

CAPITULO VI: SUCESION PARTE TESTADA Y PARTE INTESTADA.¹

Sumario:

- 1.- Normas que la regulan.
- 2.- Casos en que puede darse la asignación mixta.

1.- Normas que la regulan.

En conformidad al art. 952, la sucesión puede ser de tres clases: íntegramente intestada, totalmente testamentaria y parte testada y parte intestada:

“Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato. / La sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria, y parte intestada”.

Por su parte, el art. 980 dispone:

“Las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones”.

El art. 996, da algunas reglas respecto a esta última clase de sucesión, llamada también sucesión mixta, estableciendo cómo se divide la herencia y la situación de los que van a suceder a la vez por testamento y abintestato:

“Cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, se cumplirán las disposiciones testamentarias, y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato según las reglas generales. / Pero los que suceden a la vez por testamento y abintestato, imputarán a la porción que les corresponda abintestato lo que recibieren por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria, si excediere a la otra. / Prevalecerá sobre todo ello la voluntad expresa del testador, en lo que de derecho corresponda. / En todo caso la regla del inciso primero se aplicará una vez enteradas totalmente, a quienes tienen derecho a ellas, las legítimas y mejoras de la herencia”.

Como cuestión general, cabe destacar que prevalecerá siempre la voluntad del causante por sobre el llamamiento que hace la ley, ya que este último tiene carácter subsidiario.² Lo que no significa, obviamente, que el testador pueda infringir la ley, desconociendo las asignaciones hereditarias forzosas.

El inc. 1º del art. 996 establece la regla fundamental acerca de cómo se divide la herencia: se aplica primero el testamento, y en lo que reste, rigen las reglas ya estudiadas sobre la forma de dividir la herencia intestada. De esta norma se infiere que el legislador ha preferido al heredero testamentario por sobre el heredero abintestato, lo cual resulta perfectamente coherente, pues entre el llamado que hace el testador a suceder en sus

¹ Fecha de última modificación: 24 de enero de 2019.

² Rodríguez Grez, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995, Volumen 1, p. 265.

bienes y el que hace la ley, tiene preeminencia el primero, puesto que es expreso, siendo el segundo (el que hace la ley) presuntivo.³

El inc. 2º del art. 996 se refiere a la situación de los que suceden a la vez por testamento y abintestato. El precepto es algo difuso⁴ y ha servido para confundir el propósito del legislador.

El inc. 3º establece que prevalecerá sobre todo ello (se refiere a los dos incisos anteriores) la voluntad expresa del testador, en lo que de derecho corresponda.

El inc. 4º advierte que, en todo caso, la regla del inciso 1º se aplicará una vez enteradas totalmente, a quienes tienen derecho a ellas, las legítimas y mejoras de la herencia.

Descomponiendo el art. 996, distinguimos cuatro situaciones posibles:

1º Si el causante ha dispuesto de sólo una parte de su patrimonio, se llevarán a efecto sus disposiciones testamentarias con preferencia y el remanente se distribuirá entre sus herederos abintestato, o sea, aquellos llamados por la ley en subsidio del testador.⁵ Así, “la solución es muy simple; se aplica primero el testamento, y en lo que reste rigen las reglas ya estudiadas sobre la forma de dividir la herencia abintestato”.⁶

2º Si el asignatario testamentario es instituido en una porción que excede a lo que le correspondería como heredero abintestato, puede retener toda la porción que se le asignó por testamento (prevalece la asignación testamentaria).

3º Si el asignatario testamentario lleva una porción menor a lo que le correspondería en la sucesión intestada, imputará lo que le corresponda en la sucesión intestada a lo que recibiere por testamento y podrá reclamar la diferencia.

4º Para salvaguardar las asignaciones forzosas, se establece que prevalece la voluntad del causante, *en lo que de derecho corresponda*, respetando las legítimas y mejoras, que, según estudiaremos, son asignaciones forzosas.

La primera de estas reglas no ofrece dificultades: es consecuencia de que prefieran las asignaciones testamentarias a las asignaciones abintestato, de manera que, una vez cumplidas las primeras, pueden ejecutarse las segundas.

La segunda regla tampoco merece duda, puesto que, si el testador ha instituido a un heredero testamentario, que a la vez es heredero abintestato, en una asignación que excede al llamamiento de la ley, se estará siempre a la voluntad del causante y sólo subsidiariamente al llamamiento legal, pudiendo el asignatario retener toda la asignación testamentaria.⁷ Así, por ejemplo, siguiendo a Somarriva,⁸ el causante deja como herederos a sus cinco hermanos (tercer orden sucesorio) y un caudal hereditario total de ciento veinte millones. En su testamento, deja treinta millones a cada uno de los hermanos Juan y María, y nada dice respecto de los otros tres. En tal caso, los dos hermanos favorecidos en el testamento conservarán, cada uno, sus treinta millones. Los

³ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 265.

⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, versión de René Abeliuk M., 7ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, Tomo I, p. 187.

⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 266.

⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 187.

⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 266.

⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 188.

otros tres hermanos, deberán repartirse entre ellos los sesenta millones restantes, de manera que en definitiva llevarán veinte millones cada uno.

La tercera regla -señala Rodríguez Grez- ofrece dificultades en su interpretación. En este caso, lo que el testador le deja al heredero es una asignación menor a la que le correspondía recibir como heredero abintestato. El problema se plantea sobre la base de precisar en qué consiste “la porción que corresponda abintestato” al asignatario testamentario. Si esta porción se calcula sobre el remanente que resulta una vez deducida la asignación testamentaria, el asignatario favorecido por el testador se perjudicaría. Lo único que dificulta la interpretación es lo que se debe entender por “corresponder abintestato” en este caso: si lo que le tocaría al heredero testamentario en el remanente que ha quedado intestado, o lo que llevaría en la sucesión si ésta fuera íntegramente intestada. Un ejemplo aclarará las dos posiciones posibles: concurren dos hermanos del causante a una herencia de \$100.000.000.- y a uno de ellos, Pedro, el testador le ha dejado \$20.000.000.-, mientras que, al otro, Juan, nada le ha dejado. Quedan intestados \$80.000.000.- Las dos interpretaciones posibles son las siguientes:

a) Si entendemos por corresponderle abintestato lo que le tocaría en el remanente de aplicar las reglas de la sucesión intestada a éste, en el ejemplo, tenemos que cada hermano tiene derecho abintestato a \$40.000.000.- Pero como Pedro debe imputar a esa cantidad los \$20.000.000.- que lleva por testamento, sólo recibe abintestato los otros \$20.000.000.- (en total, \$40.000.000.-), mientras que Juan llevaría \$60.000.000.-

b) Según la segunda interpretación, lo que corresponde abintestato es lo que tocaría a cada heredero si la sucesión fuera íntegramente intestada. En el ejemplo, a cada heredero le correspondería \$50.000.000.-. Pedro llevaría \$50.000.000.- (\$20.000.000.- por testamento y \$30.000.000.- como heredero abintestato) y Juan otros \$50.000.000.-

Como podemos observar, en el mejor de los casos, el heredero instituido por el testador y que a su vez es heredero abintestato, llevará la misma asignación que aquél que no ha sido objeto de liberalidad alguna de parte del causante.⁹

Domínguez Benavente y Domínguez Águila, se inclinan por la segunda interpretación, señalando: “Lo abintestato del art. 996, inc. 2º, es todo el as hereditario y no el remanente de él, del que no dispuso el testador. De no ser así, el asignatario testamentario estaría en peor situación que el no considerado en el acto de última voluntad”.¹⁰

Rodríguez Grez sigue un tercer camino, señalando que la solución aceptada menoscaba los derechos del asignatario testamentario que, concurriendo como heredero abintestato y siendo su porción testamentaria menor que la que le corresponde en la sucesión intestada, nada aprovechará con la disposición hecha en su favor por el causante. No es lógico, cree este autor, que admitiendo que las asignaciones testamentarias prefieren a las asignaciones intestadas, quien es instituido heredero por el testador y además concurre en el remanente de los bienes como heredero abintestato, nada gane en razón de la disposición de última voluntad que representa el deseo del causante. Lo equitativo habría sido, a juicio de este autor, que, pagada la asignación

⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 267.

¹⁰ Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón, *Derecho Sucesorio*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, 3ª edición, pp. 729 y 730.

testamentaria, concurrieran en el remanente los herederos intestados señalados por la ley. De este modo el favorecido por el testador lo sería realmente, al percibir la asignación testamentaria y una asignación intestada.¹¹

Entendemos entonces que, para Rodríguez Grez, en el ejemplo planteado, Pedro llevaría veinte millones como heredero testamentario y luego otros cuarenta como heredero abintestato, mientras que Juan sólo llevaría los cuarenta millones restantes.

Aunque tiene lógica la solución propuesta por Rodríguez Grez, parece pugnar, sin embargo, con el tenor literal de la ley, en cuanto se desprende del inc. 2º del art. 996 - interpretado a contrario sensu- que, si la porción que recibe en el testamento el heredero es menor a la que habría recibido como heredero abintestato, imputará a la porción que le corresponda abintestato lo que recibiere por testamento.

Así las cosas, pareciera que la única manera de favorecer realmente a un heredero que lo es al mismo tiempo testamentario y abintestato, es **dejándole más de lo que habría recibido abintestato**. Si se le deja menos en el testamento, no se vería favorecido realmente.

La anomalía expuesta por la doctrina, agrega Rodríguez Grez, se ve atenuada por la cuarta regla del art. 996. En efecto, al establecer que prevalecerá sobre todo la voluntad expresa del testador, *en lo que de derecho corresponda*, no sólo se están salvaguardando las asignaciones forzosas, sino que se permite que el testador evite que se impute la asignación testamentaria a lo que a este heredero corresponda en la sucesión intestada. Así, por ejemplo, si el testador dice que se asigna una quinta parte de sus bienes a una persona, “sin perjuicio de”, “además de” o “sin que se afecte” lo que al asignatario corresponde en la sucesión intestada, quedará sin efecto la imputación ordenada en el inc. 2º del art. 996.¹²

Así, por ejemplo, si los herederos del testador son sus cuatro hermanos Verónica, Blanca, Pedro y Juan, y deja bienes por mil millones, y en su testamento instituye para cada una de sus dos hermanas Verónica y Blanca, legados por doscientos cincuenta millones, agregando luego “sin perjuicio de lo que les corresponda en la sucesión abintestato”, los quinientos millones restantes se dividirán entre los cuatro hermanos en partes iguales. Por lo tanto, Verónica y Blanca llevarán en total trescientos setenta y cinco millones cada una (doscientos cincuenta como herederas testamentarias y ciento veinticinco como herederas abintestato), y Pedro y Juan ciento veinticinco millones cada uno.

A propósito de esta última situación, Somarriva señala que “En el caso que nos preocupa, en realidad el Código invirtió los términos lógicos, pues exige declaración expresa del testador para hacer compatible la sucesión testamentaria íntegra con la abintestato íntegra. La solución debió haber sido la contraria, porque si el testador hace una asignación testamentaria, es evidentemente con el deseo de favorecer a los herederos nombrados en el testamento. La ley debió interpretar esta voluntad, de modo que en el ejemplo citado los hermanos llevaran también su parte intestada, pudiendo el testador manifestar su voluntad en contrario”.¹³

¹¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 267 y 268.

¹² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 268.

¹³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 189.

2.- Casos en que puede darse la asignación mixta

- a) Puede ocurrir que el causante haya dispuesto de una parte de su patrimonio por testamento. En aquella parte se aplicará la sucesión testamentaria y en la parte en que no dispuso la sucesión intestada.
- b) Puede ocurrir que algunos de los herederos designados por el causante no puedan o no quieran concurrir a la herencia, caso en el cual los bienes que comprendan dichas asignaciones se registrarán por las normas de la sucesión intestada.
- c) Puede ocurrir que parte del testamento sea declarado nulo (por error en la voluntad del testador), razón por la cual una parte de los bienes del causante queda sin asignatario, siendo aplicable a ella la sucesión intestada.
- d) Puede ocurrir que el testador haya instituido sólo herederos de cuota y todas ellas juntas no alcancen la unidad (es decir, el 100%). En este caso, establece el art. 1100 que la parte que falta para completar el entero se rige por las normas de la sucesión intestada y los herederos se entienden llamados como herederos del remanente.
- e) Puede ocurrir que el testador haya instituido sólo asignaciones usufructuarias, aplicándose las normas de la sucesión intestada a la nuda propiedad de los bienes.
- f) Puede ocurrir que el testador haya instituido fideicomisos, designando sólo herederos en calidad de fideicomisarios, caso en el cual la propiedad fiduciaria se distribuirá según las normas de la sucesión intestada; a la inversa, puede ocurrir también que designe herederos sólo en calidad de propietarios fiduciarios, en cuyo caso será la ley la encargada de fijar la participación de los fideicomisarios.

En todos estos casos recobra su plena vigencia la sucesión intestada para suplir la voluntad del testador.

Como hemos visto, en realidad nuestro sistema sucesorio establece una sucesión mixta, cuando se aplican conjuntamente las normas que regulan la sucesión testamentaria y las normas que regulan la sucesión intestada. Las normas de una y otra clase de sucesión se aplican a partes distintas del "as" hereditario.

Pero lo más frecuente será una sucesión múltiple, en la que se apliquen las normas de la sucesión testamentaria, la sucesión intestada, la sucesión forzosa (o legal) y la sucesión semiforzosa.

TERCERA PARTE: LA SUCESION TESTADA.

Sumario:

CAPITULO I: CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO.

- 1.- Concepto de testamento.
- 2.- Características del testamento.

CAPÍTULO II: REQUISITOS DEL TESTAMENTO.

- 1.- Clases de requisitos del testamento.
- 2.- Requisitos internos del testamento.
 - 2.1. Capacidad para testar.

2.2 Voluntad exenta de vicios.

CAPITULO III: CLASIFICACION DEL TESTAMENTO

1.- Generalidades.

2.- Del testamento solemne otorgado en Chile.

A) Aspectos generales.

B) El testamento solemne público, abierto o nuncupativo.

C) Testamento solemne cerrado o secreto.

D) Del Registro Nacional de Testamentos.

E) De la nulidad del testamento solemne.

3.- Del testamento solemne otorgado en país extranjero.

A) Testamento otorgado en país extranjero en conformidad a la ley extranjera.

B) Testamento otorgado en país extranjero en conformidad a la ley chilena.

CAPITULO I: CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO.

1.- Concepto de testamento.

Trata del testamento el Título III del Libro III del CC, arts. 999 y siguientes. El origen etimológico del término deriva de dos expresiones latinas: “testatio mentis”, que quieren decir testimonios de la voluntad. En efecto, en el testamento se manifiesta la última voluntad del que lo otorga.

El art. 999 proporciona una definición de testamento que da una idea muy adecuada de esta institución: “El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”.

Analizaremos seguidamente esta definición, enunciando las características del testamento.

2.- Características del testamento.

a) El testamento es un acto jurídico unilateral. Es un acto jurídico, porque es una declaración de voluntad llamada a producir efectos jurídicos, hecha con la intención de generar efectos, ya que da lugar a la sucesión por causa de muerte. Y es un acto jurídico unilateral, el caso más típico de esta clase de actos, puesto que para nacer a la vida jurídica requiere de la sola voluntad del testador.

b) El testamento es un acto más o menos solemne. Completan esta idea los arts. 1000 y 1002. El art. 1000 se refiere a las donaciones revocables, las cuales pueden ser otorgadas en conformidad a las solemnidades del testamento o de las donaciones irrevocables o entre vivos. La última parte del precepto se refiere a las donaciones entre cónyuges, las cuales sólo pueden ser revocables, jamás irrevocables. El art. 1002, a su vez, dispone que los documentos a que se refiera el testador en el testamento no se mirarán como parte del mismo, aunque el testador así lo dispusiere. El precepto se justifica, porque en dichas

“cédulas y papeles” no se han respetado las formalidades del testamento y mal pueden en consecuencia formar parte de él y tener su mismo valor.

El testamento por lo tanto es siempre solemne, exige solemnidades objetivas, es decir establecidas en atención al acto en sí mismo. El fundamento de la exigencia del legislador de que la voluntad del testador se manifieste siempre en forma solemne es doble:

a) Porque así queda una prueba preconstituida acerca de cual fue la voluntad real del testador.

b) Porque el testamento es un acto de importancia en la vida jurídica; en efecto, él da origen a la sucesión por causa de muerte, y el legislador siempre rodea de solemnidades los actos de trascendencia en el derecho. Las formalidades hacen que la voluntad se manifieste en forma más clara y meditada, evitando en lo posible la concurrencia de vicios en ella.

Finalmente, en este punto, cabe hacer presente que de la expresión “más o menos solemne” se desprende una importante clasificación del testamento: cuando el testamento es más solemne nos hallamos en presencia del testamento propiamente solemne; y cuando es menos solemne, nos encontramos ante un testamento privilegiado. Estos últimos tienen por objeto permitir que una persona enfrentada a un trance extremo o peligro de muerte, pueda disponer de sus bienes si no ha tenido la precaución de hacerlo con antelación. Pero, siendo el testamento un acto de última voluntad, la ley exige resguardar la seriedad y autenticidad del mismo. No se trata de solemnidades destinadas a dar a quien lo otorga la posibilidad de medir y pesar sus decisiones. Se trata de formalidades que aseguren que lo expresado por el testador corresponde efectiva y fielmente a su verdadera voluntad. La conclusión anterior acerca de la finalidad de dichas solemnidades es de Rodríguez Grez, y la fundamenta en los arts. 1032 y 1033, que reglamentan el testamento verbal y a los cuales más adelante volveremos. Reiteramos en todo caso que todo testamento debe cumplir ciertas solemnidades; la diferencia entre ambas clases de testamento estriba en que aquellas son menos estrictas en el testamento privilegiado.

c) El testamento es un acto personalísimo. La definición continúa diciendo que el testamento es un acto en que “una persona” dispone de sus bienes. Habría que agregar que es un acto de una sola persona, como expresamente lo dice el inc. 1º del art. 1003.

Esta es una peculiaridad del testamento, pues los demás actos de la vida jurídica admiten la participación de varias personas; así, el reconocimiento de hijo, que también es un acto unilateral, pueden hacerlo ambos padres conjuntamente; en la compraventa pueden intervenir muchas personas, etc.

El carácter personalísimo del testamento trae consigo dos consecuencias jurídicas de interés:

c.1) La ley no acepta los testamentos mancomunados o conjuntos ni las disposiciones captatorias.

El art. 1003 proscribire los testamentos mancomunados o conjuntos, o sea, aquellos que se otorgan por dos o más personas.

Tampoco se aceptan las disposiciones captatorias, definidas en el art. 1059: “Las disposiciones captatorias no valdrán. / Se entenderán por tales aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos”. En este último caso hay un pacto sobre sucesión futura y por ende objeto ilícito, de conformidad al art. 1463.

Cabe señalar que la jurisprudencia ha resuelto sobre el particular que no caen bajo la prohibición de los arts. 1003 y 1059 los testamentos otorgados por dos personas el mismo día, la una en pos de la otra, aunque estas dos personas en sus respectivos testamentos se instituyan recíprocamente herederos.

c.2) En el testamento no cabe la representación jurídica. Como el testamento es un acto personal del testador, el art. 1004 (el más breve del Código) dispone que la facultad de testar es indelegable.

En la vida jurídica, prácticamente todos los actos jurídicos pueden hacerse por medio de representantes. El testamento hace excepción al principio anterior. Aplicación de esta excepción, es el art. 1063. De permitirse que la elección del asignatario dependa del puro arbitrio ajeno, habría una verdadera delegación parcial de la facultad de testar, infringiéndose el art. 1004.

Por la misma razón, los relativamente incapaces pueden otorgar libremente testamento. Así lo autoriza expresamente el art. 262, respecto del hijo menor adulto.

Deriva también del carácter personalísimo del testamento, la circunstancia de que el testador puede optar por mantener en reserva su testamento, otorgando un testamento cerrado, de manera que sus disposiciones y declaraciones sólo se conozcan una vez fallecido.

Conviene precisar que la ley ha sido rigurosa en orden a evitar que donaciones o promesas que se perfeccionan o se hacen irrevocables por la muerte del donante o promitente, puedan hacerse sin las solemnidades del testamento. El art. 1000, para cerrar esta posibilidad, establece que toda donación o promesa de esta naturaleza, es un testamento, y debe sujetarse a las solemnidades que se señalan respecto de él. Esta regla contempla una sola y calificada excepción: todas las donaciones o promesas entre cónyuges son siempre revocables, pero sólo entre marido y mujer estas donaciones o promesas pueden hacerse bajo la forma de los contratos entre vivos, esto es, como si se tratara de donaciones irrevocables (aunque no lo serán jamás entre cónyuges, reiteramos). Esta regla obedece a que entre marido y mujer las donaciones o promesas siempre tienen carácter revocable -por lo tanto, se confirman con la muerte del donante o promisor-, razón por la cual pueden tomar la forma de contratos entre vivos y no someterse a las solemnidades del testamento.

d) El testamento tiene por objeto fundamental, pero no único, disponer de los bienes. La disposición de los bienes, como señala el art. 999, puede ser total o parcial. Según uno u otro caso, estaremos ante una sucesión testamentaria o mixta, conforme a lo estudiado.

En realidad, el precepto en esta parte comete una inexactitud, pues si bien es cierto que el objetivo fundamental del testamento es la disposición de bienes, no es el único. Pueden existir testamentos en que no se disponga ni en todo o parte de los bienes del causante, sino que se otorguen con otros objetos; para nombrar albaceas o partidoro

de la sucesión, guardador a los hijos, reconocer a un hijo, desheredar, reconocer una obligación, etc. Algunas de estas declaraciones serán revocables y otras no. Son revocables aquellas por las cuales, por ejemplo, se designa albacea, partidario, tutor o curador o una cláusula de desheredamiento; será irrevocable el reconocimiento de un hijo o de una deuda, por ejemplo. Las declaraciones que no pueden revocarse son aquellas que establezcan derechos inmediatos y permanentes en favor de una determinada persona, como ocurre con el hijo reconocido o con el acreedor favorecido con el reconocimiento de la deuda.

e) El testamento produce sus plenos efectos fallecido el causante, pero puede producir otros efectos en vida de éste. Que el testamento produzca sus principales efectos después de muerto el causante es lógico, dado que da origen a la sucesión por causa de muerte, modo de adquirir el dominio que exige como supuesto el fallecimiento del causante.

En algunos casos, sin embargo, el testamento produce ciertos efectos, en vida del causante, lo que explica que el art. 999 se refiera a que muerto el causante se producen “sus plenos efectos”; a contrario sensu, vivo el testador, bien podrían producirse “algunos” de los efectos del testamento. Así:

- El reconocimiento de hijo que se efectúa en un testamento abierto. En este caso, el testamento producirá un efecto en vida del causante: otorgar al hijo el carácter de tal.
- Lo mismo ocurrirá tratándose del reconocimiento de una deuda, según lo ya expresado.
- Las donaciones revocables y legados entregados por el causante en vida a los beneficiarios con derecho a ellos. Contemplan esta situación los arts. 1140 y 1142. Establecen que los donatarios de una donación revocable y los legatarios a quienes se entregan en vida las cosas donadas y legadas adquieren un derecho de usufructo sobre los bienes entregados. En estos casos, también produce el testamento un efecto en vida del testador: dar nacimiento a un derecho de usufructo. Recuérdese que en opinión de Pablo Rodríguez Grez, si el donatario fuere un legitimario, adquirirá el dominio de los bienes (nos remitimos a lo señalado en el estudio del primer acervo imaginario).

f) El testamento es esencialmente revocable o provisional.

Concluye la definición diciendo que el testador conserva la facultad de revocar las disposiciones contenidas en el testamento mientras viva. El testamento puede ser dejado sin efecto por la sola voluntad del que lo otorgó.

Pero debe tenerse presente que en el testamento sólo son revocables las disposiciones testamentarias, mas no las declaraciones, por regla general. Así se desprende del propio art. 999, que habla únicamente de disposiciones testamentarias. En ninguna parte se establece que las declaraciones sean revocables. Por el contrario, el CC., al tratar de la revocación del testamento, (arts. 1212 y siguientes) siempre discurre sobre la base de que se dejen sin efecto las disposiciones, pero no las declaraciones testamentarias. En consecuencia, el reconocimiento de hijo hecho por testamento queda a firme, aunque con posterioridad, éste sea revocado. Así lo ha fallado la jurisprudencia.

La facultad de revocar el testamento es de orden público, ya que es característica esencial del testamento. Por ello, el art. 1001 no reconoce valor a ninguna cláusula testamentaria que signifique entorpecer esta facultad de revocación.

En definitiva, en cuanto a los bienes sobre que versan las disposiciones testamentarias, el testamento es esencialmente provisional, pues siempre se puede revocar. El testamento sólo se hace definitivo a partir del fallecimiento del causante o desde el momento en que cae en demencia o se imposibilita de oír y expresar su voluntad (sordomudez). Pero no es un acto provisional respecto de las declaraciones, las cuales, en ciertos casos, producirán efecto desde que se hicieron, sin que pueda el testador revocarlas, pues han fijado derechos permanentes.

Digamos finalmente acerca de esta característica, que la revocación, como estudiaremos, ha de hacerse por otro testamento.

g) El testamento deberá bastarse a sí mismo. Esto no significa que el testador no pueda otorgar dos o más testamentos que sean compatibles entre sí. Pero los documentos a que alude el art. 1002 (cédulas y papeles) no se considerarán parte del testamento. En otras palabras, la ley exige que el testamento se baste a sí mismo, y no esté complementado o integrado por otros documentos que carecen de las solemnidades prescritas para otorgar testamento.

CAPITULO II: REQUISITOS DEL TESTAMENTO.

1.- Clases de requisitos del testamento.

Los requisitos del testamento son de tres clases: requisitos internos, requisitos externos o solemnidades y los que dicen relación con las disposiciones testamentarias en sí mismas.

Los requisitos internos son: la capacidad del testador y su voluntad exenta de vicios. Estos requisitos son iguales en todo testamento, cualquiera que sea su forma. Su incumplimiento trae consigo la nulidad e ineficacia totales del testamento, por regla general (se anula totalmente el testamento, si lo otorgó un incapaz y si hubo fuerza sobre la voluntad del testador; sólo se anula en parte el testamento, si hubo error).

Los requisitos externos o formalidades no constituyen exigencias únicas, sino que varían conforme a las clases de testamento. Su sanción también es la nulidad integral del testamento.

Los requisitos de las disposiciones testamentarias en sí mismas se diferencian fundamentalmente de los anteriores, en que su infracción no produce sino la nulidad de la respectiva cláusula testamentaria, pudiendo tener validez las demás disposiciones que no se vean afectadas por algún vicio legal. Así, por ejemplo, si el testador, infringiendo el art. 1061, hace un legado al notario que autoriza el testamento, esta disposición será nula, pero el resto del testamento, cumpliendo con los requisitos legales, será válido.

Estudiaremos por el momento los requisitos internos del testamento. En el siguiente capítulo nos referiremos a los requisitos externos, mientras que los relativos a las disposiciones en sí mismas, se analizarán al estudiar éstas.

2.- Requisitos internos del testamento

2.1 Capacidad para testar.

Por regla general, como lo sabemos desde Derecho Civil I, todas las personas son capaces, excepto aquellas que la ley declara incapaces. Así lo dice el art. 1446 respecto de los actos o contratos; el art. 1795 en la compraventa y el art. 961 respecto de la capacidad para suceder. Por lo tanto, son hábiles para testar todos a quienes la ley no declara incapaces.

El art. 1005 establece las diversas causales de incapacidad¹⁴, señalando en su inciso final que las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar.

Son incapaces para otorgar testamento:

a) El impúber.

No hay ninguna novedad en ello, pues se trata de un absolutamente incapaz, presumiendo el legislador que carece enteramente de voluntad.

b) El que actualmente no estuviere en su sano juicio.

El número 4 del art. 1005 dice que no son hábiles para testar los “que actualmente no estuvieren en su sano juicio por ebriedad u otra causa”.

La expresión “actualmente” indica que la falta de razón debe ser referida al momento de otorgar el testamento. Por ello, el art. 1016 exige expresar en el testamento abierto que el testador se encuentra en su “entero” juicio; el art. 1023 ordena al notario dejar constancia en la carátula del testamento cerrado, de la misma circunstancia; y el art. 1038 dispone que los testigos de un testamento verbal, en el acto de poner éste por escrito, depondrán sobre si el testador aparecía estar en su sano juicio.

La privación de razón a que se refiere el art. 1005 puede deberse a ebriedad “u otra causa”. Dentro de las otras causas de privación de razón quedan comprendidos la demencia, el hipnotismo, la influencia de alcaloides, la demencia senil, etc.

La Corte Suprema ha declarado reiteradamente que determinar si una persona está o no en su sano juicio al otorgar testamento es una cuestión de hecho y, en consecuencia, lo que los jueces del fondo resuelvan sobre el particular no puede ser revisado por dicho tribunal conociendo de un recurso de casación en el fondo.

Respecto de la prueba del hecho de no estar una persona en su sano juicio al momento de otorgar testamento, habitualmente se producirá por informes médicos, es decir por informes de peritos. La jurisprudencia ha determinado que se puede probar incluso por medio de presunciones. El juez, frente a los antecedentes que se le proporcionen, puede construir y fundar sus presunciones, llegando a establecer la falta de razón. También han dicho nuestros tribunales que la circunstancia de que el notario exprese en el testamento que el testador estaba en su sano juicio al otorgarlo, no obsta a la nulidad de aquél, si se acredita la falta de razón.

En la práctica, los notarios públicos exigen, tratándose de testadores de cierta edad (mayores de 75 años, usualmente), que acompañen un certificado otorgado por un

¹⁴ El número 1 del artículo, hoy derogado, establecía la incapacidad para testar de “La persona que ha muerto civilmente”.

neurólogo, psiquiatra, etc., en el que se declare por el profesional que la persona se encuentra mentalmente sana y en condiciones de testar. Dicho certificado suele protocolizarse junto con el testamento. Con ello, queda salvaguardada la responsabilidad del ministro de fe.

c) El demente bajo interdicción.

La ley se refiere expresamente al demente interdicto, lo cual no significa que el que no esté bajo interdicción pueda testar libremente. El queda incluido, como acabamos de ver, en la hipótesis anterior, pues se halla privado de razón al momento de otorgar testamento. Así lo ha reconocido la jurisprudencia.

La interdicción tiene, eso sí, una gran importancia, en relación con lo que dispone el art. 465 del Código Civil. Si el demente está colocado bajo interdicción, no será necesario probar la demencia para anular el testamento. En cambio, si el demente no está bajo interdicción, los que impugnen el testamento invocando esta causal deberán probar la falta de razón.

d) El que no pudiere expresar su voluntad claramente.

Queda comprendido aquí el sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente, quien es además absolutamente incapaz.

Bajo la vigencia de las normas que exigían al testador manifestar su voluntad de palabra o por escrito, la Corte Suprema resolvió que una persona totalmente sorda y analfabeta no puede otorgar testamento. Por ser analfabeta no podía otorgar testamento cerrado (art. 1022) y por ser sorda no podía suscribir uno abierto, pues no estaba en situación de dar cumplimiento al trámite de la lectura (art. 1017). Hoy, sin embargo, después de la reforma introducida por la Ley Nº 19.904, podría otorgar válidamente testamento abierto, siempre y cuando conozca la lengua de señas.

En efecto, la Ley Nº 19.904 aceptó expresamente la “lengua de señas”, como un medio idóneo para conocer la voluntad del discapacitado. Ahora, el artículo 1019, que regula el otorgamiento del testamento abierto por parte del sordo o sordomudo que puedan darse a entender claramente, establece que tratándose de estas personas, “la primera y la segunda lectura deberá efectuarse, además, ante un perito o especialista en lengua de señas, quien deberá, en forma simultánea, dar a conocer al otorgante el contenido de la misma”.

Concuera esta causal con el art. 1060, que dispone: “No vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por sí o no, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta”.

En el caso en estudio, no se ha manifestado claramente la voluntad del testador, por lo que el legislador teme que ella se haya visto influenciada por otras personas.

Cabe señalar que la capacidad debe existir al momento de otorgarse testamento. Así lo dispone el art. 1006, precepto que establece las consecuencias que se derivan de esta circunstancia:

- El testamento otorgado por una persona que al momento de testar era inhábil, pero posteriormente y antes de fallecer pasa a ser capaz, es nulo, a pesar de haber cesado la causal de incapacidad. Así, por ejemplo, en el caso del impúber: si un varón otorga testamento a los 13 años y fallece a los 19, aunque al fallecer el testador ya era plenamente capaz, el testamento será siempre nulo.

- A la inversa, si la persona al momento de testar era hábil para hacerlo, pero después pasa a ser incapaz, no se invalida el testamento por este motivo. Acontecería lo anterior, por ejemplo, si una persona otorga testamento en su sana razón y después la pierde.

El art. 1006 tiene importancia también en relación con la Ley de Efecto Retroactivo de las leyes. Esta ley no determina en su art. 18 por qué ley han de regirse los requisitos internos del testamento. El art. 1006 ha dado base para sostener que se rigen por la ley vigente al otorgamiento del testamento.

Del examen de las causales de inhabilidad para testar se concluye que pueden hacerlo los menores adultos (recordemos por lo demás el art. 262) y los disipadores interdictos. Estos últimos pueden testar, puesto que el testamento no implica administración de bienes sino disposición de ellos para después de sus días. Sin embargo, el testador debe ser mayor de edad, si pretende restablecer los derechos hereditarios de su progenitor, cuya paternidad o maternidad se determinó judicialmente y con su oposición (artículo 203 del Código Civil).

2.2 Voluntad exenta de vicios.

Tiene la voluntad una importancia fundamental en el testamento. En éste, la voluntad libremente manifestada por el testador es su base fundamental, sobre todo si se considera que el testamento produce sus efectos una vez fallecido el causante, por lo cual será difícil determinar la exacta voluntad de éste. Por ello el legislador rodea de grandes precauciones la manifestación de voluntad del testador, creando incapacidades e indignidades para suceder para los que atentan contra ella, anulando determinadas disposiciones testamentarias por temor de que en ellas la voluntad del testador se haya visto influenciada por factores extraños, rodeando de solemnidades el otorgamiento del acto, etc.

Se oponen a la libre manifestación de la voluntad del testador los vicios de la voluntad: fuerza, dolo y error.

2.2.1) La fuerza en el testamento.

Se refiere el legislador a ella en el art. 1007: “El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes”.

a) Requisitos de la fuerza.

Como primera cuestión, debe consignarse que la fuerza en el testamento debe cumplir con los requisitos generales. Recordemos que estos son: 1º) La fuerza debe ser ilegítima o injusta; 2º) Debe ser grave; 3º) Debe ser determinante.

Se ha pretendido que al decir el art. 1007 que “de cualquier modo” que haya intervenido la fuerza, el testamento es nulo, estaría queriendo decir el legislador que no es necesario que en este caso la fuerza reúna los requisitos legales señalados. La Corte Suprema ha resuelto, sin embargo, que la fuerza para viciar la voluntad en el testamento,

debe llenar los requisitos exigidos por la ley y que enunciamos, no existiendo a su respecto una situación especial. Tal opina también Somarriva.¹⁵

Distinta es la posición de otros autores. Para Rodríguez Grez, fijando el sentido que tendría la expresión “de cualquier modo”, señala que el legislador estaría remitiéndose a los artículos 1456 y 1457. A juicio de este autor, la referida expresión implica que, tratándose del testamento, vicia la voluntad tanto la fuerza en los términos fijados por el art. 1456, inc. 1º, como el temor reverencial, definido en el inciso 2º del mismo art. Recuerda este autor que por disposición expresa de la ley, en los actos jurídicos en general, el temor reverencial no basta para viciar el consentimiento, pero sí la voluntad en el testamento. Si la ley expresamente ha dicho que es nulo el testamento “en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza”, está señalando inequívocamente, a juicio de este autor, que la fuerza provocada por temor reverencial es suficiente para viciar la voluntad. En otras palabras, la excepción que se contempla en el inc. 2º del art. 1456 tratándose del “consentimiento”, no tiene aplicación en el testamento tratándose de la “voluntad”.¹⁶

b) Sanción de la fuerza en el testamento.

El art. 1007 declara que, mediando fuerza, el testamento es nulo “en todas sus partes”. Sabemos que la sanción de la fuerza es la nulidad relativa. Sin embargo, parte de la doctrina ha estimado que la sanción, en el caso del art. 1007, no sería la nulidad relativa sino la absoluta, basándose en dos argumentos:

a) El tenor del precepto: al decir que el testamento es nulo en todas sus partes, estaría indicando que se trata de la máxima sanción legal.

Es el mismo problema que plantea el art. 2453 en la transacción, al decir que es “nula en todas sus partes” la transacción obtenida con violencia.

b) Se agrega que la trascendencia que tiene la fuerza en el caso especial del testamento ha movido a sancionarla con la nulidad absoluta. Sería de tal gravedad este vicio de la voluntad en el testamento que es lógico aplicarle la máxima sanción legal.

Sin embargo, tal como señala Somarriva, a pesar de los argumentos indicados, parece más lógico concluir que la sanción es siempre la nulidad relativa, pues al utilizar el legislador la expresión “nulo en todas sus partes” ha querido significar que, en presencia de la fuerza, el testamento es nulo en su totalidad, y no sólo en la cláusula obtenida con fuerza. Esta interpretación explicaría también la frase “de cualquier modo”, que podría significar: sea que la fuerza afecte a todas las disposiciones testamentarias o sólo a alguna de ellas, el testamento es nulo en su integridad.¹⁷

La historia fidedigna del establecimiento de la ley confirmaría la interpretación anterior, pues en el proyecto de 1853 sólo era nula la cláusula testamentaria obtenida por la fuerza. El legislador cambió de criterio y en semejante situación declaró nulo el testamento “en todas sus partes”, o sea, en su totalidad.

¹⁵ Cfr. Somarriva Undurraga, Manuel, “*Derecho Sucesorio*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, séptima edición actualizada, Tomo I, pp. 205 y 206.

¹⁶ Cfr. Rodríguez Grez, Pablo, “*Instituciones de Derecho Sucesorio. De los cinco tipos de sucesión en el Código Civil chileno*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1995, Volumen 1, pp. 99 y 100.

¹⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 206 y 207.

Recordemos finalmente, que el art. 968 N° 4, además hace indigno de suceder a quien obtiene por la fuerza una disposición testamentaria en su favor, razón por la cual, si anulado el testamento el autor de la fuerza fuere heredero testamentario en otro testamento o heredero intestado, perderá todo derecho en la sucesión del causante. Igual indignidad afectará al que haya impedido por la fuerza testar al causante, situación en la cual se hará indigno de sucederlo en el testamento que ha dejado o intestadamente. Cabe indicar que, si se impidió testar, puede suceder que con antelación el causante sí hubiere otorgado testamento. En tal evento, deberá ejecutarse tal testamento, pero quien por la fuerza impidió que se otorgare el nuevo testamento, perderá todo derecho en la sucesión del causante.

2.2.2) El dolo en el testamento.

El legislador nada ha dicho sobre el dolo como vicio de la voluntad en el testamento. En consecuencia, dice Somarriva, deben aplicarse las reglas generales del dolo como vicio del consentimiento, con una salvedad: no se exige, como es obvio, que sea obra de una de las “partes”, pues en el ámbito del testamento no encontramos tal concepto, propio de los actos jurídicos bilaterales. El dolo, en consecuencia, para viciar la voluntad del testador, puede ser obra de cualquier persona, ya que no existe contraparte. Cualquiera que sea quien se ha valido del dolo para obtener una cláusula testamentaria en su favor, será nula la disposición.¹⁸

Cabe recordar además que el dolo es una de las causales de indignidad para suceder, conforme al art. 968, número 4.

Rodríguez Grez introduce algunos matices en el planteamiento demasiado general de Somarriva en esta materia. Señala en primer lugar que no puede exigirse el requisito de que el dolo sea obra de “una de las partes”. Agrega enseguida que la única disposición relacionada con esta materia es el citado art. 968 N° 4, norma que a su juicio contiene la solución al problema, ya que se sanciona al que dolosamente obtiene una disposición en su favor (o sea, dolo obra del que obtiene el beneficio) o al que dolosamente impide testar al causante (lo cual supone necesariamente un beneficio, sea como consecuencia que entrará a la sucesión intestada o aumentará la asignación de la persona a quien pretende favorecer). La única particularidad, en consecuencia, es que, en lugar de sancionarse con la nulidad del testamento, se sanciona con la indignidad al que fragua este vicio de la voluntad. El resultado será el mismo, por cuanto el asignatario doloso perderá su asignación o el provecho que le reporta el que el causante haya dejado de testar.

Pero en esta materia, agrega Rodríguez, observamos un vacío. Si una persona dolosamente **impide testar al causante**, puede hacerlo en provecho de un tercero y, en tal caso, la indignidad no lo afectará personalmente, pero su dolo favorecerá a un tercero. ¿Qué sanción recae en el que impide testar al causante en provecho de un tercero? Estima Rodríguez que ninguna sanción, ya que nadie puede presumir que en el evento que hubiera testado le habría favorecido, de manera que el dolo, en este caso, queda impune.

¹⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 207.

Otro problema que se plantea este autor, es determinar qué sanción corresponde al que **dolosamente induce al causante a instituir heredero a un tercero**. Desde luego, el beneficiado no puede ser sancionado, dado que el art. 968 debe interpretarse restrictivamente, por establecer inhabilidades, de modo que el beneficiado no se hace por ello indigno de suceder al causante. La cuestión dice relación con la aplicación del art. 1458, inciso 2º, referido al llamado “dolo incidental”. Estima Rodríguez que, en este caso, el que fraguó el dolo responderá de todos los perjuicios que causa, y el que se beneficia del dolo sin haber tomado parte en él, responderá hasta concurrencia del provecho que le haya reportado el dolo. Funda esta apreciación en las siguientes consideraciones:

1º No parece posible admitir que quien es instituido asignatario pueda aprovecharse del dolo ajeno; ello equivale a amparar la mala fe y, muy probablemente, la eventual colusión entre el que fraguó el dolo y el que recibió el provecho.

2º El art. 1458 consta de dos incisos: el primero, se refiere a las condiciones que debe reunir el dolo para que vicie el consentimiento y el segundo se refiere a los “demás casos”, erigiéndose en una regla general que puede ser interpretada en forma extensiva.

3º La expresión “en los demás casos”, está referida al hecho de que el dolo no sea obra de una de las partes o no sea determinante, y en el caso que nos ocupa, es obvio que no es obra del beneficiado con la asignación.

4º Si aceptáramos que la persona instituida asignatario puede recibir su asignación, estaríamos contrariando la auténtica voluntad del causante, puesto que una disposición obtenida dolosamente no es expresión de su verdadera intención.

5º Lo dispuesto en el art. 2329 (dentro de las normas de la responsabilidad extracontractual) coincide plenamente con la interpretación dada al art. 1458, inciso 2º, al disponer el primero, que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

De lo expuesto se infiere entonces, que, si un tercero induce dolosamente al causante a instituir asignataria a otra persona, quien fragua el dolo responderá de todos los perjuicios y quien recibe beneficio del dolo ajeno deberá indemnizar hasta concurrencia del provecho obtenido, si no ha tenido intervención en él. El problema planteado no se presenta, por cierto, mediando fuerza, pues en tal caso todo el testamento se anula, aunque la fuerza sólo incida en una cláusula del testamento.

Sintetizando los casos planteados por Rodríguez Grez, observamos las siguientes hipótesis:

- El que por dolo obtiene alguna disposición testamentaria del difunto o le impide testar, obteniendo un beneficio personal en cualquiera de estos casos: se sanciona con indignidad del que fragua el dolo.
- El que por dolo impide testar al causante, pero sin que con ello se obtenga un beneficio para el que fragua el dolo: esta conducta no implicaría sanción alguna para aquél que fragua el dolo.
- El que por dolo, induce al causante a instituir heredero a un tercero: en este caso, el que fraguó el dolo responderá por todos los perjuicios, y que el se benefició del dolo, sólo hasta el monto de su provecho.

Nótese que Rodríguez Grez concluye en definitiva que el dolo en materia testamentaria no ocasiona nulidad, sino que es, o bien una causal de indignidad, o bien

obliga a indemnizar los perjuicios (totales o hasta el monto del provecho, según corresponda). Somarriva, como vimos, cree que la sanción ha de ser la nulidad. Discrepando con tal conclusión, señala Rodríguez que Somarriva se mueve con demasiada soltura en el campo de la nulidad, materia que por su naturaleza es de derecho estricto. Por otra parte, se prescinde de la sanción que la ley impone en forma expresa al que obtiene dolosamente una disposición testamentaria del difunto, sanción que consiste en la indignidad para sucederlo. De seguir el criterio que señala Somarriva, se llega al extremo de que la asignación sería nula y el asignatario indigno, lo cual resulta redundante. No repara tampoco Somarriva en el hecho de que la indignidad con que la ley sanciona al asignatario doloso, afecta a todo lo que le pueda corresponder en la sucesión, de lo cual se sigue que, si un legitimario obtiene una asignación voluntaria en forma dolosa, perderá todo derecho en la sucesión. De aquí que Rodríguez insista en que no hay más sanción, para el caso del asignatario doloso, que la indignidad y en el evento que impida testar al causante (en este caso obviamente no podría haber nulidad del testamento), la maquinación engañosa puede carecer de toda posible sanción, si la omisión no le favorece por no ser sucesor en la herencia.¹⁹

2.2.3) El error en el testamento.

Tampoco se refiere a él el legislador en el Título III, del Libro III, al tratar “De la ordenación del testamento”, sino que alude al error al tratar de las disposiciones testamentarias, arts. 1057 y 1058 y en el art. 1132. Rodríguez Grez manifiesta derechamente que este vicio de la voluntad no tiene aplicación tratándose del testamento. Carece de sentido sostener que una persona testa por error. Puede inducirse dolosamente al causante a testar o a no testar; puede también hacersele testar por medio de la fuerza o impedirle por igual vía que otorgue testamento. Pero carece de todo sentido testar por error. De aquí, concluye, que el CC. no se refiera a este vicio al regular la manifestación de la voluntad en el testamento.²⁰

Pero tal como indicamos, de lo que sí trata el CC. es del error respecto de las asignaciones, en los tres artículos citados.

El art. 1057, se refiere al error en el nombre o calidad del asignatario, estableciéndose que este no vicia la disposición, si no hubiera duda acerca de la persona. Lo que interesa es la identidad física del asignatario, que éste sea quien el testador cree que es. Así, por ejemplo, el testador deja un legado en favor de su socio Juan Martínez Valenzuela, y ocurre que su apellido materno era Valencia. O instituye un legado en favor del “abogado” Felipe Rojas Contreras, y ocurre que éste sólo era un egresado de Derecho. En ambos casos, la disposición testamentaria será válida, pues no existe duda acerca de la identidad del asignatario.

El mencionado **art. 1058 trata del error con amplitud, exigiendo un solo requisito para que traiga aparejado la nulidad de la asignación: que el error recaiga en la motivación que determinó instituir al asignatario.** Dispone el precepto: “La asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error

¹⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 96 a 99.

²⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 100 y 101.

no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita". Como puede observarse, en esta materia, si bien la ley ha sido tolerante en el artículo 1057, pues admite incluso un error en la "calidad del asignatario", si esta calidad es la condición determinante de la asignación, debe aplicarse la norma contenida en el artículo 1058, en relación con el inc.1º del art. 1455, conforme al cual, si el error recae en la persona y se ha contratado en atención a ella, el error vicia el consentimiento. Así, por ejemplo, si se instituye heredero a una determinada persona porque es hijo de un hermano, es obvio que la calidad es un elemento fundamental de determinación. Victorio Pescio proporciona el siguiente ejemplo: el testador instituye un legado de \$ 50.000.000.- a favor de don Juan Canales, en señal de gratitud por haberle salvado la vida en el naufragio del barco en que navegaba y resulta que quien salvó al testador fue una persona distinta. El mismo Andrés Bello puso el siguiente ejemplo: "Se deja un legado a cierta persona como una señal de gratitud por sus servicios en algún negocio del testador. Si el testador padeció equivocación, porque el asignatario no le había prestado servicio alguno, no valdrá la asignación". De este modo, aun en el supuesto de que no haya duda respecto de la persona de que se trata, una asignación motivada por un error sustancial en la calidad de la persona, vicia la asignación. Basta, entonces, con probar que ausente el error la asignación no habría sido hecha, para que sobrevenga la nulidad de la misma.

Finalmente, en este punto, **el art. 1132, al tratar de las asignaciones a título singular, hace aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa**, que nuestro Código Civil recoge especialmente en el ámbito del cuasicontrato de pago de lo no debido (art. 2299). El art. 1132 y el art. 2299, son perfectamente armónicos. En este caso, el testador, por error, mandó pagar lo que creía deber, pero en realidad no debía. El error también podría haber consistido en mandar pagar más de lo que en verdad se debía. En tal caso, no se deberá el exceso, "a menos que aparezca la intención de donarlo".

Un problema interesante es determinar de qué nulidad adolece la asignación cuando concurre el vicio del error. En el caso del art. 1057, se dice por algunos que la sanción sería la nulidad relativa, de conformidad a las reglas generales. Rodríguez Grez discrepa de tal conclusión, afirmando que la sanción sería la nulidad absoluta. En efecto, el error tratándose de una asignación testamentaria, está regido por los artículos 1057, 1058 y 1132, como acabamos de ver. Los dos últimos señalan que la sanción consiste en que la disposición "se tendrá por no escrita". Por lo tanto, indica el autor citado, estamos en presencia de una verdadera "inexistencia jurídica" que nunca puede aparejarse a la nulidad relativa, sino que a lo más (para aquellos que niegan la inexistencia jurídica como sanción), a la nulidad absoluta. Por otra parte, si dos de las tres disposiciones señalan esta precisa sanción, no se divisa razón alguna para aplicar una sanción distinta en el caso del art. 1057.

Además, dice Rodríguez, resulta del todo evidente que pueda demandar la nulidad cualquier persona que tenga interés en ello (art. 1683), ya que la ley no ha indicado, para el caso de que se trate de una nulidad relativa, quien es el titular de esta acción. Agrega por último que, si se estimara que existen sanciones distintas en el caso del art. 1057 y en los casos de los arts. 1058 y 1132, ello implicaría una discriminación que carece de toda

justificación y que el legislador no ha podido considerar, rompiendo la armonía de las normas que rigen esta materia.²¹

Otro problema interesante se ha planteado a propósito de la recta interpretación del art. 1058. Consiste en saber si el motivo que determina la asignación debe o no expresarse en el testamento, para pretender luego que hay error. Si afirmamos que el testamento debe bastarse a sí mismo, parece evidente que el error de hecho debe manifestarse en el testamento, siendo insuficientes toda clase de pruebas extrínsecas al acto. Así piensan Rodríguez Grez, Domínguez Benavente y Domínguez Águila.

CAPITULO III: CLASIFICACION DEL TESTAMENTO

1.- Generalidades.

La clasificación del testamento se hace en atención a las solemnidades de que está revestido. Siendo siempre solemne el testamento, puede ser solemne o menos solemne.

El testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere (art. 1008, inciso 2º). El testamento solemne puede ser otorgado en Chile o en país extranjero.

El testamento solemne otorgado en Chile puede ser abierto o cerrado.

Testamento solemne abierto, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos (art. 1008, inc. final, parte primera). Este testamento puede otorgarse de dos maneras:

- i.- Ante ministro de fe y tres testigos; o,
- ii.- Sólo ante cinco testigos, sin presencia de ministro de fe.

Testamento solemne cerrado es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de sus disposiciones (art. 1008, inc. final, parte final).

El testamento solemne otorgado en país extranjero puede ser extendido en conformidad a la ley chilena (en cuyo caso podrá ser abierto o cerrado) o en conformidad a la ley extranjera (arts. 1027 y 1028).

El testamento menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de las solemnidades, por consideración a circunstancias particulares expresamente determinadas por la ley (art. 1008, inc. 3º). Son especies de testamentos menos solemnes o privilegiados: el testamento verbal, el militar y el marítimo (art. 1030).

- Ley que rige las solemnidades del testamento.

Recordemos que el art. 18 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, dispone que las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento.

De tal forma, si una ley posterior exige mayores requisitos para la validez del testamento, no por ello el otorgado bajo el imperio de la ley anterior sin dichas solemnidades, dejará de ser válido.

²¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 100 a 103.

2.- Del testamento solemne otorgado en Chile.

A) Aspectos generales.

a.1) Requisitos comunes a todo testamento solemne.

Deben cumplirse dos solemnidades generales:

1º Que conste por escrito (art. 1011).

2º Presencia de testigos. Este número es variable: la regla general es tres testigos, pero la ley exige cinco en un caso, el testamento abierto que no es otorgado ante ministro de fe.

De cualquier manera, nunca los testigos podrán ser menos de tres: en efecto, aún en el caso de los testamentos privilegiados, la ley exige presencia de tres testigos (artículo 1033, testamento verbal; artículo 1048, testamento marítimo; curiosamente, el Código no señala el número de testigos necesarios en un testamento militar, limitándose a emplear el artículo 1042 la voz “los testigos”. Lo razonable sería exigir tres testigos).

a.2) Habilidad de los testigos.

El art. 1012 enumera quienes son inhábiles para servir de testigo en un testamento solemne otorgado en Chile:

1º Los menores de 18 años. Cabe indicar que incluso antes de la promulgación de la Ley número 19.221, que disminuyó de 21 a 18 años la edad en la que se alcanza la plena capacidad, los menores de 21 y mayores de 18 podían servir de testigos en el otorgamiento de un testamento solemne.

2º Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia.

3º Todos los que actualmente se hallaren privados de razón.

4º Los ciegos.

5º Los sordos.

6º Los mudos.

7º Los condenados a alguna de las penas designadas en el art. 271 número 3 del Código Civil, y en general, los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos.

Se refiere dicho precepto al culpable de un delito a que se aplique la pena aflictiva de reclusión o presidio u otra de igual o mayor gravedad.

8º Los amanuenses del escribano que autorizare el testamento.

9º Los extranjeros no domiciliados en Chile. Recordemos que este es uno de los casos en que la ley discrimina entre chilenos y extranjeros, pero no en razón a la nacionalidad, sino al domicilio.

10º Las personas que no entiendan el idioma del testador, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1024. Este último precepto se refiere precisamente al testamento cerrado otorgado por algún testador que no pudiese entender o ser entendido de viva voz. Entre estas personas, están los extranjeros que no sepan el idioma castellano; pueden ser testigos en sus testamentos personas que no entiendan su idioma.

a.3) La habilidad putativa de un testigo no anula el testamento.

Conforme al art. 1013, si un testigo es inhábil, pero esa inhabilidad no se manifiesta exteriormente y la opinión dominante era que este testigo podía serlo del testamento, la circunstancia de la inhabilidad real del testigo no anula el acto. Con todo, la habilidad putativa o aparente no podrá servir sino a uno solo de los testigos. Si son inhábiles dos o más de los testigos, el testamento será irremediablemente nulo.

Este precepto es una aplicación del principio de que el error común constituye derecho. También lo es de la llamada teoría de la apariencia. Se trata de una situación especial, desconocida por el testador y por quienes le rodean. A la inversa, de las apariencias externas, se puede deducir que el testigo es hábil o que no está afectado por ninguna de las situaciones contempladas en el art. 1012. Debe tratarse de un error común (compartido por varios), justificable y al parecer inexistente. Otro caso de recepción del error común en la jurisprudencia, es el caso de lo obrado ante quien pasaba por ser notario sin serlo. Se ha resuelto que lo actuado ante un notario público que no ha sido legalmente designado es válido, ya que quienes acuden a él no están obligados a examinar sus títulos y ello se desprende de la sola instalación de su oficio.

a.4) Otros requisitos de los testigos.

Además de ser hábiles, los testigos deben cumplir otros requisitos, contemplados en el inc. final del art. 1012. Se trata de requisitos “colectivos”, o sea, que deben cumplir -al menos algunos de ellos-, en forma conjunta:

1º Dos testigos a lo menos, deberán estar domiciliados en la Comuna o agrupación de Comunas en que se otorgue el testamento.

2º Si el testamento se otorga ante tres testigos, uno por lo menos deberá saber leer y escribir; y si se otorga ante cinco testigos, dos por lo menos deben cumplir con este requisito.

B) El testamento solemne público, abierto o nuncupativo.

b.1) Concepto y forma de otorgarlo.

Como ya dijimos, el testamento solemne abierto, público o nuncupativo, es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos. Arts. 1008, inciso 5º y 1015, inciso 1º.

De conformidad al art. 1014, el testamento abierto puede otorgarse de dos formas:

- Ante funcionario público competente y tres testigos.
- Ante cinco testigos, sin intervención de funcionario público alguno.

b.2) Testamento otorgado ante funcionario y tres testigos.

b.2.1) Funcionarios que pueden autorizarlo: art. 1014.

Los funcionarios públicos que pueden autorizar los testamentos, siempre en presencia de tres testigos, son los siguientes:

- 1.- El notario público.
- 2.- El juez de primera instancia.

Todos los funcionarios anteriores deben ser territorialmente competentes, es decir, actuar dentro del radio jurisdiccional que conforme a la ley les corresponde. La competencia de ellos no está relacionada con el domicilio del testador, sino con la sede del funcionario.

b.2.2) El testamento abierto puede ser otorgado en protocolo o en hoja suelta.

El testamento otorgado ante un juez de primera instancia, necesariamente será dado en hoja suelta, pues tal funcionario no lleva protocolo en el cual insertar los testamentos.

En el caso del notario, Somarriva llega a la conclusión que el testamento puede ser otorgado tanto en protocolo como en hoja suelta. Lo más frecuente será que el testamento se otorgue en el protocolo mismo. Ahora bien, este testamento que se otorga en el protocolo mismo es instrumento público en cuanto a testamento, pero también lo es en cuanto a escritura pública.

Pero no es forzoso para Somarriva que el testamento se incorpore en el protocolo del notario, pues puede también otorgarse en hoja suelta. Da las siguientes razones:

1º El art. 1017 dispone que el testamento podrá haberse escrito previamente, lo cual está indicando que bien puede el testamento no ingresar al protocolo, ya que lo contrario equivaldría a que éste saliese de la notaría, cosa jurídicamente imposible.

2º Los arts. 866 del Código de Procedimiento Civil y 420 Nº 2 del Código Orgánico de Tribunales, se refieren a la protocolización del testamento otorgado en hoja suelta, sin distinguir cuál funcionario lo haya autorizado, lo que viene a confirmar que incluso si lo hace el notario, no es forzosa su inserción en protocolo.

Así también lo ha reconocido la jurisprudencia.

b.3) Testamento otorgado ante cinco testigos.

La otra forma de otorgar testamento abierto es ante cinco testigos, sin intervención de funcionario público.

Naturalmente, este testamento no puede estar revestido de la misma autenticidad que el anterior y por ello la ley, para proceder a la ejecución de esta clase de testamentos, exige previamente su **publicación**, trámite contemplado en el art. 1020.

El juez competente para conocer de la publicación del testamento es el del último domicilio del testador, de acuerdo al art. 1009, en cuya virtud la apertura y publicación del testamento se harán ante dicho juez, salvo las excepciones legales. Puede pedir la publicación cualquier persona capaz de parecer en juicio (art. 869 del CPC).

Fallecido el causante, se lleva su testamento abierto ante el juez designado, quien deberá previamente cerciorarse de la muerte del testador, salvo los casos en que ésta se presume (art. 1010). Para este objeto, el interesado exhibirá la partida de defunción del causante. Hecho esto, el juez cita a su presencia a los testigos del testamento para que reconozcan sus firmas y la del testador. Si alguno de los testigos está ausente, los presentes abonarán su firma; en caso necesario y siempre que el juez lo estime conveniente, las firmas del testador y de los testigos ausentes pueden ser abonadas por declaraciones juradas de otras personas fidedignas.

Reconocidas las firmas, el juez rubrica el testamento al principio y fin de cada hoja y lo manda protocolizar en una notaría (art. 1020).

Nuestra jurisprudencia ha estimado que no puede oponerse una persona a la publicación del testamento, aunque tenga interés en ello. La razón de este fallo estriba en que la publicación no reconoce validez al testamento y deja a salvo las acciones de nulidad que puedan hacerse valer en su contra. En relación a lo anterior, se ha resuelto también que no hay plazo para efectuar la publicación, ya que sólo una vez efectuada se discutirá la validez del testamento.

En otro fallo, se declaró válido el testamento otorgado ante funcionario incompetente, pero con la comparecencia de 5 testigos.

Cabe advertir que no cualquiera persona puede otorgar esta clase de testamento. En efecto, el inc. 1º del art. 1019 deja en claro que el ciego y el sordo o sordomudo que puedan darse a entender claramente, aunque no por escrito, sólo podrán testar nuncupativamente y *ante escribano o funcionario que haga las veces de tal*.

b.4) Protocolización del testamento otorgado en hoja suelta.

Si el testamento no se ha otorgado en el protocolo del notario, sino que ante el notario en hoja suelta, ante el juez de primera instancia o sin intervención de funcionario alguno y en presencia solamente de 5 testigos, será necesario, antes de proceder a la ejecución del testamento, efectuar su protocolización.

Así lo dispone el art. 866 del Código de Procedimiento Civil y el propio art. 1020 del Código Civil.

El art. 415 del Código Orgánico de Tribunales define la protocolización como “el hecho de agregar un documento al final del registro de un notario, a pedido de quien lo solicita”.

De acuerdo al art. 417 del Código Orgánico de Tribunales, la protocolización de los testamentos deberá hacerse agregando su original al protocolo de los antecedentes que lo acompañan. Agrega el precepto que para protocolizar un testamento será suficiente la sola firma del Notario en el libro repertorio. En consecuencia, lo que se hará valer como testamento no será éste, pues él queda agregado al final del protocolo, sino que una copia de toda la diligencia de la protocolización dada por el notario, a petición de parte interesada.

b.5) Plazo para efectuar la protocolización.

En el Código Civil no existía plazo para efectuar la protocolización de esta hoja suelta otorgada ante funcionario público. El Código de Procedimiento Civil señaló que debía efectuarse en el menor tiempo posible después del fallecimiento del testador. Es el Código Orgánico de Tribunales, en su art. 420 Nº 2, el que dispone que protocolizados valdrán como instrumentos públicos los testamentos solemnes abiertos que se otorguen en hojas sueltas, siempre que su protocolización se haya efectuado a más tardar dentro del primer día siguiente hábil al de su otorgamiento. Con ello, se pretende resguardar la integridad y la autenticidad del testamento. La Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo que a juicio de Somarriva-Abeliuk es acertado, resolvió que el plazo fijado en el

número segundo del art. 420 del Código Orgánico de Tribunales, no se refiere a los testamentos otorgados ante cinco testigos.

Para dichos autores, el fallo se justifica ampliamente, pues si bien es cierto estos testamentos (ante 5 testigos) se otorgan en hoja suelta, no puede aplicarse el precepto citado (art. 420, número 2), porque antes de protocolizar el testamento es preciso proceder a su publicación. Y este trámite judicial se llevará a cabo una vez fallecido el causante, lo cual hace imposible cumplir el plazo exigido por el art. 420.

Distinta es la opinión de Rodríguez Grez. Hace notar este autor que la ley habla de testamentos otorgados en hojas sueltas, lo cual excluye aquél que se integra al protocolo público del notario. Por lo que, tanto el testamento otorgado ante funcionario competente como ante cinco testigos hábiles, debe protocolizarse en la forma que dispone el citado artículo. Si el testamento no se protocoliza en el término indicado (a más tardar al día siguiente hábil de su otorgamiento), puede protocolizarse después, pero no valdrá como instrumento público. Si muere el testador, debe protocolizarse previa orden judicial (art. 866 del Código de Procedimiento Civil); y si ha sido otorgado sólo ante testigos, para su ejecución deben cumplirse los requisitos de publicidad establecidos en el art. 1020, aun cuando se haya protocolizado dentro o fuera del plazo consignado en el art. 420 número 2 del Código Orgánico de Tribunales. Esta es la forma de asegurar la autenticidad y legitimidad del testamento. Si este ha sido extendido en el protocolo del notario no requiere de ninguna de esas exigencias para su ejecución porque es una escritura pública, dotada de las seguridades que de ella emanan.

Rodríguez Grez sintetiza la cuestión planteada en los siguientes términos:

Primero: si el testamento ha sido otorgado ante notario público e incorporado al protocolo público, el testamento no requiere de trámite alguno para su cumplimiento, después de fallecido el testador, y constituye un instrumento público.

Segundo: si el testamento ha sido otorgado ante notario en hojas sueltas o ante cinco testigos, debe ser protocolizado en el plazo que señala el art. 420 número 2 del Código Orgánico de Tribunales, y en tal caso valdrá como instrumento público y tendrá el mérito probatorio que le concede el art. 1700 del Código Civil. Al fallecimiento del testador, deberá ejecutarse sin otro requisito si se trata del testamento otorgado ante notario en hojas sueltas, o previo cumplimiento de los requisitos del art. 1020 (publicación), si se trata del testamento otorgado ante cinco testigos.

Tercero: si el testamento, en los casos anteriores, no ha sido protocolizado en el plazo a que se refiere el art. 420 número 2, no requiere de trámite alguno si ha sido protocolizado antes del fallecimiento del causante o después de su fallecimiento con orden judicial, siempre que se haya extendido ante notario, y se de cumplimiento a todos los trámites de publicación a que alude el art. 1020, cuando ha sido otorgado ante cinco testigos. En ambas hipótesis, sin embargo, el testamento no valdrá como instrumento público.

b.6) Declaraciones que debe contener el testamento abierto.

El art. 1016 se refiere a ellas. El art. 414 del Código Orgánico de Tribunales lo complementa, en el sentido de indicar que se expresará también la hora en que fue otorgado el testamento.

Se expresará en el testamento en consecuencia:

- 1º El nombre y apellido del testador.
- 2º El lugar de su nacimiento y su nacionalidad.
- 3º Si está o no vecindado en Chile y si lo está, la Comuna en que tuviere su domicilio.
- 4º Su edad.
- 5º La circunstancia de hallarse en su entero juicio. Al respecto, se ha resuelto que es solemnidad del testamento que el notario certifique que el testador se encuentra en su sano juicio, sin que ello signifique que, si el testamento es impugnado por demencia del testador, prime la certificación del notario respecto de la prueba que se rinda, ni tampoco que el notario por esta sola circunstancia tenga interés en el pleito.
- 6º Los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio.
- 7º Los nombres de los hijos habidos en cada matrimonio.
- 8º El nombre de cualesquiera otros hijos del testador, con distinción de vivos y muertos.
- 9º El nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos.
- 10º El lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.
- 11º El nombre, apellido y oficio del notario, si asistiere alguno.

b.7) Otorgamiento mismo del testamento abierto.

Se refieren a esta materia los arts. 1017 y 1018. El otorgamiento mismo del testamento abierto puede descomponerse en dos etapas: la escrituración y lectura del testamento y su firma.

1º Escrituración y lectura del testamento. Art. 1017.

El testamento, una vez escrito, es leído en alta voz por el funcionario que interviene en su otorgamiento, y si no interviene ninguno, o sea se trata de un testamento otorgado ante cinco testigos, por aquel de los testigos que designe el testador. Como ha declarado nuestra jurisprudencia, si interviene funcionario, a él le corresponde la lectura del testamento, el cual no puede ser leído por un testigo. También han dicho nuestros tribunales que es nulo el testamento otorgado ante cinco testigos en que no se indica cuál de estos debe leerlo.

La lectura del testamento es un acto continuo e ininterrumpido. Art. 1017, inc. final; art. 1015, inc. final. Respecto a esta solemnidad de la lectura del testamento, se presentó un problema que ha sido definitivamente resuelto por la jurisprudencia: la dificultad consistía en determinar si es necesario, para la validez del testamento, dejar constancia en éste de haberse cumplido con la solemnidad de su lectura.

Hubo quienes opinaron que es necesario dejar constancia en el testamento de dicha circunstancia, y daban como razón la siguiente: el testamento es un acto solemne y como tal debe bastarse a sí mismo, y esta exigencia no se cumple si él no da constancia de haberse cumplido con las solemnidades exigidas por la ley.

Pero más acertada es la doctrina contraria, como dice Somarriva, por dos razones:

a) Porque son dos cosas distintas la solemnidad y la prueba de la solemnidad. La solemnidad, en este caso, es que se lea el testamento, y dejar constancia de haberse cumplido dicha formalidad no es sino una manera de acreditarla.

b) Por una razón de texto legal: el art. 1019, al referirse al testamento del ciego (el cual sólo puede otorgar testamento abierto), exige expresamente que se deje constancia, en el testamento, de la circunstancia de haber sido leído. Si la ley, en este caso específico, exige

lo anterior expresamente, y nada dice en el art. 1017, es porque la regla general es la inversa, o sea, que basta la lectura del testamento, no siendo necesario que éste dé fe de ella.²²

La jurisprudencia se ha uniformado en torno de esta segunda doctrina. Aún más, ha declarado, como antes lo indicamos, que el testamento es nulo si se prueba no haber sido leído, a pesar de dejarse constancia en él que así se hizo. Este fallo no hace sino confirmar que una cosa es la solemnidad y otra muy distinta su prueba.

Se ha fallado también que determinar si el testamento abierto fue leído en alta voz por el notario es una cuestión de hecho del pleito, que no puede revisarse por la vía de la casación.

Finalmente, en este punto debe tenerse presente que en conformidad al inc. 1º del art. 1015, lo *“que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al escribano, si lo hubiere, y a los testigos”*.

Todo lo que hemos expuesto en este punto nos prueba, como dice Rodríguez Grez, que el testamento solemne es entre nosotros casi sacramental.

2º Firma del testamento.

Es la segunda etapa de su otorgamiento. Art. 1018.

Puede acontecer que el testador o alguno de los testigos no sepa o no pueda firmar. En el primer caso, se mencionará en el testamento tal circunstancia, expresándose la causa. No es necesario que alguien firme por el testador. La jurisprudencia es uniforme en todo caso, en el sentido que no es necesario expresar la causa por la cual el testador no pudo firmar, pues la exigencia legal es que se deje constancia de cuál fue el motivo por el cual no firmó: si porque no supo o porque no pudo, no siendo necesario expresar la causa por la cual no supo o no pudo hacerlo.

Distinta es la situación de los testigos, ya que, si alguno de ellos no sabe o no puede firmar, otro de los testigos firmará por él y a ruego suyo, expresándose así en el testamento. La Corte Suprema ha fallado que en tal evento no es posible que firme por el testigo un tercero extraño al acto testamentario, so pena de nulidad del testamento.

De lo dicho en este punto y en el anterior, es posible concluir que el testamento es un acto colectivo (deben estar presentes el testador, el escribano si lo hubiere y los testigos), continuado, ininterrumpido, formal y rubricado.

b.8) Por regla general, una persona puede otorgar a su elección testamento abierto o cerrado.

Queda al criterio del testador otorgar uno u otro, pero esta libertad tiene algunas limitaciones, pues hay ciertas personas que están obligadas a otorgar testamento abierto y otras que no pueden hacerlo, o sea, deben otorgar testamento cerrado.

1º Personas que están obligadas a otorgar testamento abierto.

a) El analfabeto: art. 1022.

Un fallo declara que es nulo el testamento cerrado otorgado por quien no sabe leer ni escribir, aun cuando sepa firmar.

²² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 219 y 220.

b) El ciego: art. 1019.

El testamento del ciego presenta algunas particularidades, que hacen excepción a las reglas generales; están indicadas en el art. 1019:

- El ciego, además de que debe testar nuncupativamente, no puede otorgar testamento solemne ante testigos exclusivamente, sino que es necesaria la presencia de un funcionario público (notario, juez de primera instancia) y tres testigos.
- Por regla general, el testamento se lee una sola vez, ya sea por el funcionario público, ya sea por uno de los testigos (art. 1017). En el caso del testamento del ciego, debe hacerse dos veces: la primera, por el funcionario público que interviene en el acto; la segunda, por un testigo elegido al efecto por el testador.
- En el testamento, se dejará constancia expresa del cumplimiento de la solemnidad de la doble lectura.

c) El sordo o sordomudo que pueda darse a entender claramente, pero no por escrito.

Se trata, según ya lo expresamos, del sordo o sordomudos que conoce la lengua de señas. Su testamento, también se contempla en el artículo 1019.

2º Personas que no pueden otorgar testamento abierto, es decir, están obligadas a otorgar testamento cerrado: art. 1024, inciso 1º.

a) El sordo o sordomudo que sólo puede darse a entender por escrito, o sea, que desconozca la lengua de señas.

b) El que no conociere el idioma del notario y testigos que concurren al otorgamiento del testamento, es decir, aquellos que no hablen castellano. Esta hipótesis se aplicará, usualmente, a los extranjeros que desconozcan la lengua castellana, pero también podría tratarse de un chileno que desconociera tal idioma, por ejemplo, por haber vivido desde su niñez en el extranjero, sin aprender el idioma de sus padres.

C) Testamento solemne cerrado o secreto.

c.1) Concepto.

Hemos dicho, conforme al Código Civil, que el testamento cerrado o secreto es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de las disposiciones testamentarias: art. 1008, inciso final. En verdad, más bien es aquél en que el ministro de fe (que no puede faltar) y los testigos desconocen las disposiciones del testador.

c.2) Personas ante quienes debe otorgarse.

Conforme al art. 1021, siempre debe otorgarse ante funcionario público y tres testigos.

c.3) Otorgamiento del testamento cerrado.

Conforme al art. 1023, el otorgamiento de testamento cerrado se descompone en tres etapas:

1º Escrituración y firma del testamento.

2º Introducción del testamento en un sobre o carátula que después será cerrado.

3º Redacción de la carátula del testamento.

1º Escrituración y firma del testamento.

Al respecto, pueden presentarse tres situaciones:

- a) Que el testamento esté escrito y firmado por el testador: no hay duda acerca de su validez.
- b) Que el testamento esté escrito a mano o por medios mecánicos o electrónicos dactilográficos por un tercero y firmado por el testador. También es inobjetable, pues lo que exige la ley es que el testamento esté a lo menos firmado por el testador.
- c) Que el testamento esté escrito de puño y letra del testador, pero no esté firmado por él. Al respecto, se plantea la discusión. La opinión dominante es que este testamento sería válido, pero en realidad, plantea Somarriva en términos algo dubitativos, la letra del precepto parece contrariar semejante interpretación, pues dice que el testamento debe estar a lo menos firmado por el testador.²³ Se ha alegado que la firma es necesaria como expresión de conformidad con lo que se ha escrito, como piensa Fernando Rozas Vial y otros. Distinta es la opinión de Rodríguez Grez. Afirma que la autenticidad del testamento -que es lo que interesa a la ley- no está en juego si faltare la firma.²⁴ Alfredo Barros Errázuriz y Luis Claro Solar sostienen asimismo que basta con que la memoria testamentaria esté escrita por el testador. Señala Rodríguez que el fundamento dado por Somarriva es insostenible, porque la ley dice otra cosa: “El testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador” (art. 1023, inciso 2º). Pretender negar valor a un testamento escrito de puño y letra por el testador es introducir una solemnidad que ninguna disposición ha contemplado y que, por el contrario, ha sido objeto de una expresa exclusión del legislador.

La jurisprudencia está dividida también. Un fallo sostiene que no es necesario que el testamento esté escrito y firmado por el testador, sino que puede ser lo uno o lo otro. El mismo fallo agrega que no es nulo el testamento que no está firmado, si la firma se ha puesto en la carátula. Otra sentencia declara nulo un testamento por no haber sido firmado por el testador, sino por un testigo a ruego suyo. La jurisprudencia ha determinado también que, si se otorga un testamento cerrado en dos ejemplares exactamente iguales, diciéndose que abierto uno quedará sin efecto el otro, el testamento es perfectamente válido.

2º Introducción del testamento en un sobre o carátula que luego será cerrado.

Escrito el testamento, el otorgante lo introduce en un sobre, el cual debe ser cerrado exteriormente, en términos tales que, si se quiere extraer el testamento, deba romperse la cubierta. Art. 1023, 3º.

Esta exigencia se justifica ampliamente, porque lo que caracteriza al testamento cerrado es, como su nombre lo dice, ser secreto. Por ello, la jurisprudencia ha determinado que, si se presenta un testamento cerrado con la cubierta del sobre violada, el testamento es nulo. En este caso, excepcionalmente la ley admite una hipótesis de

²³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 224.

²⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 112 y 113.

nulidad sobreviniente, es decir, no por hechos acaecidos al momento de otorgar el testamento, sino que ocurridos con posterioridad.

3º Redacción y firma de la carátula.

Una vez efectuadas las operaciones anteriores, debe redactarse la carátula por el notario. Comienza con el epígrafe “testamento” y a continuación deberá el notario expresar las siguientes circunstancias: asegurar que el testador se encuentra en su sano juicio; individualizar al testador (indicando su nombre, apellido y domicilio); individualizar a los testigos en la misma forma; indicar el día, mes y año del otorgamiento (art. 1023, 5º). Al igual que respecto del testamento abierto, el art. 414 del Código Orgánico de Tribunales exige también que se indique la hora en que se otorgó el testamento. Respecto a este último requisito, no hay unanimidad en la jurisprudencia acerca de la eventual nulidad del testamento, en caso de omitirse la designación de la hora en que se otorga. En fallo de la Corte Suprema de 1944, se concluye que hay nulidad; en otra sentencia, de la Corte de Apelaciones de Concepción, se concluye en sentido inverso. Rodríguez Grez adhiere a la segunda sentencia, señalando que el art. 1026 establece que la nulidad será la sanción por la omisión de “cualquiera de las formalidades a que deba respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes...”; ahora bien, la exigencia de indicar la hora está consignada en el art. 414 del Código Orgánico de Tribunales, y no, por ende, en un artículo “precedente”. Además, si no se pone en duda la identidad del testador, los testigos y el escribano, como dice la Corte de Concepción, no existe una razón seria para promover la nulidad.²⁵

La Corte Suprema ha dicho que la redacción de la carátula no requiere de fórmulas sacramentales.

El art. 1023, penúltimo inciso, dispone que termina el otorgamiento por las firmas del testador y los testigos y por la firma y signo del escribano (o juez de primera instancia, en su caso) sobre la cubierta.

De tal forma, en el testamento cerrado pueden existir dos firmas del testador: la del testamento mismo, que se discute si puede faltar o no, y la de la carátula, que es esencial.

En nuestra jurisprudencia, se ha discutido si puede suplirse la firma de la carátula por la impresión digital del testador, porque hay casos en que el testamento se otorga en última instancia y es imposible obtener la firma del otorgante. La Corte de Apelaciones, en fallo dividido, consideró que el testamento era válido, pero la Corte Suprema estimó que el testamento cerrado al cual le falta la firma en la carátula es nulo.

Somarriva, previniendo que la cuestión es discutible, afirma que la opinión que sostiene la validez del testamento es peligrosa, pues puede acontecer que el testamento, así otorgado, no responda a la voluntad exacta del testador. En cambio, la firma en la carátula asegura que el testamento corresponde al deseo del otorgante.²⁶

En relación a lo anterior y también en armonía con el fallo que concluía de que es nulo el testamento firmado por una persona a ruego del testador, otra sentencia acoge la nulidad de un testamento, cuya carátula fue firmada por un testigo a ruego del testador.

²⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 112.

²⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 226.

c.4) El otorgamiento del testamento cerrado debe ser ininterrumpido.

Así lo establece el último inciso del art. 1023. Por lo demás, se recoge aquí el mismo principio que a propósito del testamento abierto. Lo que pretende el legislador es el evitar que el testamento se otorgue por etapas, sino que por un acto único e ininterrumpido. Ello, para que la voluntad del testador se manifieste libre y espontáneamente y no se vea influenciada en manera alguna.

c.5) Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado.

Así como vimos que lo que constituye esencialmente el testamento abierto es el acto en el cual el testador hace sabedores a los testigos y funcionarios de las disposiciones testamentarias (art. 1015), lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando con toda claridad que tal instrumento contiene su testamento (art. 1023). Esta es la solemnidad más importante en el otorgamiento del testamento cerrado.

c.6) Testamentos de los que no pueden ser entendidos de viva voz.

Sabemos que según el art. 1024, 1º, el testador que no pudiese entender o ser entendido de viva voz, sólo podrá otorgar testamento cerrado, y que en esta expresión del precepto, se comprende al extranjero que no entienda el idioma del notario y los testigos. Dijimos también que si bien por regla general, las personas que no entienden el idioma del testador son inhábiles para ser testigos, dicha regla tiene su excepción precisamente en el caso de los testamentos cerrados a que se refiere el art. 1024.

Ahora bien, las personas citadas no pueden cumplir las formalidades generales del testamento cerrado antes vistas. El extranjero no podrá expresar de viva voz que en el sobre cerrado que lleva está su testamento. Tal caso es resuelto en el inc. 2º del art. 1024.

c.7) Personas que no pueden otorgar testamento cerrado.

Recordemos que están obligados a otorgar testamento abierto, los analfabetos (art. 1022), los ciegos (art. 1019) y los sordos o sordomudos que, conociendo la lengua de señas, no saben escribir (artículo 1019).

c.8) El testador puede llevarse el testamento o dejarlo en notaría.

El testador puede, a su arbitrio, llevarse el testamento cerrado que ha otorgado o bien dejarlo en custodia en la notaría. No hay al respecto exigencia legal alguna.

c.9) Apertura del testamento cerrado.

Fallecido el testador, para la ejecución de su testamento cerrado, es necesario proceder a la apertura del mismo, conforme lo preceptuado en el art. 1025 del Código Civil y en los arts. 868 y 869 del Código de Procedimiento Civil.

Según el art. 1009, la apertura del testamento cerrado se solicitará ante el juez del último domicilio del testador. Pero si el testamento se ha otorgado ante notario que no sea el del último domicilio del causante, podrá ser abierto ante el juez de la comuna a que

pertenezca dicho notario, por delegación del juez del último domicilio (art. 868 del Código de Procedimiento Civil).

En conformidad al art. 869 del Código de Procedimiento Civil, la apertura del testamento, al igual que la protocolización y publicación, puede pedirla cualquiera persona capaz de parecer en juicio. Y según el art. 1010 del Código Civil, cuando el juez haya de proceder a la apertura del testamento cerrado, se cerciorará previamente de la muerte del testador, salvo los casos de presunción de fallecimiento. Con este objeto, el interesado le exhibirá la partida de defunción del testador. Recordemos que el mismo trámite se exige para la publicación del testamento otorgado ante cinco testigos.

Recordemos también que dado que le interesa al legislador que el testamento se haga público y se cumpla, sanciona con una causal de indignidad para suceder, al que dolosamente ha detenido u ocultado el testamento, presumiéndose legalmente el dolo por la detención u ocultación. Art. 968 número 5. ¿Qué ocurre con aquél que destruye el testamento cerrado del causante? La ley no se pone en tal caso, pero parece razonable aplicarle la causal de indignidad del número 5, pues si se hace indigno quien “detiene” el testamento, con mayor razón debe serlo quien lo “destruye”, o, dicho de otra manera, quien de manera definitiva e irreversible, detiene el testamento al destruirlo.

En cuanto al procedimiento mismo de apertura del testamento, el juez citará al notario y a los testigos, quienes depondrán sobre los siguientes hechos:

- a) Reconocerán su firma y la del testador. Cabe señalar que se ha fallado que no es obstáculo para proceder al trámite de apertura del testamento, la circunstancia de que uno de los testigos no reconozca la firma del testador, puesto que la validez del testamento debe discutirse en juicio aparte.
- b) Reconocerán si el testamento está tal cual fue otorgado: si está cerrado, sellado o marcado como en el acto de la entrega. En otras palabras, verificarán que no existan señales externas de que el testamento ha sido violado.

Si faltan algunos de los testigos, los otros confirmarán las firmas de los ausentes. Si falta el notario o funcionario, será reemplazado para las diligencias de la apertura por el notario que ha sucedido a aquel ante el cual se otorgó el testamento. También podría designarse a un secretario de juzgado, como ha dicho la jurisprudencia.

En caso necesario y siempre que el juez lo estime conveniente, podrán ser verificadas las firmas del notario y testigos por la declaración jurada de otras personas fidedignas (art. 1025, Inc. final en relación con el art. 1020 inc. 4º). Ello, porque puede ocurrir, por ejemplo, que hayan fallecido el notario y los testigos, o que no comparezca ninguno de ellos. La jurisprudencia ha estimado que en tal evento el testamento no es nulo, pues el juez tiene la facultad de comprobar la autenticidad e integridad de aquél por otros testimonios auténticos.

También han declarado nuestros tribunales que no es necesario que la apertura del testamento se haga en un solo acto, pues un día pueden comparecer los testigos y otro el notario, por ejemplo. Tampoco es nulo el testamento si algunos testigos declaran en el juzgado del último domicilio del causante y otros reconocen su firma ante otro juez. Otro fallo va más allá y declara que los vicios que puedan cometerse en la apertura del testamento -por ejemplo, incompetencia del juez-, no acarrearán la nulidad del testamento. Simplemente, la diligencia será ineficaz y deberá repetirse subsanando sus vicios.

Nuestra jurisprudencia ha decidido también que no cabe oposición a la apertura del testamento. No existe interés alguno en dicha oposición, por cuanto la apertura no se pronuncia sobre la validez del testamento y deja a salvo las correspondientes acciones de nulidad.

Finalmente, en este punto, debe tenerse presente, como se ha fallado, que el funcionario llamado a autorizar el acta de apertura del testamento es el secretario del tribunal, pues se trata de una actuación judicial, y no el notario u otra clase de funcionario.

c.10) Protocolización del testamento cerrado.

Reconocidas las firmas y la integridad del testamento, se abre el sobre y el juez rubrica el testamento al principio y fin de cada hoja, y lo manda protocolizar ante el notario que lo autorizó o ante aquel que el juez designe. Según el art. 417 del Código Orgánico de Tribunales, además de protocolizarse el testamento, se protocolizan los antecedentes que lo acompañan, esto es, los trámites de la apertura.

Desde el momento de la protocolización, de conformidad al art. 420 número 1 del COT, el testamento adquiere carácter de instrumento público.

D) Del Registro Nacional de Testamentos.

La Ley Nº 19.903, publicada en el Diario Oficial de fecha 10 de octubre de 2003, creó un **Registro Nacional de Testamentos** (artículo 13º), que es público y se lleva en la base central de datos del sistema automatizado del Servicio de Registro Civil e Identificación, con las formalidades establecidas en el reglamento.

El artículo 14º dispone por su parte que el hecho de haberse otorgado o protocolizado un testamento deberá anotarse en el registro nacional respectivo, en la oportunidad establecida en el artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales. Este precepto, cuyo tenor fue reemplazado por la Ley número 19.903, establece a su vez:

“Artículo 439.- El hecho de haberse otorgado un testamento abierto o cerrado ante notarios u otros funcionarios públicos que hagan sus veces, deberá figurar, sin perjuicio de su inserción en los índices a que se refiere el artículo 431, en un Registro Nacional de Testamentos, que estará a cargo y bajo la responsabilidad del Servicio de Registro Civil e Identificación. Igualmente, deberán figurar en este registro todos los testamentos protocolizados ante notario. / Los notarios y los referidos funcionarios deberán remitir al Servicio de Registro Civil e Identificación, dentro de los diez primeros días de cada mes, por carta certificada, las nóminas de los testamentos que se hubieren otorgado o protocolizado en sus oficios, durante el mes anterior, indicando su fecha, el nombre y rol único nacional del testador y la clase de testamento de que se trata.”

Debemos tener presente que el Registro Nacional de Testamentos viene a reemplazar al Índice General de testamentos abiertos o cerrados otorgados ante Notario Público o funcionario que haga sus veces, creado por la Ley Nº 18.181 de 26 de noviembre de 1982, que se llevaba en el Archivo Judicial de Santiago. Los índices, disponía el anterior tenor del artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales, eran separados para los testamentos abiertos o cerrados, y sólo se exhibían por orden judicial o a petición de un

particular que hubiere acompañado el certificado de defunción que correspondía al otorgante del testamento. En relación a la confidencialidad o reserva con que debía conservarse este Índice general antes del fallecimiento del testador, nada dispone hoy la ley, de manera que debemos entender que se trata de un Registro público, sin restricciones para su consulta.

La ley Nº 19.903 establece en el inciso 2º del artículo 14º que el Registro Nacional de Testamentos contendrá las nóminas de los testamentos que se hubieren otorgado o protocolizado en los oficios de los notarios u otros funcionarios públicos que hagan sus veces, indicando su fecha, el nombre y rol único nacional del testador y la clase de testamento de que se trata. En relación a este precepto, cabe hacer las siguientes consideraciones:

- a) El testamento abierto que se otorga ante el notario y tres testigos, constituye una escritura pública, y en tal caso, no hay dificultades para que dicho ministro de fe, cumpliendo lo ordenado por el artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales, remita los antecedentes que a él se refieren, al Servicio de Registro Civil e Identificación;
- b) El testamento cerrado, necesariamente debe otorgarse ante el notario y tres testigos, siendo también una escritura pública (después de protocolizado) y operando lo mismo que dijimos en la letra precedente;
- c) Cabe la posibilidad –más bien teórica- de otorgar testamento “*en hoja suelta*” (o sea, no en el protocolo de un notario) ante el propio notario o ante un juez de primera instancia, caso en el cual ese testamento debe protocolizarse en vida del testador o después de su fallecimiento, requisito sin el cual no podrá procederse a su ejecución (artículo 866 del Código de Procedimiento Civil); para protocolizarlo, debe haber previa orden judicial; en estos casos, entonces, sólo después de la protocolización, el notario podrá cumplir con lo preceptuado por el artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales, remitiendo la información al Servicio de Registro Civil e Identificación.
- d) El testamento abierto otorgado sólo ante cinco testigos, vale decir otra clase de testamento otorgado “*en hoja suelta*”, debe publicarse y protocolizarse en la forma prevenida por el artículo 1020 del Código Civil (artículo 867 del Código de Procedimiento Civil). El juez competente para conocer de la publicación del testamento es el del último domicilio del testador, de acuerdo al artículo 1009 del Código Civil, en cuya virtud la apertura y publicación del testamento se harán ante dicho juez, salvo las excepciones legales. Puede pedir la publicación cualquier persona capaz de parecer en juicio (artículo 869 del Código de Procedimiento Civil). Fallecido el causante, se lleva su testamento abierto ante el juez designado, quien deberá previamente cerciorarse de la muerte del testador, salvo los casos en que ésta se presume (artículo 1010 del Código Civil). Para este objeto, el interesado exhibirá la partida de defunción del causante. Hecho esto, el juez cita a su presencia a los testigos del testamento para que reconozcan sus firmas y la del testador. Si alguno de los testigos está ausente, los presentes abonarán su firma; en caso necesario y siempre que el juez lo estime conveniente, las firmas del testador y de los testigos ausentes pueden ser abonadas por declaraciones juradas

de otras personas fidedignas. Reconocidas las firmas, el juez rubrica el testamento al principio y fin de cada hoja y lo manda protocolizar en una notaría. Ocurrido lo anterior, el notario podrá dar cumplimiento al artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales.

De esta manera, con el Índice General de testamentos abiertos o cerrados otorgados ante Notario Público o funcionario que haga sus veces, creado por la Ley Nº 18.181 del año 1982 y ahora con el Registro Nacional de Testamentos creado por la Ley número 19.903 del año 2003, se puede averiguar si el causante falleció testado o intestado. Antes, si no se tenía copia del testamento, había que recorrer todas las notarías e índices tratando de saber si el causante lo había otorgado o no. Con todo, subsiste un problema: si el testamento se otorgó sin presencia de funcionario público y sólo ante cinco testigos, no figurará en el Registro, sino una vez practicado el trámite de la publicación.

E) De la nulidad del testamento solemne.

e.1) La omisión de cualquier solemnidad del testamento acarrea su nulidad.

Así lo dispone el artículo 1026. De tal forma, por regla general, cualquier solemnidad que se omitiere en el testamento trae consigo la nulidad absoluta del mismo, lo que se justifica pues si el testamento es solemne, es con el fin de garantizar la voluntad libre y espontánea del testador. Por lo demás, el artículo 1026 no hace sino aplicar el principio general del artículo 1682, según el cual la omisión de algún requisito o formalidad exigido por la ley para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza, ocasiona nulidad absoluta.

En consecuencia, en todo lo no previsto por el Código Civil en materia de nulidad testamentaria, se aplican las reglas generales de la nulidad, pero como lo ha declarado la jurisprudencia, en caso de oposición, priman las normas del artículo 1026, por ser especiales para los testamentos.

Quiere decir entonces que para determinar cuándo el testamento es nulo y cuándo es válido, debemos examinar cada una de las solemnidades exigidas por la ley, ya que la omisión de cualquiera de ellas acarrea la nulidad.

Las principales causales de nulidad del testamento solemne son las siguientes: son nulos,

1º El testamento abierto o cerrado que no se otorga por escrito (en realidad, en este caso más bien hay inexistencia).

2º El testamento que no se otorga ante el número de testigos exigidos por la ley. En todo caso, como lo ha estimado la jurisprudencia, si se otorga ante un número mayor de testigos, el testamento es válido.

3º El testamento otorgado ante un funcionario que no sea de los autorizados por la ley para intervenir en dicho acto.

4º Cuando se infringen las reglas dadas por la ley para su otorgamiento. En consecuencia:

a) No tiene valor el testamento abierto que no es leído.

b) También es nulo si concurriendo un funcionario, no lo lee él sino algún testigo.

c) Respecto a si se debe dejarse constancia o no en el testamento abierto de haberse cumplido el trámite de la lectura, nos remitimos a lo dicho con anterioridad, cuando

tratamos del otorgamiento mismo del testamento abierto. Creemos que no es una causal de nulidad.

d) No es válido el testamento abierto en el cual no se deje constancia de que el testador no supo o no pudo firmar, aunque no es necesario expresar la causa por la cual no pudo o no supo hacerlo.

e) También es nulo si firma por algún testigo una persona extraña al otorgamiento del testamento.

f) Será igualmente nulo el testamento del ciego en que se infrinjan las solemnidades especiales exigidas por la ley, por ejemplo, dejar constancia de la doble lectura exigida por el artículo 1019.

g) Será asimismo nulo el testamento del sordo o sordomudo que conozca la lengua de señas, en que se infrinjan las formalidades previstas en el artículo 1019.

h) Respecto de la firma del testamento cerrado, nos remitimos a lo expresado a propósito de la escrituración y firma de estos testamentos y a la redacción y firma de la carátula.

5º Es nulo el testamento cerrado si aparece violada la cubierta del mismo.

6º Es nulo el testamento de las personas que estando obligadas a otorgar ya testamento cerrado, ya abierto, infringen dichas prohibiciones. Así, será nulo el testamento cerrado otorgado por un ciego o por un analfabeto y el abierto otorgado por un sordo o sordomudo que no sabe leer ni escribir ni tampoco entienda la lengua de señas.

En todo caso, como lo ha declarado nuestra jurisprudencia, un testamento no se ve afectado en su validez por los vicios cometidos en los trámites posteriores a su otorgamiento, relativos a su apertura y publicación. La diligencia respectiva será ineficaz y deberá repetirse corrigiendo sus vicios.

Como nos encontramos frente a una nulidad absoluta, ella puede ser declarada de oficio cuando aparezca de manifiesto, pedirse por el ministerio público o por todo el que tenga interés en ello. Se ha fallado que la nulidad sólo puede solicitarse por aquellos a quienes pasarían a pertenecer los bienes si el testamento se anula.

Todo lo que hemos dicho se entiende sin perjuicio de que el testamento solemne pueda ser anulado de acuerdo con las reglas generales de los testamentos, como acontecería con un testamento otorgado por un incapaz de hacerlo, o que fuera mancomunado, por ejemplo.

e.2) La omisión de las declaraciones del testamento no anula éste si no hay dudas sobre la identidad de las personas que intervienen en él.

Así lo dispone el artículo 1026, inciso 2º. No hay dudas de la identidad del testador, escribano y testigos.

El precepto se remite expresamente a las designaciones del artículo 1016 (las del testamento abierto), al inciso 5º del artículo 1023 (carátula del testamento cerrado) y al inciso 2º del artículo 1024 (testamento del que no puede ser entendido de viva voz).

En general, todas estas designaciones tienen por objeto identificar al testador y sus circunstancias personales, al funcionario y a los testigos, y de ahí que, si no existe duda alguna al respecto, no hay nulidad en caso de omisión.

Lo anterior, sin perjuicio de lo que acontece en aquellos testamentos que son al mismo tiempo escrituras públicas, en que hay nulidad de las mismas si no se identifica al testador en la forma prescrita en la ley.

También se refieren al lugar, día, mes y año del otorgamiento del testamento; su omisión tampoco acarrea la nulidad de este si no hay duda sobre la identidad de las personas que en él intervienen.

El requisito de designar el lugar y la hora en que se otorga el testamento tiene variantes particulares que examinaremos seguidamente.

e.3) Sanción por la omisión de la indicación del lugar de otorgamiento del testamento.

Tanto en el testamento abierto como en la carátula del testamento cerrado, el Código Civil exige que se indique el lugar del otorgamiento del testamento.

Al respecto, se ha discutido en la jurisprudencia qué se entiende para estos efectos por lugar: si el sitio específico en que se otorga el testamento (es decir, usualmente, el oficio del notario), una casa particular, un hospital, etc.

Un fallo estableció que no se refiere al lugar geográfico en que se otorga el testamento, sino la casa, oficina, establecimiento, etc., distinto del oficio del notario en que haya podido efectuarse, o sea, un sitio preciso. De tal modo, no hay necesidad de indicarlo si se otorga en el oficio del notario. Otros fallos, en cambio, declaran que lugar es aldea, ciudad o comuna. Así, no es preciso indicar por ejemplo que el testamento se otorgó en tal hospital, sino sólo la ciudad en que dicho establecimiento se encuentra. Esta es la tesis predominante en la jurisprudencia.

La jurisprudencia, igualmente, ha considerado en general que, si se omite la designación del lugar, el testamento no será nulo, si no existe duda acerca de la identidad de las personas que en él intervienen, de conformidad al artículo 1026, inciso 2º.

e.4) Sanción por la omisión de la indicación de la hora del otorgamiento del testamento.

El Código Civil no exige esta indicación, sino el artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales, tanto para los testamentos abiertos como cerrados. En consecuencia, la omisión de esta exigencia no cae en el artículo 1026. De ahí que el problema de la sanción por la omisión de la hora de otorgamiento del testamento se haya discutido y la jurisprudencia sea contradictoria.

La cuestión sin embargo se reduce a los testamentos abiertos otorgados en el protocolo del notario, pues a los demás testamentos abiertos no se les aplica el Código Orgánico de Tribunales, y el cerrado no es escritura pública. Hay quienes piensan que la nulidad no es aplicable y que sólo procederían las sanciones que la ley establece para los notarios que faltan a sus deberes. El testamento en sí mismo no sería atacable por esta sola circunstancia.

e.5) Situación por la habilidad putativa del funcionario.

La jurisprudencia es también vacilante respecto a la suerte de un testamento otorgado ante un funcionario cuyo nombramiento adolezca de vicios legales, generalmente ignorados. Así, por ejemplo, si se otorga un testamento ante un notario suplente designado por decreto, nombramiento que resulta ser nulo, por no haber sido

abogado el notario designado. La nulidad del nombramiento del notario, ¿Trae consigo la nulidad del testamento? La Corte Suprema, en una oportunidad, declaró que tal testamento era nulo, pues el vicio de la designación del notario se comunicaría al testamento, el cual habría sido otorgado ante notario incompetente. Somarriva critica este fallo, señalando que, si bien puede ser acertada desde un punto de vista estrictamente jurídico, trae consigo una serie de dificultades prácticas, pues obliga a los particulares a verificar en cada caso si la designación del funcionario cumple o no con los requisitos legales.

Por ello, señala que más adecuada a la vida real es otro fallo, también de la Corte Suprema, que declara que los vicios en el nombramiento del notario no repercuten en la validez del testamento. Este fallo no hace sino aplicar la doctrina de que el error común constituye derecho, pues si el notario ejerce su cargo públicamente y en definitiva resulta haber existido algún defecto en su designación, ignorado de todos, nos encontramos ante un caso típico de error común. Por otra parte, si el CC. dispone que la inhabilidad desconocida de un testigo no trae consigo la nulidad del testamento, parece justo llegar a la misma conclusión si el funcionario es inhábil por haber sido mal designado.²⁷

3.- Del testamento solemne otorgado en país extranjero.

Se refieren a esta materia los artículos 1027 a 1029. En conformidad a estos preceptos, el testamento puede otorgarse de dos formas:

- A) Testamento otorgado en conformidad a la ley extranjera. Artículo 1027.
- B) Testamento otorgado en conformidad a la ley chilena. Artículos 1028-1029.

A) Testamento otorgado en país extranjero en conformidad a la ley extranjera.

a.1) Requisitos de este testamento.

Conforme al art. 1027, tres son los requisitos que debe cumplir el testamento otorgado según la ley extranjera, para tener efectos en Chile:

1º Debe otorgarse por escrito.

Lo anterior, interpretando a contrario sensu el artículo 1027. estamos aquí ante una excepción al principio "Lex Locus regit actum".

2º Debe acreditarse que se han cumplido las solemnidades exigidas por la ley extranjera.

Por regla general, la prueba recae sobre los hechos, el derecho no necesita acreditarse, pues se presume que el juez lo conoce. Por excepción, hay ciertos casos en que la prueba recae en el derecho, como en el evento que se quiera aplicar en nuestro país la legislación extranjera.

3º Debe acreditarse la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria.

Recordemos que la autenticidad de un instrumento consiste, según el artículo 17, en el hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en él se expresa. Se prueba en conformidad a los artículos 345 y 345 bis, del

²⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 236 y 237.

Código de Procedimiento Civil, que regulan la legalización de las firmas de las personas que intervienen en el instrumento.

a.2) El art. 1027 aplica el principio "Lex Locus regit actum".

Este artículo constituye una aplicación de los artículos 17 y 18, el primero de los cuales consagra entre nosotros el principio universal citado: el testamento que se otorga en el extranjero, de acuerdo con las leyes del país respectivo, está bien otorgado, y la ley chilena le reconoce pleno efecto.

El artículo 1027 contiene sin embargo una excepción al principio citado, la que consiste precisamente en que el testamento ha de constar por escrito, no reconociendo valor al testamento verbal, cualquiera que sea su eficacia en el extranjero.

a.3) Validez en Chile del testamento ológrafo otorgado en el extranjero.

Algunas legislaciones, como la francesa, la argentina o la peruana²⁸, reconocen validez a los testamentos ológrafos, esto es, aquellos que han sido escritos, fechados y

²⁸ Dispone al efecto el Código Civil y Comercial argentino: "ARTÍCULO 2477.- Requisitos. El testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador. / La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto, excepto que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta. / La firma debe estar después de las disposiciones, y la fecha puede ponerse antes de la firma o después de ella. / El error del testador sobre la fecha no perjudica la validez del acto, pero el testamento no es válido si aquél le puso voluntariamente una fecha falsa para violar una disposición de orden público. / Los agregados escritos por mano extraña invalidan el testamento, sólo si han sido hechos por orden o con consentimiento del testador"; "ARTÍCULO 2478.- Discontinuidad. No es indispensable redactar el testamento ológrafo de una sola vez ni en la misma fecha. El testador puede consignar sus disposiciones en épocas diferentes, sea fechándolas y firmándolas por separado, o poniendo a todas ellas la fecha y la firma el día en que termine el testamento". Por su parte, el art. 2515 del mismo Código, se pone en el caso de destrucción del testamento ológrafo: "ARTÍCULO 2515.- Cancelación o destrucción del testamento ológrafo. El testamento ológrafo es revocado por su cancelación o destrucción hecha por el testador o por orden suya. Cuando existen varios ejemplares del testamento, éste queda revocado por la cancelación o destrucción de todos los originales, y también cuando ha quedado algún ejemplar sin ser cancelado o destruido por error, dolo o violencia sufridos por el testador. / Si el testamento se encuentra total o parcialmente destruido o cancelado en casa del testador, se presume que la destrucción o cancelación es obra suya, mientras no se pruebe lo contrario. / Las alteraciones casuales o provenientes de un extraño no afectan la eficacia del testamento con tal de que pueda identificarse la voluntad del testador por el testamento mismo. / No se admite prueba alguna tendiente a demostrar las disposiciones de un testamento destruido antes de la muerte del testador, aunque la destrucción se haya debido a caso fortuito"; el art. 2339, inc. 2º, consigna a su vez: "Si el testamento es ológrafo, debe ser presentado judicialmente para que se proceda, previa apertura si estuviese cerrado, a dejar constancia del estado del documento, y a la comprobación de la autenticidad de la escritura y la firma del testador, mediante pericia caligráfica. Cumplidos estos trámites, el juez debe rubricar el principio y fin de cada una de sus páginas y mandar a protocolizarlo. Asimismo, si algún interesado lo pide, se le debe dar copia certificada del testamento. La protocolización no impide que sean impugnadas la autenticidad ni la validez del testamento mediante proceso contencioso". Sobre el particular, en el último domicilio que habitó Carlos Gardel en Buenos Aires, en la calle Jean Jaures, del barrio de Abastos, hoy convertido en museo, puede leerse su testamento ológrafo, donde afirma haber nacido en Toulouse, Francia, aserción que, como se sabe, se ha puesto en duda por algunos. El artículo 707 del Código Civil peruano, por su parte, establece: "Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. / Para que produzca efectos debe ser

firmados de puño y letra por el testador, sin necesidad de cumplir otra solemnidad que la indicada. Nuestro CC. no reconoce validez al testamento ológrafo otorgado en Chile. ¿Tiene validez sin embargo en Chile el otorgado en el extranjero, cuando en el país respectivo la legislación lo admite?

Hay quienes piensan que tal testamento carece de valor en Chile, pues el artículo 1027 exige probar la autenticidad del testamento otorgado en país extranjero, lo cual evoca la idea de instrumento público.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria estima que son válidos en Chile, argumentando:

a) Porque la única exigencia de fondo que contiene el artículo 1027 para la validez en Chile, es que el testamento otorgado en el extranjero sea escrito y solemne, y el ológrafo cumple con tal requisito, encontrándose escrito, de puño y letra por el testador y fechado y firmado.

b) Nuestro CC. acepta en general el principio *lex locus regit actum* y, en consecuencia, si el testamento en referencia tiene valor según la ley del país en que se otorga, también lo tendrá en Chile. Es cierto que el artículo 17 aplica este principio sólo respecto de los instrumentos públicos, pero si el legislador lo declaró expresamente en este caso, fue solamente por ser el único que podía presentar dificultades. Lo confirma también la historia fidedigna del establecimiento de la ley, pues Andrés Bello tomó el artículo 17 del Código de La Louisiana, el cual se refiere a ambas clases de instrumentos.

La Corte Suprema ha reconocido la validez del testamento ológrafo otorgado en país extranjero.

B) Testamento otorgado en país extranjero en conformidad a la ley chilena.

b.1) Requisitos de este testamento.

Para que esta clase de testamentos tenga eficacia en Chile, el art. 1028 exige los siguientes requisitos:

1º El testador debe ser chileno o extranjero domiciliado en Chile.

2º Los testigos que intervienen en este testamento deberán ser chilenos o extranjeros domiciliados en la ciudad en que se otorgue el instrumento.

3º El testamento debe ser otorgado ante un cónsul o representante diplomático chileno. Están habilitados para esta función los Embajadores, los Encargados de Negocios, los Secretarios de Legación y los Cónsules. Se excluye expresamente a los Vicecónsules. En la práctica, estos testamentos se otorgan ante el cónsul chileno de la respectiva ciudad. Estos llevan un libro de los testamentos abiertos y de toma de razón de los cerrados. El testamento llevará el sello de la legación o consulado. Si el testamento no fue otorgado ante el jefe de Legación, llevará el visto bueno de este jefe; si el testamento fuere abierto, al pie, y si fuere cerrado, sobre la carátula. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y fin de cada página (artículo 1029, inciso 1º).

4º En lo demás, se observarán las reglas del testamento solemne otorgado en Chile.

protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador”.

b.2) Remisión de una copia del testamento o de la carátula a Chile.

El testamento otorgado en el extranjero en conformidad a la ley chilena deberá ser ejecutado en nuestro país; por ello, los últimos incisos del artículo 1029 reglamentan los trámites necesarios para cumplir dicho requisito:

1º El Jefe de Legación remitirá enseguida de haberse otorgado el testamento, una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado, al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Lo anterior quiere decir que el testamento abierto ha de otorgarse en dos copias.

2º El Ministerio, verificando la firma del Jefe de Legación, remitirá a su vez dicha copia al juez del último domicilio del causante en Chile (la ley habla de “difunto”, erróneamente).

3º El juez lo ordenará incorporar en el protocolo de un notario del mismo domicilio.

4º No conociéndose ningún domicilio en Chile al testador, será remitido el testamento o la copia de la carátula a un juez de letras de Santiago, para su incorporación en los protocolos de la notaría que el mismo juez designe.

5º El notario que lo reciba y protocolice, deberá incorporar los datos del testamento en la nómina a que se refiere el artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales.

b.3) Apertura del testamento cerrado.

Tratándose de un testamento cerrado, para ejecutarlo en Chile es preciso proceder a su apertura. Tratándose de uno otorgado en el extranjero generalmente será difícil la comparecencia del funcionario y testigos para que reconozcan sus firmas. En todo caso, de acuerdo al art. 1025, la falta del funcionario es suplida por el notario que el juez designe (inc. 3º). Este art., en el inciso citado, no se pone en el caso sin embargo que falten todos los testigos. Somarriva cree, ya que nada ha dicho el legislador, que deberá prescindirse de este trámite, y, en consecuencia, en presencia del notario que el juez designe abrirá el testamento y procederá a rubricarlo al principio y fin de cada página, y mandarlo protocolizar. Es la única forma de salvar el vacío legal.²⁹

²⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 241.