



TRABAJO FIN DE GRADO

**EL TESTAMENTO MILITAR
EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ESPAÑOL**

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA - 2016

GRADO EN DERECHO

ALUMNO: Gabriel Roca López

DIRIGIDO POR: Ana María Pérez Vallejo

INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES EN RELACIÓN AL TESTAMENTO MILITAR	
I-LA SUCESION MORTIS CAUSA.	6
1.Introducción y concepto de sucesión.	6
2.La sucesión mortis causa en el ordenamiento jurídico español.	7
2.1. Momento, forma y objeto de la sucesión.	7
2.2. Sucesión a título universal y a título particular.	8
II-LA SUCESION TESTADA.	9
1.Definición del testamento.	9
2.Características del testamento.	11
3.Requisitos para su otorgamiento.	14
3.1. La capacidad para testar.	14
A) Momento para testar.	15
B) Incapacidades para testar.	15
3.2. Testigos.	16
3.3. Identificación del testador.	18
3.4. Formas del testamento.	19
III-LOS TESTAMENTOS COMUNES.	19
1.Testamentos ordinarios.	19
1.1. Testamento ológrafo.	19
1.2. Testamento abierto.	20
1.3. Testamento cerrado.	21
2.Testamentos extraordinarios.	22
IV-TESTAMENTO ESPECIALES.	22

1. Testamento marítimo.	22
2. Testamento otorgado en país extranjero.	23
3. Testamento militar.	24

CAPITULO II. EL TESTAMENTO MILITAR EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

I-ASPECTOS GENERALES DEL TESTAMENTO MILITAR.	25
1. Introducción y justificación del testamento militar.	25
2. Origen y antecedentes históricos en el Derecho Romano.	25
3. Definición.	27
4. Clasificación del testamento militar.	28
4.1. La forma ordinaria.	28
A) Forma ordinaria abierta.	28
B) Forma ordinaria cerrada.	30
C) Disposición común a la forma ordinaria abierta y cerrada.	30
4.2. La forma extraordinaria.	32
A) Forma extraordinaria abierta.	32
B) Forma extraordinaria cerrada.	33
5. Observaciones sobre el testamento militar.	33
5.1. Los sujetos.	33
A) Los militares en campaña.	34
B) Los voluntarios.	34
C) Los rehenes.	35
D) Los prisioneros.	35
E) Los individuos empleados en el ejército.	37

F) Los que siguen al ejército.	37
5.2. Situación en la que se encuentra el otorgante.	39
5.3. Funcionarios que pueden autorizarlos.	40
II-EL TESTAMENNO MILITAR ABIERTO ORDINARIO.	41
1. Introducción.	41
1.1. Testamento militar abierto ordinario.	42
1.2. Testigos.	43
1.3. Caducidad.	44
2. Testamentos que recoge el artículo 684 CC en relación con el testamento militar.	44
2.1. Testamento en lengua que la persona autorizante no conozca.	44
2.2. Testamento cuando el testador se exprese en lengua extranjera.	45
3.Elevación a escritura pública y protocolización.	45
III-EL TESTAMENTO MILITAR ABIERTO EXTRAORDINARIO.	46
1.Circunstancias del testamento militar extraordinario abierto.	46
2.Formalidades del testamento militar extraordinario abierto.	47
CONCLUSIONES.	49
BIBLIOGRAFIA.	51
JURISPRUDENCIA	53
LEGISLACIÓN.	54

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo Fin de Grado trata el tema de la institución del testamento militar, calificado como forma especial de los testamentos en la Sección 3ª “De la forma de los testamentos”, incluida en el Capítulo I “De los testamentos”, del Título III “De las sucesiones”, de nuestro Código Civil, en concreto, en su artículo 677, que determina la especialidad de éste junto con el testamento marítimo y el testamento hecho en país extranjero.

Esta institución se encuentra regulada en la Sección 7ª “Del testamento militar”, situada en el mismo Capítulo antes citado, que engloba los artículos 716 a 721, aunque he de añadir que estos artículos hacen remisión a las disposiciones generales de los testamentos comunes, motivo por el cual el Capítulo I del presente texto trata todos los aspectos generales que también atañen a este testamento especial.

El motivo que da lugar a la realización de esta investigación es la inquietud personal por conocer más a fondo todo lo relativo a la vida castrense, la intención futura de formar parte de la misma como miembro del Cuerpo Jurídico Militar, así como por ser este testamento especial de las pocas cuestiones referentes al ámbito militar que recoge nuestro Código Civil.

Además, la posibilidad de realizar las prácticas curriculares en el Juzgado Togado Territorial nº 23 de Almería, poder conocer de primera mano la jurisdicción militar, y el asesoramiento acerca de las cuestiones relativas a muy diversos ámbitos del ordenamiento militar, incluyendo todo lo que afecta al tema elegido para el desarrollo del trabajo, fue lo que me llevo a decantarme por la institución del Testamento Militar.

La idea principal de este trabajo es la de compilar toda la información relativa a una institución que, aunque necesaria, no tiene gran peso en nuestro ordenamiento jurídico. Esto es debido a lo excepcional de su uso, que solo es aplicable en casos muy concretos de situaciones bélicas y peligros inminentes de muerte provocados por la acción de guerra, para los que solo los sujetos que dicta el artículo 716 CC están capacitados para otorgarlo. Se incluyen también las situaciones en las que estos sujetos se encuentran en país extranjero.

En este aspecto, nuestro Código Civil apenas ha sufrido cambios normativos en la regulación de esta materia ya que se siguen manteniendo los artículos que regulan esta institución desde que se publicó el citado texto normativo, a excepción del 718 CC, que fue modificado con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

En los artículos que atañen al testamento militar se recogen todas las posibilidades, circunstancias, requisitos, y formas, así como los sujetos que pueden hacer uso de esta manera de otorgar testamento y los sujetos ante los que se habrán de otorgar y el procedimiento que habrán de seguir para que este se considere válido.

La importancia del testamento militar radica en la seguridad jurídica que proporciona a aquellos sujetos que se ven envueltos en situaciones de peligro para la vida por motivo de la guerra o de conflicto armado, y que por la excepcionalidad de la situación en que se encuentran no pueden acudir ante un Notario para otorgar testamento.

Ello hace necesaria esta forma testamentaria, que permite que éstos otorguen testamento ante los sujetos que el mismo Código especifica en los preceptos relativos a esta especialidad.

Una de las principales características de este testamento, como se indica en el desarrollo del trabajo es que, a pesar de llamarse “testamento militar”, ello no quiere decir que sea de uso exclusivo para personal militar, ya que como veremos en el desarrollo concreto del ya citado art. 716, nuestro Código recoge una lista de todos los sujetos que aun no siendo militares se consideran que corren los mismos riesgos que éstos y por lo tanto debe posibilitárseles el uso de esta forma testamentaria.

También es de recibo añadir que, en relación con este testamento, tan solo existe una única sentencia del Tribunal Supremo que aborda el tema de manera expresa, a la que la gran mayoría de los autores expuestos hacen referencia y de la que también trataremos en el desarrollo del trabajo.

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES EN RELACIÓN AL TESTAMENTO MILITAR

I-LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA

1.Introducción y concepto de sucesión.

Cuando una persona fallece se debe determinar qué ocurrirá con el patrimonio y relaciones jurídicas, es decir, la herencia de ésta, si se extinguen o por el contrario se transmiten a alguien que continúe con la posición del antiguo titular y si se van a transmitir sin sufrir modificación alguna o si ha de transformarse para adaptarse a la nueva situación.

Por razones de seguridad jurídica, la extinción de la personalidad no supone también la extinción de las relaciones jurídicas del fallecido, ya que se debe atender a los intereses de aquellos acreedores legítimos que, durante la vida del causante, contrataron con él y aún quedan pendientes del pago de la deuda existente. Por ello, corresponderá a los parientes de éste o personas especialmente afectas que él mismo haya designado para la liquidación de su patrimonio, las que se deberán encargar del pago de las deudas que no se hayan extinguido tras su muerte.

Hay que tener en cuenta que no todos los derechos pueden ser sustituidos por el sucesor, como es el caso de los derechos personalísimos propios de cada individuo y que tiene carácter intransmisible, como, por ejemplo, las obligaciones, los derechos familiares, o el derecho moral de autor, entre otros.

Por lo tanto, cabe entender como herencia el “conjunto de relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial o extramatrimonial constituido por las procedentes de la esfera jurídica de una persona, al no extinguirse por su muerte, y por aquellas otras nuevas que surgen a la muerte y por causa de la muerte, y que, por su unidad de destino, quedan sujetas a un mismo régimen jurídico.”¹

En cuanto a la sucesión *mortis causa*, de acuerdo con la definición que da CASTÁN

¹ SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (coord.), “Conceptos fundamentales del Derecho de sucesiones” en AA.VV., *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia y Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Capítulo 18, págs. 351-361

TOBEÑAS², puede entenderse como la subrogación de una persona en los bienes y derechos que tengan carácter transmisible que perteneciesen al causante, es decir, la transmisión, una vez fallecido éste, a sus herederos y/o legatarios, en una o varias relaciones jurídicas, tanto en su vertiente activa, es decir, el total de los bienes y derechos sujetos al tráfico jurídico que pertenecen al causante y que como indica el artículo 659 CC "*no se extingan por su muerte*", y por otro lado su vertiente pasiva, que se trata de las obligaciones del causante, es decir, las deudas y cargas de éste que sean transmisibles tras su muerte.

Al mismo tiempo, en función de si se trata de una sucesión universal o particular, puede definirse, en el caso de la universal, como la sucesión de una persona en el conjunto de todas las relaciones jurídicas transmisibles que pertenecían al difunto en el momento de su muerte, y para el caso de la sucesión particular, la sucesión de bienes y derechos determinados especificados por el difunto.

2.La sucesión mortis causa en el ordenamiento jurídico español.

En nuestro ordenamiento jurídico, la sucesión mortis causa se regula en el Código Civil (en adelante CC) en su Libro 3º <<De los diferentes modos de adquirir la propiedad>>, Título III << De las sucesiones>>, arts. 657 a 1087.

2.1. Momento, forma y objeto de la sucesión.

Respecto de la sucesión, son los artículos 657, 658 y 659 CC, los que ofrecen las disposiciones generales donde se puede encontrar los detalles que definen esta institución, determinando el momento en el que se produce, la forma y el objeto de la misma.

-En cuanto al **momento**, el artículo 657 CC establece lo siguiente: "*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.*". Hay que matizar, que a pesar de que transcurre un periodo de tiempo desde la muerte del causante hasta que el sucesor acepta los bienes de éste, se entenderá para todos los efectos que el caudal relicto formaba parte de su patrimonio desde el momento de la muerte del causante, ya que la

² CASTÁN TOBEÑAS, Jose, *Derecho Civil español, Común y foral. Tomo VI: Derecho de sucesiones Volumen VI*, Reus, Madrid, 1960, Revisado por Antonio Manuel Román García, 2015. Págs. 15-18.

aceptación implica la retroacción de efectos.

-En segundo lugar, la **forma** de la sucesión, que encuentra recogida que en el artículo 658 CC que dispone: *"La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley.*

La primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima.

Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley."

Así pues, se diferencia en este artículo entre la forma testamentaria, expresión de la voluntad del causante, y aquella forma que impone la ley ante la falta de testamento de manera supletoria.

-Por último, en atención al **objeto** que constituye la sucesión mortis causa, el artículo 659 dice: *"La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte."*

De ello se deduce que la herencia está formada por todo el patrimonio del causante, es decir, tanto el activo (los bienes y derechos que no se extingan por motivo de la muerte) como el pasivo hereditario.

Respecto del objeto, BALMASEDA, da una definición de las relaciones jurídico transmisibles en la que dice: "las relaciones jurídicas no se modifican, siguen siendo idénticas con la sola modificación de haber sido sustituido su titular por otro." ³

2.2. Sucesión a título universal y a título particular.

Nuestro Código Civil define la figura del heredero y del legatario distinguiendo en su artículo 660 el título con el que se les trasmite el patrimonio del causante, estableciendo que *"Llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular."*

Además, el artículo 661 CC completa diciendo: *"Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones."*

Aunque el precepto no ofrece una definición de ambas figuras (título universal y

³ MONJE BALMASEDA, Oscar (coord.), "7º. Conceptos Jurídicos", en AA.VV., *Cuadernos Prácticos Bolonia Sucesiones. Cuaderno I. La sucesión mortis causa y los elementos de la relación sucesoria*, Dykinson, Madrid, 2011. Capítulo 7, págs. 117-132

particular), es obvio que la diferenciación que se hace está motivada debido a que el contenido de ambas figuras está totalmente diferenciado.

Respecto de la figura del **título universal**, se puede definir como aquella forma de sucesión por virtud de la cual, el patrimonio del causante se transmite en un acto a otra persona, denominada heredero como se expresa en el artículo 660 CC. La figura del heredero se subroga en la posición del fallecido y adquiere el patrimonio de éste.

En cuanto a la figura del **título particular**, se da cuando el causante deja un legado a un tercero, denominado legatario. Este legado consiste en una relación jurídica concreta y determinada por la que el legatario percibe los derechos y bienes que le causante le haya adjudicado específicamente. Hay que destacar respecto del legado, que el legatario, solo tiene derecho al mismo, lo adquirirá sin necesidad de aceptación y sin responder de las cargas o deudas hereditarias, y, además, éste no será participe en la comunidad hereditaria, por lo que no tendrá derecho a pedir la división, aunque si puede darse este último caso cuando el testador atribuye al legatario una cuota de la herencia o parte alícuota.⁴

II- LA SUCESIÓN TESTADA

1. Definición del testamento.

El testamento puede definirse como aquel acto o negocio jurídico *mortis causa* mediante el cual una persona física puede disponer de manera voluntaria y personal, de todo o parte de sus bienes para el momento de su fallecimiento. Las personas jurídicas no podrán otorgar testamento, sin perjuicio de que los estatutos de éstas puedan prever el destino de los bienes para el momento de su extinción. Además, a parte de las disposiciones de naturaleza patrimonial, es posible que se incluyan en el testamento disposiciones como el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, la rehabilitación del indigno, nombramiento de tutores para los hijos bajo *patria potestad*, desheredar a un legitimario, etc.

Por su parte, CAPILLA RONCERO lo define como “aquella declaración de voluntad por la que el causante, de acuerdo con las formalidades legalmente establecidas, ordena la

⁴ LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Tomo VII: Derecho de Sucesiones*, Décima edición, (Actualizada por GARCIA PEREZ, Carmen Leonor y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, África) Marcial Pons, Madrid, 2015. Págs. 9-11.

sucesión en todo o parte de su patrimonio para cuando él muera”.⁵

El Tribunal Supremo (en adelante TS), lo define en su sentencia 24 de Noviembre de 1958, del siguiente modo: “...en la concepción orgánica del derecho sucesorio patrio, se desprende de modo necesario que el testamento es un acto jurídico “mortis causa” y como tal unilateral, personalísimo y solemne por ser acto protegido por la Ley, por el cual el testador, según su arbitrio y dentro de los preceptos y límites fijados por la Ley, manifiesta su última voluntad sobre sus bienes, no exclusivamente patrimoniales; que la razón de ser del testamento se sustenta precisamente en que la declaración de voluntad del testador sea cumplida, por lo que el Tribunal Supremo reviste el testamento que reúna los requisitos legales, de fuerza de Ley, reguladora de la sucesión para todos los que dicha voluntad testamentaria deriven sus derechos...”. De esta definición que da el Tribunal Supremo podemos apreciar las características propias del testamento, que analizare en el siguiente apartado.⁶

También la Sentencia del TS de 8 de julio de 1940 da un concepto estricto del testamento exponiendo en su considerando quinto las siguientes conclusiones: “**Primera.** Que al ser esencialmente el testamento un acto dispositivo de bienes o derechos, no es verdadero testamento el acto que, aun presentando la forma externa de tal, pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo, o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto al destino de su patrimonio; sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen. **Segunda.** Que, siendo el testamento, acto por el que alguno dispone para después de su muerte, no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante. **Tercera.** Que si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre es necesaria la esencia de la disposición «mortis causa» en sus palabras.”⁷

⁵ CAPILLA RONCERO, Francisco, “El contenido del testamento (I). La designación del favorecido”, en LOPEZ/MONTES/ROCA (dirs.) *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Págs. 17-19, Ob. cit. en AA.VV., LOPEZ Y LOPEZ y VALPUESTA FERNANDEZ, *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch.

⁶ STS (Sala de lo Civil) 24 de Noviembre de 1958 (ECLI:ES:TS: 1958:111) Ponente Francisco Valcarce.

⁷ STS (Sala de lo Civil) 8 de Julio de 1940 RJ 1940\689

Por su parte, el Código Civil define el testamento en su **artículo 667** exponiendo lo siguiente: "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." Es de recibo añadir que esta definición que da el Código Civil ha sido criticada por varios autores, en referencia a lo expuesto por el autor SÁNCHEZ ROMÁN⁸, que afirma que dicha definición no es exacta, completa ni útil.

-Respecto de la **falta de exactitud**, la doctrina entiende que este artículo le da al testamento un sentido exclusivamente patrimonial, lo que se contradice con la realidad de esta institución ya que puede contener tanto disposiciones de los bienes como declaraciones y derechos propios de las personas como, por ejemplo; el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, cláusulas para fines benéficos, nombramiento de tutores, etc.

-Es **incompleta**, porque prescinde de la mención de los caracteres esenciales del testamento, que son aquellos que se recogen en la sentencia del Tribunal Supremo previamente mencionados de los cuales depende su eficacia y validez.

-Y, por último, se entiende por la doctrina mayoritaria que el concepto que da nuestro CC **no es útil**, ya que de este no se saca ninguna aplicación práctica ni provecho, por lo que "su supresión en nada perjudicaría la economía legal del Código."

En atención a todo lo expuesto, podemos definir que testamento matizando que se trata de un negocio jurídico *mortis causa*, personalísimo, unilateral, solemne y revocable, por medio del cual una persona ordena y dispone de todos o parte de sus bienes y de cualesquiera otras disposiciones de carácter no patrimonial para después de su muerte, pudiendo dejarlo sin efecto hasta el momento mismo de su fallecimiento.

2.Características del testamento.

En cuanto a las características⁹ propias del testamento encontramos las siguientes:

- a) Es un **negocio jurídico mortis causa**, lo cual se deduce del citado art. 667 CC, debido a que el testamento se otorga en atención al hecho del fallecimiento para producir efectos después de éste.

⁸ SÁNCHEZ ROMAN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, Analecta, D.L., Pamplona, Navarra, 1910 (reformada, corregida y aumentada, Madrid, 2008)

⁹ AGUILAR RUIZ, Leonor y SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, "El testamento" *Derecho de Sucesiones*, (ed. Ángel M. López y López, y Rosario Valpuesta Fernández) (coord. Juan Pablo Pérez Velázquez, y Eugenio Pizarro Moreno) Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 39-41.

- b) Es **personalísimo** de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del artículo 670 CC que dice así, *“El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.”*

Aunque a esta regla general se debe añadir que el Código Civil contempla la posibilidad de que se encomiende a un tercero la distribución de las cantidades, así, en su artículo 671 dice: *“Podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje 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 o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse.”*

Relativo a la regla general expuesta en el artículo 670, el Código Civil en su artículo 830 que expone: *“La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro.”*, aunque este artículo también presenta excepciones en el artículo 831.1 CC que dispone que *“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.*

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.”

También, en relación con las excepciones que encontramos respecto del carácter

personalísimo del testamento, encontramos las **sustituciones pupilares y las ejemplares** que se encuentran recogidas en los artículos 775 CC (*“Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad.”*) y 776 CC (*“El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.”*). Con estas excepciones, según se desprende del texto citado, lo que se pretende es proteger los bienes y derechos de aquellas determinadas personas a las que les falta la capacidad natural para poder testar.

Finalmente, añadir que este carácter propio de los testamentos también cuenta con excepciones en los distintos derechos forales existentes en el reino de España, así, el testamento otorgado a través de comisario se encuentra regulado con diferentes matizaciones, en las legislaciones forales de Cataluña, Islas Baleares, Navarra, Galicia, Aragón y País Vasco.

- c) Es un negocio **unilateral**, ya que para su otorgamiento solo es necesario la figura del propio testador, lo cual es una exigencia propia del CC, ya que la actuación individual se encuentra tácitamente recogida en el artículo 669 CC, en el que se dispone: *“No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.”* En relación con este precepto expuesto, el artículo 733 CC niega también los testamentos otorgados por dos o más personas mancomunadamente disponiendo que *“No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado.”*
- d) Se trata también, de un negocio jurídico **esencialmente revocable**, de acuerdo con lo expuesto expresamente en el artículo 737 CC que dice lo siguiente: *“Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por*

no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales.”

Con ello se quiere expresar, que la voluntad que lleva a otorgar el testamento, puede cambiar en un momento posterior y antes del fallecimiento, lo que permite que el testamento sea revocado por el testador siempre que este siga teniendo la capacidad para poder dejarlo sin efectos.

- e) Es un negocio jurídico **solemne o formal** ya que la Ley exige para su eficacia el cumplimiento de unas determinadas formalidades, que de no cumplirse producirían la nulidad del testamento. Esta exigencia se encuentra recogida en el artículo 687 CC que expresa lo siguiente: “*Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.*”, es decir, con todo lo relativo a los testamentos establecido en los artículos 662 y ss. del Código Civil.
- f) Finalmente, se trata de un negocio jurídico **libre**, ya que “*Será nulo el testamento que sea otorgado con violencia, dolo o fraude*”, tal y como se expone en el artículo 673 CC.

En consonancia con lo anterior, el artículo 674 CC establece además que “*El que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestado, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido.*”.

3.Requisitos para su otorgamiento.

En cuanto a los requisitos generales del testamento podemos señalar los siguientes:

3.1 La capacidad para testar.

La regla general sobre la capacidad para otorgar el testamento es la que se recoge en el artículo 662 CC, que dice “*pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*”

Debemos tener en cuenta respecto de la capacidad testamentaria las siguientes cuestiones:

A) Momento para testar.

-En cuanto al **momento** en que se ha de ser capaz, el artículo 666 CC establece que *“Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.”*

Este precepto se matiza además con lo expuesto en su artículo 664 CC que dispone, *“El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.”*, de lo que se deduce que la falta de capacidad ha de referirse expresamente al mismo momento del otorgamiento del testamento, por lo que, una persona que haya sido declarada judicialmente incapaz, podrá otorgar su testamento durante un momento de lucidez, así como a la inversa, ya que una persona que no haya sido incapacitada judicialmente no podrá otorgar testamento si de manera temporal o accidental no se encuentra en su cabal juicio.¹⁰

B) Incapacidades para testar.

-En cuanto a las **incapacidades** para testar podemos distinguir entre:

a) Las incapacidades **absolutas**: son a las que se refiere el artículo 663 CC que señala lo siguiente; *“Están incapacitados para testar:*

1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.”

b) Las incapacidades **relativas** son las recogidas por los artículo 688 CC que dispone que *“El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad”* y, por otra parte, el artículo 708 CC que dice *“No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.”*

Es importante señalar que, en los testamentos notariales, será el Notario, de acuerdo con los artículos 685 (*“El Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto*

¹⁰ ZUMAQUERO GIL, Laura y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, “El testamento” *Esquemas de Derecho Civil V Derecho de sucesiones, Tomo XXXVIII*, (dir. ANA CAÑIZARES LASO) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Pág. 32

sea identificar a las personas. También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad”.), 696 y 707.4 CC, el encargado de comprobar que el testador tiene la capacidad legal necesaria para testar. Además, el artículo 685 CC, y los artículos 700 y 701 CC a los que hace alusión el precepto, exponen que en los testamentos que se otorguen solamente ante testigos, serán estos los encargados de apreciar la capacidad del testador.

Finalmente, respecto de la capacidad para testar, el Tribunal Supremo ha dictado en materia de capacidad, varias sentencias en las que se establecen los principios en los que debe basarse la apreciación de la capacidad del testador. Estos principios son los siguientes¹¹;

“- Ha de presumirse la capacidad del testador.

- La apreciación afirmativa de la capacidad hecha por el Notario puede ser destruida, pero reviste especial relevancia de certidumbre.

- En la apreciación del estado mental la Sala de Instancia tiene la potestad de valorar libremente la prueba pericial, sin más sujeción que las pautas que ofrecen las reglas de la sana crítica.”

En atención con las incapacidades relativas, la STS de 22 de Enero de 2015¹² muestra el caso de Doña Zaira, que padecía desde 2007 alzhéimer y había otorgado testamento posteriormente, el cual había sido impugnado por Don Diego, su hijo, por considerar éste que no se encontraba en plenas facultades para testar por no encontrarse en su cabal juicio, lo que finalmente se desestima en aplicación del 685 CC, y de los informes periciales que demuestran que Doña Zaira se encontraba en uso de razón en el momento de otorgar testamento.

3.2. Testigos.

En este apartado cabe diferenciar a los testigos **instrumentales** de los testigos de **conocimiento**, que solo deben encargarse de la identificación del testador.¹³

¹¹ DOLADO ESTEBAN, Juan José, (Teniente Coronel Interventor) *Notaría Militar*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010 (editado junio 2011). Pag.44

¹² STS (Sala de lo Civil) 22 de Enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:195) Ponente Eduardo Baena Ruiz

¹³ FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *Derecho de Sucesiones*, Reus, Madrid, 2010. Pág. 35

Los **testigos instrumentales** son las personas que de forma voluntaria y consciente presencian el otorgamiento hecho por el testador, lo cual se trata de un requisito necesario para su validez, así como un medio de prueba de su validez, aunque tras la reforma del Código Civil de 20 de diciembre de 1991, se suprimió la necesidad de la concurrencia de testigos, con la modificación del texto del artículo 694 CC que dicta lo siguiente *“El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.*

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma Sección.”

Pero esta regla se exceptúa por lo dictado en el artículo 697 CC que expone en referencia al testamento abierto *“al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:*

- 1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.*
- 2.º Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.*

Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

- 3.º Cuando el testador o el Notario lo soliciten.”*

En cuanto al testamento cerrado, el artículo 707 del CC, limita en su apartado 7, la intervención de los testigos a los supuestos en los que el testador no pueda o no sepa firmar, y dice que: *“Concurrirán al acto de otorgamiento dos testigos idóneos, si así lo solicitan el testador o el Notario.”*. De este precepto cabe destacar que solo se recurrirá a estos cuando así se solicite y que los testigos deben ser **idóneos**, requisito que de no cumplirse significara que el testamento será nulo.

Ahora bien, para determinar si los testigos son idóneos o no debemos atender a lo expuesto en el artículo 681 CC (modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) que dicta lo siguiente: *“No podrán ser testigos en los testamentos:*

Primero. Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.

Segundo. Sin contenido.

Tercero. Los que no entiendan el idioma del testador.

Cuarto. Los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor

testifical.

Quinto. El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo."

Para concluir, es de recibo mostrar las matizaciones que hace el propio Código respecto de lo que se expone en el artículo antes citado, ya que en su artículo 682, añade más sujetos que no pueden ser testigos para el testador disponiendo que *"En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

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

También señalar que el Código Civil recoge cuando un testigo puede ser considerado inhábil en su artículo 683 CC que dicta lo siguiente: *"Para que un testigo sea declarado inhábil es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento."*

3.3. Identificación del testador.

Para la correcta identificación del testador se incluyeron tras la reforma del CC de 20 de diciembre de 1991, tres sistemas de identificación; por conocimiento del Notario, por testigos de conocimiento, (aquellos que solo deben encargarse de la identificación del testador), y mediante documentos (como el DNI, ya que a la entrada en vigor del CC no existía este medio de identificación.)

Con tal finalidad encontramos en el Código los siguientes preceptos; por un lado, el artículo 685 CC: *"El Notario deberá conocer al testador, y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas..."*, y por otro lado el art. 686 CC: *"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."

3.4. Formas del testamento.

En cuanto a las formas del testamento, nuestro Código Civil ofrece una clasificación de los distintos tipos de testamentos en su artículo 676 que establece que *"El testamento puede ser común o especial.*

El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado"

Seguidamente el Código matiza cuales son estos testamentos especiales en su art. 677 que expone que *"Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero"*

III-LOS TESTAMENTOS COMUNES

Los testamentos comunes se clasifican en dos tipos; los ordinarios y los extraordinarios:

1. Testamentos ordinarios.

En atención al artículo 676 CC antes citado, encontramos en su párrafo segundo las tres posibilidades que se pueden dar dentro de los testamentos comunes, pudiendo ser *"ológrafo, abierto o cerrado"*.

1.1. Testamento ológrafo.

Esta forma testamentaria se encuentra definida en el artículo 678 CC que dice *"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."*

Atendiendo entonces a lo expuesto en el artículo 688 CC, encontramos los requisitos para poder otorgar esta forma testamentaria que dice que *"El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad.*

Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.”.

La nota esencial de esta forma testamentaria se encuentra recogida principalmente en este último artículo, del que se debe destacar que la validez de éste depende de que este escrito completamente por el propio testador y a su vez, que este sea mayor de edad. También se debe tener en cuenta para esta forma testamentaria que a la hora de otorgarla no intervienen testigos ni Notario, ya que lo realiza el testador de manera totalmente privada.

Además, de acuerdo con la STS de 10 de febrero de 1994, para que sea válido el testamento ológrafo, deberá estar firmado obligatoriamente, ya que si no se consideraría un mero borrador o proyecto.

1.2. Testamento abierto.

Para la forma abierta, el Código Civil, en su artículo 679, lo define del siguiente modo: *“Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.”*, aunque la regulación de la forma abierta se encuentra en los artículos 694 a 705 CC.

La forma testamentaria abierta es, como indica el precepto, la única en la que todos aquellos que intervienen en el otorgamiento quedan enterados de éste y del contenido del testamento. Además, la doctrina señala más ventajas de esta forma de testamento, ya que hay que añadir que el testamento otorgado contara con el asesoramiento del Notario, que también conservara en su archivo el testamento autorizado, lo que garantiza su custodia y conservación; goza de la fuerza probatoria propia de los documentos públicos y además este testamento no requiere de ningún trámite posterior para su validez.¹⁴

Tras la reforma del Código Civil por la Ley 20 de diciembre de 1991, se pueden distinguir tres modalidades del testamento abierto, estas son;

- a) **La forma notarial ordinaria**, que se otorga ante Notario hábil que deberá ajustarse a las formalidades que se disponen en el CC y la Ley del Notariado en sus artículos 7 y 8, y el Reglamento Notarial en su artículo 125.

El Notario autorizante, deberá redactar y autorizar el testamento, quedando este

¹⁴ AGUILAR RUIZ, Leonor y SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, “El testamento” *Derecho de Sucesiones*, Ob. cit. págs. 45- 46.

incorporado a su protocolo y debiendo enviar el documento al Registro General de Últimas Voluntades y al Decanato correspondiente, así como conservar otra copia en su oficina.

Como ya se expuso, el Notario deberá asegurarse de la capacidad del testador.

- b) **Las formas extraordinarias**, que se desarrollaran en el siguiente apartado.
- c) **Formas excepcionales sin Notario**, que son esencialmente dos, por un lado, el que se hace en **inminente peligro de muerte**, el cual se encuentra regulado en el 700 CC que dicta *“Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario.”*.

Como se observa, tan solo es necesario la presencia de 5 testigos idóneos mediante manifestación oral.

Por otro lado, el testamento en caso de **epidemia**, regulado en el artículo 701 CC, dicta que *“En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años.”*

Aunque el artículo 702 CC establece que *“En los casos de los dos artículos anteriores se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.”*¹⁵

1.3. Testamento cerrado.

Finalmente, el artículo 680 CC define el testamento cerrado exponiendo lo siguiente: *“El testamento 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.”*, aunque se puede afirmar que esta forma testamentaria se encuentra prácticamente en desuso.

Para que sea válida, deberá estar por escrito, y siendo el testador el que lo escribiese de su puño y letra, deberá firmarlos al final, y en caso de escribirlo otra persona o a través de un medio mecánico, deberá firmar todas las hojas que contengan el testamento, tal y como indica el artículo 706 CC.¹⁶

¹⁵ GONZÁLEZ PORRAS, Jose Manuel, “Los testamentos”, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*. (coord. Francisco Javier Sánchez Calero) Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Ob. cit. Capítulo 28. Págs. 497-515

¹⁶ FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *Derecho de Sucesiones*. Ob. cit. Págs. 38-42

2. Testamentos extraordinarios.

Las **formas extraordinarias** son aquellos supuestos especiales en los que las formalidades sufren alguna variación.

Los casos en los que puede darse esta forma extraordinaria es para cuando el testamento lo otorga una persona que **no sepa o no pueda firmar** para lo cual serán necesarios **dos testigos idóneos** de acuerdo con el artículo 697.1º que dice lo siguiente: *“Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:*

1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.”

Para estos casos, el CC, en su artículo 695, párrafo último, dicta que *“Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.”*

También serán necesarios los dos testigos idóneos, para los casos que recoge el artículo 697.2º, que hace referencia a las personas **enteramente ciegas o sordas** que no saben o no pueden leer, y que dicta lo siguiente *“2.º Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.*

Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.”

El último caso que contempla el CC es el recogido en el artículo 684, para los casos en los que el testamento este en lengua que el Notario no conoce o que, conociéndola, no emplea. Este precepto será analizado con más detalle en el Capítulo II.

IV-LOS TESTAMENTOS ESPECIALES

En este apartado, hago una breve mención a los testamentos especiales que encuentran regulados junto con el testamento militar y que son los recogidos en el artículo 677 CC que dice *“Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.”*

1. Testamento marítimo.

Este testamento especial encuentra su regulación en los artículos 722 a 731 del Código, y está previsto para aquellas personas que se encuentren realizando un viaje por mar,

pudiendo aplicarse tanto para los pasajeros de la embarcación como para la tripulación.

Al igual que el testamento común, esta forma testamentaria puede otorgarse tanto de forma ordinaria como extraordinaria.¹⁷

Para la **forma ordinaria**, el artículo 722 CC impone quienes son las personas encargadas de autorizar el acto en estos casos especiales y dicta que *“Los testamentos, abiertos o cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan a bordo, se otorgarán en la forma siguiente:*

Si el buque es de guerra, ante el Contador o el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, o el que haga sus veces, pondrá además su visto bueno.

En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán, o el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe o no puede hacerlo.

Si el testamento fuera abierto, se observará además lo prevenido en el artículo 695, y si fuere cerrado, lo que se ordena en la sección sexta de este capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos e intervención del Notario.”

Hay que añadir, que este testamento **caducara** pasados cuatro meses una vez haya desembarcado en el lugar donde pueda otorgar testamento en la forma común, de acuerdo con lo que expone el artículo 730 CC.

En cuanto a la **forma extraordinaria**, el CC recoge en su artículo 731 que *“Si hubiera peligro de naufragio, será aplicable a las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra o mercantes lo dispuesto en el artículo 720.”*, haciendo referencia así, a la forma extraordinaria militar.

2. Testamento otorgado en país extranjero.

Esta modalidad de testamento especial se encuentra regulado en los 732 a 736 CC, y recoge el derecho que tienen todos los ciudadanos españoles a otorgar testamento fuera del

¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, Jose, *Derecho civil español, común y foral. Tomo IV. Derecho de sucesiones*. Ob. cit. Págs. 119-120

territorio nacional. Para ello, establece el artículo 732 lo que *“Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen.*

También podrán testar en alta mar durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción a las leyes de la Nación a que el buque pertenezca.

Podrán asimismo hacer testamento ológrafo, con arreglo al art. 688, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.”

También podrán los españoles, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 734 CC *“otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento.”*

Para esta forma testamentaria, una vez otorgada, deberán seguirse los tramites que se recogen en los artículos 735 y 736 del CC.¹⁸

3. Testamento militar.

Respecto del testamento militar, pasamos a desarrollarlo en el Capítulo II.

¹⁸ FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *Derecho de Sucesiones*. Ob. cit. Pág. 54.

CAPITULO II. EL TESTAMENTO MILITAR EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.

I- ASPECTOS GENERALES DEL TESTAMENTO MILITAR

1.Introducción y justificación del testamento militar.

La posibilidad de otorgar testamento reconocida para cualquier ciudadano español puede verse entorpecida por algunas situaciones excepcionales que pueden impedir el normal funcionamiento de los instrumentos con los que cuenta el Estado, entre ellos, la fe pública propia de la institución notarial.

Un caso claro en el que se puede producir esta carencia, es en aquellas situaciones de guerra o conflicto armado en los que las Fuerzas Armadas (en adelante FFAA), ya sean expedicionarias o destacadas en el extranjero, y demás individuos que se encuentren con el ejército durante ese periodo, se encuentran en unas circunstancias que impiden el ejercicio de los Notarios, y por ello, nuestro Código Civil atribuye para estos casos unos sustitutos que harán las veces de fedatarios públicos.

En estos casos a los que se refiere el Código, a pesar de lo excepcional de la situación, la seguridad jurídica es igualmente necesaria, ya que, al tratarse de una situación anormal, los individuos que se ven afectados por ella, se ven obligados a formalizar sus testamentos por el inminente peligro de muerte en el que se encuentran.

Por ello, la imposibilidad de acudir a un Notario provocada por la situación excepcional de peligro, justifica sobradamente esta especialidad del testamento que recoge nuestro ordenamiento jurídico.¹⁹

2.Origen y antecedentes históricos en el Derecho Romano.

Para conocer esta especialidad del testamento mejor, debemos profundizar en la evolución histórica de esta institución jurídica, que parte del *testamentum militis* romano.

¹⁹ ALBALADEJO, Manuel y GUTIÉRREZ-SOLAR, Eduardo, “Sección Séptima del Testamento Militar”, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dir. ALBALADEJO, Manuel) núm. XVI. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983.

El *testamentum* surge en el Derecho Romano y se trataba de la institución a través de la cual el ciudadano romano nombraba un *heres* o sucesor *mortis causa*. En la época romana existieron dos formas públicas de otorgar testamento, en primer lugar, el *testamentum in calitis comitiis*, que era la manera común de testar en tiempo de paz, y, en segundo lugar, el *testamentum in procinctu*, que era la forma establecida para otorgar testamento en tiempo de guerra, en la que bastaba con declarar las últimas voluntades ante testigos.

Pero esta segunda forma a la que hacemos referencia fue sustituida en la época romano clásica por el *testamentum militis*, que se trataba de disposiciones establecidas con carácter excepcional para los militares que se convirtieron con el paso del tiempo en normas de derecho común.²⁰

Siguiendo a ROMERO PAREJA, continúa respecto del *testamentum militis* exponiendo que “En cuanto a la evolución del testamento en tiempo de guerra, Julio César—con concesiones temporales—, y posteriormente Tito, Domiciano, Nerva y Trajano —estos dos últimos con una disposición definitiva—, concedieron a los soldados la facultad de expresar de cualquier forma y en cualquier momento la voluntad testamentaria. Así, Trajano empieza reconociendo para los soldados en guerra una situación de hecho, en atención a la cual resuelve «que fueran válidas sus disposiciones cualesquiera que fuera la forma de sus testamentos»”.

Así, también esta forma testamentaria se ampliaba para otras situaciones e intereses, una libertad que era “*otorgada a los soldados de mar y tierra, y por el tiempo que va desde el enrolamiento hasta la salida de filas [...] El propio trato privilegiado se dispensa a los civiles que siguen al ejército y mueren en territorio enemigo*”²¹, lo cual tiene gran relevancia ya que, sienta un precedente de lo que aplicamos hoy día respecto de nuestro ordenamiento militar, haciendo que las formalidades que se reducen para estos casos, no

²⁰ HERNÁNDEZ-GIL, Antonio, *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano)*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946. Ob. cit. en “Antecedentes Históricos del Testamento Militar”, *Revista Española de Derecho Militar* n° 102.

²¹ IGLESIAS-REDONDO, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, 11ª Edición. Pág. 562. Ob. cit. en “Antecedentes Históricos del Testamento Militar”, *Revista Española de Derecho Militar* n° 102.

implican necesariamente que la persona que otorga el testamento sea militar, sino que podrán ser cualquier individuo que se encuentre bajo los acontecimientos de la guerra.²²

También se aplicaba por razones de utilidad objetiva, los más elementales principios del Derecho testamentario romano y que se justificaba, entre otras consideraciones, por la rudeza de muchos soldados oriundos de regiones poco romanizadas, así como por el riesgo asumido por el *miles* romano de fallecimiento en acto de servicio o de ser hecho prisionero por el enemigo.²³

Por otra parte, este testamento podía ser otorgado de forma oral o escrita, aunque la manera más común de otorgarlo era la manera escrita y en esta línea, el *Digesto 29.I.40* dice que “Vale como testamento, si consta su voluntad en ese sentido, lo anotado por el testador en la vaina o en el escudo con su sangre o lo escrito sobre la tierra con la espada. Será válido también el testamento que el militar dicta y se redacta en el lenguaje de signos, aunque el testador muera antes de resolverlos. Lo único necesario es que se demuestre con legítimas pruebas que así se hizo y que esa era su voluntad. La prueba no ha de ser necesariamente testifical; es válida cualquier otra.”

Para sintetizar, podemos decir que el *testamentum militis* será aplicable a todos los militares que se encuentren en campaña durante el tiempo de guerra y todas aquellas personas que, sin ser militares, siguen al Ejército y permanecen en territorio hostil.

El inminente peligro de muerte justifica igualmente la necesidad de esta forma testamentaria reduciendo las formalidades necesarias para otorgarlo y abandonando el original privilegio que suponía, ya que, en sus comienzos, esta especialidad solo era aplicables a los militares que se encontraban en campaña.

3.Definición.

En referencia a la definición del testamento militar, encontramos la Sentencia del Tribunal

²² ROMERO PAREJA, Agustín, “Antecedentes históricos del testamento militar” *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 102, 2014, Págs. 235

²³ BLANCH NOUGUÉS, José María, “Una visión histórica y jurídica sobre el ejército romano”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. XLIV, 2011, Págs. 46-48

Supremo de 10 de Julio de 1944²⁴, que expone lo siguiente: “*el que puede otorgarse por los militares y asimilados en tiempo de guerra y estando en campaña, dentro o fuera de nuestro país, ante persona competente y en presencia de dos testigos*”.

Como se observa, la Sentencia hace referencia no solo a militares sino también a los *asimilados*, y estos se encuentran recogidos en el artículo 716 CC, que se expondrá más adelante.

En cuanto a la definición que da el Código Civil, se encuentra recogida en los artículos 716-721, y lo que pretende el texto legal con la regulación de esta especialidad del testamento es cubrir aquellas situaciones en las que se dan unas circunstancias de peligro de muerte en la que se pueden encontrar determinadas personas por causa de un conflicto armado o guerra, causa que imposibilita que se haga testamento a través de las formas comunes y ordinarias propias de esta institución, lo que se suple con una mayor rapidez y simplicidad a la hora de otorgar testamento.²⁵

4. Clasificación del testamento militar.

El testamento militar se encuentra regulado en el Código Civil, en la Sección Séptima del Capítulo I del Título III del Libro III, artículos 716 a 721.

Al igual que para los testamentos comunes, encontramos dos posibilidades para otorgar testamento en tiempo de guerra, la ordinaria y la extraordinaria, y estas a su vez podrán ser abierta o cerrada;²⁶

4.1. La forma ordinaria.

Como ya hemos visto, la forma ordinaria, exige mayores solemnidades que los extraordinarios, y se podrá dar tanto abierta como cerrada:

A) Forma ordinaria abierta.

Antes de comenzar con el desarrollo de la forma ordinaria abierta he de advertir ésta se tratará en más profundidad en el Título II de este Capítulo y este apartado tan solo se

²⁴ STS (Sala de lo Civil) 10 de Julio de 1944 RJ\1944\911 Ponente Desconocido.

²⁵ DOLADO ESTEBAN, Juan José, *Notaria militar*, Ob. cit. Pág. 51

²⁶ PEÑAS VAZQUEZ, Antonio (Teniente Coronel de Infantería), “El testamento militar” *Revista de las armas y servicios*, núm. 425, 1975. Págs. 11-14

tratarán las características más básicas relativas a ella.

-Para la forma ordinaria abierta, dice el art 716 CC, *"En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste, podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.*

Es aplicable esta disposición a los individuos de un ejército que se halle en país extranjero. Si el testador estuviere enfermo o herido, podrá otorgarlo ante el Capellán o el Facultativo que le asista.

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

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

Las ideas principales que podemos apreciar en este precepto siguiendo el comentario de DE LA CAMARA GARCÍA²⁷, son, en primer lugar, la especificación que se hace al comienzo cuando se determina expresamente que será en **tiempo de guerra** cuando se pueda aplicar esté, constando, además, en su segundo párrafo que se aplicará igualmente cuando los individuos a los que se refiere el primer párrafo se encuentren en país extranjero.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que los sujetos que pueden hacer uso de esta manera de otorgar testamento **no solo serán los militares en campaña**, si no todos aquellos que de forma activa (voluntarios, empleados en el ejército o que simplemente sigan a este) o pasiva (rehenes y prisioneros) participen durante "el tiempo de guerra y se encuentre en campaña", requisitos que se recogen en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1944²⁸, y que por ello, se les permite hacer uso de esta especialidad testamentaria, ya que existen circunstancias de peligro próximo de muerte.

En tercer lugar, especifica ante quien deberá ser otorgado dicho testamento, que será un **Oficial que tenga por lo menos el rango de Capitán** y siempre ante la presencia de **dos testigos idóneos**, aunque añade dos matizaciones respecto de la necesidad de otorgarlo ante un Oficial, para los casos en los que el testador estuviere enfermo o herido, en cuyo caso podrá otorgarlo ante el **Capellán o el Facultativo** que le asista, y para el caso de que estuviere en un destacamento, que deberá otorgarlo ante la persona que dirija él mismo,

²⁷ DE LA CAMARA GARCÍA, Fernando, "Comentario al art. 716 CC" en AA.VV. *Comentario al Código Civil*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. Págs. 1798-1800

²⁸ STS (Sala de lo Civil) 10 de Julio de 1944 RJ\1944\911 Ponente Desconocido.

aunque no se trate de un Oficial.

Cabe añadir, que, para la forma ordinaria abierta, el artículo 719 CC, que impone un **límite máximo de validez** para los testamentos otorgados en atención al artículo 716 CC dictando que *"caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña."*

B) Forma ordinaria cerrada.

Se recoge en el art 717 CC que dice 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."*

Respecto de la forma cerrada en este tipo de testamentos, este precepto citado aplica lo expuesto en el Código Civil, como ya expuse en el Capítulo I, respecto de los testamentos comunes cerrados en sus artículos 706 a 715, aplicándoseles igualmente a las personas que se determinan en el primer párrafo del artículo 716 CC, y cuya única diferencia con respecto de la forma testamentaria común, es la sustitución del Notario por la figura del Comisario de guerra, que ejercerá las funciones de fedatario.

Aunque hay que matizar que la figura del Comisario de Guerra hoy día ha sido sustituida por la del Interventor Militar y que los testamentos cerrados que se otorgan ante el no caducaran de acuerdo con el art. 719 CC, aunque si podrán se revocados por el otorgante.²⁹

C) Disposición común a la forma ordinaria abierta y cerrada

Para ambos casos, abierto y cerrado, expone el artículo 718 CC, modificado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) en su artículo 67, que *"Los testamentos otorgados con arreglo a los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la mayor brevedad posible al Cuartel General y, por este, al Ministerio de Defensa.*

El Ministerio, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Colegio Notarial correspondiente al último domicilio del difunto, y de no ser conocido éste, lo remitirá al Colegio Notarial de Madrid.

²⁹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, "Título III. De la Sucesiones. Comentario al art. 717 CC.", *Código Civil Comentado*, Editorial VLex, Barcelona, 2016.

El Colegio Notarial remitirá el testamento al Notario correspondiente al último domicilio del testador. Recibido por el Notario deberá comunicar, en los diez días siguientes, su existencia a los herederos y demás interesados en la sucesión, para que comparezcan ante él al objeto de protocolizarlo de acuerdo con lo dispuesto legalmente.”

Como aparece en el precepto, todos los testamentos redactados de acuerdo con los artículos 716 y 717 del Código, se pondrán en conocimiento del Ministerio de Defensa, que solo remitirá el testamento al Colegio Notarial correspondiente en caso de que fallezca el testador durante la campaña, o dentro de los cuatro meses siguientes desde la salida del testador de está, de acuerdo con el artículo 719 CC. Será el Colegio notarial el encargado de comunicar la existencia de éste a sus herederos para que comparezcan.

Se establece así el itinerario que ha de seguir el testamento militar ordinario, cuya finalidad es la de asegurar tanto su custodia como el cumplimiento de la última voluntad del testador en caso de fallecimiento de éste.³⁰

Para la forma ordinaria abierta, será tratada en más profundidad en el Capítulo II, Título II de este texto.

Para el caso concreto de que el testamento militar sea cerrado, se atenderá a lo que señala el art. 711 CC, una vez que haya sido autorizado por el Interventor siguiendo lo establecido en el artículo 717 CC, ya que según comenta DE LA CAMARA GARCÍA³¹, “Será muy raro que el testador quiera conservar el testamento cerrado en su poder o en poder de otro compañero o persona sometida a iguales o parecidos riesgos”. Por ello recae la obligación de remitir el testamento sobre el Interventor, sobre el que podrá recaer la responsabilidad por culpa o negligencia del artículo 1902 CC, si sufre algún perjuicio el testamento por la demora de éste.

También incurrirán en esta responsabilidad aquellos que intervengan en la trayectoria del mismo, que deberán asegurarse de su custodia, ya que su destrucción o inutilidad, aunque sea tan solo de los sellos o las firmas que en él aparecen, supondría la nulidad del testamento.

Este testamento se conservará en el Ministerio, hasta que se verifique la muerte del testador

³⁰ MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “Comentario al art. 718 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, 2009

³¹ DE LA CAMARA GARCÍA, Fernando, “Comentario al art. 718 CC” en AA.VV. *Comentario al Código Civil*. Ob. cit. Págs. 1801-1803

o hasta que este lo revoque, sin que se pueda aplicar la caducidad que se recoge en el artículo 719 CC. El Ministerio de Defensa enviará al Juez competente el testamento cerrado, lo cual servirá como prueba del fallecimiento para esté.

Una vez que el Juez competente tenga en su poder el pliego con el testamento cerrado, procederá a su apertura y protocolización en la forma establecida en los artículos 1956 y ss. de la LEC.

El Juez abrirá el pliego que contiene el testamento, y a continuación citara a los herederos y demás personas interesadas en la sucesión.³²

4.2. La forma extraordinaria.

Se encuentra regulada en los artículos 720 y 721 del Código Civil y al igual que en la forma ordinaria cabe tanto la forma extraordinaria abierta y la cerrada.³³

A) Forma extraordinaria abierta.

-Para la forma extraordinaria abierta debemos atender a lo expuesto en el artículo 720 CC que dice lo siguiente: *“Durante una batalla, asalto, combate y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.*

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

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

Son varios los elementos que se deben tener en cuenta para esta forma extraordinaria; en primer lugar, según se expone en el primer párrafo del precepto, solo podrá otorgarse cuando exista un **peligro inminente** que pueda provocar la muerte del sujeto por cualquier causa relacionada con la acción guerra y a su vez, exige que se haga **de palabra** ante dos testigos que como es lógico, **no exige el Código que sean idóneos**, aunque como se observa en el párrafo tercero del precepto, si éstos no lo formalizan en caso de que el

³² MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “Comentario al art. 718 CC”, *Comentarios al Código Civil*. Ob. cit.

³³ CASTÁN TOBEÑAS, Jose, *Derecho Civil español, Común y foral. Tomo VI: Derecho de sucesiones, Volumen Iº*. Ob. cit. Pág. 120.

testador no se hubiere salvado en la forma prevista por el mismo artículo, será ineficaz.

También será ineficaz, si el otorgante salva la vida de la situación de peligro, como se observa en el párrafo segundo del precepto.

Respecto de esta forma también profundizaremos más adelante.

B) Forma extraordinaria cerrada.

Para la forma extraordinaria cerrada, la encontramos recogida en el artículo 721 CC que dicta: *“Si fuese 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.”*

En cuanto a la forma cerrada encontramos que se deben aplicar las mismas normas que se aplican para el testamento cerrado común de los artículos 706 y 707 CC, aunque por ser la especialidad del testamento militar se incluye la diferencia de que se otorgue ante el superior que se exige en el artículo 716 CC, así como ante los dos testigos que se imponen en el mismo precepto, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, incluido el testador, aunque para este último no exige la obligación total, ya que como específica, solo lo hará *si pudiere*.³⁴

Bastara para estos casos que el otorgante se encuentre en las circunstancias de peligro grave por acciones de guerra que describe el artículo 720 CC.³⁵

5. Observaciones sobre el testamento militar.

En atención a la ya mencionada Sentencia de 10 de julio de 1944, podemos destacar las siguientes consideraciones con respecto de la definición que da esta sentencia:

5.1. Los sujetos.

-En primer lugar, el sujeto que vaya a otorgar testamento debe estar recogido en la lista que ofrece el propio CC en su artículo 716, como ya vimos eran los *“...los militares en*

³⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, “Título III. De la Sucesiones. Comentario al art. 721 CC.”, *Código Civil Comentado*. Ob. cit.

³⁵ DE LA CAMARA GARCÍA, Fernando, “Comentario al art. 721 CC” en AA.VV. *Comentario al Código Civil*. Ob. cit. Págs. 1805-1806

campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste... ”.

A) Los militares en campaña.

Comienza este artículo nombrando a "*los militares en campaña*", por los que se refieren a todos los miembros de las Fuerzas Armadas Españolas (en adelante FFAA), ya sean nacionales españoles o extranjeros, desde la escala más básica, es decir, desde soldados o marineros, hasta las escalas superiores de oficiales y generales.

Se aplicará de igual modo, tanto a los militares profesionales que pertenezcan a un grupo de las FFAA de manera permanente, como aquellos no profesionales, como puede ser el caso de los reservistas, o aquellos paisanos que hayan sido movilizados como soldados o hayan sido capacitados como suboficiales u oficiales.

Hay que distinguir, que los artículos 716 y 720 CC, emplean en su redacción el concepto "ejército", dentro del que se engloban tanto el Ejército de Tierra, del Aire y la Armada, así como los Cuerpos Comunes del Ministerio de Defensa, donde también se incluirán aquellas Fuerzas de Seguridad del Estado que, por motivo de guerra, estado de excepción o sitio, comienzan a depender de este Ministerio.

En opinión de DOLADO ESTEBAN, "los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que no tengan estructura militar ni dependencia del Ministerio de Defensa, así como otras fuerzas equivalentes de las Comunidades Autónomas, ya dependen de Ministerios civiles o de la respectiva Comunidad, podrán otorgar estos testamentos si participan en operaciones de guerra o se encuentran destinados en zona afectada por la actividad bélica, pasando en el instante de la declaración del estado de guerra a depender del Ministerio de Defensa."³⁶

B) Los voluntarios.

Continúa haciendo referencia el artículo con los "*voluntarios*", que se trata de aquellas personas ajenas a las Fuerzas Armadas que cooperan con éstas, por lo que pasan a considerarse militares, en las actividades que se les encomienden, y causa de esta cooperación es lo que posibilita que puedan otorgar el testamento en tiempo de guerra.

³⁶ DOLADO ESTEBAN, Juan Jose, *Notaría Militar*. Ob. cit. Pág. 78.

La única diferenciación real de los voluntarios con el resto de militares es la forma de encuadramiento o enrolamiento junto a las tropas.

C) Los rehenes.

También los "*rehenes*", se entiende por estos, aquellas personas privadas de libertad por motivo del conflicto armado, ya sean los rehenes que hayan sido retenidos por el ejército español, como aquellos que hayan sido retenidos por el enemigo, sean militares o no.

Otra definición, que ofrecen los autores ALBALADEJO y GUTIERREZ-SOLAR, es la de que los rehenes "son personas no militares que se dan o se toman a la fuerza para garantizar el cumplimiento de un acuerdo."

D) Los prisioneros.

Similar a los rehenes, también incluye nuestro Código a los "*prisioneros*" entre las personas que pueden hacer uso de esta forma testamentaria. La definición que ofrecen los autores ALBALADEJO y GUTIERREZ-SOLAR es la de que los "prisioneros son miembros del ejército enemigo que son aprehendidos para evitar que combatan contra las fuerzas propias y su mención por el legislador significa la posibilidad de aplicación de las normas de esta forma testamentaria especial a los extranjeros, dado que generalmente unos y otros lo son salvo en el caso de las guerras civiles."

Cuando se trate de un prisionero extranjero, retenido por el Ejército español, podrá otorgar testamento militar conforme a los artículos 716 y ss. del CC.

Según TABOADA, todo extranjero que se encuentre privado de libertad por el Ejército de una nación enemiga, tendrá el derecho a otorgar testamento exponiendo su última voluntad, con todas las solemnidades propias de este tipo de testamentos.

Pero otra parte de la doctrina, MUCIUS SCAEVOLA³⁷, entre otros, entiende que acogerse a los beneficios del artículo 716 CC debe ser condicional para los prisioneros y rehenes extranjeros, ya que estos testaran con arreglo al derecho de su país, de acuerdo con el artículo 11.1.I CC, que dicta lo siguiente:

"1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen."

Por lo tanto, en atención a este precepto, y en aplicación del *locus regit actum*, si los prisioneros o rehenes que se encuentran retenidos por el Ejército español, cuando esté se encuentre operando en el territorio de otra nación, se les aplicara su ley personal, por lo que se aplicaran las formas y solemnidades propias del país en que se otorgue el testamento.

Pero esto plantea un problema, ya que el legislador español no goza de la soberanía ni de la potestad, sobre individuos de otras naciones, para invadir las atribuciones privativas de la soberanía de otro país, a pesar de que se hallen temporalmente retenidos por las Fuerzas Armadas españolas, por lo que no es posible imponer para estos sujetos la legislación aplicable a los nacionales españoles, a menos que existiese entre ambas naciones, un tratado internacional por el que “libre y espontáneamente, modifican la doctrina de los estatutos.”

Por otro lado, la Sentencia de 10 de julio de 1944³⁸ establece los conceptos de prisionero y preso, y dicta que, aun encontrándose en peligro de muerte, no podrá otorgar testamento aquella persona que se encuentre presa por el Ejército, y si podrá otorgarlo la persona que se encuentre prisionera, y esto es debido a que de acuerdo con la sentencia citada, normalmente una persona presa se encontrara en un centro penitenciario lejos del frente de batalla, donde existe la posibilidad de que acuda un Notario para llevar a cabo el otorgamiento con las formalidades pertinentes. En cambio, el prisionero, se encuentra “en zona generalmente más próxima al teatro de operaciones bélicas y siempre en condiciones en las que resulta imposible la comparecencia de un Notario.”³⁹

³⁷ SCAEVOLA, Quintus Mucius, *Código Civil Español. Tomo XV. Cuarta Edición*. Editorial Reus. Madrid, España. 1945. Ob. cit. en DOLADO ESTEBAN, Juan Jose, *Notaria militar*.

³⁸ STS (Sala de lo Civil) 10 de Julio de 1944 RJ\1944\911 Ponente Desconocido.

³⁹ ALBALADEJO, Manuel y GUTIÉRREZ-SOLAR, Eduardo, “Artículo 716”, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dir. ALBALADEJO, Manuel) núm. XVI. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983. Pág. 2

E) Los individuos empleados en el ejército.

En cuanto a los *“individuos empleados en el ejército”*, se refiere nuestro Código a aquellos individuos que mantienen una relación laboral con las FFAA españolas, o que simplemente prestan sus servicios a estas, y que estarán capacitadas para otorgar testamento militar cuando se encuentren en zona de operaciones o en tiempo de guerra.

Hay que añadir que esta situación de empleo o de prestación de servicios no se equipara a ningún empleo o grado castrense.

También podrán otorgar testamento militar, en atención a la situación de peligro en la que se pueden ver involucrados aquellos sujetos que mantienen una relación laboral o prestan servicios para las Fuerzas Armadas, sin que se les equipare por ello ningún empleo o grado castrense, que participen durante un conflicto armado, y que por lo tanto corre los mismos riesgos que el personal militar profesional. Se incluyen también los expertos que se unan a la misión en virtud de sus facultades técnicas de acuerdo con las necesidades de la misión, así como los diplomáticos o mediadores que acompañan al Ejército para tratar, según las circunstancias, con las partes beligerantes.⁴⁰

F) Los que siguen al ejército.

Finalmente, el código usa la expresión *“seguir al Ejército”*, con lo que se hace referencia a aquellas personas que, aun no participando en la lucha armada, se les aplica igualmente la posibilidad de otorgar testamento militar, ya que puede interpretarse como seguidor del Ejército a *“todo aquel que vea repercutir en su persona los peligros de la guerra.”*

Además, siguiendo con la interpretación de la doctrina, se aplicará este precepto, cuando el seguidor que comparte los riesgos bélicos, lo haga de manera involuntaria (como puede ser el caso de los evacuados, siempre que la evacuación la haga el ejército, los sitiados, los refugiados, etc.) o autorizada, aunque la determinación de esta cualidad no condiciona el otorgamiento del testamento.

En esta línea, la doctrina entiende el testamento militar en sentido amplio y así se

⁴⁰ DOLADO ESTEBAN, Juan Jose, *Notaría Militar*, pág. 80.

pronunciaron autores como DIEZ GÓMEZ, que entendía que cualquier persona por motivo de evacuación por peligro bélico puede acogerse a esta forma de testar y que «comprende a los que, con arreglo al artículo 132 del Reglamento (para el Servicio de Campaña) de 1882 -del que parece haber tomado el Código Civil la expresión-, obtenían un “pase” para seguir al Ejército y ejercer un oficio o profesión».⁴¹

De igual modo, para TABOADA, «Deben comprenderse en la denominación del Código Civil “*individuos empleados en el Ejército o que sigan a este*”: -Los guerrilleros, entendiendo por tales los cuerpos francos, las partidas guerrilleras, las milicias nacionales movilizadas y toda tropa irregular levantada en la región, aun no ocupada por el enemigo; los cuales deben asimilarse a las fuerzas regulares y ser tratados como ellas, sin confundirlos con los bandoleros, que están fuera del derecho de gentes. -Los agregados militares extranjeros tienen, sin duda, el derecho de otorgar testamento militar siguiendo los preceptos que rigen en nuestro Ejército, si a él están agregados, para las formalidades externas de su testamento, observando para el contenido de sus disposiciones las leyes civiles de su propio país. -Los corresponsales acreditados de periódicos, distinguiéndolos de los aventureros, a los cuales no se les aplica el testamento militar»⁴²

Según ALBÁCAR «la doctrina incluye a todas las personas civiles que prestan sus servicios en el desarrollo de las operaciones bélicas, sin propia asimilación a ningún grado militar».⁴³

Tampoco se tendrá en cuenta la duración del seguimiento, que puede ser de larga duración, o darse tan solo durante un determinado momento en que el seguidor está expuesto a los peligros de la guerra, como puede ser el caso de un «suministrador de víveres, los guías o exploradores, interpretes, fotógrafos, corresponsales de periódicos, o los observadores de otros ejércitos y de Organismos internacionales.»⁴⁴

⁴¹ DÍEZ GÓMEZ, Aurelio, “El Testamento Militar Español”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. XLIII, 1964. Pág. 175

⁴² TABOADA TUNDIDOR, Carlos, *Testamentos Militares*, Imprenta A. Otero, Orense, 1912. Pág. 34 Ob. cit. en DOLADO ESTEBAN, Juan Jose, *Notaría militar*.

⁴³ ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis, *Código Civil, doctrina y jurisprudencia. Tomo III*, Trivium, Madrid, 1991. Pág. 382-383

⁴⁴ DOLADO ESTEBAN, Juan Jose, *Notaría Militar*, Ob. cit. pág. 80

En atención a estos seguidores, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) del 10 de marzo de 1999, en respuesta sobre la validez de un testamento militar otorgado por una interprete que carecía de nacionalidad española, resolvió afirmativamente ya que el Centro Directivo entiende que la facultad para poder otorgar testamento en tiempo de guerra no depende de la nacionalidad del testador, si no de los requisitos que se establecen en el artículo 716 y ss. del Código.

Como ya se ha visto con anteriormente, no es necesaria la condición de militar para poder otorgar este tipo de testamento, aunque si se exige la existencia de una relación que vincule a la persona con el Ejército, y que acompañe a esté para ejercer una profesión u oficio, entre los que se recogen entre otros y a modo de ejemplo, los intérpretes.

La DGRN, concluye, en el caso antes citado, que la testadora se trata de personal civil contratado por el Ministerio de Defensa para ejercer como interprete, y que por lo tanto podrá otorgar testamento militar, del que se desprenderán todos sus efectos de acuerdo con la legislación española.

5.2. Situación en la que se encuentra el otorgante.

En cuanto a la situación de los otorgantes, se debe tener en cuenta las particularidades que presentan los conflictos armados que se dan en la actualidad, que se alejan de la concepción tradicional de guerra a la que se refería nuestro Código cuando fue promulgado.

Los conflictos de hoy en día nada tienen que ver con la guerra que se daba hasta el siglo XX, en la que existía una verdadera confrontación armada, y es por ello que este tipo de testamento debe adaptarse a la nueva situación y extender su aplicación a determinados supuestos, como el de soldados y civiles españoles interviniendo en misiones internacionales en zonas de guerra o posguerra fuera de nuestras fronteras, o como podría ser frente a circunstancias extraordinarias (como la declaración de los estados de excepción y sitio), o ante la amenaza del potencial bélico de algún Estado en guerra aunque ésta no sea contra nuestro país.⁴⁵

Por ello, la DGRN publica el 18 de febrero de 1993 un informe respecto de los testamentos

⁴⁵ DOLADO ESTEBAN, Juan Jose, *Notaría Militar*, Ob. cit. pág. 81.

militares otorgados por los militares españoles destinados en la antigua Yugoslavia.

Dicho informe hace referencia a la consulta resuelta por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa del mismo año, en la que se establece que aunque los españoles que estaban interviniendo en la zona no están en guerra, ya que España no era parte beligerante en el conflicto, si se encuentran en peligro por encontrarse en "tiempo de guerra" en zona de combate, con las amenazas y los riesgos que ello supone para la vida de los que participaban en la misión con carácter primordialmente humanitario.

Asimismo, este informe resuelve la cuestión sobre cuándo podrá ejercerse la Notaria Militar, diciendo que solo se podrá ejercer cuando las personas que pueden otorgarlo se encuentre en Zona de Operaciones, allí donde se desarrolla la misión, debiendo acudir a la Notaria Civil en todos los demás casos.

5.3. Funcionarios que pueden autorizarlo.

Respecto de quien puede autorizar los testamentos militares, el artículo 716 CC especifica que podrán autorizarlos aquellas personas que ostenten por lo menos la categoría de Capitán, el Capellán o Facultativo, los Subalternos.

Hay que matizar que en el caso de que ser el Capellán o el Facultativo, no podrá ser cualquiera que lleve a cabo las funciones de estos empleos y se halle en el lugar, será necesario además formar parte de las Fuerzas Armadas y ostentar algún rango castrense.⁴⁶

Y, para el caso de tratarse de testamento cerrado, el artículo 717 CC añade que lo podrá autorizar también el Comisario de Guerra, "*que ejercerá en este caso las funciones de Notario...*". Pero a pesar de que el artículo 717 hace expresa referencia al Comisario de Guerra, lo cierto es que esta figura a desaparecido como tal y fue sustituida por el Cuerpo Militar de Intervención.

Además, en 1911, el RD de 31 de agosto le asigna a cada interventor el ejercicio de la notaria militar en funciones de legalización de documentos militares y la autorización de los testamentos cerrados.

En la actualidad, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, en el apartado 1 de su artículo 38 dice: "*1. Los miembros del Cuerpo Militar de Intervención, agrupados en*

⁴⁶ ALBALADEJO, Manuel y GUTIÉRREZ-SOLAR, Eduardo, "Artículo 716". Ob. cit. Págs. 6-7

una escala de oficiales, tienen como cometidos el control interno de la gestión económico-financiera, dependiendo funcionalmente de la Intervención general de la Administración del Estado, mediante el ejercicio de la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública, en los términos previstos por la Ley General Presupuestaria; el ejercicio de la notaría militar, en la forma y condiciones establecidas en las leyes, y el asesoramiento económico-fiscal." . De ello, afirmamos que será el interventor militar el encargado de autorizar el testamento cerrado cuando proceda.

También cabe destacar la aplicación del artículo 139 del Reglamento Notarial, en virtud del cual, puede entenderse que los interventores militares están capacitados para autorizar su propio testamento de acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto que dice lo siguiente: *"En tal sentido, los Notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias."*

Finalmente hay que hacer referencia al único caso para el que la ley no requiere a una persona que autorice el acto, que se dará para los testamentos abiertos extraordinarios, que como ya vimos, se recoge en el artículo 720 CC, y que se otorgar de palabra ante dos testigos que, por supuesto y como ya se expuso, no tienen por qué ser idóneos, ya que dicho precepto se aplicara *"durante una batalla, asalto, combate y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra..."*.

II-EL TESTAMENTO MILITAR ABIERTO ORDINARIO.

1.Introducción.

El Código Civil define el testamento abierto, como ya se vio en el Capítulo I, en su artículo 679, en el que dice:

"Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él

se dispone."

Dentro de esta definición cabe tanto los testamentos abiertos ordinarios y los testamentos abiertos extraordinarios, que no se dan ante Notario, como el que se hace en inminente peligro de muerte, como se recoge en el artículo 700 y en caso de epidemia, como expresa el artículo 701 CC.

Asimismo, quedan comprendidos dentro del testamento abierto ordinario aquellos de carácter especial, como son el militar, cuando se den los supuestos de los artículos 716 y 720 CC, y el marítimo en los casos de los artículos 722 y 731.

1.1. Testamento militar abierto ordinario.

El testamento **militar ordinario abierto** se otorgará mediante manifestación oral de las últimas voluntades del testador ante aquellas personas que pueden autorizarlo y que como ya vimos son, en atención al art. 716, los oficiales que ostenten al menos el rango de capitán, ante el capellán o el facultativo que asista al testador, y ante aquel que mande el destacamento, aunque sea subalterno.

Para los testamentos militares abiertos se aplican además las normas recogidas en los siguientes artículos del CC:

-En primer lugar, el artículo 695 que dice: *“El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.*

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.”

-También se aplicará el artículo 696 CC que dice así: *“El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.”*

-El artículo 686 CC que expone *“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.”

-El artículo 699 CC, que dicta lo siguiente: *“Todas las formalidades expresadas en esta Sección se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.”*

-Y, por último, el artículo 705 CC que expresa que será *“Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables.”*

A pesar de que los preceptos citados hacen alusión a la figura del Notario, se debe tener en cuenta que serán los miembros del Cuerpo Militar de Intervención, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 39/2007 previamente citado, los encargados de ejercer las funciones del notariado y de la fe pública.

Añadir también, que la característica principal de este tipo de testamentos consiste en la publicidad del otorgamiento y en concreto para los testamentos militares abiertos será inexcusable la concurrencia de dos testigos idóneos.

1.2. Testigos.

En cuanto a los testigos se plantea el problema de si los ordenanzas, escribientes o ayudantes del autorizante puedan incluirse en la prohibición que plantea el artículo 681 CC que dicta en su apartado quinto: *“El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo.”*

Se entiende para estos casos que las personas antes citadas si podrán ser testigos puesto que

la relación que les une con el militar autorizante no es la misma que la existente entre el Notario con sus empleados, aunque siempre es preferible escoger a estos testigos entre los componentes de otros cuadros militares con el fin de evitar la parcialidad y la consiguiente ineficacia del testamento.

1.3. Caducidad

La caducidad de los testamentos militares abiertos presenta la especialidad de que tienen un plazo de caducidad concreto, tal y como expresa el artículo 719 CC, que será de **4 meses después de que el testador haya dejado de estar en campaña**, por lo que una vez transcurrido este plazo la voluntad expresa del otorgante quedara por no puesta.

Esta es una de las principales diferencias con el testamento militar cerrado, que si tiene un carácter indefinido y para su revocación es necesaria la actuación del testador por lo que es conveniente que previo al otorgamiento del testamento cerrado el interventor militar advierta al otorgante.⁴⁷

2. Testamentos que recoge el artículo 684 CC en relación con el testamento militar.

Respecto de este precepto encontramos dos modalidades:

2.1. Testamento en lengua que la persona autorizante no conozca.

Se encuentra regulado en el párrafo 1º del precepto y dice: *"Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador."*

Se puede dar el supuesto de que el otorgamiento se haga en una lengua cooficial de alguna Comunidad Autónoma española que este reconocida por el Estado. Si el oficial interventor encargado de autorizar el testamento conoce dicha lengua, bastara con la redacción del testamento en la lengua correspondiente.

⁴⁷ PEÑAS VAZQUEZ, Antonio, "El testamento militar", Ob. cit. Págs. 13

2.2. Testamento cuando el testador se exprese en lengua extranjera.

Para estos supuestos, que pueden darse en el caso de prisioneros extranjeros o de soldados extranjeros aliados de España, el artículo 684 CC dice: *"El testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el Notario, aun cuando éste conozca aquélla."*

Para este caso se exige la doble redacción, aunque el oficial interventor conozca la lengua que emplea el otorgante, supuesto en el que no será necesario la intervención de un intérprete.

3.Elevación a escritura pública y protocolización.

En cuanto a la elevación a escritura pública y protocolización del testamento militar abierto se deberá atender a lo expuesto en el artículo 718 CC que en su segundo y tercer párrafo expresa: *"El Ministerio, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Colegio Notarial correspondiente al último domicilio del difunto, y de no ser conocido éste, lo remitirá al Colegio Notarial de Madrid."*

El Colegio Notarial remitirá el testamento al Notario correspondiente al último domicilio del testador. Recibido por el Notario deberá comunicar, en los diez días siguientes, su existencia a los herederos y demás interesados en la sucesión, para que comparezcan ante él al objeto de protocolizarlo de acuerdo con lo dispuesto legalmente."

Con ello, se asegura la comunicación a los herederos y demás interesados, a los que se cita con la intención de protocolizarlo y poder hacer plenas las disposiciones testamentarias.

Para los testamentos abiertos, y atención al comentario que hace MARTÍNEZ ESPÍN, el oficial que hubiere intervenido en su otorgamiento y en su defecto, la persona que lo tenga en su poder, deberán remitir el testamento al Cuartel General y después al Ministerio de Defensa, que deberá conservarlo hasta asegurarse que el otorgante ha fallecido pasado el plazo de eficacia del testamento.

El Ministerio de Defensa remitirá el testamento al Juzgado de Primera Instancia que deba conocer del asunto, sin necesidad del certificado de defunción, sino que basta con el parte de baja que le remita el Cuartel General, ya que él envió por parte de éste es la prueba de la comprobación del fallecimiento del otorgante. El Juez competente para acordar la

protocolización del testamento militar será el del último domicilio del difunto, en atención al artículo 40 CC, y en caso de que no se conozca, será competente el Decano de los Juzgados de Madrid. Seguidamente, deberá citarse de oficio a los herederos y demás interesados (aquellos que se recogen en el artículo 1944, 2º LEC), que podrán elegir si solicitar la elevación a escritura pública y protocolización o no.

El incumplimiento de los deberes de conservación y remisión no tiene una sanción específica, por lo que, en caso de daños a los interesados, se podrá reclamar conforme a lo dispuesto en el artículo 1902.⁴⁸

En cuanto a la protocolización, se deben seguir las reglas que aparecen en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto, en sus artículos 1943 a 1955, y, además, deberán reconocer sus firmas tanto los testigos que presenciaron el acto, como el Oficial, Capellán, Facultativo, Jefe del destacamento o el Interventor que autorizó el testamento. En el Registro General de Actos de Última Voluntad se especificará la protocolización de los testamentos otorgados por militares con arreglo a los artículos 716 y 717.

El juez que instruya las diligencias acordara la protocolización del testamento en los libros del notario de su demarcación judicial a menos que el testador hubiese especificado el archivo notarial en el que debe quedar incorporado su testamento.

Añadir, además, que para el caso de que los intervinientes en el acto se hallen aun en zona de operaciones, el Juez instructor expedirá el exhorto oportuno a la Autoridad Militar correspondiente.⁴⁹

III-EL TESTAMENTO MILITAR ABIERTO EXTRAORDINARIO.

1.Circunstancias del testamento militar extraordinario abierto

Frente a la modalidad ordinaria, que se da en general para el tiempo de guerra y que se encuentra delimitado por éste, encontramos la modalidad de testamento abierto extraordinario, que se da para los momentos de combate, batalla o asaltos que suponen un riesgo de muerte más directo y concreto para los sujetos que pueden otorgarlo.

En estas situaciones en las que se está expuesto a peligros inminentes y las probabilidades

⁴⁸ MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “Comentario al art. 718 CC”, *Comentarios al Código Civil*. Ob. cit.

⁴⁹ DOLADO ESTEBAN, Juan Jose, *Notaría Militar*, Ob. cit. pág. 94.

de muerte son elevadas, los militares y el resto de personas que se recogen en el artículo 716 CC, podrán otorgar el testamento militar abierto extraordinario en virtud del artículo 720 CC que 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.*

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

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

Por lo tanto, según lo expuesto, se podrá otorgar testamento cuando se esté en peligro de muerte provocado por una acción de guerra, originado por la campaña o por motivos ajenos a ésta, como podría ser durante un ataque aéreo repentino, tal y como se recoge en la única sentencia sobre la materia, la ya citada STS 10 de julio de 1944. Lo que se debe tener en cuenta para este tipo de testamentos será siempre el peligro de muerte, por lo tanto, podrá otorgarlo también una persona herida una vez haya terminado el enfrentamiento o combate.⁵⁰

2. Formalidades del testamento militar extraordinario abierto.

Lo que se pretende con esta modalidad, es facilitar el otorgamiento a aquellos que se encuentran una situación de peligro grave por razón de la situación bélica, y esa alta probabilidad de perder la vida es la que justifica esas facilidades para el otorgamiento.

Dentro de estas facilidades, justificadas por el grave peligro en que se encuentran los sujetos disponentes, la forma para otorgar este testamento será la oral. Otra de las especialidades a la hora de otorgar este testamento, es la referente a los testigos, que como se especifica en el precepto, deberán ser dos, aunque hay que especificar que para ellos no es necesario el requisito de la idoneidad, y además podrán ser menores de edad, siempre

⁵⁰ DE LA CAMARA GARCÍA, Fernando, "Comentario al art. 720 CC" en AA.VV. *Comentario al Código Civil*. Ob. cit. Págs. 1803-1805

que sean mayores de 16 años, al igual que en el caso de epidemia del artículo 701 CC.⁵¹

Por otra parte, TABOADA,⁵² dice lo siguiente: “En el testamento al que se refiere el artículo 720, la palabra testigos, empleada pura y simplemente, da más amplitud que la de testigos idóneos usada en los artículos 716 y 717, así entendemos que puede ser testigo del testamento otorgado en peligro próximo de acción de guerra todo aquel que pueda serlo para probar obligaciones con arreglo al artículo 1.244 y siguientes del Código Civil.”

Además, tampoco será un motivo para la anulación que alguno de los dos testigos no sepa o pueda escribir, así como que la voluntad del otorgante no quede por escrito, ya que se trata de una manera de otorgar oral, aunque si alguno de los testigos puede transcribirlo, será conveniente que lo haga.

También recoge este artículo la posibilidad de que el testador no perezca durante el acto de guerra, lo cual supone la ineficacia del otorgamiento, ya que sobrevive al peligro en cuya consideración testó.

Una vez terminada la batalla, asalto o combate, el sujeto superviviente, deberá formalizar por escrito sus últimas voluntades si así lo desea en cualquiera de las formas recogidas en el Código Civil.

Para el caso de que el testador no sobreviva a la acción de guerra, tampoco tendrá eficacia si los testigos no formalizan el acto ante el Oficial Auditor del Cuerpo Jurídico Militar o funcionario de Justicia que siga al Ejército, que deberán recoger por escrito la manifestación de los testigos que estaban presentes en el acto para hacer posible la protocolización del testamento.

Para finalizar, como en el resto de testamentos militares, *“...deberán ser remitidos con la mayor brevedad posible al Cuartel General y, por este, al Ministerio de Defensa.”*, aplicándose el resto de normas que se encuentran recogidas en el artículo 718 CC.

⁵¹ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español, Volumen 1º*, 4ª Edición, Editorial Cuesta, Valladolid, 1939. Págs. 116-136 Ob. cit. en DOLADO ESTEBAN, Juan Jose, *Notaria Militar*.

⁵² TABOADA TUNDIDOR, Carlos, *Testamentos Militares*, Imprenta A. Otero, Orense, 1912. Ob. cit. en DOLADO ESTEBAN, Juan Jose, *Notaria Militar*.

CONCLUSIONES.

En atención a todo lo expuesto y la investigación realizada acerca del Testamento Militar he de añadir las siguientes conclusiones.

PRIMERA.

En atención al nombre que el Código Civil emplea para referirse a esta forma testamentaria especial, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, debería sustituirse el nombre de “testamento militar”, ya que como puede observarse en el desarrollo del trabajo, este testamento no es para uso exclusivo de las Fuerzas Armadas, si no que puede emplearlo cualquier sujeto no militar que se encuentre en una situación de conflicto armado, tal y como expresa nuestro CC y la jurisprudencia, por lo que sería más correcto denominarlo “testamento en tiempo de guerra” o “testamento en campaña”.

SEGUNDA.

En cuanto a la citada sentencia 10 de Julio de 1944 he de añadir que a pesar de que establece la diferencia entre prisionero y preso, para conocer si el sujeto en cuestión puede hacer uso del testamento militar, no me parece acertada a la hora de invalidar el testamento hecho por la fallecida en una prisión lejos de frente del combate, ya que aun considerándola presa en esa circunstancia, el fallecimiento es provocado por un ataque aéreo, consecuencia directa de la situación bélica que sufría el país, por lo que debería aplicársele lo expuesto en el artículo 720 para la forma abierta extraordinaria, ya que cumple con los requisitos que se exigen en el precepto.

TERCERA.

En atención a la evolución de los conflictos armados y de los medios existentes hoy día, debería incluirse en nuestro ordenamiento la posibilidad de que los sujetos que se encuentran en zona de operaciones, puedan otorgar testamento de manera común mediante el uso de los medios telemáticos existentes en la actualidad, como pueden ser las videoconferencias y la firma electrónica, y evitar así la caducidad de lo dispuesto que establece el artículo 719 CC.

CUARTA.

Incluir además respecto de la conclusión TERCERA, que también debería recogerse la posibilidad de tomar por válido el testamento extraordinario abierto que se haga a través de medios telemáticos, como el uso de radio, para aquellos casos en los que no existan los dos testigos que requiere el artículo 720 CC y teniendo en cuenta que, aunque éstos si estén disponibles, se encuentran en la misma situación de riesgo para vida que el testador, por lo que a la hora de ponerlo en práctica puede ser poco eficiente.

QUINTA

Por último, añadir la necesidad de actualización respecto de algunos términos usados en el Código Civil, que han cambiado respecto de la época en la que se escribió el texto legal, como es el caso del art. 717 CC que sigue haciendo referencia al “Comisario de Guerra” en lugar de al “Oficial Interventor”, o como era el caso del recientemente modificado artículo 718 CC que seguía haciendo referencia al “Ministerio de la Guerra” en lugar de al “Ministerio de Defensa”.

BIBLIOGRAFIA

Manuales y Monografías

- AGUILAR RUIZ, Leonor y SÁNCHEZ LERÍA, Reyes**, “El testamento”, *Derecho de Sucesiones*, (ed. Ángel M. López y López, y Rosario Valpuesta Fernández) (coord. Juan Pablo Pérez Velázquez, y Eugenio Pizarro Moreno) Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis**, *Código Civil, doctrina y jurisprudencia. Tomo III*, Trivium, Madrid, 1991.
- ALBALADEJO, Manuel y GUTIÉRREZ-SOLAR, Eduardo**, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dir. ALBALADEJO, Manuel) núm. XVI. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983.
- BLANCH NOUGUÉS, José María**, “Una visión histórica y jurídica sobre el ejército romano”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XLIV, 2011.
- CAPILLA RONCERO, Francisco**, “El contenido del testamento (I). La designación del favorecido”, en LOPEZ/MONTES/ROCA (dirs.) *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Ob. cit. en AA.VV., LOPEZ Y LOPEZ y VALPUESTA FERNANDEZ, *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch.
- CASTÁN TOBEÑAS, Jose**, *Derecho Civil español, Común y foral. Tomo VI: Derecho de sucesiones, Volumen 1º*, Reus, Madrid, 1960, Revisado por Antonio Manuel Román García, 2015.
- DE LA CAMARA GARCÍA, Fernando**, en AA.VV. *Comentario al Código Civil*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- DÍEZ GÓMEZ, Aurelio**, “El Testamento Militar Español”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. XLIII, 1964.
- DOLADO ESTEBAN, Juan José**, (Teniente Coronel Interventor) *Notaría Militar*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010 (editado junio 2011).
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio**, *Derecho de Sucesiones*, Reus, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ PORRAS, Jose Manuel**, “Los testamentos”, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*. (coord. Francisco Javier Sánchez Calero) Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

-**HERNÁNDEZ-GIL, Antonio**, El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano), *Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos*, Madrid, 1946. Ob. cit. en “Antecedentes Históricos del Testamento Militar”, *Revista Española de Derecho Militar* n° 102.

-**IGLESIAS-REDONDO, Juan**, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, 11ª Edición. Ob. cit. en “Antecedentes Históricos del Testamento Militar”, *Revista Española de Derecho Militar* n° 102.

-**LASARTE ALVAREZ, Carlos**, *Principios de Derecho Civil. Tomo VII: Derecho de Sucesiones*, Décima edición, (Actualizada por GARCIA PEREZ, Carmen Leonor y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, África) Marcial Pons, Madrid, 2015.

-**MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual**, *Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, 2009

-**MONJE BALMASEDA, Oscar** (coord.), “7º. Conceptos Jurídicos”, en AA.VV., *Cuadernos Prácticos Bolonia Sucesiones. Cuaderno I. La sucesión mortis causa y los elementos de la relación sucesoria*, Dykinson, Madrid, 2011.

-**PEÑAS VAZQUEZ, Antonio** (Teniente Coronel de Infantería), “El testamento militar” *Revista de las armas y servicios*, núm. 425, 1975.

-**ROMERO PAREJA, Agustín**, “Antecedentes históricos del testamento militar”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 102, 2014

-**SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier** (coord.), “Conceptos fundamentales del Derecho de sucesiones” en AA.VV., *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia y Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

-**SÁNCHEZ ROMAN, Felipe**, *Estudios de Derecho Civil*, Analecta, D.L., Pamplona, Navarra, 1910 (reformada, corregida y aumentada, Madrid, 2008)

-**SCAEVOLA, Quintus Mucius**, *Código Civil Español. Tomo XV. Cuarta Edición*. Editorial Reus. Madrid, España. 1945. Ob. cit. en DOLADO ESTEBAN, Juan Jose, *Notaria militar*.

-**TABOADA TUNDIDOR, Carlos**, *Testamentos Militares*, Imprenta A. Otero, Orense, 1912. Ob. cit. en DOLADO ESTEBAN, Juan Jose, *Notaria militar*.

-**VALVERDE Y VALVERDE, Calixto**, *Tratado de Derecho Civil Español, Volumen 1º, 4ª Edición*, Editorial Cuesta, Valladolid, 1939. Págs. 116-136 Ob. cit. en DOLADO ESTEBAN, Juan Jose, *Notaria Militar*.

-**VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos**, “Título III. De la Sucesiones. Comentario al art. 717.”, *Código Civil Comentado*, Editorial VLex, Barcelona, 2016.

-**ZUMAQUERO GIL, Laura y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen**, “El testamento”, *Esquemas de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones, Tomo XXXVIII*, (dir. ANA CAÑIZARES LASO) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

JURISPRUDENCIA

-STS (Sala de lo Civil) 22 de Enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:195)

-STS (Sala de lo Civil) 24 de Noviembre de 1958 (ECLI:ES:TS: 1958:111)

-STS (Sala de lo Civil) 10 de Julio de 1944 RJ\1944\911

-STS (Sala de lo Civil) 8 de Julio de 1940 RJ 1940\689

LEGISLACIÓN.

Decreto 2 junio 1944, del Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código civil.