Mª TERESA DUPLÁ MARÍN
Profesora de Derecho Romano.ESADE

OBSERVACIONES SOBRE LA PRUEBA DEL TESTAMENTO MILITAR

Cuando hace unos meses el Profesor Torrent me sugirió el tema de la presente comunicación, a priori, y de lo poco que había analizado hasta el momento, en relación al testamento militar, parecía relativamente sencillo, por la amplia atención prestada por la jurisprudencia romana[1], hallar fuentes relativas a la prueba de la existencia de un *testamentum militis*. Sin embargo, a medida que iba pasando el tiempo, me di cuenta de que una de las dificultades del tema estribaba en las características propias de este tipo de testamento. A ello se unía un hecho, por todos reconocido en el ámbito procesal: la vaguedad del contenido de las fuentes, que permanecen mudas respecto de muchas cuestiones relativas al régimen de la prueba. O dicho de otro modo, lo que la romanística manifiesta de forma unánime, esto es, el modesto y fragmentario estudio de la prueba bajo el aspecto jurídico, sobre todo en la época clásica[2]. Pero sobre estas cuestiones, volveremos más adelante.

El *testamentum militis, militum* o *militare*[3], calificado por la doctrina

---

1 Cfr. *Gai* 2,109 y ss.; *Ep. Ulp*. 23,10. La Compilación de Justiniano dedica tres títulos concretos a la regulación del *testamentum militis*: I. 2,11 *De militari testamento*; D. 29, 1 *De testamento militis* y C. 6,21 *De testamento militis*, además de numerosas referencias al mismo fuera de la *sedes materiae.*

2 Vid. PUGLIESE, "La preuve dans le procès romain de l'époque classique", *Recueils de la Société Jean Bodin,* 16. *La preuve,* Bruxelles, 1964, p. 278 n.1. Todo ello teniendo presente, la opinión de BIONDI en *Successione testamentaria e donazioni,* Milano, 1943, p. 80, quien afirma que no existen testamentos militares tras el s. III.

3 Como matiza GLÜCK en *Commentario alle Pandette* (trad. y anotado por BONFANTE), libro 29, Milano, 1907, p. 16 n. 45, así debería denominarse, puesto que de las propias fuentes se deduce la posbilidad de que los militares testen *iure communi.* Cfr. *ad exemplum* D. 29,1,3 (*Ulp.* 2 *ad Sab.)*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0319

de testamento privilegiado[4] o especial[5], no es el único de este tipo[6], pero sí el más antiguo e importante, ya que el privilegio alcanza tanto a los requisitos de forma como a los de fondo[7]. Se llega a concebir, incluso, como uno de los factores de erosión de los principios tradicionales[8], como una anticipación del testamento moderno[9]. Los militares pueden testar *"quo modo volent...quo modo poterint"*[10]. Razones de orden práctico, moral e incluso políticas son aducidas por la doctrina a la hora de justificar su nacimiento, y posterior desarrollo[11]. Es un privilegio personal, que se concede a determinadas personas, durante un espacio de tiempo, relativamente amplio en la época clásica[12], justificado por el estado de las mismas, y que queda reducido en época justinianea a los militares en campaña, lo que supone el inicio de una cierta transformación, de "privilegio" del militar, a "forma extraordinaria" de testamento, tal y como se concibe en la actualidad[13].

Centrándonos en la forma del testamento[14], es suficiente cualquier declaración inteligible de voluntad, efectiva y seria. En palabras de Papiniano, *quoniam voluntas quoque militis testamentum est*[15]. Pero, como matiza la doctrina, no basta la mera intención, sino que ésta debe ser

---

4 Vid., entre otros, GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., p. 1.

5 VOCI, *Diritto ereditario romano,* II, Milano, 1963, p. 99.

6 Se consideran tambien testamentos privilegiados, al *testamentum tempore pestis conditum,* al *testamentum rusticanorum* o *ruri conditum,* al *testamentum parentum inter liberos,* al *testamentum ad pias causas,* etc...

7 Si bien eso no supone que el militar pueda disponer *sine observatione legum*, ya que hay algunos principios que se mantienen incluso en este testamento. Vid. sobre el tema, HERNANDEZ-GIL, *El Testamento Militar (En torno a un sistema hereditario militar romano)*, Madrid, 1946, pp. 114-116.

8 BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni,* cit., p. 80.

9 Vid. BONFANTE, *Corso di Diritto romano,* vol. VI, Roma, 1930, p. 279.

10 D. 29,1,1 *pr.* (*Ulp.* 45 *ad ed.*).

11 BONFANTE en *Commentario alle Pandette,* cit. en nota 3, p. 27, n. h.

12 Cfr., entre otros, D. 28,3,7 (*Ulp.* 10 *ad Sab.*); 29,1,15,2 y 5 (*Ulp.*15 *ad ed.*); 29,1,17,4 (*Gai* 15 *ad ed. prov.*); 29,1,20,1 (*Iul.* 27 *Digest.*); 29,1,21 (*Afric.* 4 *quaest.*); 29,1,34,1 (*Pap.* 14 *quaest.*); 29,1,36,4 (*Pap.* 6 *resp.*); 35,2,92 (*Macer* 2 *de re mil.*); 45,3,18 *pr.* (*Pap.* 27 *quaest.*)

13 Cfr. arts 716-721 Cc.

14 Ya que excede de los objetivos de nuestro trabajo el entrar en cuestiones de fondo. Vid. al respecto, por todos, HERNANDEZ-GIL, *El Testamento Militar,* cit., pp. 77-116.

15 D. 29,1,34,2 (*Pap.* 14 *quaest.*).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0319

expresa[16]. O sea, que lo único que vale es la expresa y legítima voluntad del *miles*, que es, en definitiva, y en términos procesales, lo que hay que probar.

Dicho esto, en las fuentes, y más concretamente en la Compilación de Justiniano, se encuentran algunas referencias a la validez del *testamentum militis*[17], así como genéricas alusiones a la necesidad de probar la *voluntas* del militar[18], pero no se entra en el análisis de los concretos medios de prueba. Lo más próximo que hemos hallado es, por un lado, y tanto respecto del testamento oral -o nuncupativo- como del escrito, la referencia -directa o indirecta- a los testigos del testamento. Testigos que, a primera vista, participan en su confección, y que en caso de problemas de validez, parece evidente que serían los llamados a dar fe de la legitima voluntad del causante; y por otro, y solo respecto del testamento escrito, una referencia cercana a lo que entendemos por prueba documental. Esto último, teniendo presente que la prueba documental típica en estos casos sería la del escrito en el que se materializa el testamento, del que también hablan las fuentes, pero que, a nuestro juicio, y sobre todo a efectos procesales, no merece especial atención[19].

Todo ello motivó que centráramos y dividiéramos el presente trabajo en dos partes:

A. Una primera, en la que apuntamos las causas que, a nuestro juicio, y tanto desde la perspectiva sucesoria, como procesal, justifican la laguna jurisprudencial sobre la materia en estudio,

B. Y una segunda, en la que entramos en el concreto análisis de D.

---

16 GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* cit., p. 47.

17 En concreto, en relación a la ruptura del testamento –cfr. entre otros, D. 28,2,28,1(*Tryph.* 20 *disp.*); 29,1,7(*Ulp.* 9 *ad Sab.*); 29,1,8 (*Marc.* 10 *Dig.*); 29,1,9 (*Ulp.* 9 *ad Sab.*); 29,1,33 *pr.*,1-3 (*Tert. lib. sing. de castr. pec.*); 29,1,36,2 (*Pap.* 6 *resp.*)- y al testamento irrito –cfr. entre otros, D. 28,3,6,6-7 (*Ulp.* 10 *ad Sab.*); 28,3,6,13 (*Ulp.* 10 *ad Sab.*)-.

18 Cfr. *ad exemplum*, I. 2,11, *pr.*, D. 29,1,1 *pr.*(*Ulp.* 45 *ad ed.*); 29,1,15 (*Ulp.* 45 *ad ed.*); 29,1,19 (*Ulp.* 4 *disp.*); 29,1,22 (*Marc.* 4 *Inst.*); 29,1,24 (*Flor.* 10 *Inst.*); 29,1,27; 29,1,34,2 (*Pap.* 14 *quaest.*); 29,1,35 (*Pap.* 19 *quaest.*); 29,1,40 *pr.* y 2 (*Paul.* 10 *resp.*). Sobre la mayoria de estos fragmentos y sus correspondientes de las Basílicas vid. interesante trabajo de GOMEZ ROYO, "El testamento militar en las fuentes jurídicas romanas y griegas", *Estudios de Derecho Romano e Historia del Derecho Comparado, (Trabajos en homenaje a Ferran Valls i Taberner),* vol. XVIII, Barcelona, 1991, pp. 5379-5384.

19 Cfr., entre otros, I. 2,11 *pr.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0319

29,1,24 (*Flor.* 10 *Inst.*), D. 29,1,40 *pr.* (*Paul.* 11 *resp.*[20]) y C. 6,21,15 (*Imp. Constantinus A. ad populum*), fuentes en las que directa o indirectamente aparecen posibles medios de prueba de la existencia de un testamento militar.

A. Las causas que justifican el escaso tratamiento jurisprudencial de los medios de prueba de un testamento militar, como hemos anticipado, se encuentran tanto en el ámbito sucesorio, como en el procesal. Así, y en cuanto al primero de ellos, la libertad de forma y de fondo que caracteriza al *testamentum militis* justifica, en cierta medida, la cuestión que nos planteamos. Matizamos: esa libertad debió influir en la prueba del testamento, ya que entra dentro de cierta lógica pensar que, cuantos menos requisitos se establezcan, menos habrá que demostrar, y por tanto, probar, en un posible proceso.

Esto es, partiendo de la afirmación de que existe una relación directa entre el formalismo de los actos en general, y el formalismo de la prueba, planteamos lo contrario, esto es, cuantos menos requisitos formales existan, menos se podrá exigir a la hora de probar, que es lo que, a nuestro entender, ocurre en este caso[21]. Todo lo cual nos conduce a una primera reflexión: el principio de libertad, que caracteriza este tipo de testamento, excede del ámbito puramente sucesorio, mediatizando, en cierto modo, el funcionamiento de la prueba.

Continuamos con la esfera procesal. Al inicio del trabajo recordamos el escaso tratamiento jurisprudencial y doctrinal de los medios de prueba en general[22]. En este sentido, LEVY afirma que no puede hablarse de una

---

20 El núcleo sustancial de ambos fragmentos se repite en las Basílicas. Vid. al respecto GOMEZ ROYO, "El testamento militar en las fuentes jurídicas romanas y griegas", cit., pp. 5382-5384.

21 Vid. DE LOS MOZOS, "Presupuestos formalistas del derecho romano arcaico en materia de prueba", *AHDE*, 51, pp. 667-668.

22 Si bien, LEVY en "La formation de la théorie romaine des preuves", *Studi S. Solazzi,* Napoli, 1949, pp. 418-420; 431-432, apunta la existencia de una teoría romana de las pruebas en la compilación de justiniano ubicada en D.22,3-5 y C. 4,19-21, cuyos orígenes hay que buscarlos en la época del Bajo Imperio. Y son buena muestra de la preocupación por el tema de la prueba pequeñas rúbricas del Código Gregoriano y Hermogeniano, así como de la *Collatio.* Aunque es el Código Theodosiano –título XI, 39 *De fide testium et instrumentorum-* el que presenta la remarcable particularidad de reunir por primera vez las dos pruebas principales, la testifical y la escrita. En contra se manifiesta ARCHI, "La prova nel diritto del Basso-Impero", *IURA,* 12, 1961, pp. 5 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0319

teoría romana de la prueba hasta la época del Bajo Imperio. Los juristas clásicos no examinan en serio la materia de la prueba, continua el autor, y por ello ésta se encontró relegada al campo de los jueces y de los abogados[23]. Los primeros, particulares ajenos a lo que entendemos por función pública, y los segundos, ligados en cierta manera a la retórica[24]. En cualquier caso, de los tres títulos del Digesto relativos a la prueba, destacan los textos referentes a los testigos y a los testamentos, estos últimos, evidentemente, a causa del papel que juegan los testigos calificados de instrumentales[25].

PUGLIESE, sin confirmar por completo la opinión de LEVY, afirma la influencia de la retórica en el campo de la prueba y también, como una de las dificultades que encierra el estudio de este tema, la obligación, en muchas ocasiones, de remediar con hipótesis la reticencia de las fuentes, que se muestran mudas, o que se expresan de una manera muy vaga sobre puntos importantes del régimen jurídico de la prueba. Además, según el autor, las fuentes jurídicas suelen tratar el tema de la prueba a raíz de otros temas principales[26].

Todo ello nos conduce a una segunda reflexión: es evidente que el escaso tratamiento de los medios de prueba del testamento militar, visto desde esta perspectiva, parece totalmente justificado, puesto que no supone más que una nueva manifestación de la falta de interés que parecen manifestar los juristas romanos en relación al tema en general[27].

B. Partiendo de la importancia, en Derecho romano, de la prueba testifical y de la documental, no es de extrañar que sean justamente éstas las únicas que, como tendremos ocasión de comprobar, directa o indirectamente aparecen en la Compilación de Justiniano.

---

[23] Según el autor, en *La formation...*, cit., p. 424, la *Institutio Oratoria* de Quintiliano constituye la mejor guía al respecto. En sentido contrario se manifiesta ARCHI, "La prova" ..., cit., pp. 1 y ss.

[24] Según LEVY, "Cicéron et la preuve judiciaire", *Mélanges H. Lévy-Bruhl,* 1959, pp. 187-197 (= *Antiqua* 63, Napoli, 1992, pp. 23-33), es la obra de Cicerón la que se distingue por su amplitud en el tema de la prueba judicial.

[25] También destaca la atención prestada a las leyes caducarias y el derecho penal. Vid. LEVY, "La formation"..., cit., p. 423.

[26] PUGLIESE, "La preuve dans le procès romain de l'époque classiqu"*e,* cit., pp. 278; 284-293.

[27] Y en este sentido tampoco ha de extrañar la estructura interna de las fuentes de la que destaca la escasa información que nos transmiten, junto con el hecho de que la mayoría trata la prueba como tema transversal.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0319

Dicho esto, sí que es preciso anticipar, desde el inicio, que la vaguedad del contenido de las mismas, si bien nos permite apuntar alguna especialidad en su régimen y funcionamiento, impide, eso sí, que formulemos lo que fue su régimen general.

Y todo ello, a partir del testimonio de tres fragmentos, concretamente D. 29,1,24 (*Flor.* 10 *Inst.*), D. 29,1,40 *pr.* (*Paul.*11 *resp.*), y C. 6,21,15,1 (*Imp. Constantinus A. ad populum)* los dos primeros relativos a la prueba testifical[28], y el tercero, a la documental.

Comenzamos, pues, por la prueba testifical, y en concreto por el análisis de la primera de las fuentes indicadas, esto es, D. 29,1,24 (*Flor.* 10 *Inst.*)[29], en la que se señala lo siguiente:

Divus Traianus Statilio Severo ita rescripsit: "Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intellegi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, quod et sine scriptura et a non militantibus fieri potest[30]*. Si ergo miles, de cuius bonis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, tu declararet, quem vellet sibi esse heredem et cui libertatem tribuere: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus et voluntas eius rata habenda est. Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: " ego te heredem facio", aut " tibi bona mea relinquo", non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, eiusmodi exemplum non admitti: alioquin*[31] *non difficulter post mortem alicuius militis testes existerent, qui adfirmarent se audisse dicentem aliquem relinquere se bona cui visum sit, et per hoc iudicia vera subvertuntur"*[32].

---

28 En cualquier caso, enfocaremos el tema, no desde el lado activo, esto es, la posibilidad de que un militar fuese testigo –cuestión, ésta, también apuntada por las fuentes-, sino desde el pasivo, esto es, el régimen y función de los testigos en un testamento militar.

29 En el mismo sentido, salvo las primeras palabras, cfr. I. 2,11,1.

30 SCHERILLO, en "D.1,4,3 (Giavoleno, L. 13'EP.') el il Testamento Militare", *Studi in onore di Edoardo Volterra*, III, Milano, 1971, p. 620 n. 16, se decanta por afirmar que esta frase, aun repitiéndose en las Instituciones, no pertenece al texto original.

31 Interpolado según BESELER, aunque como matiza HERNANDEZ-GIL en *El Testamento Militar,* cit., p. 38 n.39, en nada merma ni afecta el sentido de la norma.

32 Sobre el texto, vid. bibliografía citada por SCARANO USSANI en *Le forme del privilegio, Beneficia e privilegia entre Cesare e gli Antonini,* Napoli, 1992, p. 97 n. 31.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0319

Florentino recoge en este fragmento un rescripto del emperador Trajano[33] en respuesta a una cuestión planteada por Statilio Severo -probablemente procónsul de Asia[34]- y que tiene su origen en una declaración de última voluntad, realizada por un militar, en forma oral, y sin la observancia de formalismos. La duda de Statilio Severo parece que debió plantearse en los siguientes términos ¿cuándo debemos entender que ese tipo de declaraciones son testamentos? A lo que el emperador responde señalándole que, partiendo del hecho de que los militares pueden testar libremente, tanto en la forma escrita como oral, si es testamento oral, no es lo mismo una declaración realizada ante una serie de personas convocadas al efecto, que una declaración del militar realizada en el transcurso de una simple conversación. Sólo en el primero de los casos puede considerarse que testó sin escritura, y todo ello, en interés de los propios militares.

En términos generales, como en su momento apuntó GLÜCK[35], el problema está en la interpretación de las palabras del emperador. Y más concretamente, como más adelante señala HERNANDEZ-GIL[36], en la determinación del valor de la *convocatio hominum,* para ver si ésta constituye requisito esencial del testamento nuncupativo militar.

Dicho esto, GLÜCK se decanta por una interpretación amplia, no literal, afirmando que la decisión en torno a la validez del testamento depende unicamente de la existencia o no de una *voluntas* seria y claramente manifestada por parte del *miles*[37]. Por ello, no cabe entender la mencio-

---

33 Parece ser que fueron las disposiciones de este emperador las que dieron mayor amplitud al *testamentum militis.* Además, como concluye GOMEZ ROYO en "El testamento militar en las fuentes jurídicas romanas y griegas", cit., p. 5384: "El fundamento que legitima es la voluntad del Emperador. Sobre este presupuesto, los juristas construyen un *ius singulare* en materia sucesoria para los militares".

34 Vid. al respecto GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* cit., p. 23, n.72. SCARANO USSANI, en *Le forme del privilegio...,* cit., pp. 97-98, data la respuesta del emperador entre el año 112 y el 114.

35 *Commentario alle Pandette,* cit., p. 25.

36 HERNANDEZ-GIL matiza que realmente es secundario precisar qué ha de entenderse por *convocatio* y finaliza afirmando que la duda de Statilio se contrae, no en relación a si basta la *convocatio*, sino en relación a si es posible testar oralmente. Vid. HERNANDEZ-GIL, *El testamento Militar,* cit., pp. 40 y 54.

37 Interpretación corroborada por la que da Teofilo, la de la glosa de Accursio a este texto y la de la doctrina. Vid. al respecto GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* cit., p. 25 n. 77-78.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0319

nada convocatoria de hombres como la imposición de un requisito de forma del testamento[38], esto es, como la necesidad de convocar testigos[39], para poder afirmar la validez del *testamentum militis*[40].

HERNANDEZ-GIL, por su parte, tras exponer, analizar y criticar las opiniones de los glosadores y de BURCHARD, se decanta por afirmar que la *intentio legis* del emperador fue la de narrar *–verba narrativa-* antes que disponer *–verba dispositiva-*, en una línea similar a la manifestada por GLÜCK y después por FITTING[41], SHOM y PETIT[42]. La admisión de lo contrario, concluye al autor, hubiese supuesto la negación del contenido de D. 29,1,1 *pr.* en el que se afirma que los militares pueden testar *quo modo volent...quo modo poterint...*[43]

Partiendo de esta acertada interpretación, a nuestro juicio, resta por determinar el papel concreto que juegan los *homines* que pueden ser convocados para atestiguar la *voluntas militis*.

Y la respuesta hay que ir a buscarla a la esfera procesal, afirmando que, en el supuesto de que un militar convocase a determinadas personas para que atestiguasen su voluntad, estos actuarían como testigos judicia-

---

38 En este sentido, y respecto del testamento común, VOCI, en *Dir. er. rom.*, cit., p. 72 y p. 81 n. 74, habla de que en la época clásica los testigos del testamento deben ser *rogati*, o sea convocados expresamente para el acto que deben cumplir. Requisito este que debe entenderse extinguido antes de la época justinianea. Cfr. D. 28,1,21,2 (*Ulp.* 2 *ad Sab.*).

39 Instrumentales, se entiende. En este sentido, PUGLIESE, en "La preuve dans le procès romain de l'époque classique", cit., pp. 311-312, distingue entre testigos instrumentales y judiciales. De los primeros dan buena cuenta las fuentes jurídicas puesto que justamente su función es la de intervenir en la existencia y validez de un acto jurídico; en cuanto a los segundos es de destacar el peso que ejerce respecto de su valoración final la solidaridad que manifiestan. Además, la finalidad de la existencia de testigos puede ser de dos tipos, mediata o inmediata. Mediata, cuando actuan en la perfeccion de los actos, e inmediata cuando es simplemente probatoria. Existiendo, en cualquier caso una relacion directa entre ciertos aspectos formales, como los testigos, y la prueba.

40 En contra se manifiesta SCHERILLO quien, en "D.1,4,3 (Giavoleno, L. 13'EP.') el il Testamento Militare", cit., pp. 619-621, tras el análisis del fragmento, se decanta por una interpretación restrictiva del *beneficium imperatoris* que supone el testamento militar, apuntando la necesidad, para que exista el testamento, de unos mínimos requisitos de forma.

41 Vid. al respecto, HERNANDEZ-GIL, *El testamento militar...*, cit., p. 39-54.

42 Citados por HERNANDEZ-GIL en *El Testamento Militar,* cit., p. 50.

43 Vid. HERNANDEZ-GIL, *El Testamento Militar*, cit., pp. 52-53.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0319

les, nunca como instrumentales. O dicho de otro modo: los posibles testigos de un testamento militar ejercen su función en términos que hoy calificaríamos de eficacia, y no de validez del acto en sí[44].

Por ello, como afirma GLÜCK, basta con que sean personas que tengan capacidad para probar, admitiéndose por ejemplo que lo sean las mujeres[45]; no es necesaria la *unitas actus*[46], y en cuanto al número de testigos, según dicho autor, hay que partir de la base, de que no estamos analizando un requisito de forma, sino viendo si se trata de una prueba plena, esto es, si con un solo testigo vale para atestiguar la voluntad del militar. Y si éste es el caso, es evidente que cabe, a efectos meramente probatorios, hablar de la validez del testimonio de una única persona[47]. Hay que tener presente, como apunta GOMEZ ROYO[48], que la función de los testigos es la de ratificar la voluntad del militar.

Todo lo cual nos conduce a afirmar que el supuesto planteado en D. 29,1,24 presenta, en definitiva, una manifestación de la prueba testifical del testamento militar[49].

En D. 29, 1, 40 *pr.* (*Paul.* 11 *resp.*) se vuelve a plantear un problema de validez de un *testamentum militis*, pero esta vez, de un testamento escrito:

---

44 Como señala GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* cit., p. 50, n. 67, los testigos en este caso tienen tan solo la cualidad de testigos de prueba. Y como acertadamente afirma GOMEZ ROYO, en "El testamento militar en las fuentes jurídicas romanas y griegas", cit., p. 5374, es evidente el carácter determinante de la *voluntas militis* para la formación, validez y eficacia del testamento militar.

45 Sobre la incapacidad de la mujer para ser testigo de un testamento cfr., entre otras, *Ep. Ulp.* 20,7; I. 2,10,6 y D. 28,1,18 *pr.* (*Ulp.* I *ad Sab.*).

46 Cfr. *Gai* 2,109; I. 2,11 *pr.*

47 Piénsese por ejemplo, en el caso de que el militar testase delante de un oficial, está claro, como adverite GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* cit., p. 51 n. 73 a), que estamos ante una prueba plena. Una opinión contraria mantiene CHEVAILLER, en "Notes sur le testament militaire dans la doctrine des jurisconsultes classiques et dans la législation impériale", *VARIA, Etudes de droit romain,* II, París, 1956, p.21. Pero como apunta HERNANDEZ-GIL en *El Testamento Militar,* cit., p. 51, hay que tener presente que las fuentes no fijan en ningún momento, ni expresa ni implícitamente, el número de testigos. El número de dos, continua, mencionado por algún autor, es el resultado de aplicar la regla de hermenéutica de D. 27,5,12.

48 "El testamento militar en las fuentes jurídicas romanas y griegas", cit., p. 5384.

49 Y evidentemente, la única a través de la cual puede probarse la existencia de un testamento nuncupativo militar.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0319

Lucius Titius miles notario suo testamentum scribendum notis dictavit et antequam litteris praescriberetur, vita defunctus est: quaero, an haec dictatio valere possit. Respondi militibus, quoquo modo velint et quo modo possunt, testamentum facere concessum esse, ita tamen, ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur.

Lucio Ticio, siendo militar, dicta[50] en cifras, a su escribiente, su testamento, pero fallece antes de que éste lo transcriba en letras, por lo que se cuestiona la validez de esa disposición, que, en cualquier caso, no llega a alcanzar la forma que pretendía el militar. La respuesta vuelve a centrarse en la libertad que caracteriza este testamento, que posibilita que la disposición de última voluntad sea válida aun sin la forma prevista, siendo verdaderamente relevante, si la declaración puede ser demostrada. O sea, insistiendo en la necesidad de probar la existencia de testamento. Parece evidente que la función del escribiente, en este caso, volverá a manifestarse en términos de eficacia, y no de validez del testamento, puesto que en cualquier caso será él quien deberá actuar como testigo judicial, con el fin de atestiguar la existencia del acto de última voluntad.

Concluyendo, en cuanto a la prueba testifical se refiere, y partiendo de que el testamento militar difiere del ordinario en que no se requieren testigos como una de las garantías de autenticidad del mismo[51], aquellos de los que, directa o indirectamente, hablan las fuentes, ejercen su labor en el ámbito de la prueba, y no, como pudiera parecer a primera vista, en el de la forma jurídica del testamento. En cualquier caso, y en términos generales, lo que se deduce, de lo poco que las fuentes muestran al respecto, es que el principio de libertad que caracteriza este tipo de testamento, excede del ámbito puramente sucesorio y se extiende al ámbito procesal, mediatizando, en concreto, el régimen de funcionamiento de la prueba testifical.

Finalizamos examinando brevemente el contenido de C. 6,21,15,1 (*Imp. Constantinus A. ad populum)* cuyo interés para el tema que nos ocupa viene dado por su proximidad a lo que entendemos por prueba documental:

Milites in expeditione degentes, si uxores, aut filios, aut amicos, aut commilitiones suos, postremo cuiuslibet generis homines amplecti vo-

---

50 GLÜCK, en *Commentario alle Pandette,* cit., p. 47 n.59, apunta, que si bien *dictare* significa expresar algo verbalmente para que sea redactado por escrito (dictar), tambien puede significar pronunciar una declaración para que alguien posteriormente lo redacte, y este útlimo es el significado que, según dicho autor debe otorgarsele.

51 Vid. al respecto, VOCI, *Dir er.rom*, cit., p. 108.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0319

luerint supremae voluntatis affectu, quomodo possint ac velint, testentur, nec uxorum aut filiorum eorum, quum voluntatem patris reportaverint, meritum aut libertas dignitasve quaeratur. Proinde, sicut iuris rationibus licuit ac semper licebit, si quid in vagina aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore, quo in praelio vitae sortem derelinquunt, huiusmodi voluntatem stabilem esse oportet.

Nuevamente se plantea la validez de la última voluntad de un militar. Y nuevamente, partiendo de la afirmación de que los militares *quomodo possint ac velint, testentur,* parece otorgarse carácter de testamento, en caso de hallarse en peligro de muerte, tanto a la anotación con letras hechas con su propia sangre en la vaina o en el escudo, como a lo escrito con la espada en la tierra. Y puesto que el fragmento finaliza apuntando *huiusmodi voluntatem stabilem esse oportet,* parece lógico pensar que, en términos de prueba, basta con mostrar dichas disposiciones, que son las que contienen la *voluntas* del causante.

Todo lo cual nos conduce a lo apuntado al inicio del trabajo: la validez del testamento militar depende únicamente de que se pruebe la existencia de una disposición de última voluntad del *miles*, y su contenido[52].

Pero, en cualquier caso, y en términos generales, lo que se deduce, de lo poco que las fuentes muestran al respecto, es que el principio de libertad que caracteriza este tipo de testamento, excede del ámbito puramente sucesorio y se extiende al ámbito procesal, mediatizando, en concreto, el régimen de funcionamiento de la prueba en general.

52 GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* cit., p. 50; en el mismo sentido HERNANDEZ-GIL, *El Testamento Militar,* cit., p. 54.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0319

https://doi.org/10.55104/FRDC_0319