tal en el lugar del otorgamiento, fundada en la opinión contraria a la incapacidad, por virtud de hechos positivos y públicos. Esta habilidad nunca será establecida para más de un testigo de entre los varios llamados a intervenir.

Jurisprudencialmente, nuestro Tribunal Supremo se inclinó a dar validez a un testamento en el que intervino un menor a quien le faltaban siete meses para los 23 años, pero tenido generalmente por mayor de edad (S - 21 de noviembre de 1899).

(110) Sirvan de ejemplo, entre otros muchos que podrían citarse, las leyes francesas de 28 de julio de 1915 y 14 de abril de 1923, esta última otorgando validez a los testamentos hechos durante la ocupación enemiga y sin notario. Igualmente Italia registra el Decreto Ley de 30 de enero de 1916 (núm. 109), sustituyendo las normas del apartado 11 del Reglamento de servicio de Guerra, aprobado por R. D. de 10 de mayo de 1902; el de 23 de mayo de 1918 (núm. 721), admitiendo la validez de legitimar hijos de los militares caídos en la guerra, ya por medio de una simple declaración escrita por el progenitor o por la recibida verbalmente por un oficial, o un capellán, o un Ministro de culto, con tal que tenga éste investidura reconocida por la autoridad militar; el de 20 de julio de 1919 (núm. 1328) sobre testamentos recibidos durante la ocupación enemiga, etc, etc.

(111) M. de la Cámara, clasifica los testamentos militares en tres grupos: en campaña, ante comisario y durante hechos de armas.

Por su parte Domingo de Morató (D. R.) enumera aquéllos dentro de los siguientes términos; abierto, cerrado y de palabra.

(111 bis) Art. 1.º, 2.º, 3.º y 4.º, del tít. II, trat. VIII de la Ordenanza general del Ejército; Real Cédula de 21 de octubre de 1778; Ordenes de 14 de agosto de 1848; 16 de septiembre de 1850, 1.º de octubre de 1851, 22 de diciembre de 1852, 10 de febrero de 1854 y 20 de abril de 1871.

(112) Ob., cit., T. XIII; página 504.

(113) Ob., cit.; página 672 y ss.

(114) Esta declaración en la que puede emplearse la sacramental fórmula de « Y yo el autorizante doy fé de conocer, así como los testigos, al testador y de que éste se encuentra a mi juicio y al de aquéllos en condiciones de capacidad legal bastante para... », apasionó extraordinariamente a los comentaristas.

Don José Gonzalo de las Casas, en su obra « Tratado General del Notariado », dice — que de ninguna manera la frase « doy fé » debe considerarse como la palabra misteriosa, el « ábrete Sésamo », ante cuya sola virtud se abren las puertas de la autenticidad —. Sin embargo las resoluciones de la Dirección general de los Registros, de 17 de enero de 1876, 12 de enero, 17 de febrero y 19 de abril de 1880, consideraron nulos otros tantos testamentos en los que sólo se decía o manifestaba el conocimiento del otorgante sin dar especial fe de tal requisito.

Posteriormente el Tribunal Supremo en fallos de 25 de febrero de 1881 y 27 de junio de 1917, declaró no ser esencial tal requisito formal, si bien — cual dice el competentísimo civilista señor Castán Tobeñas — es muy dudosa esta doctrina jurisprudencial dado el carácter imperativo que se refleja en el párrafo 2.º del artículo 699.

(115) No constituyen motivos de privación para ser testigos el hacerse a ellos o a sus parientes legado de algún objeto mueble o cantidad de pequeña importancia con relación al caudal hereditario, correspondiendo a la Sala sentenciadora, caso de litigio, el apreciar la modicidad o proporcionalidad.

(116) Ob., cit.; página 320 y ss.

(117) Véase Fernández Casado (M.), « Tratado de Notaría », T. 1.º; página 775 y ss.

(118) Aludimos al de 7 de noviembre de 1921 y 8 de agosto de 1935.

(119) La regla 1.ª del artículo 20 de la Ley del Timbre impone la obliga-

ción de fijar uno móvil de 75 pesetas en la carpeta de los testamentos cerrados, sin distinguir si su otorgamiento tiene lugar ante Notario o Comisario de Guerra. El eludir esta medida tributaria no acarrea ninguna consecuencia en orden a la validez de la disposición, aparte las sanciones administrativas si fuesen procedentes. Por ello nosotros aconsejaríamos, que en el caso de que en el lugar donde se celebre el acto pueda cumplirse dicho requisito fiscal, se dé cumplimiento, no tanto para evitar la acción investigadora del fisco, como para reseñar la clase y número de la póliza empleada, en el cuerpo del acta.

(120) «Diccionario de la Administración Española»; página 741. Voz testamento.

(121) Ob., cit., T. XII; página 631 y ss.

(122) La importancia que todas las legislaciones han atribuído al testamento, se refleja en la nuestra también, al encomendar esta misión al Ministro del ramo. No tiene, pues, la equivalencia de Ministerio, dicho vocablo. El Código Cubano, al transcribir este artículo (718) acomoda el cargo de Ministro a los dictados de la Ley Orgánica del Poder ejecutivo, de 12 de julio de 1917, e impone aquella obligación al Secretario de Guerra y Marina.

(123) En nuestro deseo de no formular otras comparaciones que las pertinentes dentro del método seguido, con relación a los códigos de vecinos países o cuando más a algunos sudamericanos, silenciamos las en otro caso oportunas, con vista de la restante legislación extranjera. La índole del presente capítulo nos permite destacar como importante la singular de Alemania, siquiera sea con la brevedad que exige esta nota.

La ley militar de 1874 concedía privilegios a los militares para el otorgamiento de sus últimas voluntades, las cuales reglamentariamente se hicieron extensivas a la Marina de guerra. Actualmente, aunque con pocas diferencias, rige como sustitución de aquélla la de 23 de marzo de 1921.

El tiempo en que se permite el empleo de tan excepcionales formas es el de guerra; o en el de paz en aquellas demarcaciones en que se adoptaren medidas que supongan la utilización o intervención del Ejército.

Para computar este tiempo, se especifica que en caso de guerra la facultad de testar a la manera prevista, comienza desde el momento en que se parte de lugar de guarnición o desde el en que se iniciara un ataque al mismo o estuviera sitiado;

y en el de paz, desde el instante en que se hubieren dado las órdenes de intervención o en su caso las de evacuación.

Personas que pueden valerse de esta singular modalidad son : las pertenecientes a las instituciones armadas, las sujetas a las leyes militares según el Código castrense, los prisioneros de guerra y rehenes en tanto se encuentren en poder del enemigo y los pertenecientes a las dotaciones de las unidades navales de guerra, cuando se encuentren fuera de un puerto nacional, en cuya hipótesis también se autoriza su celebración a los náufragos que dicha embarcación hubiese recogido a bordo.

Como formas testamentarias se establecen las siguientes :

a) La escrita de propia mano del testador suscribiendo el texto de la disposición. Se singulariza esta modalidad de la común ordinaria que regula el Código en que no es necesario hacer constancia del lugar y fecha, mas si se hiciera debe tenerse por incuestionada,

b) La subscrita de propia mano del testador juntamente con dos testigos o con un funcionario superior del ejército o con un oficial. Tampoco es necesario fechar la disposición y los que intervienen, sean testigos, funcionario superior u oficial, lo son a los fines de prueba, razón por la que no se les exige condiciones de capacidad o idoneidad.

c) La expresada verbalmente por el testador ante un funcionario superior o un oficial en presencia de dos testigos. En defecto de estos últimos será preciso el concurso de otro segundo funcionario o de otro oficial, respectivamente.

Con vista del declarado se redacta un documento que se le lee al otorgante, y una vez aceptado por el que así dispone, lo firman las personas que en él intervienen. La firma del testador no es requisito de validez. El escrito tiene en relación a su contenido y a su celebración la misma fuerza que la asignada a los documentos públicos.

Todas estas disposiciones caducan después de un año a partir del día en que cesa para el testador su previlegio, o contado desde el en que gozó la libertad, si se tratase de un prisionero, o desde aquel en que desembarcó en un puerto del país alemán o cesó de pertenecer a la marina.

d) Puede el testamento ser hecho mancomunadamente con la esposa del otorgante aunque la misma fuese aforada: v. gr. :

enfermera de lazareto, mecanógrafa, etc., siempre que se den las condiciones para su celebración. Igualmente podrán acudir a esta modalidad cuando dichos testadores se encuentren a bordo de una unidad naval de guerra, aunque ninguno sea aforado, por ejemplo, los náufragos.

No nos detenemos a distinguir entre los contratos de sucesión y los testamentos, no tanto por estimar que no es objeto del presente inciso, como porque para los primeros no se dan situaciones excepcionales con vista de inminente peligro de muerte.

Véase Kipp - Das Erbrecht. Tomo V. 1930; págs. 63 y ss., 102, 122 y ss.

(124) Confirmando el abolengo de esta forma entre los militares, y a propósito de la materia que emplearan en algunos casos, citamos la Sentencia de 11 de diciembre de 1871, por lo que se declara que, la ley 8.ª, tít. 18, libro X, de la Novísima Recopilación y la R. O. de 17 de enero de 1835, facultando a los indivíduos del fuero de Guerra para otorgar sus testamentos de cualquier modo en que conste su voluntad, no son aplicables ni pueden ser quebrantadas cuando falta la base que aquella ley establece, por haberse declarado, según la apreciación de las pruebas, « que lo escrito en una piel de vaca » y que se supone ser la expresión de la última voluntad de un militar, no es de puño y letra del mismo.

(125) Por el art. 3.º del R. D. de 29 de octubre de 1900, se manda tomar nota de los testamentos otorgados por militares en viaje por mar, o de los autorizados por Cónsul de España en el extranjero.

(126) Kipp. ob. cit. § 25, VI; página 100.

(127) Sánchez Román, en su obra citada, (pág. 541 y s.), comentando este párrafo 2.º del art. 716, dice que él — parece constituir una excepción de la regla del « estatuto formal »; pero no hay que perder de vista que en las excepcionales circunstancias de la ocupación de un ejército de parte del territorio de otra nación, la soberanía de ésta pierde su eficacia dentro del territorio ocupado, que se halla, siquiera sea momentáneamente, bajo la del ejército invasor, y, por este motivo, no son de aplicar las leyes emanadas de aquélla, sino las del país a que el ejército pertenèce. —

A tales aclaraciones tiene que llegarse por la falta de redacción cometida por el legislador al decir que — es aplicable esta

disposición a los individuos de un Ejército que se halle en país extranjero — sin que se declare cual sea la razón de su residencia, que tanto puede ser por haberlo ocupado o conquistado con las armas, como por hallarse en servicios o comisiones, o agregados, o en punto internacionalizado como los destinados en la Gendarmería de Tánger, etc., etc.

Vale la pena que en las modificaciones a introducir en el texto, se especifique con claridad este apartado.

(128) Las legislaciones forales de Cataluña y Navarra, fundándose en aquellas que son directamente sus supletorias, han admitido en la clasificación de los testamentos una subdistinción entre privilegiados y excepcionales. La diferencia característica que las separa de la común, estriba en la subsistencia del fuero como causa determinativa de la especialidad que en este caso tiene su origen en la persona. Así, en la primera aunque se rija por las leyes romanas, puede decirse que es castellana por la generalidad de aplicación que tuvieron las Recopiladas como supletorias de aquéllas. En su virtud los militares y las personas que en Cataluña gocen del fuero de guerra, pueden elegir, para otorgar su testamento, la forma ordinaria, o la exclusivamente militar, conforme a las Reales Ordenanzas del Ejército y disposiciones posteriores. En análogas consideraciones se fundamenta, para Navarra, la exención en cuanto a solemnidades, quedando ellas reducidas, en su aspecto externo a la constancia de la voluntad del disponente.

Véase López R. Gómez, ob., cit. T. 1.º ; página 244 y ss.

(129) 716 al 721, en relación a los 687, 690, 705, 712, 713. 715, 742, 1902 y ss.

(130) Mucius Scaevola, afirma que — Declarado nulo un testamento otorgado en condiciones de mayor tranquilidad de la campaña y según lo previsto, el Capitán, Capellán, Facultativo, Jefe de Destacamento o Comisario de Guerra, en sus respectivos casos, responderán de los daños y perjuicios en su virtud causados, cuando hayan procedido con culpa o negligencia. Aunque el Código calla, sobre este extremo, en la sección séptima, quedan siempre como aplicables « a todos los casos en general » las reglas de las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia, capítulo 2.º, título 16 del libro 4.º del Código civil — .

Julliot (Ch. - L;) en su trabajo « Nature juridique du testa-

ment militaire », publicado en la « Revue trimestrelle de droit civil (número de julio - diciembre de 1914) señala esta cuestión, que al decir del autor, apasionaba, al tiempo de publicarse, a todo el público parisiense ; y en el que intitulara « Responsabilité des officiers préposés a la receptión des testaments », inserto en igual periódico, (número de oct. - diciembre de 1913), hace resaltar cómo los intereses de una familia pueden quedar afectados por una última voluntad y cuáles serían las consecuencias de una omisión o de un acto nulo o irregular.

Véase del mismo autor, « Manuel des testaments aux armées » y « De l ' état civil, des testaments et des actes conservatoires aux armées ». Extracto de una conferencia de este título, en la « Revue de legislation professionnelle », números 12 de 1912, primero y siguientes de 1913.

« Actes de l ' etat civil aux armées ». Boletín de la Unión Federativa de Médicos de reserva territorial. París, Oct. 1911.

Clerc (E.). « Traité général du notariat », núm. 16.

Sourdat. « Traité de la responsabilité ».

(131) No resistimos a la tentación de exponer dos teorías que, si bien no se concatenan con el derecho foral, pueden llegar a plantear un problema con tales legislaciones, en mérito del uso que de las mismas pretendieran hacer los aforados.

Don Mario Navarro Amandi, en su obra « Código Civil Reformado », (edic. 1890), entiende, que subsiste para los militares el privilegio de los aforados de guerra, que no se refería sólo a formalidades externas del testamento, sino al contenido o parte dispositiva del mismo, no teniendo obligación de testar con arreglo a las leyes del lugar de que se es natural, sino que, según la ley 8.ª, título 18 del libro 10.º de la Novísima Recopilación, « en la parte dispositiva pueden usar a su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil y la municipal »; fundándose para ello en que — la cláusula derogatoria del art. 1,976 del Código, se refería a todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil « común » en todas las materias que son objeto de este Código — y, por consiguiente, deja a salvo y conserva como vigentes aquellas leyes, usos y costumbres que, aún estando contenidas en los cuerpos

legales que constituyen el derecho civil « común », « no han sido materia » del Código, puesto que éste no se ocupa si no de la solemnidad del testamento militar, pero nada dice del fondo o parte dispositiva del mismo. Y agrega : — no cabe dudar de su subsisiencia, porque « un privilegio semejante no puede perderse de una manera tácita, sino por una derogación expresa y categórica » —. (Págs. 152 y ss.).

No es aceptado tal raciocinio por el Sr. Sánchez Román, quien afirma que — la argumentación quiebra por su base, por que la cláusula derogatoria del art. 1,976 se refiere a todas las « materias » que no sean objeto del Código, y no puede decirse que no sean materia del Código las reglas que establecen el régimen sucesorio, ni menos el criterio legal expresado en los arts. 10. 14 y 15 del mismo —. Y añade : — el valor legal de la palabra materia no puede ser otro que el equivalente a « Institución », no « precepto » o « regla », respecto de lo existente y no reproducido o expresamente derogado por el Código, que dicte otras u organice las mismas instituciones de que se ocupa de diferente modo, sin hacerse cargo de particularidades contenidas en la legislación anterior —. (Ob. cit. pág. 539 y v.).

No tanto por ser « materia » ajena al examen que nos propusimos, como por la índole y autoridad de los contendientes, omitimos y damos al silencio nuestra modestísima opinión.

El antecedente que, por vía de ejemplo, expusimos en el Capítulo II de este libro, a propósito de la sucesión del Marqués de Santa Cruz de Marcenado, demuestra lo peligrosa que es la primera de estas tesis y las consecuencias injustas que el privilegio puede acarrear.

FORMULARIOS

1.° De un testamento abierto. (A.)

En ... (1) de ... (2), siendo las ... (3) horas del día .. de ... de ... Ante mí, Don ... (4) ... (5) de ... (6), con destino en el ... (7) número ... y presentes Don ... (8) y Don ... (9), ambos con residencia (10) en ésta, provistos de ... (11).

Comparece Don ... (12), de ... de edad, de estado ... (13), natural de ..., provincia de ..., hijo de ... (14) y de ..., (15), de profesión ... (16), y manifiesta que desea hacer su testamento en forma abierta.

A tal efecto hago saber a los testigos antes mencionados las incapacidades que señalan los artículos seiscientos ochenta y uno y siguiente del Código civil, respondiéndome uno y otro, que no les comprenden ninguna de las establecidas, y que conocen al testador por ... (17).

A mi juicio, corroborado por el de los testigos, Don .... (18) verifica este acto en la integridad de sus funciones mentales, sin que medie violencia, dolo, fraude ni otra causa de nulidad, y tiene capacidad para otorgar su testamento, cual se propone.

En su virtud a presencia de los dichos testigos que lo ven, oyen y entienden perfectamente (19), empieza a manifestar su última voluntad a la manera como, reducida a escrito, consta en las siguientes cláusulas (20) :

Primera . (*B*).

Segunda ...

Tercera ...

... *y última.* Declara no haber otorgado antes de ahora testamento ni otro acto alguno de última voluntad (21); y a mayor abundamiento, revoca y cancela cualquier otra disposición análoga (22) que pueda aparecer con fecha anterior a la presente, que manda se cumpla y guarde en todas sus partes.

Presentes al acto el testador y los testigos instrumentales (23) al principio nombrados, yo el autorizante procedo a la lectura de este testamento e invito a todos a que lo lean por sí propios ; y el otorgante, viéndolo, oyéndolo y entendiéndolo los testigos (24), declara que lo escrito y leído refleja bien y fielmente su voluntad sin que haya necesidad de añadir, quitar, cambiar ni modificar frase ni concepto o palabra alguna, por lo cual y en prueba de hallarse conforme firma (25), así como los testigos.

Del conocimiento, profesión y destino del testador, de haberse practicado en un solo acto y sin interrupción todas las formalidades que son prevenidas, y de cuanto va contenido en este único (26) pliego, yo el autorizante doy fe (27), en prueba de lo cual estampo, por mi propia mano, mi firma y rúbrica.

.... (*28*).

.... (*29*) .... (*30*).

.... (*31*) .... (*32*).

.... (*33*).

2.° Acta de otorgamiento en un testamento cerrado.

En ... (1) de ... (2), siendo las ... (3) horas del día ..., de ... de ... Ante mí, Don ... (4) ..., (5) ... (6) con destino en ... (7) número ... (8) y presentes los testigos instrumentales (34) don ..., don ..., don ..., don ... y don ... todos con residencia en ésta (35).

Compareció Don ... (36) presentando esta plica cerrada, de ... centímetros de ancho por .. de largo, la cual se halla traspasada por una cinta de color ... en forma de cruz, estando el centro y los cuatro ángulos de la cubierta sellados con un lacre rojo en el que campean las iniciales ... y ... manifestando el dicho compareciente que dentro de ella se contiene su testamento, todo escrito por mano de él, rubricada la primera hoja de sus pliegos y firmado y rubricado el documento dicho, al pié (37). Que desea que no se proceda a su apertura hasta que llegue el día de su óbito.

Extendida la presente acta, se leyó por mí después de advertir a todos los circunstantes su derecho a hacerlo. Del conocimiento del testador y de hallarse, a mi juicio y al de los instrumentales, con la capacidad legal necesaria para testar, doy fe, firmando y rubricando la presente en unión del otorgante y testigos.

Testador.

Testigo 1.º Testigo 2.º Testigo 3.º Testigo 4.º Testigo 5.º

Autorizante.

(A) Aunque no es preceptivo, y cuando el autorizante no sea Jefe del establecimiento en donde tenga lugar el acto, debe solicitarse la oportuna venia, al efecto de que se designe local y, una vez extendido el documento, sea cursado por medio del superior.

(1) *La ciudad ;* o en el *destacamento ;* o en *la posición ;* o en *el hospital de... ;* o en *la villa de...,* etc.

(2) Nombre de los puntos antes indicados.

(3) Escríbanse en letras.

(4) Nombre del General, Jefe u Oficial que autoriza.

(5) Empleo o profesión, si se trata de Facultativo o Capellán.

(6) Arma o Cuerpo a que pertenece.

(7) Unidad o establecimiento en donde presta sus servicios.

(8) Nombre de los testigos.

(9) a) Nombre de los intérpretes si se trata de un testador que se expresara en lengua extranjera. b) De los facultatativos si de un declarado incapaz por demencia. c) De los designados por el otorgante si es sordo y no sabe leer. d) Del que hubiere nombrado el ciego para dar la segunda lectura, si no fuese testigo. e) De los de conocimiento en su caso, conforme al artículo 684. Ténganse presentes estas circunstancias por el autorizante para acomodar, con vista de ellas, los demás extremos del documento.

(10) Si la misión testifical la desempeñaran aforados se hará constar, por medio de la siguiente o parecida frase: *...en este lugar como pertenecientes al...* (nombre del Regimiento, Batallón, Grupo, etc. etc.) o, en su caso, esta otra, *en ésta y en comisión por orden de...*

(11) Si los aforados tienen su cédula personal puede reseñarse. En todo caso tratándose de paisanos deberán exhibirla y transcribirse de ella los particulares que obran, tales: edad, naturaleza, estado, profesión, residencia, tarifa, clase, número y el lugar y fecha de expedición.

(12) Nombre y apellidos del testador.

(13) Soltero, viudo, casado. En estas dos últimas hipótesis sería conveniente reseñar el nombre de la difunta esposa o el de su cónyuge, respectivamente.

(14) Nombre del padre.

(15) Nombre de la madre.

(16) Empleo, Arma o Cuerpo a que pertenece y destino, si se tratase de aforados. Si de empleados en el Ejército, unidad en donde presta sus servicios. Si de indivíduos que siguen a éste, número de la autorización dada por el mando, fecha, y cuantos extremos se consignen en tal documento.

(17) Las razones que aleguen: haber prestado juntos servicios en el

mismo Cuerpo o guarnición, o ser del mismo pueblo, o compañeros de Arma o Cuerpo, etc., etc.

(18) Si se tratase del testamento de un loco, puede hacerse constar en este momento, la observación de los peritos y su dictamen.

(19) Si de un otorgante que sólo pueda hablar en su idioma indíquese éste, y téngase presente tal circunstancia para la doble escriturura de la disposición testamentaria en ambas lenguas.

(20) Si se hubiese escrito en virtud de minuta o instrucciones dadas con anterioridad por el testador, puede hacerse constar así.

(B) Lo vario que puede ser el contenido de un testamento nos impide prever las diferentes cláusulas. Indicaremos algunas usuales, sin que ello quiera decir nada absolutamente. Lo principal que debe tenerse en cuenta, es la claridad en su exposición.

Ejemplos: Primera: Declara ser católico, apostólico, romano, y desea que en los funerales que se verificasen por su muerte y en la inhumación que haya de dársele a su cadáver, se tenga presente esta circunstancia.

Segunda: Dice que en veinticuatro de enero del pasado año nació un niño hijo del exponente y de una señorita, también soltera, cuyo nombre y circunstancias no revela por prohibírselo la ley, cuyo infante fué inscrito en el Registro Civil del distrito de la Inclusa de Madrid, dos días después, con los nombres de Telesforo Fe y Gracia, y el que en la actualidad se encuentra asilado en la casa de Caridad de Nuestra Señora de las Mercedes, del pueblo de Tinesarte, provincia de... Que hace esta declaración como medio de reconocer solemnemente al dicho menor a quien desea investir, por virtud de esta confesión, de todos los derechos que la ley le otorgue, sean relacionados con el uso de sus apellidos, o en su patrimonio, o a los fines de alimentos, etc., etc., o cualesquiera otros.

Tercera: Que instituye por herederos de todos sus bienes a...

Cuarta: Que nombra albaceas testamentarios y contadores partidores a Don... y Don..., quienes solidariamente y obrando

con uno u otro carácter practicarán las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, partición y distribución del caudal, y todo lo que sea necesario hasta la completa terminación de la testamentaría la que quiere se practique extrajudicialmente y se apruebe por escritura pública, siendo posible. Les ruega el desempeño de tal cometido con toda diligencia; pero les prorroga, en caso necesario, por un año el plazo legal del albaceazgo, procurando siempre dirimir las contiendas que pudieran presentárseles con arreglo a su leal saber y entender.

Quinta: Señala como su domicilio, o los fines del artículo 718 del Código civil, el de... provincia de..., pues allí residen sus familiares y en su término municipal se encuentran las fincas más preciadas del causante.

(21) De haber otorgado algún testamento anterior puede hacerse alusión al mismo, ya concretamente, ya en forma general, bien para revocarlo, o para completarlo, o para dejarle subsistente en alguna de sus cláusulas.

(22) Piénsese si han existido promesas de mejorar o de no mejorar, capitulaciones matrimoniales, etc., etc.

(23) En el caso de que hubiere testigos de conocimiento, o intérpretes o facultativos, u otras personas designadas por el testador, deben hacerse constar.

(24) Recordamos de nuevo las especialidades del testamento del ciego, sordo, y el hecho en lengua extranjera.

(25) Si el testador o alguno de los testigos (nunca los dos instrumentales), no sabe o no puede firmar se hace constar dicha circunstancia, expresando las causas, y la de que, a su ruego, lo verifica el testigo o persona designada en su caso.

(26) Si fuere más de un pliego se dirá el número, siendo conveniente que, en todas las hojas de ellos, estampen sus firmas las mismas personas que lo verifican al pié del documento.

(27) La fórmula no es sacramental, y puede sustituirse por la de — doy testimonio — o la vulgar de — certifico —.

(28) Firma y rúbrica del testador.

(29) Testigo instrumental.

(30) Id., id.

(31) Testigos de conocimiento, facultativos, intérpretes.

(32) Personas que designara el testador, ya a los fines de firmar por él, o cuando sea ciego o sordo.

(33) Firma y rúbrica del autorizante.

(34) Téngase presente que debe ser cinco el número de los testigos, de los cuales tres, al menos, han de saber y poder firmar. En la excepcional situación prevista en el artículo 721 del Código civil pueden ser dos, y también deben saber y poder firmar.

(35) Reséñese a los testigos conforme a las indicaciones contenidas en los números 8, 10 y 11, según los casos.

(36) Véanse los números 12, 13, 14, 15, 16 y 25.

(37) O que está escrito por mano de otro... y cuantas otras manifestaciones tenga a bien formular el testador.

ÍNDICE DE AUTORES

Alcorta (A.) — *Curso de Derecho internacional privado.* — 1927.
Aramburo (M.) — *La capacidad civil.* — 1931.
Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français.* — 1918.
Bacardí (A.) — *Tratado de Derecho militar de España.* — 1848.
Batlle y Vázquez (M.) — *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado.* — 1933.
Bemmelen (P. van) — *Nociones fundamentales del Derecho civil.* — Trad - Navarro Palencia (J. M.) — 1923.
Beneyto Pérez (J.) — *Instituciones de Derecho histórico español.* — 193-31.
Berthelemy (H.) — *Traité élémentaire de droit administratif* — 1910.
Betancourt (A. C.) — *Comentarios al Código Civil Cubano.* — 1924.
Bonel y Sánchez (L.) — *Código Civil Español.* — 1890.
Bougaevski (R.) — *Droit succesoral de la Russie Soviétique.* — 1926.
Buen (D. De) — *Derecho civil.* — 1932.
Dahen - Salvador (G.) *Les prisonniers de la guerre.* — 1929.
Castán Tobeñas (J.) — *Derecho Civil Español, común y foral.* — 1926.
Castro (H. de) — *Principios de Derecho soviético.* — 1934.
Ciappa (C.) — *Le guerra y el derecho privado.*
Cimbali (E.) — *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales.* — Trad - Esteban García. (F.) 1893.

Clemente De Diego (F.) — *Fuentes del derecho civil español.* — 1922.
Curso elemental de Derecho civil español, común y foral. = 1926.
Colín (A.) y Capitant (H.) — *Curso elemental de Derecho civil.* — 1922 - 29.
Collinet (P.) — *The general problems raised by the codification of Justinian.* — 1922.
Cup (E.) — *Les institutions juridiques des romains.* — 1908.
Chironi (G. P.) — *Studi e questioni di Diritto civile.* — 1915.
Demante (A. M.) et Comet de Santerre (E.) — *Cours analytique de Code civil.* — 1889.
Domingo de Morató (D. R.) — *El derecho civil español.* — 1877.
Duguit (L.) — *Traité de droit constitutionnel.* — 1911.
Fernández Casado (M.) — *Tratado de Notaría.* — 1895.
Geny (F) — *Fuentes del Derecho privado positivo.* — 1925.
Goiraud (A.) — *Etude sur les conditions de validité du testament en droit international privé.* — 1901.
Guastavino (J. M.) — *Notas al Código civil argentino.* — 1898 - 1900.
Huc (T.) — *Comentaire théorique et pratique du Code civil.* — 1903.
Ihering (R. von) — *L'esprit du droit romain.* — Trad. de O. de Meulenaere. — 1888.
Ionescu (O.) — *La notion de droit subjectif dans le droit privé.* — 1931.
Josserand (L.) — *Cours de droit civil positif français.* — 1932 - 1933.
Julliot (Ch. - L.) — *Traité - formulaire theorique et pratique du Testament Militaire.* — 1932.
Kipp (Th.) — *Lehrbuchd es Bürgerlichen Rechts. (Das erbrecht).* — 1930.
Kunz (J. L.) — *Plus de lois a la guerre ?* — 1935.
Lacoste (J. de) — *La Mejora.* — Trad. de García Guijarro (L.) — 1911.
Laurent (F.) — *Principes de droit civil français.* — 1874.
López R. Gómez (N.) — *Derecho de sucesión.* — 1916.
Maccario (F.) — *La sanción civile du droit au nom.* — 1921.
Manresa y Navarro (J. M.) — *Comentarios al Código civil español.* — 1921.
Marcadé (V.) et Pont (P.) — *Traité théorique et pratique du Code civil.* — 1867 - 1884.

Marín (X.) — *Essai sur l'application dans le temps des régles de conflit dans l'espace.* — 1928.

Martínez Ruiz (A.) — *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo.* — 1907.

M. de la Vega y Zegrí (J.) — *Derecho Militar en la edad media.* — 1912.

Meischeider (E.) — *Die letztwilligen. Verfügungen.* — 1900.

Mengual y Mengual (J. M.) — *Elementos de Derecho notarial.* — 1931 - 1932.

Navarro Amandi (M.) — *Cuestionario al Código civil reformado.* — 1890.

Ortolán (J.) — *Legislation romaine.* — 1876.

Pedregal y Cañedo (M.) — *Texto y comentarios al Código civil.* — 1899.

Pérez Serrano (N.) — *La Constitución Española. - Antecedentes, texto y comentarios.* — 1932.

Perreau (E. H.) — *Le droit au nom en matiere civile.* — 1910.

Pesle (O.) — *Le testament dans le Rite Malékite* -- 1932.

Planiol y Ripert. — *Traité pratique de droit civil français.* — 1923.

Planiol (M.) — *Traité de droit civil* — 1924.

Prisco (J.). — *Filosofía del derecho fundado en la ética.* -- Trad. Hinojosa (J. B) — 1879.

Ramos (R.) -- *De las sucesiones.* — 1894.

Rasmussen (G.) — *Comentaire de la Convention du 27 juillet 1929.* — 1931.

Ricci (F.) — *Corso teorico - pratico di diritto civile.* — 1907.

Rioja (M. J.) — *Defensa del Fuero Militar.*

Rolin (A.) — *Le droit moderne de la guerre.* — 1920.

Ruggiero (R.) — *Instituciones de derecho civil.* — Trad. - Serrano Suñez (R.) y Santa Gruz Teijeiro (J.) — 1931.

Salcedo y Ruiz (A.) — *Substantividad y fundamento del derecho militar.* — 1913.

Sánchez Román (F.) — *Estudios de Derecho civil.* — 1898.

Santamaría (V.) — *La responsabilidadnotarial.* — 1903.

Seæevola (Q. Mucius) — *Código Civil.* — 1896.

Simoncelli (V.) — *Istituzioni di Diritto privato italianno.* — 1933.

Sinaiski (V,) — *Les XII Tables au point de vue de la chronologie de Rome et de son calendrier.* — 1926

Sohm (R.) — *Instituciones de Derecho privado romano.* — Trad. de Roces (W.). — 1928.

Traviesas (M.) — *El Testamento ;* Revista de Derecho Privado, números 259 - 61. — 1935.

Torres Campos (M.) — *Elementos de Derecho Internacional Privado.* — 1906.

Valverde (C.) — *Tratado de Derecho civil.* — 1932.

Vecchio (J. del) — *El fenómeno de la guerra y la idea de la paz.* — Trad. Castaño (M.) — 1921.

Vitali (V.) — *Del testamento privilegiato.*
Delle successioni legitime e testamentarie. — 1923.

Wahl (A.) — *Législation civil de la guerre.* — 1915.

Westrup (C. W.) — *La succession primitive devant l'histoire comparative.* — 1927,

Zachariæ (K. S.) — *Le droit civil français.* — Trad. - Massé (G.) y Vergé (Ch.) — 1860.

ÍNDICE