



UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO

## **TESIS**

# **“Análisis del testamento como instrumento de la manifestación de voluntad en Chile v/s un estudio comparado.”**

Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

ALUMNA: Lisbet Magdalena Añez Medina

Profesor Guía: Alejandro Alarcón

Santiago. Chile

2015

## **AGRADECIMIENTOS**

Primeramente, a DIOS por protegerme durante todo mi camino y darme fuerzas para superar obstáculos y dificultades a lo largo de toda mi vida.

A mi Familia, que a pesar de la distancia están siempre presentes con su apoyo espiritual.

A Luis, mi pareja, por tu constante colaboración, dedicación y comprensión. Amor que me acompañó en momentos difíciles de la carrera, que fue mi bastón, mi fuente de apoyo y con su fortaleza pude salir adelante con este proyecto profesional.

A mis compañeros de Carrera, por su amistad y colaboración en todas las instancias académicas las cuales hemos vivido en estos años esperando lograr todos, como un grupo consolidado a la meta final.

A la Universidad Miguel de Cervantes, casa de estudio, que me permitió poner en práctica todo mi potencial usando sus herramientas como son la planta docente, administrativos y personal auxiliar; permitiéndome adquirir todos los conocimientos sobre una base humanista y social que fue impartida por docentes de gran calidad humana.

## ÍNDICE

Introducción .....	Pág. 4
<b>CAPITULO PRIMERO: Generalidades sobre el testamento .....</b>	<b>Pág. 10</b>
1. Conceptualización .....	Pág. 10
2. Definición legal de testamento en otras legislaciones .....	Pág. 13
3. El testamento en la legislación chilena .....	Pág. 15
3.1. Características del testamento .....	Pág. 16
3.1.1. El testamento es un acto jurídico unilateral .....	Pág. 16
3.1.2. El testamento es un acto personalísimo .....	Pág. 16
3.1.3. El testamento es un acto jurídico solemne .....	Pág. 17
3.1.4. El testamento es un acto mortis causa .....	Pág. 17
3.1.5. El testamento tiene por objeto disponer de sus bienes ....	Pág. 18
3.1.6. El testamento es un acto esencialmente revocable .....	Pág. 18
3.1.7. El testamento es un acto a título gratuito .....	Pág. 18
3.1.8. El testamento es un acto espontáneo .....	Pág. 18
4. Fundamentos del derecho de testar .....	Pág. 20
5. La regla es la sucesión testada y no la intestada.....	Pág. 21
6. Naturaleza jurídica del testamento .....	Pág. 22
7. Perfección del testamento.....	Pág. 25
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: Requisitos internos del testamento .....</b>	<b>Pág. 27</b>
1. Generalidades .....	Pág. 27
2. Capacidad para disponer por testamento .....	Pág. 28

2.1 Que personas ´ pueden otorgar testamento .....	Pág. 31
2.2. Cuando se tiene capacidad de testar .....	Pág. 32
2.3. Por cual legislación se rige la capacidad .....	Pág. 34
2.4. De las capacidades en particular .....	Pág. 35
2.5. Algunas inhabilidades para otorgar testamento .....	Pág. 42
2.6. Situación jurídica del sordomudo .....	Pág. 44
3. La voluntad Testamentaria .....	Pág. 46

### **CAPITULO TERCERO: Estudio comparado “sistemas que**

**contemplan o no la Libertad de Testar”** Pág. 62

I. EL SISTEMA DE LIBERTAD DE TESTAR. ....	Pág. 62
II. SISTEMAS QUE NO CONTEMPLAN LA LIBERTAD DE TESTAR. ....	Pág. 68
1.- Sistema de distribución forzosa. ....	Pág. 68
2.- Sistemas de freno o de libertad restrictiva de testar. ....	Pág. 69
a) Sistema de legítimas puro. ....	Pág. 70
b) Sistema de legítimas y mejoras. ....	Pág. 70
i.- Aquella en que la mejora forma parte de la legítima. ....	Pág. 70
ii.- La mejora constituye una asignación distinta que la legítima ..	Pág. 71
y la porción de libre disposición.	

<b>CONCLUSIÓN</b> .....	Pág. 73
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	Pág. 75
<b>CÓDIGOS</b> .....	Pág. 77

# 1. INTRODUCCIÓN

Cuando oímos hablar de testamento, muchas veces nos parece un tanto lejano su cometido, ya que muchos desconocen su aplicación y naturaleza jurídica, y más su cometido, por tanto es relevante comenzar desde sus principios y tener en consideración que la institución de testar nació precisamente desde el origen de Roma, la Ley de las doce tablas solo mencionaba costumbres, si bien el testamento tiene sus orígenes desde antaño, su importancia ha variado en diversos lugares del mundo y es aplicada de acuerdo a la legislación vigente del lugar. El testamento romano ha sido calificado con entera justicia como “el más singular y duradero invento debido al genio jurídico romano”<sup>1</sup> y constituye una absoluta originalidad del derecho creado por ese pueblo. Por la importancia que fue adquiriendo con el paso del tiempo y su trascendencia familiar, económica y hasta política se lo consideró “el negocio más importante en la vida social y jurídica de Roma”<sup>2</sup> . No se encuentra entre los sistemas jurídicos de otros pueblos una institución siquiera parecida, aunque el desarrollo posterior de este particular negocio jurídico, haya terminado recortando sus características más exclusivas, acentuando cada vez más sus

---

<sup>1</sup> Castro Saenz, Alfonso en IV CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO, COLECCIÓN CONGRESOS DE LA UNIVERSIDADE DE VIGO, Tomo I pág. 213

<sup>2</sup> Bonfante, Pedro INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO, 4ª. Edición Editorial Reus, Madrid, 1965 pág. 142.

aspectos patrimoniales, hasta terminar casi convirtiéndolo en una mera donación *mortis causae*.-

Nuestra legislación trata el testamento en el Código Civil Chileno en su Título III del Libro III, y lo reguló de manera independiente a las reglas sobre familia y propiedad, no obstante, la íntima vinculación entre esas materias. No siguió pues al Código Civil francés, donde las normas sobre sucesiones y liberalidades se encuentran incorporadas en las reglas sobre transmisión de la propiedad. Pues don Andrés Bello siguió la legislación española que derivaba de las Partidas. La palabra testamento viene de "*testatio mentis*": testimonio de la voluntad. 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". (Artículo 999).

De acuerdo al patrimonio como atributo de la personalidad, toda persona tiene necesariamente un patrimonio. Al morir, ese conjunto de relaciones jurídicas y de situaciones jurídicas -activas y pasivas- de índole pecuniaria (patrimonial), pasará a los herederos. La sucesión por causa de muerte implica, desde ese punto de vista, una verdadera subrogación personal, pues los herederos pasan a ocupar el lugar jurídico del difunto.

El hombre en el transcurso del tiempo ha tenido la intención de salvaguardar su patrimonio con el objeto de transmitirlo a las personas que designe su voluntad. Para lograr dicha transmisión plasmó su mandamiento en un instrumento de

carácter jurídico que al momento de su muerte surtiría los efectos necesarios para hacer valer sus pretensiones.

Ese instrumento que surge como protector de la declaración de voluntad de una persona es el testamento, el cual es investido de ciertas formalidades para otorgar la certeza de cumplimiento de la voluntad de aquel del cual emana.

En la sucesión por causa de muerte se encuentran involucrados intereses muy complejos;

1. Desde luego, el interés del difunto, interés en virtud del cual éste puede disponer de parte de sus bienes para que tengan pleno efecto después de sus días.
2. En segundo lugar, el interés familiar, que se manifiesta en las asignaciones forzosas, y que se justifican porque el causante hizo su patrimonio en vida con la colaboración de su núcleo familiar.
3. Y, en tercer lugar, en interés social, que se manifiesta en que el último en heredar es el Fisco y en que además la sucesión por causa de muerte debe pagar eventualmente un impuesto.

La libertad de testar se encuentra limitada sólo si el causante al morir dejó asignatarios forzosos. Si dejó "legitimarios", que son una especie dentro del género de los asignatarios forzosos, necesariamente quedará reservada una mitad del acervo partible ("mitad legitimaria") a ellos. El causante sólo podrá disponer de la mitad de libre disposición restante. Si además dejó descendientes legítimos o hijos

naturales, personalmente o representados por su descendencia legítima, quedará aún más restringido porque una de las dos cuartas partes restantes, quedará reservada para mejorar a ciertos parientes, pudiendo, entonces, disponer libremente sólo de una cuarta parte de libre disposición.

Un análisis del derecho comparado nos permite apreciar diversas formas de concebir el sistema sucesorio, en lo que a la disposición por causa de muerte, a través del testamento, se refiere. Así, la extensión que se da a libertad del causante para disponer de sus bienes puede ser mayor, si nos encontramos ante un sistema de libertad de testar; o, por el contrario, es menor, si nos encontramos ante un sistema de freno o límite a la libertad de testar; o bien, en uno de sucesión forzosa. Justamente, en estos últimos dos casos es posible encontrar una confusión en lo que la doctrina ha ido clasificando, en relación a los diversos sistemas sucesorios.

También es importante afirmar que hoy no existe un sistema sucesorio de absoluta libertad de testar, ni tampoco un sistema de absoluto freno o delación forzosa de la herencia. Estos sistemas se han ido atenuando, estableciéndose sistemas con predominio de la libertad de testar y sistemas con predominio de la limitación de disposición por causa de muerte o de delación legal. Como indica Allegre “Pero las legislaciones que deben adaptarse al temperamento, a los modos, a las costumbres, no consagran casi nunca uno de estos regímenes en su rigor teórico; lo combinan siempre más o menos, y, sin concederle al padre de familia su absoluto derecho de regular su sucesión, sin quitarle tampoco toda libertad, designan algunos herederos a quienes reservan una parte del patrimonio, dejándole

la libre disposición sobre el resto al testador”.<sup>3</sup> Dentro de los países que adoptaron el sistema de libertad de testar encontramos a Inglaterra, algunos Estados de los Estados Unidos de América, Canadá, Nueva Zelanda, Australia. Además, es posible citar países latinoamericanos como México, Costa Rica, Guatemala, Panamá, Nicaragua, Honduras y El Salvador. Contario a este sistema encontramos, el Código Civil francés, el belga, el de Venezuela, el Código Civil de República Dominicana y el Código Civil de Italia.

Este trabajo tiene por finalidad dar a conocer al lector la importancia de la institución jurídica del testamento, buscamos permitir al lector reflexionar sobre la importante que reviste el hecho de testar, de ofrecer al sujeto la posibilidad definida de señalar su voluntad libre y espontánea del destino que deberá darse al momento de su muerte, a sus bienes, posesiones, derechos, obligaciones, aspiraciones, etc., en resumidas cuentas a su patrimonio, patrimonio que de cualquier forma es y será acumulación de sus esfuerzos, de sus luchas, de sus metas y objetivos trazados en el devenir de la vida, y que podría llegar a ser contraria a su filosofía de vida, en relación a que persona extraña definiera la aplicación de su patrimonio, en muchos casos contraria a la auténtica intención del autor de la sucesión, algo que parece ser poco concebido para algunos y otros no, he ahí la gran relevancia y trascendencia de nuestro estudio y análisis. La esperanza de vida ha aumentado en mujeres hasta los ochenta años y en los hombres hasta los setenta y cinco años,

---

<sup>3</sup>

ALLEGRE, M. Le Chanoine, Liberté de tester et le Code Civil, Delhomme et Briguët, Éditeurs, Paris, 1892, p. 2.

por tanto vemos la importancia de testar, su implicancia legal en el patrimonio de cada individuo, por tanto es menester ampliar esta visión y mirar al mundo y su forma de aplicación.

Esta tesis tiene como objetivo conocer a tan importante institución, como es el ejercicio de testar en nuestro país, saber sus fundamentos y manera de aplicación en Chile, pues pretendemos a través de esta investigación lograr ser un aporte a la discusión, dar las herramientas necesarias para que el lector se pueda formar su propia opinión, las cuales sin duda son múltiples y todas muy respetables, pues es por esto que a su vez nos valdremos de un estudio comparado que permita dilucidar dos formas diferentes de aplicación en cuanto a la libertad de testar, lo cual enriquece a cada persona.

Las preguntas planteadas en esta investigación son ¿Qué es el testamento? ¿Cuáles fueron los argumentos que utilizó el legislador para la creación del testamento? ¿Quiénes pueden testar en Chile? ¿Cómo actúa el testamento en otra legislación diversa?

## CAPÍTULO PRIMERO:

### GENERALIDADES SOBRE EL TESTAMENTO

#### 1. CONCEPTUALIZACIÓN.

Etimológicamente la palabra testamento, según unos, tiene su origen en la voz latina “*testamentum*”, que significa declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de sus bienes y de asuntos que le atañen para después de su muerte; Según otros, tendría su origen en la frase latina “*testatio mentis*”; que son dos palabras del latín, que quieren decir, en romance, testimonio de la voluntad del hombre, y de estas palabras fue tomado el nombre del testamento, porque es una declaración de voluntad hecha delante de testigos y concurriendo las demás solemnidades legales.

En las definiciones que encontramos en las fuentes romanas. Modestino, 1,1, Digesto. 28,1<sup>4</sup> “Justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada uno quiere que se haga después de su muerte.” (*Voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem summa fieri velit*). Esta definición puede ser considerada como imprecisa y corta, desde que nada dice de los elementos esenciales del testamento, como de su revocabilidad. Además, no indicaba la necesidad de que contuviese la designación de un heredero. Ulpiano Reg. XX 1: “Una justa declaración de nuestra mente hecha solemnemente para que valga después de la

---

<sup>4</sup>

DIGESTO. 1972. Pamplona. Editorial Aranzadi. T. II. Libros 20-36. Versión castellana por A. Dors y otros. p. 285.

muerte”. (*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat*). Esta definición adolece de las mismas deficiencias de la de Modestino, desde que nada expresa sobre la revocabilidad del testamento ni sobre su carácter especialmente patrimonial o de bienes. Además estas definiciones no correspondían con el genuino concepto del testamento en el Derecho Romano, ya que este no designaba sólo lo que se quería que se hiciese después de la muerte. En el Derecho Romano es fundamental la institución de heredero.

El tratadista De Ruggiero expresa que el testamento, es un “acto esencialmente unilateral, espontáneo y revocable. El testamento es la disposición de última voluntad con que una persona determina el destino de su patrimonio después de su muerte y regula las relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva ya; esta voluntad se hace efectiva cuando el sujeto no existe y por ello precisamente más que cualquiera otra declaración impone este respeto y exige obediencia”.<sup>5</sup>

Por otra parte en la obra *Practica de testamentos*,<sup>6</sup> señala que el testamento, “es una legítima determinación de nuestra voluntad, por medio de la cual disponemos para después de nuestra muerte, de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con institución directa de heredero”.

---

<sup>5</sup> DE RUGGIERO. Roberto. 1945. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid. España. Editorial Reus. T.I. p. 288

<sup>6</sup> MURILLO VELARDE. Pedro. 1869. *Practica de testamentos en las que se resuelve los casos más frecuentes que se ofrecen en las disposiciones de últimas voluntades*. México. Librería de Rosa y Boubet. p. 10

La principal característica es que el testamento debía designar a una persona como heredero, a diferencia de nuestro Código Civil que el testamento no requiere tener designada una persona como heredero para que valga.

El Proyecto Español de 1851 lo definía como el “acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte a favor de una o más personas (artículo 555), definición muy semejante a nuestro artículo 999 del Código Civil.<sup>7</sup> En esta definición se recogen los caracteres típicos del testamento esto es, la revocabilidad, referencia a bienes propios y el carácter mortis causa de la disposición. Sobre ello se añade el carácter solemne y los innecesarios conceptos de que el testamento puede abarcar todos o parte de los bienes y beneficiar a una o más personas.

El testamento es un acto jurídico consistente en la manifestación que hace una persona acerca de la suerte que han de correr sus bienes, obligaciones y derechos después de su muerte; pero no toda manifestación de voluntad para después de la muerte, sobre tales cosas, constituye un verdadero testamento, pues para eso se precisa que esa manifestación reúna ciertos caracteres esenciales.

## **2. DEFINICIÓN LEGAL DE TESTAMENTO EN OTRAS LEGISLACIONES.**

---

<sup>7</sup>

DOMÍNGUEZ B. y DOMÍNGUEZ A. 1998. Derecho Sucesorio. Editorial Jurídica de Chile. T. I.p. 322.

2.1. **España:** El Código Civil Español lo define en el artículo 667, como: “el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento”.

La doctrina española unánimemente ha criticado esta definición, llegando a calificarla de inútil, incompleta e inexacta, ya que prescinde de los caracteres esenciales del testamento y porque sólo se refiere a las disposiciones patrimoniales y no a las extrapatrimoniales, como las declaraciones sobre las relaciones de familia.<sup>8</sup> A favor del legislador español podemos decir que este complementa la definición anterior con otros preceptos del Código. Así señala el carácter unilateral en el artículo 669, el carácter personalísimo en el artículo 670; el carácter solemne en el artículo 687 y el carácter revocable en el artículo 737.

2.2. **Francia:** El Código Civil Francés en el artículo 895 dice que “el testamento es un acto por el cual dispone el testador para el tiempo en que ya no exista, del todo o parte de sus bienes, pero que puede revocar”.<sup>9</sup>

2.3. **Italia:** El artículo 759 del Código Civil Italiano señala que: “el testamento es un acto revocable en virtud del cual una persona dispone para después de su muerte

---

<sup>8</sup> ESPÍN, Diego. 1959. Derecho Civil Español. Madrid. España. Editorial Revista de Derecho Privado.T. V. Opinión de Sánchez Román. p. 238.

<sup>9</sup> CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. 1982-1983. París. Francia. Editorial Dalloz.

y según las reglas establecidas por la ley de todo o parte de su patrimonio a favor de una o de varias personas”.<sup>10</sup>

2.4. **Argentina:** El artículo 3607 del Código Civil Argentino dispone “El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte.”<sup>11</sup>

2.5. **Colombia:** El Código Civil Colombiano en el artículo 1055 define testamento, definición que es idéntica a la nuestra, esto se debe que por ley N° 57 de 1887 se adoptó para toda la República de Colombia, el Código Civil Chileno compuesto por Andrés Bello, calificado por la doctrina de ese país como un “gramático y humanista insigne y un legislador insuperable.”<sup>12</sup>

2.6. **Uruguay:** El artículo 779 señala que, “el testamento es un acto esencialmente revocable, por el cual una persona dispone, conforme a las leyes, del todo o parte de sus bienes, para después de su muerte.”<sup>13</sup>

### 3. EL TESTAMENTO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

---

<sup>10</sup> CÓDIGO CIVIL ITALIANO-1979. Milán. Italia. Editorial Ulrico Hoepli.

<sup>11</sup> CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. 1991. Buenos Aires. Argentina. Editora AZ

<sup>12</sup> HAMILTON D., Carlos. 1970. Manual de Historia del Derecho. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 125. Ortega Torres, Jorge. 1950. Código Civil Colombiano. Bogotá. Colombia. Editorial Temis.

<sup>13</sup> CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE URUGUAY. 1979. Montevideo. Uruguay. Editorial Barreiro y Ramos

Nuestro Código Civil, al definir el testamento, inspirado en el racionalismo del siglo XIX, se aleja del criterio de las Partidas en virtud del cual no había sucesión sin heredero. Al igual que la mayor parte de las legislaciones, estas definiciones no cambian substancialmente, caracterizando al testamento como un acto de disposición de bienes para cuando el otorgante haya fallecido, y de naturaleza esencialmente revocable.

En el Libro III, Título III, artículo 999 del Código Civil, señala que: “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”.

Esta definición es completa, pero incurre en una imperfección al señalar que el testamento puede ser más o menos solemne, en virtud del cual el acto testamentario es siempre solemne, y lo que ocurre que en cierta clase de testamentos esas solemnidades pueden ser más complejas, y de ahí puede decirse que los otros testamentos son menos solemnes en la cual se omiten ciertas exigencias formales, sin dejar de ser solemnes.

### 3.1. CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO.

Del análisis de la definición del Código Civil y consagrada en el derecho universal, se desprenden las principales características del acto testamentario, ellas son:

#### 3.1.1. El testamento es un acto jurídico unilateral.

El testamento es un acto jurídico unilateral, porque se perfecciona por la sola manifestación de voluntad del testador, sin que pueda intervenir otra persona. Al respecto el artículo 1003, inciso 1º del Código Civil señala, “El testamento es un acto de una sola persona”. Agrega en su inciso 2º que “serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona”. Por lo tanto, la ley prohíbe los testamentos denominados conjuntos, mancomunados o de hermandad.

### 3.1.2. El testamento es un acto personalísimo.

El artículo 1004 del Código Civil dispone: “La facultad de testar es indelegable”. Esto indica que en el testamento no cabe la representación; el legislador exige que quien otorga el testamento lo haga personalmente y sin intervención de otra u otras personas en el acto de testar. El testador incluso no puede facultar a otra persona para completar, siquiera en parte, esa voluntad artículos 1060 y 1063. La indelegabilidad supone que la voluntad testamentaria debe provenir de la misma persona del testador, directa e indirectamente.<sup>14</sup>

### 3.1.3. El testamento es un acto jurídico solemne.

Se llama acto solemne, aquel en que la voluntad no consigue el efecto jurídico deseado, sino se manifiesta en las formas prescrita por la ley. El testamento es

---

<sup>14</sup>

CICU, Antonio. 1959. El Testamento. Madrid. España. Editorial Revista de Derecho Privado. p.16

solemne porque la voluntad testamentaria debe cumplir ciertas formas establecidas por la ley, bajo pena de nulidad sino se cumplen. Las solemnidades que tienen que cumplir los testamentos pueden ser mayores o menores, pero como ya se dijo anteriormente, no dejan de ser solemnes. Los testamentos con menos solemnidades son los llamados “privilegiados”, el fundamento de este tipo de testamentos radica en una circunstancia extrema de peligro de muerte en que se encuentra una persona, la cual no ha hecho testamento con anterioridad, sus formalidades externas sólo tienen por objeto asegurar que lo expresado por el testador sea realmente su voluntad.

#### 3.1.4. El testamento es un acto mortis causa.

El testamento es un acto en que el testador dispone para después de su muerte. La muerte del autor constituye un elemento esencial para que se produzcan los efectos jurídicos deseados. Mientras el fallecimiento no ocurra el testamento como acto dispositivo no produce efecto alguno, ya que en él la muerte es causa no sólo del ejercicio, sino de la existencia de los derechos que de él resultan. El testamento esta llamado a producir pleno efectos después de la muerte del causante. Cuando el legislador habla de “pleno efectos”, da lugar a pensar que, en vida del causante, el testamento no produce ningún efecto. Esto no es lo que el legislador quiso decir, pues las “declaraciones” (no se dispone de bienes) que el otorgante hace en el testamento producen pleno efecto en vida del testador como, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo otorgado por una persona en un testamento abierto.

3.1.5. El testamento tiene por objeto disponer de los bienes del testador.

El artículo 999 del Código Civil señala que, el testamento es un acto por el cual se dispone de los bienes, ya sea del todo o parte del patrimonio. Pero este acto de disposición no es de la esencia del testamento, porque la ley permite que el testamento contenga disposiciones no patrimoniales y declaraciones no dispositivas y aún más, es posible que contenga sólo declaraciones, algunas revocables como la designación de un albacea y otras irrevocables como el reconocimiento de una deuda o de un hijo.

3.1.6. El testamento es un acto esencialmente revocable.

Está establecido en la definición del artículo 999 que, el testamento se puede revocar durante la vida del causante. Solo con la muerte del causante adquiere el carácter de irrevocable. Por eso se le llama "acto de última voluntad". El artículo 1001 dispone al respecto. "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo, de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas". La revocabilidad asegura la libertad de testar.

3.1.7. El testamento es un acto a título gratuito.

Las disposiciones a favor del instituido son a título gratuito, es decir, el instituido adquiere la asignación sin necesidad de una contraprestación de su parte. Pero no excluye que el testamento tenga conexión con una prestación de otro al testador, cumplida o a cumplirse, o de una carga interpuesta al heredero respecto del

testador. Esta conexión no perjudica el acto mientras no se trate de un pacto sobre sucesión futura.

#### 3.1.8. El testamento es un acto espontáneo.

Toda la regulación jurídica del testamento tiende a asegurar que es un acto espontáneo, deliberado y libre. Por eso es unilateral, revocable y personalísimo. El mismo fin se persigue prohibiendo el pacto de sucesión futura. Así si hay un vicio que afecte la voluntad del testador, ese testamento será nulo.

### **4. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE TESTAR.**

Los fundamentos filosóficos de testar, han sido siempre materia de controversias entre los jurisconsultos y comentaristas. Diversas escuelas filosóficas, discuten y formulan teorías para establecer el derecho de testar, entre ellas merece especial mención la que sostiene que es de derecho natural y la que dice que es una creación de la legislación positiva.

Los primeros dan como razón fundamental el de ser una institución tan antigua y estar tan arraigada en la conciencia humana la idea del derecho que tiene una persona a disponer de sus bienes para después de sus días. Por ser una institución universal y antigua no puede menos de tener su procedencia en el Derecho natural mismo. Entre estos autores podemos citar a Laurent, Troplong, Grotius, Demolombe y otros.

Distinta es la opinión de los que sostienen que su procedencia es la legislación civil. Señalando que es una concesión de la ley basada en criterios económicos y sociales. Estas consideraciones se impondrían al legislador, pues no existiendo este derecho no habría estímulo alguno en la familia por el ahorro, si se supiera que de las economías no se va a poder disponer para después de la muerte. Entre los autores que apoyan esta tesis podemos mencionar a Merlín, Montesquieu, Rousseau, Kant y otros. Esta última teoría es que adopto, es decir, considero al testamento como una realidad histórica, consustanciada con la estructura social y jurídica alcanzada por el hombre. Se pretende dejar en manos privadas las fortunas y patrimonio acumulado por las personas, asegurando así la libertad de las personas y asegurando el progreso. No es posible que a la muerte de una persona su patrimonio quede en manos de nadie o que sea res nullius o entren en liquidación para que el Estado se beneficie con el saldo. Por lo tanto, si debe haber un sucesor de esos bienes, la ley ha consagrado una experiencia histórica, que puede designarlo directamente, dentro del círculo de parientes del de cuius, o puede delegar en éste la disposición total o parcial de su herencia. Cualquiera sea la opción o la combinación que de dichas posibilidades haya, el derecho de testar no es un derecho natural, en el sentido de categoría eterna y absoluta, que se imponga al ordenamiento positivo, prefijándole necesariamente su contenido.

El fundamento del derecho de testar es simplemente que puede el causante disponer de sus bienes durante su vida, el cual es inherente al derecho de propiedad.

## **5. LA REGLA ES LA SUCESIÓN TESTADA Y NO LA INTESTADA.**

De acuerdo al artículo 980, “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 en sus disposiciones”. De esto se desprende que la sucesión intestada es supletoria de la sucesión testada. Esta constituye la regla general ya que la sucesión intestada se aplica solo cuando el causante no ha dispuesto de su patrimonio. Pero esta preeminencia es meramente formal porque la voluntad del testador está subordinada a la finalidad que la ley le asigna al testamento, que es de asegurar la transmisión de bienes por causa de muerte, en esta materia no rige el principio de la autonomía de la voluntad, el testador no puede disponer libremente de sus bienes.<sup>15</sup> Esto se debe a la existencia de las asignaciones forzosas que limitan la libertad de testar.

## **6. NATURALEZA JURÍDICA DEL TESTAMENTO.**

El testamento de acuerdo a las definiciones, la mayoría de la doctrina lo califica, como una expresión de autonomía privada y específicamente como un negocio jurídico<sup>16</sup>. Domínguez señala que aunque el artículo 999 lo calificó como un acto, el

---

<sup>15</sup> DOMÍNGUEZ B y DOMÍNGUEZ A. 1990. Derecho Sucesorio. ob. cit. p. 321

<sup>16</sup> PLANIOL, Marcel. 1904. Clasificación de las fuentes de las obligaciones. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Primera Parte p. 75. Contrario a la doctrina mayoritaria, se manifiesta algunos autores franceses como Planiol e italianos como Cimbaly. Quienes sostienen que el testamento es un contrato porque para que surta efecto precisa de acuerdo de voluntades del heredero y el testador. En este sentido Planiol señala “ La aceptación de una herencia o de un legado es en verdad un contrato en el cual las dos voluntades en lugar de ser coetáneas se suceden con intervalo; es la voluntad del testador la que hace después de su muerte, una oferta a su legatario: Es un acto de la misma naturaleza del contrato: si las dos voluntades no coinciden en el tiempo, concurren sin embargo por sucesión y

testamento es un negocio jurídico, por cuanto la voluntad del testador está enderezada a producir los efectos por él deseados, y que son los que ha tenido en vista al otorgarlo.<sup>17</sup> Este negocio jurídico es claramente unilateral, cuyos efectos se producen al momento de la muerte del autor, razón por la cual es un negocio adscrito al tipo *mortis causa*, de lo anterior hay que tener en cuenta que algunos autores difieren de que el testamento produce sus efectos a la muerte del autor, esto ya que puede ser eficaz parte de su contenido en vida del causante, como el reconocimiento de un hijo. La respuesta dada por los autores que señalan que el testamento es un negocio jurídico que produce sus efectos después de la muerte del causante, es que la constatación del hecho, nada tiene que ver con el negocio, cuya eficacia se remite al momento del fallecimiento del autor. Sobre este punto la doctrina mantiene dos posturas; según unos es un negocio jurídico imperfecto o *in devenire*, es un plan futuro, según otros es un negocio jurídico perfecto y lo único que sucede es que su eficacia se encuentra diferida.

La consecuencia de aceptar una u otra posición puede ser importante, como se desprende de los siguientes ejemplos: a) El causante ha hecho un testamento en favor de una persona que se encontraba en cierto estado, como su “cónyuge”, ella muere y el testador contrae nuevamente matrimonio, esta segunda esposa puede

---

encadenamiento, a producir un efecto de derecho igualmente deseado por ambas partes y que resulta del acuerdo de que establece entre ellas”.

<sup>17</sup> DOMÍNGUEZ B Y DOMÍNGUEZ A. 1990. Derecho Sucesorio. ob. cit. p. 325. Domínguez desarrolla toda su teoría sobre la base de considerar que el testamento es un negocio jurídico. Este negocio es *mortis causa* es decir aquellos en que la muerte del autor constituye un elemento esencial para que se produzcan los efectos jurídicos deseados.

fácilmente subsumirse en la anterior declaración, por referirse tan solo a su estado, la cual lleva al testador a no hacer nuevo testamento, en este caso si aceptamos la primera postura la beneficiaria de la disposición sería la segunda esposa, ya que al ser un negocio jurídico imperfecto ella ingresaría con la no modificación del testamento, mientras si aceptamos la segunda postura, esta segunda esposa no podría ingresar al testamento, por ser el negocio perfecto y estar hecha la declaración a favor de una persona distinta, por lo que sería necesario un nuevo testamento. b) se ha emitido una primera declaración testamentaria y luego se ha expresado verbalmente una voluntad contraria, sin revocar formalmente la anterior declaración testamentaria; en este caso, según que se acepte la primera o segunda postura, valdría o no esta declaración testamentaria.

En conclusión, el gran problema radica, pues en saber si se debe atender a la voluntad del testador o se debe preferir la seguridad del mundo jurídico. Según mi opinión, se debe optar por la segunda posición, por la razón que la transmisión sucesoria por razón de un testamento es un derecho que emana de la ley y no de la voluntad, por ello está sujeto a la ley. Además, la voluntad es una entidad abstracta y abstraída, que viene a identificarse o llenarse con el capricho ocasional del intérprete. Como la voluntad fabrica el testamento sin sujeción a nada, quien hace un testamento en beneficio de “mi cónyuge” ha de saber que su expresión tendrá un momento de perfección, que es la muerte del testador, y el causante debe también prevenir que puede quedar viudo y luego volver a contraer matrimonio. Por tanto, si en el testamento no se expresa la adjudicación en beneficio de Karina, mi

cónyuge, sino que solo de “mi cónyuge”, nada impide concluir que en su voluntad interna estaba previsto perfeccionar el negocio, ya nacido, dejando el beneficio a la cónyuge que fuese al momento de la muerte del testador. Esto es no había voluntad de beneficiar a alguien en concreto, puesto que no se concretó la adjudicación nominatim, que es lo que individualiza.

Así se llega a la misma conclusión de entender que el testamento como negocio jurídico es eficaz al momento de la muerte del testador, cuyo efecto será la transmisión del beneficio dejado. Y el beneficiario del testamento es aquella persona que sea “mi cónyuge” cuando el negocio produzca sus efectos, y ello porque tal voluntad no actúa en el vacío, sino dentro de un contexto social (luego jurídico).

Lo mismo cabe decir del segundo ejemplo; no se trata de una voluntad, sin más, sino de una voluntad conforme a Derecho, y quien no se manifiesta conforme a Derecho no se manifiesta.

## **7. PERFECCIÓN DEL TESTAMENTO.**

¿Cuándo el testamento producirá sus efectos jurídicos? Esto está ligado al principio de la revocabilidad del testamento. Como el testamento no produce ningún efecto hasta el momento de la muerte y no se puede saber si éste lo producirá, se dice que no se perfecciona, sino hasta el momento de la muerte. Por esto se señala que hasta este momento el testamento es un simple proyecto de testamento, por cuanto depende de la voluntad del testador que produzca efectos o no. Generalmente se señala que el testamento es un acto imperfecto. La muerte no es un elemento que

perfeccione el testamento, sino que es un elemento que determina la producción de sus efectos jurídicos, sin excluir ninguno. Por tanto, al momento de la muerte es cuando se realiza la delación de la herencia a favor de los herederos legítimos o testamentarios y también en el que se debe apreciar en éstos la capacidad para suceder.

## **CAPITULO SEGUNDO:**

### **REQUISITOS INTERNOS DEL TESTAMENTO**

**1. GENERALIDADES:** El testamento como acto o declaración de voluntad exige para su válido otorgamiento, la concurrencia de ciertos requisitos.

Estos requisitos pueden ser de dos clases. Internos y externos:

Los requisitos internos son los que dicen relación con la capacidad para testar y con la voluntad libre y espontánea del testador.<sup>18</sup>

En tanto los requisitos externos o formalidades son relativos a la forma del acto y señalan la manera como el acto debe ser otorgado. Estas formalidades son

---

<sup>18</sup> CLARO SOLAR, Luis. 1940. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Santiago. Chile. Imprenta Nacimiento. T. XIV. p. 12.

variables y dependen de la clase de testamento de que se trate, es decir, si es más o menos solemne, si es abierto o cerrado o si se otorgó en Chile o en el extranjero.<sup>19</sup>

Por la importancia, trataremos los requisitos internos del testamento, no así los requisitos externos o solemnidades, como ya explicadas, dependerá de cada testamento la solemnidad.

## **2. CAPACIDAD PARA DISPONER POR TESTAMENTO.**

El ejercicio del derecho exige manifestación de voluntad; para que esta tenga valor jurídico es necesario que la ley reconozca su aptitud para producir efectos jurídicos. En Derecho privado, en el que la ley reconoce al individuo una autonomía para plantearse e ir en pos de sus designios, solo se podrá atribuir valor jurídico a las manifestaciones de voluntad reconociendo que el declarante es apto para determinar cuáles son sus propios intereses y fijar los medios más adecuados para conseguirlos. Por tanto se podrá reconocer valor jurídico a la declaración de voluntad sólo en la medida en que reconozcamos al sujeto un cierto grado de inteligencia y fuerza de autodeterminación.

Los romanos no construyeron un concepto general de capacidad. A cada acto jurídico, le dieron un régimen propio, empleando una terminología diferenciadora. Denominaron *testamentifactio* la aptitud para otorgar testamento, para recibir por testamento, o ser nombrado tutor, o intervenir como testigo en el testamento. La

---

<sup>19</sup> KIVERSTEIN, Abraham. 1986. Síntesis de Derecho Civil Sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos. Santiago. Chile. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Limitada. p. 60.

*testamentifactio* estuvo en constante evolución, en cuyo curso dejó de referirse a los testigos, y admitió diversa regulación según se tratara del derecho de disponer y del derecho de recibir, recién diferenciados con las denominaciones del *testamentifactio* activa y *testamentifactio* pasiva.<sup>20</sup> Era una especie de capacidad de derecho otorgada en relación con el status de las personas. Solo puede testar el *pater familias*, con el tiempo esta capacidad fue evolucionando incluso se le otorgó una relativa capacidad para testar al esclavo y también al liberto, con la extensión de la ciudadanía romana a todos los súbditos libres esta capacidad se amplió bastante. Pero surgieron otras inhabilidades como la interdicción del pródigo, la de los intestables, las resultantes de algunas condenas penales, o por razones de fe. También surgió una nueva clase de inhabilidades para disponer por testamento relacionada con la carencia de aptitudes naturales para discernir juiciosamente. No podían testar válidamente los impúberes, los enfermos mentales, referida a la inhabilidad al momento en que se hizo el testamento, los sordos y mudos, que posteriormente pudieron testar si estaban habilitados para usar la forma escrita.<sup>21</sup>

Antes de analizar nuestra legislación con relación a la capacidad para testar hay que señalar que es lo que establecía el Código Francés, ya que como se sabe nuestro Código se realizó bajo el influjo del Código Napoleón.

---

<sup>20</sup> FASSI, Santiago. 1970. Tratado de los testamentos. ob. cit. p. 49.

<sup>21</sup> BIONDI, Biondo. 1960. Sucesión Testamentaria y donación. ob. cit. p. 96.

El Código Napoleón en un principio consideraba incapaz relativo al extranjero para disponer de sus bienes situados en Francia, dicha incapacidad fue suprimida por la ley del 14 de Julio de 1819. También consideraba incapaz al muerto civil, la que también fue abolida por ley del 31 de mayo de 1854, pero se mantuvo la incapacidad para disponer como secuela de ciertas condenas penales. Y en cuanto a los religiosos profesos su incapacidad cesó por la ley del 24 de mayo de 1825. Por lo antes dicho se dice que fue un proceso largo para suprimir las incapacidades creadas por el Derecho, por razones ajenas a la falta de sano discernimiento.<sup>22</sup> Solo quedan incapacidades relativas de disponer que correspondan a las incapacidades también relativas de recibir, que afecten al médico en relación con su enfermo, al tutor con respecto a su pupilo.

El Código Francés establece en su artículo 91 que para hacer una donación entre vivos o un testamento es necesario ser sano de espíritu, la cual sano de espíritu tiene un sentido propio, la cual no es contraria a la enajenación mental. Se trata de un entender y querer, mentalmente sano, serio, licito, libre de error, captación o violencia. Así lo entendió la doctrina, desde las primeras interpretaciones que comprenden en el artículo 901 una exigencia de discernimiento, intención y libertad.<sup>23</sup> El Código de Napoleón en su artículo 502 considera nulo, todos los actos realizados por una persona después de la sentencia que declare su interdicción, a

---

<sup>22</sup> FASSI, Santiago. 1970. Tratado de los testamentos. ob. cit. p. 51.

<sup>23</sup> FASSI, Santiago. 1970. Tratado de los testamentos. ob. cit. p. 53.

lo cual la doctrina en forma unánime consideró que el interdicto no puede testar, aun cuando recobrar momentáneamente la razón durante un intervalo lúcido.

## **2.1 QUÉ PERSONAS PUEDE OTORGAR TESTAMENTO. LA CAPACIDAD ES LA REGLA GENERAL.**

La regla general es la capacidad para otorgar testamento, la que se extrae del artículo 1005, inciso final. Por esto la capacidad para otorgar testamento se reduce a un problema negativo, esto a señalar quienes son incapaces, a determinar quiénes están privados de la aptitud para otorgar este acto mortis causa.

En toda limitación de la facultad de disponer por testamento, debe encontrarse como razón determinante, una imposibilidad intelectual o física para que se realice normalmente el proceso volitivo y su manifestación. En nuestro caso el legislador ha cuidado de rodear su otorgamiento de especiales garantías a fin de evitar que en cuanto sea posible, otorguen testamento los que no tienen conciencia de sus actos. Por eso es que se han considerado algunas incapacidades no consideradas en el derecho común, como ocurre con aquel que, “no puede darse a entender claramente” artículo 1005, N° 5. También el legislador ha rodeado por iguales consideraciones con mayor seguridad el testamento otorgado por personas que teniendo aptitud intelectual, carecen de los medios físicos para cerciorarse de que el acto es fiel reflejo de su última voluntad (artículo 1019).

La incapacidad de testar es una incapacidad de goce. Como se sabe la incapacidad puede ser de goce o de ejercicio. La incapacidad de goce implica una falta de

idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, mientras que incapacidad de ejercicio es la falta de aptitud para hacer valer por si mismo los derechos que se tienen. También es sabido que no existen incapacidades de goce generales, pero si incapacidades de goce especiales relativas a determinados derechos u obligaciones, dentro de estas están la de aquellos que no pueden testar, las que carecen de testamentifacción activa. Esto es por cuanto la facultad de testar es indelegable artículo 1004 lo que se traduce en una doble consecuencia, en que el incapaz no puede testar por sí mismo ni tampoco puede testar a través de representante. Por lo que es una falta de aptitud para gozar del derecho de testar, falta que es insubsanable. Contra esta posición se encuentra a Cicu; que sostiene que tener un derecho que no pueda ejercitarse no es lo mismo que no tenerlo, por más que los efectos sean los mismos en la práctica.

## **2.2 CUÁNDO SE TIENE CAPACIDAD DE TESTAR.**

Conforme a lo tratado anteriormente es necesario empezar el estudio por sus orígenes, así en el Derecho Romano se hacía una distinción entre la *testamentifactio*, emergente del *status personarum* y las otras incapacidades que se fueron sumando más adelante. La *testamentifactio* era exigible tanto al momento de hacer el testamento como en el momento de la muerte, así por ejemplo si el testador era capaz al momento de testar y muere en estado de incapacidad, el testamento era nulo; e igualmente si el testador era incapaz cuando otorgó el testamento, el testamento no se convalida por morir siendo capaz el testador. Las demás incapacidades, como la interdicción del pródigo y la alineación mental, solo deben

concurrir al tiempo de testar, así por ejemplo si el testador era capaz al momento de otorgar el testamento, el testamento será válido aun cuando al fallecer hubiera caído en incapacidad.

En el Derecho francés se mantuvo la distinción romana, antes vista, pero aplicándola a diversos supuestos: se consideró incapacidad de hecho a la falta de discernimiento para testar e incapacidad de derecho a las demás, inclusive a la originada en la edad. Así el discernimiento debía tenerse en el momento de testar, aun cuando después llegara a perder la razón y fallece sin recuperarla, en ese caso el testamento es válido.

La solución chilena: El Código Civil chileno en su artículo 1006 abandona la distinción romana (por tanto la distinción francesa) y señala que “el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa, y por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad”.

Del precepto se determina que la ley exige la capacidad sólo al momento de testar. Así si el testamento ha sido otorgado por una persona capaz, ese testamento es válido, aunque después el testador pierda la capacidad. Y por el contrario, el testamento otorgado por un incapaz, ese testamento es nulo, aunque posteriormente el testador recupere su capacidad. La capacidad depende de la ley

vigente a la fecha que el testamento se otorga y no por la ley que esté rigiendo a la fecha de la muerte del testador.

El legislador sigue la tesis que si el testador reúne la aptitud legal al momento de testar, este no está realizando un simple proyecto hasta el último momento de la vida, sino que está realizando un acto perfecto, susceptible de solo ser anulado por un cambio de voluntad. Este cambio, posible mientras vive el autor en su sana razón, no es ya posible si el testador sufre una incapacidad, como la perdida de la razón. Esa voluntad expresada mientras estaba sano se mantiene hasta el momento de su muerte. Esto es bastante para hacer valer el acto.

### **2.3. ¿POR CUAL LEGISLACIÓN SE RIGE LA CAPACIDAD?**

Tratándose de la aptitud intelectual y física para discernir y exteriorizar la voluntad, ello suele estar sometida a una ley uniforme, el artículo 955 opta por la siguiente solución “la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre” pero ¿cuál es ese domicilio? En su inciso 2° se da la respuesta y señala: “La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio”. Nuestro ordenamiento jurídico opta por la ley personal, y dentro de ella por la del último domicilio del causante. Por lo tanto, al momento de abrirse la sucesión debe establecerse si de acuerdo a esa legislación el causante tenía capacidad para testar o no.

### **2.4. DE LAS INCAPACIDADES EN PARTICULAR.**

Conforme al artículo 1005 “no son hábiles para testar”:

1° Derogado por el artículo 2° de la ley N° 7612, de 21 de octubre de 1943, 2° El impúber;

3° El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia;

4° El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa;

5° Todo el que no pudiese expresar su voluntad claramente.<sup>24</sup>

“Las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar”.

#### **2.4.1. EL IMPÚBER:**

Siguiendo la temática se inicia por el Derecho romano en que la aptitud para testar validamente se adquiriría con la pubertad, la cual fue fijada en los catorce años para el hombre y en doce años para la mujer. La razón de esto es que esta edad coincide con la aptitud para casarse y parece razonable que quien pueda contraer matrimonio y celebrar convenciones nupciales, quede habilitado para disponer para después de su muerte. Esta solución romana fue acogida por el derecho canónico, mantenida por las Partidas y adoptada por nuestro Código.<sup>25</sup> El legislador estimó que llegado el hombre o la mujer a la pubertad, puede otorgar testamento no importando que se encuentre bajo patria potestad o sujeto a curaduría en razón de su edad. De lo anterior se puede concluir que la capacidad para testar se adquiere

---

<sup>24</sup> Ley N° 19904 del 3 de Octubre de 2003, antes este numeral establecía “Todo el que de palabra o por escrito no pudiera expresar su voluntad claramente”.

<sup>25</sup> Artículo 1005 inciso 2° Código Civil de Chile. 2009. Edición Oficial. Santiago. Chile, Editorial Jurídica de Chile. Decimocuarta edición.

antes que para realizar otros actos jurídicos, como que para el artículo 1447, inciso 2°; los menores adultos son incapaces relativos. Según Domínguez la justificación sobre que se tiene primero la capacidad de testar antes que la de realizar otros actos jurídicos, es que el testador no se obliga para con nadie, y que por lo tanto no puede perjudicarse, porque los efectos del acto testamentario se producirán después de la muerte. Pero la tesis que adopto es que si el testador tiene la aptitud para contraer matrimonio y también celebrar convenciones nupciales, porque no podría disponer para después de su muerte.

#### **2.4.2. DEMENTE INTERDICTO:**

En esta materia el legislador se aleja de la doctrina francesa, en cuanto no recoge la noción de los intervalos lucidos. Esto es, una recuperación plena de la demencia, aunque sea por un momento. También se aleja de las Partidas y del Proyecto español de 1851 que disponía. "Los locos o dementes que tengan lúcidos intervalos, pueden disponer durante ellos". La ley XIII, Título I Partida Sexta, contiene una enumeración de los que no pueden testar entre los cuales incluye; "El que fuere salido de memoria, non pueden fazer testamento mientras que fuese desmemoriado". En nuestra legislación colocado el demente en interdicción, ningún testamento puede ser otorgado válidamente, aunque se sostenga que el autor lo otorgó en intervalo lúcido, el artículo 1005 N° 3 declara incapaz al demente interdicto y mientras dure la interdicción.

De acuerdo al artículo 1005, N° 3 no pueden testar los que se hallen en interdicción por causa de demencia, lo que significa que la ley exige que el testador se encuentre en interdicción esto es, aquella decretada por un juez conforme al procedimiento del juicio ordinario. El juez no puede declararla de oficio, sino a petición de parte interesada (artículo 459) y para esto no importa que la interdicción sea provisional o definitiva. La interdicción tiene que haberse decretada por demencia y no por otra causa, como la disipación. Solo al enfermo mental interdicto se le aplica la incapacidad para testar.

Esta incapacidad al igual que las otras incapacidades para testar tiene que corresponder a la fecha en que el testamento se otorgó. Así si el testador era interdicto ya rehabilitado y testa, ese testamento es válido o si es declarado interdicto después de otorgar el testamento, eso no tiene ninguna importancia para juzgar, con su solo mérito, acerca de la capacidad o incapacidad del testador.

**2.4.2.1. Concepto de demencia.** - De acuerdo con las nociones científicas del tiempo del Código Civil no corresponde a la idea de tal enfermedad mental que tiene hoy la ciencia médica. El Código toma el término como una expresión genérica que designa a todas las variedades de la locura, es la privación de la razón con sus accidentes y fenómenos diversos. Todas las especies de demencia tienen por principio una enfermedad esencial de la razón, y por consiguiente falta de deliberación y voluntad. La demencia es el género y comprende la locura tranquila o delirante, el furor, la monomanía, el idiotismo, etc. Pero para juzgar esta incapacidad poco importa el nombre, esta tiene que privar al testador de las

facultades mentales para que realice con discernimiento sus disposiciones para después de su muerte.

#### **2.4.3. EL QUE ACTUALMENTE NO ESTUVIERE EN SU SANO JUICIO POR EBRIEDAD U OTRA CAUSA.**

El testador al disponer debe obedecer a motivos serios y respetables, trasuntados en un buen uso de la facultad legal de extender su voluntad más allá de la propia existencia, si bien la ley le niega la capacidad al demente declarado en interdicción, puede suceder que una persona no estando declarado en interdicción sea demente, o también que una persona al otorgar el testamento no esté en su sano juicio por otras razones que la demencia; como la ebriedad, la ingestión de drogas, etc. Esta incapacidad para testar responde al deseo del legislador de garantizar, del modo más amplio, que la voluntad testamentaria sea auténticamente la última, manifestada en forma espontánea y libre. Por eso el fundamento de la capacidad no debe buscarse en la demencia, sino en toda causa que prive al testamento de un reflejo fiel de la última voluntad del testador. Como en las demás incapacidades se requiere que esa falta de aptitud se tenga al momento de otorgar el testamento. En esto se juzga de acuerdo a la prueba que se rinda, pues no existe una condición más o menos permanente del sujeto que haga necesaria su protección, o al menos, no es menester esa situación para decidir sobre la validez o nulidad del testamento.

**2.4.3.1. Carga de la prueba.** - La carga de la prueba corresponde a quien impugna la validez del testamento. Siendo la capacidad la regla general, quien sostenga lo contrario deberá correr con el peso o carga de la prueba.

En el numeral 4° del artículo 1005, están comprendidas aquellas personas que no están dementes, pero que por otra causa no están en su sano juicio, como la ebriedad, que es el ejemplo que da el Código Civil. También aquí se encuentran comprendidos los semialienados, los seniles, los débiles de espíritu, etc. La gran diferencia es que en la demencia se exige un estado habitual para que sea declarado interdicto, en cambio en este caso hay un estado accidental de pérdida del sano juicio.

**2.4.3.2. Los semialienados.**- En este caso hay una debilidad de la inteligencia y de la voluntad, que impide un pleno querer y comprender, por ello si la semialienación afecta la voluntad testamentaria, impidiendo que al hacer el testamento el autor quiera y comprenda juiciosamente, este carecerá de sano juicio, por lo cual ese testamento será nulo, la simple debilidad mental no es suficiente para sostener que no hay pleno juicio.

**2.4.3.3. La senilidad.** - Si con el transcurso de los años la persona llega a la plenitud intelectual, es cierto también que con el transcurso de los años la vida lo expone a un proceso de debilitamiento mental, que puede desembocar en la demencia senil, pero esto hay que verlo en cada caso concreto, no siendo raro que personas de

avanzada edad tengan plena conciencia de lo que hacen. Por ello la ancianidad de por si no priva la capacidad de testar.

**2.4.3.4. La embriaguez.** - El consumo de licores, vinos y otros derivados, puede privar accidentalmente de la razón, por esto no se puede otorgar testamento bajo los efectos del alcohol, así sea accidental, espontánea o provocada. Esto se ve en cada caso concreto, porque no hay una medida que permita determinar cuándo se está en estado de embriaguez, o que al momento de otorgar el testamento estaba tan ebrio que no pudo discernir sobre su acto. La embriaguez habitual no impide testar, se tiene que estar embriagado al momento de testar y ese estado tiene que ser notorio.

**2.4.3.5. Uso de estupefacientes.** - El consumo de drogas produce alteraciones mentales, que podrían privar del sano juicio en determinado momento, es independiente si el consumo es accidental, con medicación u otro motivo, esto se tiene que verificar al momento de testar y al caso concreto.

#### **2.4.4. INCAPACIDAD DE LOS QUE NO PUEDEN MANIFESTAR SU VOLUNTAD.**

El N° 5 del artículo 1005 declara inhábil para testar a todo el que no puede expresar su voluntad claramente.<sup>26</sup> De acuerdo a esta modificación del artículo 1005 N° 5 del Código Civil, el legislador se aleja del Derecho clásico, es decir del Digesto y de las Siete Partidas, que disponía que el sordo y el mudo no podían hacer testamento.

---

<sup>26</sup> Ley N° 19904 que modificó el Art. 1005 N° 5 del Código Civil.

Así la ley 6, Título I del libro 28, dispone que el sordo y el mudo no pueden hacer testamento.<sup>27</sup>

Por su parte la Ley 13, Título I de la Partida Sexta, señala que el que es mudo o sordo de nacimiento no puede hacer testamento, pero el que lo fuese por alguna circunstancia, así como por una enfermedad, u otra causa, y este supiese escribir, puede hacer testamento escribiéndolo por su propia mano.<sup>28</sup>

Ahora de acuerdo a la modificación del artículo 1005 N° 5 el sordomudo puede otorgar testamento, porque no establece como requisito que el sordomudo pueda darse a entender de palabra o por escrito. El legislador basta que exprese su voluntad en forma clara, esto es a través del lenguaje de señas (tan común hoy día). Sin embargo hay que tener en cuenta el artículo 1060 ha señalado que no vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer más que por un sí o por un no, o por una señal de afirmación o de negación contestando una pregunta. En este caso, no se ha manifestado claramente la voluntad del testador, por lo que el legislador teme que ella se haya visto influenciada por otra persona.

## **2.5. OTRAS INHABILIDADES PARA OTORGAR TESTAMENTO.**

---

<sup>27</sup> DIGESTO. 1972. Pamplona. Editorial Aranzadi. T. II. Libros 20-36. Versión Castellana por A. Dors y otros. p. 293.

<sup>28</sup> BERNI y CATALA, Joseph. 1767. Las siete partidas del rey Alfonso el Sabio. Glosadas por el Sr.D. Gregorio López, del Consejo Real de Indias, Partida VI. Valencia. España. Imprenta de Benito Nowfort. p. 412.

Si bien no existen otras inhabilidades que las comprendidas en el artículo 1005 y que aquellas personas no comprendidas en dicho artículo, se consideran capaces para otorgar testamento; algunas personas tienen ciertas limitaciones para disponer de lo suyo por acto testamentario, sea porque carezca de la instrucción necesaria para escribir concientemente su testamento, o porque sufre de un defecto físico que lo torne inhábil para cumplir las formalidades de determinados testamentos. En estos casos no existe una razón de falta de sano juicio, sino que se quiere proteger a esta persona de un engaño, que se reflejaría en una discordancia entre lo querido concientemente por el testador y lo reflejado en el testamento. Siguiendo a Domínguez estas personas sometidas a un régimen especial serian.

**2.5.1. El hijo de familia.** - Si es impúber no puede testar de acuerdo al artículo 1005 N° 2, si es menor adulto, puede hacerlo, pero el acto producirá efectos después de la muerte del testador.

**2.5.2. El analfabeto.** - Es aquella persona que no sabe leer ni escribir concientemente, no puede hacer testamento cerrado porque esta forma pide que el testamento sea escrito o al menos firmado por el testador (artículo 1023 inciso 2), pero si sabe leer y firmar, aunque no sepa escribir sí le está permitido hacer testamento cerrado. Si no sabe leer ni escribir solo puede servirse del testamento abierto, nuncupativo o público (artículo 1022).

**2.5.3. El mudo.**- Siguiendo a Domínguez,<sup>29</sup> el mudo si sabe escribir, solo podrá otorgar testamento cerrado (artículo 1024). Y si no sabe escribir, o no puede hacerlo, de acuerdo al artículo 1019<sup>30</sup>, siempre que exprese su voluntad claramente, solo podrá testar nuncupativamente y ante escribano o funcionario que haga las veces de tal.

**2.5.4. El ciego.** - El ciego, en principio no está inhabilitado para testar, pero debido al defecto que adolece, sólo podrá otorgar testamento abierto y ante escribano o funcionario que haga las veces de tal. Su testamento será leído en alta voz dos veces; la primera por el escribano o funcionario y la segunda por uno de los testigos, elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento (artículo 1019). Es este uno de los pocos casos en que se exige que se deje constancia de la observancia de la solemnidad.<sup>31</sup>

**2.5.5 El sordo.** - El sordo de acuerdo al artículo 1024, solo puede otorgar testamento cerrado o secreto, debido a que queda comprendido entre los que “no pueden entender” de viva voz. Si el sordo no sabe leer ni escribir, pero puede darse a entender claramente sólo podrá testar nuncupativamente y ante escribano o funcionario que haga las veces de tal.

---

<sup>29</sup> DOMÍNGUEZ B Y DOMÍNGUEZ A. 1990. Derecho Sucesorio. ob. cit. p. 393.

<sup>30</sup> Modificado por Ley 19904 del 3 de octubre de 2003

<sup>31</sup> DOMÍNGUEZ B Y DOMÍNGUEZ A. 1990. Derecho Sucesorio. ob. cit. p. 394.

## **2.6. CUÁL ES LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL SORDOMUDO.**

El sordomudo, es aquella persona que tiene una falta total o muy considerable del sentido auditivo, tampoco posee el uso de la palabra. No siempre el sordomudo está realmente impedido de hablar, a veces puede adquirir la comunicación oral. Cuando la sordomudez obedece a lesiones destructivas cerebrales, se presenta el cuadro de una verdadera enfermedad mental. Por lo tanto, queda comprendido dentro del artículo 1005 N° 3. Ahora si no obedece a una enfermedad mental, la incapacidad del sordomudo no obedece a falta de discernimiento, sino a su carencia de instrumento idóneo para manifestar su voluntad, que al mismo tiempo limita generalmente su cabal desarrollo intelectual. De acuerdo a la modificación del artículo 1019 si el sordomudo puede expresar su voluntad claramente no es considerado incapaz, por lo tanto, el sordomudo puede otorgar testamento. El artículo 1019 señala: "el sordomudo que puede darse a entender claramente, aunque no por escrito, solo podrá testar nuncupativamente y ante escribano o funcionario que haga las veces de tal.

El legislador con esta modificación se actualiza, ya que incluir a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, entre los incapaces es algo totalmente arcaico, considerando los instrumentos que disponen para declarar su voluntad, como el lenguaje de señas, que es un tipo de lenguaje muy desarrollado que incluso los noticieros nacionales e internacionales incluyen este método, que permite acceder a las noticias a las personas sordomudas.

Como se dijo anteriormente si el sordomudo puede darse a entender claramente, aunque no por escrito, solo puede testar nuncupativamente, el testamento deberá leerse en voz alta dos veces, la primera por el escribano o funcionario y la segunda por uno de los testigos elegido al efecto por el testador, estas lecturas deberán efectuarse ante un perito o especialista en lengua de señas, quien deberá en forma simultánea dar a conocer al otorgante el contenido de la misma.

Hay que tener claro que si el sordomudo no puede darse a entender claramente, este sigue siendo incapaz, ya que es necesario que el otorgante exprese su voluntad en el testamento.

Mi opinión sobre que los sordomudos que no pueden darse a entender de palabra o por escrito, considerarlos capaces para testar siempre que se expresen claramente, es una buena noticia, ya que ahora estas personas pueden disponer por testamento de su patrimonio cuando fallezcan. Sin embargo, el juez tendrá que determinar cuando el sordomudo se expresa claramente, ya que el testador puede dominar el lenguaje de señas pero no expresarse claramente, además existe el peligro de dejar en manos de un tercero el determinar lo que el testador dispuso en el testamento.

### **3. LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA.**

La voluntad es el acto por el cual el sujeto exterioriza lo querido.

El autor del testamento debe disponer de lo suyo en forma expresa, manifestando explícitamente su deseo de alterar las reglas legales, para que así no tenga cabida

la sucesión legítima (artículo 980). En principio no cabe en el testamento una voluntad tácita o subentendida, es por ello que cuando de la interpretación del testamento se trata, se rechaza por muchos el recurso a toda prueba extrínseca al acto y encaminada a demostrar cual fue realmente la voluntad testamentaria, por otra parte siendo el testamento un acto solemne, toda voluntad testamentaria que no se declare de acuerdo a las solemnidades establecidas en la ley, no tiene valor legal (artículo 1026)<sup>32</sup>.

De la voluntad testamentaria surgen dos temas importantes, como son: la prohibición de los testamentos colectivos y que el testamento tiene el carácter de personal, es decir se prohíbe realizar testamento por medio de representante.

El testamento mancomunado en Chile: Nuestro ordenamiento jurídico prohíbe en absoluto los testamentos conjuntos. El artículo 1003 del Código Civil inspirado en el artículo 968 del Código Civil Francés, lo dice expresamente: “El testamento es un acto de una sola persona y serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento dos o más personas aún tiempo, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes o de una tercera persona”.

La contravención a esta norma es sancionada con la nulidad absoluta, puesto que corresponde a la violación de una ley prohibitiva. Son igualmente nulos los testamentos que se otorgan simultáneamente y en que se condiciona una asignación a favor de una persona, a la asignación que esa instituya en beneficio

---

<sup>32</sup> DOMÍNGUEZ B. Y DOMÍNGUEZ A. 1990. Derecho Sucesorio. ob. cit. p. 330.

del primero; en este caso habría un pacto sobre sucesión futura, y por ende, objeto ilícito en conformidad al artículo 1463 del Código Civil. Además, para evitar cualquier duda la ley sanciona con la nulidad absoluta de las disposiciones captatorias, por las que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos.

El artículo 1004 establece que, “la facultad de testar es indelegable”. El testamento es una excepción a la regla general del artículo 1448, el cual permite que una persona pueda conferir poder a otra, para que le represente en un acto jurídico. El fundamento de la indelegabilidad en materia testamentaria lo encontramos en el derecho Romano<sup>33</sup> y posteriormente en las Partidas,<sup>34</sup> este principio de carácter excepcional recibe varias aplicaciones, entre ellas el artículo 1063 que señala que la elección de un asignatario, sea absoluta, sea de entre cierto número de personas no dependerá del puro arbitrio ajeno, porque de ser así equivaldría a delegar en otro la facultad de testar. Por otra parte, al no ser permitida la representación, los relativamente incapaces pueden otorgar libremente testamento. Así el artículo 261 del Código Civil dispone que el hijo de familia no necesita de la autorización paterna para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte.

---

<sup>33</sup> DIGESTO. 1972. ob. cit. T. II. Libro XXVIII. Ley 32. p. 322. Para Ulpiano, si en el testamento la determinación de los herederos quedaba a un tercero, el testamento era vicioso, y nos da el siguiente ejemplo” Instituyo por mis herederos a los que quiera.

<sup>34</sup> Este principio aparece seguido en la ley 11, título 3, partida sexta declarando que “Debe nombrar el hacedor del testamento, por si mismo, nombre de aquel que estableciese por heredero. Y en el caso de que él otorgase poder a otro para que lo estableciese en su lugar no valdría”. Partida VI. 1767. ob. cit.p. 445.

Sin embargo en nuestra legislación, y siguiendo a Domínguez,<sup>35</sup> se admite en ciertos casos la admisión de terceros, el artículo 1004 no impide que el testador se valga de un tercero para materializar su voluntad. Es el caso del testamento cerrado, basta que sea firmado por el testador, aunque lo escriba un tercero, si es abierto el notario o funcionario que haga las veces de tal será quien lleve al escrito la manifestación de voluntad del testador. Tampoco es contrario al artículo 1004 el hecho de que un tercero, en determinadas circunstancias, complete en sus detalles últimos la voluntad del testador. Como es el caso del artículo 1056 apartado 3° “las asignaciones que se hicieran en un establecimiento de beneficencia, sin designarlo, se darán al establecimiento de beneficencia que el Presidente de la Republica designe”.

### **3.1. TODA LA VOLUNTAD DEBE ESTAR EN EL TESTAMENTO.**

Toda la última voluntad debe estar en el testamento mismo, de allí resulta que las cédulas o papeles a que se refiere el testador en el testamento no se mirarán como partes de éste, aunque el testador lo ordene. La última voluntad que el legislador toma en cuenta es la contenida en las formas testamentarias y toda otra está desprovista de valor jurídico.<sup>36</sup>

### **3.2. LA VOLUNTAD REAL Y LA VOLUNTAD DECLARADA.**

---

<sup>35</sup> DOMÍNGUEZ B. y DOMÍNGUEZ A. 1990. Derecho Sucesorio. ob. cit. p. 337.

<sup>36</sup> DOMÍNGUEZ B. y DOMÍNGUEZ A. 1990. Derecho Sucesorio. T. I. p. 338.

En el testamento, al igual que los demás actos jurídicos, hay que distinguir entre la voluntad misma y su declaración. La declaración es el acto de exteriorizar lo que el autor desea. Como el testamento es un acto jurídico más o menos solemne, el legislador establece cual es la forma en que se declara, ahora si la declaración no cumple con las solemnidades ella será nula. Lo normal es que la declaración y la voluntad sean coincidentes, pero ello no siempre ocurre, en otros términos, puede haber una disconformidad entre la voluntad querida y la declarada. En tal caso se plantea el problema de determinar si el legislador debe conceder tutela jurídica a la voluntad o a su declaración, es decir, a la voluntad real o a la voluntad expresada en las formas señaladas por la ley. El artículo 1069 atiende a la voluntad efectiva del testador, pues ordena que se haga prevalecer más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido el testador.

### **3.3. LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD.**

El testamento descansa en la manifestación libre de la voluntad del testador, lo que adquiere aún más relevancia si se considera que dicha voluntad está destinada a ejecutarse después del fallecimiento de quien la ha exteriorizado. Es por ello que el legislador ha rodeado de las máximas precauciones a la manifestación de voluntad del testador, ya sea creando incapacidades e indignidades para suceder para los que atentan contra ella, ya sea 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.

La regla del artículo 1451 del Código Civil es de carácter general, aplicable tanto a los actos unilaterales como a los bilaterales. Estos vicios de la voluntad son: el error, la fuerza y el dolo. Estos vicios para la voluntad testamentaria, están señalados, además, en el artículo 1007 para la fuerza, artículos 1057 y 1058 para el error. Pero el Código no se ha ocupado del dolo como vicio de la voluntad del testador.

### **3.3.1 LA FUERZA EN EL TESTAMENTO.**

El artículo 1007 del Código Civil contiene la regla fundamental y especial en esta materia cuando señala: “El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes”.

Esta disposición plantea dos cuestiones importantes que se refieren a los caracteres que debe reunir la fuerza para viciar la voluntad del testador y la sanción que ello acarrea. Es así como las expresiones “de cualquier modo” y “nulo en todas sus partes” que utiliza el precepto, han dado margen a encontradas interpretaciones.

#### **3.3.1.1. CARACTERES QUE DEBE REUNIR LA FUERZA.**

El artículo 1456 establece que la fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, teniendo en cuenta su edad, sexo y condición. Y agrega que se mira como fuerza de este género todo acto que infunde un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un daño irreparable y grave. A esto Claro Solar califica esta definición como “excesiva para un acto de última voluntad” de modo que no se exigiría para el testamento “un temor capaz de transformar un

hombre constante”, y que solo bastaría que los hechos fueran tales, que se pudiera deducir de ellos que el testador no ha dispuesto libremente.<sup>37</sup>

Pablo Rodríguez Grez, señala que, tratándose del testamento, vicia la voluntad tanto la fuerza en los términos fijados por el artículo 1456 inciso primero, como el temor reverencial definido en el inciso segundo. El temor reverencial, esto es el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, puede producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Sin embargo, 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 cualquier modo haya intervenido la fuerza”, esta señalado, inequívocamente, que la fuerza provocada por temor reverencial es suficiente para viciar la voluntad.<sup>38</sup>

Esta tesis, minoritaria en Chile, cuenta con el apoyo de renombrados autores entre ellos Planiol y Ripert, que sostienen que en materia de liberalidades, la violencia para viciar el consentimiento, puede ser menos grave que en materia de actos a título oneroso.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> CLARO SOLAR, Luis. 1940. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. T. XIV N° 482. p. 37.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. 1998. Instituciones de Derecho Sucesorio. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 99-100.

<sup>39</sup> PLANIOL y RIPERT. 1940. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. París. Francia. Libraire Generale de Droit y de Jurisprudence. Traducido por Mario Díaz Cruz. Editorial La Habana. T. V. p. 124

Antonio Cicu, que señala que en el Derecho italiano hay que admitir respecto de la violencia un criterio más amplio en el sentido de que incluso una violencia menos grave de la que se requiere para conseguir la anulación de un contrato sirva para anular un testamento.<sup>40</sup>

La doctrina mayoritaria, sostiene que la fuerza en el testamento debe cumplir con los requisitos generales señalados en los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, es decir, debe cumplir con tres requisitos copulativos, a saber: injusta, grave y determinante, a estos requisitos de naturaleza legal, la doctrina ha agregado otros dos; la fuerza debe ser real o posible, y debe ser actual o inminente.

En este sentido, la frase del artículo 1007 “en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza” no significa, que la fuerza por leve que sea viciará el testamento, sino más bien, que es indiferente que se emplee por el beneficiario o por cualquiera otra persona.<sup>41</sup> Esta es la tesis que adopto, es decir, basta que se establezca que ha habido fuerza en los términos de los artículos 1456 y 1457, de cualquier manera que esta se haya ejercido, para que el testamento sea nulo. La razón por inclinarme por esta tesis es porque no se encuentran antecedentes históricos como para pensar que en nuestro derecho no se exija que la fuerza sea

---

<sup>40</sup> C ICU, Antonio. 1959. El testamento. ob. cit. pp. 182-183.

<sup>41</sup> También siguen esta tesis SOMARRIVA, Manuel. 1988. Derecho Sucesorio. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta Edición. p. 156. DOMÍNGUEZ B. y DOMÍNGUEZ A. 1990. Derecho Sucesorio. ob. cit. T. I. p. 281.

grave en materia de testamentos. Y que esta sea una excepción al artículo 1456 del Código Civil.

La Corte Suprema siguiendo esta tesis, así lo ha declarado. Ha dicho que la fuerza que influye en la validez del testamento no puede ser otra que la que es capaz de privar de libertad al testador, tomando en cuenta la naturaleza del hecho en que consiste la fuerza, en relación con el estado, sexo y condición del testador.<sup>42</sup>

### **3.3.1.2. SANCIÓN DE LA FUERZA EN EL TESTAMENTO**

El artículo 1007 incluye la frase, “es nulo en todas sus partes”. En materia de actos jurídicos la sanción que recibe la fuerza es la nulidad relativa del acto o contrato, como ocurre con todos los vicios del consentimiento. Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que la sanción en el caso del artículo 1007 no es la nulidad relativa, sino que la nulidad absoluta, debido a que este vicio es de tan gravedad en la voluntad del testador, que resulta lógico aplicarle la máxima sanción legal. Estos autores se basan en que cuando el legislador emplea la palabra “nulo”, importa ordinariamente nulidad absoluta. Así por ejemplo “no produce efecto alguno”, artículo 1814; “no tendrá valor alguno”, artículos 1026 y 1036; “Serán nulas” artículo 1003; “Son nulos y de ningún valor”, artículos 1204, 1796; “es nulo”, artículo 1006. Y al contrario cuando el Código se refiere a la nulidad relativa emplea la palabra

---

<sup>42</sup> Corte Suprema. 15 de Mayo de 1909. Revista de Derecho y Jurisprudencia; T. VI. Sección Primera.p. 493.

rescisión (artículo 24). Por lo que la sanción a la fuerza sería la nulidad absoluta del testamento.

La doctrina mayoritaria, entre los cuales se cuentan a Somarriva<sup>43</sup> y Meza Barros,<sup>44</sup> estima que la frase “es nulo en todas sus partes”, significa que todo el testamento es nulo relativamente, y no solo la disposición obtenida por la fuerza. El argumento de esta tesis se basa fundamentalmente en la historia fidedigna de la ley.

El primer proyecto del año 1841-1845, en el título III, artículo 6 decía “Las disposiciones testamentarias hechas bajo el imperio de la fuerza u obtenidas por dolo, son nulas; pero no viciarán de nulidad las demás disposiciones contenidas en el mismo testamento.”<sup>45</sup>

En el Proyecto de 1846, el artículo 56 era igual al anterior, pero agregaba, “y en que no tuvieren interés alguno las personas que se hubiesen valido de la fuerza o dolo”.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> SOMARRIVA, Manuel- 1982. Derecho Sucesorio. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 139. Esta interpretación, es decir, que la sanción a la fuerza sobre la voluntad testamentaria es la nulidad relativa, explicaría también la frase “de cualquier modo” que podría significar; sea que la fuerza afecte a todas las disposiciones testamentarias o solo a alguna de ellas, el testamento es nulo en su integridad.

<sup>44</sup> MEZA BARROS, Manuel. 1994. Manual de Sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 115. “Pero es manifiesto que la disposición significa solamente que el testamento queda íntegramente afectado de nulidad y que son nulas aun aquellas disposiciones que no han sido arrancadas por la fuerza”.

<sup>45</sup> BELLO, Andrés. 1955. Obras Completas. ob. cit. T. VIII. p. 69.

<sup>46</sup> BELLO, Andrés. 1955. Obras Completas. ob. cit. T. VIII. p. 69.

El proyecto de 1853 solo declaraba nula la cláusula testamentaria obtenida por la fuerza. El legislador cambio de criterio y en semejante situación declara nulo el testamento en “todas sus partes”, o sea, en su totalidad.

Es importante distinguir si estamos en presencia de una nulidad absoluta o una nulidad relativa. En primer lugar por cuanto ello es trascendente respecto del plazo de prescripción de ambas acciones; la nulidad absoluta se sana por el transcurso de diez años, y la rescisión de cuatro. Enseguida la nulidad absoluta puede ser solicitada incluso por el que tenga interés actual en ello; la relativa sólo por aquél en cuyo beneficio fue establecida, sus herederos y cesionarios.

### **3.3.2 EL DOLO EN EL TESTAMENTO.**

Nada dice el legislador acerca del dolo como vicio de la voluntad en los testamentos, en consecuencia, la doctrina opina que deben aplicarse las reglas generales del dolo como vicio del consentimiento consagradas en los artículos 1458 y 1459 del Código Civil, aunque con ciertas particularidades. El artículo 1458 del Código Civil exige que, el dolo para que vicie el consentimiento, debe ser obra de la otra parte. Dicha exigencia no tiene lugar en los actos unilaterales y particularmente en el testamento. Por lo tanto, el dolo para viciar la voluntad del testador puede ser obra de cualquier persona, ya que no existe contraparte. Quienquiera que sea el que se ha valido del dolo para obtener una cláusula testamentaria en su favor, será nula la disposición. Siguiendo esta postura Ramón Domínguez Águila señala que, a propósito del dolo y los negocios unilaterales, que si se trata de un negocio

unilateral, la exigencia de que el dolo debe ser obra de una de las partes, no podría concurrir. Porque por definición, en ellos existe una sola parte, de ahí que, en estos negocios, el dolo vicio exige solamente la condición de ser determinante. En el testamento no hay partes, sino autor; de modo que, vengan las maquinaciones del beneficiado con el testamento o de un extraño, siempre será vicio de la voluntad.

Por lo tanto, basta que el dolo sea determinante, o sea que, sin él, el testador no habría dispuesto en tal sentido, para que la cláusula viciada con dolo adolezca de nulidad relativa.

Se debe poner atención en la circunstancia que no se anula por el dolo el testamento en su totalidad, sino que sólo se anula la disposición testamentaria que se ha obtenido dolosamente, porque a diferencia de la fuerza no hay una norma que diga que se anula todo el testamento y por el contrario el artículo 968 N° 4 está demostrando la intención del legislador de que el resto del testamento se cumpla. Eventualmente se podría anular todo el testamento si este consistiera en esa sola y única cláusula dispositiva obtenida con dolo.

Como se expresó al comienzo, con respecto, a que el legislador nada dice del dolo como vicio de la voluntad testamentaria, hay dos disposiciones que se refieren al dolo en materia testamentaria. Dichas disposiciones están en el artículo 968 que establece las indignidades para suceder. El cual señala: "Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios: N° 4 El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar; N° 5 "El que dolosamente

ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación”.

En el primer caso es indigno, por cuanto el legislador en todo momento vela porque el testamento sea la expresión clara de la voluntad del testador. Respecto al N° 5, la razón de su establecimiento es porque si existe un testamento, el causante ha manifestado su voluntad. La ocultación o detención del testamento se sanciona, porque impide conocer la verdadera voluntad del testador. Para que opere esta indignidad es necesario que la detención u ocultación sean dolosas, pero como dice el precepto, se presume el dolo por el solo hecho de la detención u ocultación. Por lo tanto, esta disposición es una excepción al artículo 1459, que establece que el dolo no se presume, salvo aquellos casos previstos por la ley.

### **3.3.3. EL ERROR EN EL TESTAMENTO.**

El Título III del Libro III del Código Civil, nada dice acerca del error en materia testamentaria, sino que el legislador lo trata al hablar de las disposiciones testamentarias, en los artículos 1057 y 1058.

El error no es una causa de rescisión de los contratos cuando solamente recae sobre la persona con la cual ha existido la intención de contratar. A menos que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato (artículo 1455).

Este principio es aplicable a los testamentos ya que la consideración de la persona es en ellos esencial.<sup>47</sup>

El artículo 1057 señala: “El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona”. Esta norma quiere decir, que no se vicia la disposición testamentaria, sino existe duda respecto de la persona física del asignatario, aun cuando concorra un error respecto a su nombre o calidad.<sup>48</sup>

El artículo 1058 dispone que, “la asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita”. Esta disposición contempla el llamado error sobre los motivos; los motivos son las razones subjetivas que se han tenido en vista por una persona para disponer de un modo u otro.<sup>49</sup> Pone en claro que el error sólo afecta a la cláusula testamentaria en que incide, además sólo el error de hecho produce el efecto de invalidar la asignación, no así el de derecho, en lo cual no se hace sino aplicar la regla general del artículo 1452: “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”.

Respecto al error en los motivos, surge un problema. Según algunos autores el motivo que ha determinado la disposición debe constar en el testamento y por lo

---

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. 1998. Instituciones de Derecho Sucesorio. ob. cit. p. 101.

<sup>48</sup> SOMARRIVA, Manuel. 1988. Derecho Sucesorio. ob. cit. p. 215.

<sup>49</sup> DOMÍNGUEZ A. y DOMÍNGUEZ B. 1990. Derecho Sucesorio. ob. cit. p. 277.

tanto no se aceptarían pruebas extrínsecas al acto testamentario para indagar la intención del testador.

Domínguez señala que el motivo que ha determinado la disposición debe expresarse en el testamento. El motivo determinante y erróneo debe constar en el acto mismo mortis causa. De modo que rechaza toda prueba extrínseca, encaminada a demostrar cual fue el motivo que llevó al testador a efectuar determinada asignación.<sup>50</sup>

Pablo Rodríguez agrega: “Si afirmamos que el testamento debe bastarse a si mismo, parece evidente que el error de hecho debe manifestarse en el testamento, siendo insuficiente toda clase de pruebas extrínsecas al acto”.<sup>51</sup>

Esta es la tesis adoptada por Andrés Bello, es decir, no admite las pruebas extrínsecas de los motivos. El artículo 1069 prescribe que, sobre todas las reglas de interpretación, debe prevalecer la voluntad del testador claramente manifestada, pero esta manifestación no debe buscarse en otra parte que en el testamento mismo.

Sin embargo la doctrina moderna, por otro lado, sostiene que el juez está autorizado para admitir y justipreciar toda prueba extrínseca <sup>52</sup>que, de algún modo, precise y

---

<sup>50</sup> DOMÍNGUEZ A. y DOMÍNGUEZ B. ob. cit. T. I. p. 279.

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. 1998. Instituciones de Derecho Sucesorio. ob. cit. p. 103.

<sup>52</sup> CICU, Antonio. 1959. El testamento. ob. cit. p. 87. Cicu concluye que se exigirá que el testamento proporcione algún indicio del que pueda deducirse el motivo, lo que nos autorizará a recurrir a pruebas extrañas para conseguir una convicción suficiente.

aclare la verdadera intención del disponente, cada vez que la disposición que se interpreta no se extraiga claramente.<sup>53</sup>

Lo importante de la discusión antes descrita, es que nuestra jurisprudencia acoge la doctrina moderna, es decir, acoge la tesis de interpretar el testamento a la luz de los hechos extrínsecos. Así lo confirman las sentencias emanadas de La Corte Suprema.<sup>54</sup>

### **3.3.3.1. SANCIÓN DEL ERROR.**

La doctrina mayoritariamente señala que a la sanción establecida por el artículo 1057 del Código Civil, es la nulidad relativa de la disposición, en virtud del artículo 1682 del Código Civil.<sup>55</sup>

En contra de esta teoría encontramos a Pablo Rodríguez Grez quien opina que la sanción es la nulidad absoluta. Su postura se basa en que el error tratándose de una asignación testamentaria, esta regido por los artículos 1057, 1058 y 1132 del Código Civil. De las cuales dos de ellos señalan que la sanción consiste en que la disposición “se tendrá por no escrita” por esta razón se está en presencia de una verdadera inexistencia jurídica, que no puede aparejarse a la nulidad relativa.

---

<sup>53</sup> PLANIOL y RIPERT. 1940. Tratado Practico de Derecho Civil Francés. ob. cit. T. V. N° 18. p. 184.

<sup>54</sup> Corte Suprema. 28 de Abril de 1955. Revista de Derecho y Jurisprudencia. T. 52. Sección Primera. p. 79. Revista de Derecho y Jurisprudencia. T. 52. Sección Primera. p. 42. Revista de Derecho y Jurisprudencia. T. 59. Segunda Parte. Sección Primera. p. 389.

<sup>55</sup> DOMÍNGUEZ B. y DOMÍNGUEZ A. 1990. Derecho Sucesorio. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. T. II. p. 276. CLARO SOLAR, Luis. 1940. Explicaciones. ob. cit. T. XIV. p. 36.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **ESTUDIO COMPARADO “SISTEMAS QUE CONTEMPLAN O NO LA LIBERTAD DE TESTAR”**

#### **1. EL SISTEMA DE LIBERTAD DE TESTAR.**

El causante es libre y soberano para disponer en su testamento de todo o parte de sus bienes a favor de la persona que quiera, haciendo la distribución que desee entre ellos. Este sistema no solo impera en ciertos países del common law o anglosajón, ya que también lo podemos encontrar en sistemas de derecho occidental.

Estos sistemas presentan algunas características que le son propias. Por ejemplo, en ellos no necesariamente se va a encontrar la figura del desheredamiento. No se justifica, porque para perseguir el mismo efecto, basta con que el causante disponga de sus bienes a favor de una persona distinta, que las que se establecen para la sucesión intestada. Por lo mismo, en estos sistemas tampoco es posible encontrar acciones en defensa de determinadas asignaciones, como ocurre en Chile, con la llamada acción de reforma de testamento o la acción de inoficiosa donación. Estos medios de defensa son innecesarios e incompatibles con un sistema de libertad de testar.

En todo caso, la libertad de testar es un derecho renunciabile para el causante. Se puede o no ejercer por el testador. Si lo ejerce, podrá el causante disponer de la totalidad de su patrimonio entre las personas que quiera y por la cuantía que desee. También es posible que pueda otorgar cuotas hereditarias, o especies o cuerpos ciertos a través del otorgamiento de legados. Ahora, si estima el causante que no va a ejercer su derecho a disponer libremente de la totalidad de su patrimonio, entonces se aplicarán las normas de la sucesión intestada con carácter supletorio. Por lo tanto, en general la libertad de testar opera si se opta por la sucesión testada, incluso en aquellas en que la sucesión es parte testada y parte intestada. La libertad de testar se ejerce por el causante a través del testamento. Por consiguiente, el causante debe ser capaz para disponer de su patrimonio a través del testamento.

Dentro de los países que adoptaron el sistema de libertad de testar encontramos a Inglaterra, algunos Estados de los Estados Unidos de América, Canadá, Nueva Zelanda, Australia. Además, es posible citar países latinoamericanos como México, Costa Rica, Guatemala, Panamá, Nicaragua, Honduras y El Salvador, los que sin perjuicio de seguir en muchos pasajes el Código Civil francés, o la legislación española, en esta materia siguieron un sistema de libertad de testar. Pero en todo caso, en estos países es posible encontrar una atenuación del sistema, estableciendo protección a favor de ciertas personas, básicamente a través de derecho de alimentos.

**INGLATERRA.** - Así, por ejemplo el derecho inglés, en cuanto al derecho sucesorio se refiere, presenta algunas características que le son propias. A modo de ejemplo,

y confirmando lo indicado respecto de la limitación a la libertad de testar en Inglaterra, se puede señalar que se otorga a determinados parientes del causante una provisión, lo cual no implica derecho sucesorio alguno. Es más bien una forma de proteger a estas personas.

Por ello se han dictado importantes normas, como *“The Inheritance Family Provison Act”* del año 1938, por la cual se siguió el principio que se había instaurado en Nueva Zelanda sobre el mantenimiento de la familia por el causante. Así entonces, en ciertas y determinadas situaciones, el juez podía disponer de una determinada provisión, con cargo a la herencia, a favor de ciertos familiares dependientes del causante, que no podían subsistir por sí mismos.

Esta facultad se extendió en 1952, por la *“Intestates Estates”*, a los casos en que la sucesión intestada era inadecuada en relación a las circunstancias de una determinada familia. Posteriormente, el año 1975 entra en vigencia la *“Inheritance Provision for Family and Dependants, Act 1975”*, por la cual se amplía el abanico de personas que pueden ser beneficiarios de la provisión, la cual se extiende incluso a los ex cónyuges, en caso de divorcio. Esta legislación ha sido modificada por la *“Law Reform Succession, Act 1995”* y la *“Civil Partnership, Act 2004”* que incluso extiende el beneficio al conviviente homosexual que haya formado una unión estable con el causante.

Respecto de la naturaleza de esta provisión se puede concluir que es de carácter alimenticia, y en ningún caso constituye una limitación a la libertad de testar. En efecto, no estamos ante un caso en que las personas beneficiadas lleven todo o

parte de la herencia del causante. Debe cumplirse con las condiciones de necesidad para que los beneficiarios tengan derecho a esta provisión.

**ESTADOS UNIDOS.** - En los Estados Unidos también opera un sistema de libertad de testar, pero éste tampoco es absoluto, pues en ciertos Estados hay sistemas distintos. Así, el Estado de Luisiana tiene un Código Civil, que contiene un sistema de reserva, similar al del Código Civil francés, de acuerdo a lo que se establece por los arts. 1493 y siguientes.

Una variante del sistema de libertad de testar se encontraba en el Código Civil soviético de 1922, que establecía una absoluta libertad de testar en relación al *quantum* de la asignación a dejar, pero que sólo la podía distribuir el testador entre las personas expresamente señaladas por la ley. La regulación se asemeja muchísimo a lo que entre nosotros constituye la mejora, ya que esta asignación la puede distribuir el causante entre todos o algunos de los asignatarios de la mejora y por la cuantía que quiera. Sin embargo, si bien se establecía una variable de la libertad de testar, en definitiva, ella quedaba bastante limitada, por cuanto lo que se podía disponer libremente eran los bienes de consumo, los cuales carecen de valor.

**CUBA.** - También se podría indicar la situación del Código Civil de Cuba. En este sistema se establece un principio de libertad de testar, pero éste se limita en el caso que concurren los denominados "*herederos especialmente protegidos*". En este caso, la libertad de testar se limita a la mitad de la herencia. Esta limitación se distingue de la legítima y la reserva (de ahí que no lo describimos en tales sistemas). Los herederos especialmente protegidos sólo concurren cuando se cumpla con las

exigencias que establece la ley. Así, el art. 493.1 del Código Civil cubano expresa que son herederos protegidos los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquéllos; el cónyuge sobreviviente y los ascendientes. Sin embargo, adicionalmente, se les exige que estos asignatarios no estén aptos para trabajar y que dependan económicamente del causante. Faltando cualquiera de estas condiciones, los asignatarios no tienen esta calidad y por lo tanto, se amplía la libertad de testar del causante. En cambio, según se verá, los legitimarios o herederos reservatarios, según el caso, concurren debido a su calidad de pariente del causante (cuando así se requiera), sin cumplir con ninguna otra exigencia, salvo la de ser capaz y digno de suceder al causante. Luego, la legítima y la reserva no tienen naturaleza alimenticia, como se desprende de la legislación cubana, en lo que dice relación con los herederos especialmente protegidos.

Pero lo curioso es que existan otros países latinoamericanos que sigan un sistema de libertad de testar, básicamente porque en general todos estos sistemas siguieron al Código Civil francés o a la legislación española, que tenían su fundamento, sea en el derecho germánico, que tenía un sistema de delación forzosa de la herencia, o bien, el derecho romano, que instauró el sistema de legítimas como límite o freno a la libertad de testar.

**MÉXICO.** - Ahora bien, en algunos de estos países no siempre se siguió un sistema de libertad de testar. Así, bajo la vigencia del Código mexicano de 1870 se siguió un sistema de legítimas, que equivalía a las cuatro quintas partes de la herencia, la cual debía dejarse a los hijos legítimos o legitimados. Por lo tanto, el causante sólo podía disponer libremente de una quinta parte de la herencia. Este sistema fue

modificado por el Código Civil de 1870, que estableció un sistema de libertad de testar, el cual se consolidó con la entrada en vigor del Código Civil Mexicano de 1928.

**NICARAGUA.** - Quizás la legislación que tiene una declaración del sistema de libertad de testar más claro es Nicaragua. El art. 976 del Código Civil establece el principio de la libertad de testar, señalando que *“No hay herederos forzosos”*. Sin embargo, a continuación, establece un derecho de alimentos a favor de las personas que indica la ley, y una porción conyugal a favor del cónyuge sobreviviente. Pero, además, el título XXII del Libro II se denomina *“De las asignaciones forzosas”*, con lo que podría entenderse que la libertad de testar se encuentra limitada por el derecho de alimentos y la porción conyugal, que son las asignaciones que ahí se establecen. Pero es necesario aclarar que estas prestaciones tienen naturaleza alimenticia y no de límite de la libertad de testar, como ocurre con la legítima, ni tampoco se asemeja a la reserva hereditaria, según se explicará. La naturaleza alimenticia de la porción conyugal queda claro con lo que dispone el art. 1201 del Código Civil, al definirla, estableciendo que *“la porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación”*. A mayor abundamiento, la regulación de la porción conyugal se encuentra dentro del Capítulo I, del título XXII del Libro II, que justamente se denomina *“De las asignaciones alimenticias que se deben a ciertas personas”*.

## **II.- SISTEMAS QUE NO CONTEMPLAN LA LIBERTAD DE TESTAR.**

Es posible, distinguir dos sistemas antagónicos a la libertad de testar. Uno de ellos proviene del derecho germánico (sistema de distribución forzosa o de reserva) y el otro del derecho romano (sistema de legítimas o de freno o de libertad restrictiva de testar). Cada uno de ellos tiene características que le son propias y es posible encuadrar diversas legislaciones dentro de cada uno de ellos.

### **1.- Sistema de distribución forzosa.**

En este sistema, es la ley que asigna una cuota de la herencia a algunos parientes del causante. No hay entonces un freno a la libertad de testar, sino que un llamamiento legal del asignatario a una parte o cuota de dicha herencia. Por ello en estos sistemas, dicha cuota hereditaria se reserva a algunos asignatarios.

Una característica que presentan estos sistemas es la carencia de la institución del desheredamiento, lo cual se justifica por cuanto el causante no puede privar de esta parte de los bienes a dichos asignatarios, a menos que les sobrevenga una causal de indignidad para suceder. Por otra parte, se establece generalmente una cuota variable a favor de los asignatarios. Siguen este sistema, por ejemplo, el Código Civil francés, el belga, el de Venezuela, el Código Civil de República Dominicana y el Código Civil de Italia

### **2.- Sistemas de freno o de libertad restrictiva de testar.**

A diferencia de lo que ocurre en un sistema de sucesión forzosa, en este caso la ley le ordena al causante disponer de una parte de sus bienes a favor de ciertos parientes, que se les denomina generalmente legitimarios, aunque en algunos casos se les denomina herederos reservatarios. No hay una delación legal de todo o de parte de la herencia que beneficia a los asignatarios, sino que la orden es para el testador de respetar estas asignaciones. Por ello que en este caso, quien se vea perjudicado en sus derechos como legitimarios puede ejercer las acciones tendientes a modificar el testamento en su favor. Ello no ocurre en un sistema de sucesión forzosa, porque es innecesario, ya que es la ley la que llama a este asignatario a todo o parte de la herencia. Como contrapartida, el causante tiene la posibilidad de desheredar al legitimario si hay causa legal para ello. En la sucesión forzosa no se contempla esta alternativa, debido al llamamiento legal; esa función se cumple a través de las causales de indignidad para suceder.

No conocemos sistemas que contemplen una legítima absoluta. Por ello, van acompañados de una porción de la cual el testador puede disponer a su entero arbitrio. Ello, sin embargo, es variable y dependerá de cada legislación.

Este sistema de legítimas reviste dos modalidades:

**a.- Sistema de legítimas puro.**

Se caracteriza porque dicha asignación se distribuye entre los asignatarios que tienen derecho a ella en la forma que establece la ley. En este sistema, es la ley la que establece a priori la porción que le corresponde determinadamente a cada uno de los legitimarios. En general, la distribución es distinta según sea el número de

personas que llevan parte en la legítima. También se contempla una parte de libre disposición. Es el caso de Brasil, Argentina, Bolivia, Uruguay, Paraguay, Perú, Suiza, Alemania y Austria.

#### **b.- Sistema de legítimas y mejoras.**

En éstos es posible encontrar la división de la herencia en tres partes. Una de ellas corresponde a la legítima propiamente tal; la mejora, que tiene por objeto beneficiar a algunos de los asignatarios llamados a esta asignación; y, una tercera, que es de libre disposición. Sin embargo, acá también podemos hacer una precisión, distinguiendo dos modalidades de este sistema:

#### **i.- Aquella en que la mejora forma parte de la legítima.**

En este sistema, la herencia se divide en dos partes. Una denominada legítima y la otra de libre disposición. Sin embargo, dentro de la legítima es posible hacer una distinción. Por una parte, se encuentra la legítima propiamente tal, y por otra la mejora, que forma parte de la legítima, pero se diferencia de ella, porque el causante la puede distribuir como quiera entre los asignatarios de esta asignación. Es el caso de España<sup>56</sup> y Puerto Rico<sup>57</sup>. En general, en estos sistemas la legítima equivale a

---

<sup>56</sup> El Código Civil español define la legítima en el art. 806, indicando que *“Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”*. Pero además, el art. 823 establece que *“El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza, ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima”*. Como se puede apreciar, se establece claramente que la mejora forma parte de la legítima. Ahora bien, en relación a la extensión de la legítima y la mejora, la regla la establece el art. 808, al afirmar que *“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes”*. En definitiva, la herencia se divide en tres partes. Dos de ellas se emplean en la legítima, pero una parte constituye mejora; el tercio restante es la porción de libre disposición (art. 808 inc. final).

<sup>57</sup> Puerto Rico siguió la normativa española, lo que se demuestra al definir la legítima en el art. 735, definición que es idéntica a la que establece el art. 806 del Código español. Por su parte, el art. 751 establece que *“el padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a legítima”*. Además, el art. 737 indica que

las dos terceras partes de la herencia y el tercio restante es la parte de libre disposición. Ahora bien, la legítima también admite una división en dos partes, una de ellas considerada como legítima propiamente tal y la otra parte se distribuye con libertad por el causante, dentro de los asignatarios que están llamados a la mejora.

**ii.- La mejora constituye una asignación distinta que la legítima y la porción de libre disposición.**

Habitualmente en estos casos, al sistema sucesorio se le denomina “*asignaciones forzosas*”, encontrándose en general los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, la porción conyugal, la legítima y la mejora.

Las dos primeras tienen naturaleza alimenticia, por lo que no se les considera como una limitación a la libertad de testar. Las asignaciones que sí constituyen un freno a la libertad de testar lo constituyen la legítima y la mejora. Pero, además, es posible encontrar una parte de libre disposición, la cual es variable, según la legislación que se analice. Siguen este sistema, por ejemplo, Chile, Colombia y Ecuador.

---

*“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos o naturales legalmente reconocidos”.* Por lo tanto, como en España, la mejora se encuentra incorporada dentro de la legítima, y no constituye una asignación distinta de ella.

## CONCLUSIÓN

Al término de la tesis, esta logra reafirmar la idea sobre la importancia que tiene el testamento en la sociedad, ya que, una persona puede disponer en vida de su patrimonio y cuyos efectos se producirán después que fallezca. Muchos autores critican que el exceso de requisitos y formalismo han limitado el uso de esta institución jurídica, pero mi opinión es que los requisitos internos que tiene que cumplir el testador al otorgar el testamento son los necesarios, puesto que, hay que tener en cuenta que esta es la última voluntad de la persona, tal vez la más importante, y cuando el testamento produzca sus efectos, el causante ya no estará. Por lo tanto, se necesita de la mayor certeza de que esa fue la verdadera voluntad que tenía el causante al otorgar el testamento, por tanto, es prudente tener cada uno de los pertinentes precauciones para que surta sus efectos, tal y como lo estimaba la persona antes de su muerte.

Con respecto a la modificación del artículo 1005 N° 5 del Código Civil que excluye de los incapaces relativos, al sordomudo que no pueden darse a entender de palabra o por escrito, estableciendo como único requisito el que se expresen claramente.

Considero que es una buena noticia, porque la disposición anterior era arcaica y discriminadora, ya que estaban comprendidos entre los incapaces relativos por el solo hecho de no poder expresarse a viva voz o por escrito, siendo que para ellos

existe un lenguaje muy desarrollado y que ha demostrado ser muy eficaz. Así hoy, los sordomudos pueden testar nuncupativamente, ante testigos y con la presencia de un perito experto en lenguaje de señas. Sin embargo, la ley nada dice sobre la situación que ocupará este perito. Y también la del artículo 1061 que señala que no valdrá disposición alguna testamentaria a favor del escribano que autoriza el testamento y las disposiciones hechas a favor de los testigos. Por la razón que, aparte del perito nadie más sabrá la verdadera voluntad del testador, y lo que diga este perito será lo que se redactará en el testamento.

En lo relativo al testamento que solo contenga declaraciones. Lo considero como un testamento propiamente tal, alejándome de la opinión de muchos autores y también del Derecho Romano, que lo consideraban como un simple acto de última voluntad. Este testamento tiene que cumplir con todas las formalidades y requisitos establecidos por la ley. La razón principal de porque adopto esta posición, es que si el testador hace un testamento que solamente contenga declaraciones, se presume que su voluntad quiere que el destino de su patrimonio sea regulado por la ley (artículo 980).

## BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE, M. (1892). *liberte de tester et le code civil*. paris: delhomme et briguet.

BELLO, A. (s.f.). *obras completas. Cdigo Civil de la Republica Chile*. Caracas, venezuela: Editorial del Ministerio de educacion de Venezuela, vol .

BERNY y CATALA, J. (1767). *Las siete partidas del Rey don Alfonso el Sabio, Glosadas por el señor D. Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias*. Valencia, España: Benito Nowfort.

BIONDI, B. (1960). *Sucesión testamentaria y donaciones entre vivos*. Barcelona, España: Editorial Boch.

BOFANTE , P. (1973). *INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO*. MADRID: REUS.

CICU, A. (1959). *El testamento*. Madrid. España: Editorial Revista de Derecho Privad.

Claro, S. L. (1940). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*. Santiago. Chile: Imprenta Nacimiento.

DE RUGGIERO, R. (1945.). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid. España.: Editorial Reus. T. V. .

DOMINGUEZ, B., & DOMINGUEZ, A. (1990). *Derecho Sucesorio*. Santiago, Chile: Editorial Juridica de Chile, 2da edicion.

- ESPIN, D. (1959). *Derecho Civil Español*. Madrid, España: Revista de Derecho privado.
- FASSI, S. (1970). *Tratado de los testamentos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hermanos.
- HAMILTON D, C. (1970). *Manual de Historia del Derecho*. Santiago, Chile: Editorial Juridica de Chile.
- JUSTINIANO, D. D. (1972). *Pamplona*. Pamplona: Arazandi.
- kiverstein, A. (1986). *Sintesis de Derecho Civil Sucesion por causa de muerte y donacion entre vivos*. Santiago, CHILE: Editorial Juridica Ediar-Conosur Limitada.
- MEZA BARROS, R. (1994). *Manual de Sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*. Santiago, Chile: Editorial Juridica de Chile.
- MURILLO VELARDE, P. (1869). *Practica de testamento*. Mexico: Libreria de Rosa y Boubet.
- p., P. y. (1940). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. París. Francia. : Editorial La Habana.
- PLANIOL, M. (1904). Clasificación de las fuentes de la obligación. *Revista de derecho y jurisprudencia*, 170.

RODRIGUEZ GREZ, P. (1998). *Institucionea de Derecho Sucesorio*. Santiago, Chile: Editorial Juridica de Chile.

SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (1988). *Derecho Sucesorio*. Santiago, Chile: Editorial Juridica de Chile.

### **CÓDIGOS.**

- CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. 1991. Buenos Aires. Argentina. Editora AZ.72
- CÓDIGO CIVIL CHILENO. 2009. Edición Oficial. Santiago. Chile. Editorial
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DEL URUGUAY. 1979. Montevideo. Uruguay. Editorial Barreiro y Ramos.
- CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. 1993. Madrid. España. Biblioteca Tecnos S. A.
- CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. 1982-1983. París. Francia. Editorial Dalloz.
- CÓDIGO CIVIL ITALIANO. 1979. Milán. Italia. Editorial Ulrico Hoepeli.  
(BELLO) (Claro, 1940) (DOMINGUEZ & DOMINGUEZ, 1990) (HAMILTON D, 1970) (kiverstein, 1986) (MEZA BARROS, 1994) (RODRIGUEZ GREZ, 1998) (SOMARRIVA UNDURRAGA, 1988) (BERNY y CATALA, 1767) (BIONDI, 1960) (ESPIN, 1959) (FASSI, 1970) (MURILLO VELARDE, 1869) (PLANIOL, 1904)