Artículo: Los testamentos cerrados, sus peligros e inconvenientes
Revista: Nº3, año I (Nov, 1933)
Autor: Maximiliano Gajardo L.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De Don Maximiliano Gajardo L.

Los Testamentos Cerrados

Sus peligros e inconvenientes

EL testamento solemne es abierto o cerrado" dice el inciso 4.º del Art. 1008 del C. C.

Testamento *abierto, nuncupativo* o *público,* agrega el inciso 5.º es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos; y testamento *cerrado* o *secreto* es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de ellas".

Nos ocuparemos del testamento cerrado o secreto.

Quien desea testar puede encontrarse en circunstancias que le hagan necesario o prudente el secreto de sus disposiciones. Para tales casos, el testamento cerrado o secreto es una institución útil que facilita la testamentifacción.

Pero, atendido el hecho de estar llamadas sus disposiciones a no ser conocidas sino cuando el autor de ellas ha fallecido, y la imposibilidad, aún para el testador, de inspeccionar o revisar el pliego que permanece en el interior del sobre cerrado, es también forzozo para el legislador establecer las mayores exigen-

Artículo: Los testamentos cerrados, sus peligros e inconvenientes
Revista: Nº3, año I (Nov, 1933)
Autor: Maximiliano Gajardo L.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cias y solemnidades en precaución y resguardo de la voluntad de aquél, contra las artimañas y asechanzas de la mala fe.

A pesar de todo, no son raros los casos conocidos de falsificación de testamentos cerrados; y cuántos habrá que lo fueron y pasaron desapercibidos y cuántos que lo están y esperan tranquilamente dentro del sobre cerrado, el momento de salir a luz cuando el burlado testador ya no exista...!

Graves peligros que ha debido contemplar el legislador al dar vida a esta clase de testamentos!

No son los únicos. Frente a ellos y por efecto de las propias precauciones del legislador, se alzan todavía otros no menos graves, que no tienen de común con los de falsificación sino el fin o resultado de impedir el cumplimiento de la voluntad del testador: en aquellos es reemplazada por la del falsificador y en éstos por la ley.

Ellos consisten en la omisión o mal cumplimiento de las formalidades exigidas que, por lo general, no tiene otra sanción que la nulidad del testamento. Es a éstos a los que deseamos llamar la atención.

Todos son muy dignos de estudio; pero por ahora queremos ocuparnos en especial solamente del que se refiere a la materialidad del sobre en que el testamento queda guardado.

Dice el art. 1023 del C. C.: "Lo que constituye esencial-
" mente el testamento cerrado es el acto en que el testador pre-
" senta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando
" de viva voz y de manera que el escribano y testigos le vean,
" oigan y entiendan, (salvo el caso del artículo siguiente), que
" en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos
" podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del
" escribano y testigos.

"El testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado
" por el testador.

"El sobrescrito o cubierta del testamento estará cerrada o
" se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse
" el testamento sin romper la cubierta.

"Queda al arbitrio del testador estampar un sello o marca,
" o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cu-
" bierta.

"El escribano expresará en el sobrescrito o cubierta, bajo

Artículo: Los testamentos cerrados, sus peligros e inconvenientes
Revista: Nº3, año I (Nov, 1933)
Autor: Maximiliano Gajardo L.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

" el epígrafe *testamento,* la circunstancia de hallarse el testador
" en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testa-
" dor y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año
" del otorgamiento.

"Termina el otorgamiento por las firmas del testador y de
" los testigos, y por la firma y signo del escribano, sobre la
" cubierta.

"Durante el otorgamiento estarán presentes, además del
" testador, un mismo escribano y unos mismos testigos, y no
" habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos que
" algún accidente lo exigiere".

La sanción por el incumplimiento de estas formalidades es
" la nulidad del testamento. Así lo dice el art. 1026: "El testa-
" mento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cual-
" quiera de las formalidades a que deba respectivamente suje-
" tarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno.

"Con todo, cuando se omitiere una o más de las designa-
" ciones prescritas en el artículo 1016, en el inciso 5.º del 1023
" y en el inciso 2.º del 1024, no será por eso nulo el testamen-
" to, siempre que no haya duda acerca de la identidad perso-
" nal del testador, escribano o testigo".

A estas disposiciones debemos agregar el Art. 27 del De-
creto - Ley N.º 407, de 19 de marzo de 1925, que organiza el
Servicio Notarial de la República, que dice: "En cuanto al otor-
gamiento de testamentos, se estará a lo establecido al respecto
en el Código Civil, *debiendo* el notario dejar constancia de la
hora y lugar en que se otorguen".

Y el 39 del mismo Decreto - Ley que dice: "No se consi-
derará pública o auténtica la escritura"... 3.º En que no conste
la designación exacta y única del día, mes y año; *o de la hora y
sitio de su otorgamiento si se trata de un testamento;...*"

Lo que importa decir que el testamento escritura pública,
" o sea, otorgado con las solemnidades que fija esta ley, dice
" el Art. 16 del mismo Decreto, por el competente notario, e
" incorporado en su protocolo o registro público", es nulo si
no se anota en él la hora y lugar de su otorgamiento.

Nos abstenemos de las observaciones a que puede dar lu-
gar este Decreto - Ley para no apartarnos de nuestro objeto
Repetimos los incisos sobre el cierre del testamento:

Artículo: Los testamentos cerrados, sus peligros e inconvenientes
Revista: Nº3, año I (Nov, 1933)
Autor: Maximiliano Gajardo L.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"El sobrescrito o cubierta del testamento estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera QUE NO PUEDA EXTRAERSE EL TESTAMENTO SIN ROMPER LA CUBIERTA".

"Queda al arbitrio del testador estampar un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta".

¿Cuál sería esta manera de cerrar que hiciera imposible extraer el testamento sin romper la cubierta? No lo dice la ley; pero lo deja al arbitrio del testador.

No puede ser más relativo desde que un medio que ayer fuese de bastante seguridad, hoy o mañana puede no serlo.

Es indudable que en estos casos en que fuese posible extraer el testamento sin romper la cubierta, no estaría resguardada la voluntad del testador y seguramente, ni él mismo podría decir en un momento dado que el pliego allí guardado fuese su testamento desde que se le demostrara que pudo ser abierto al cierro sin romperlo.

No sería posible cohonestar la nulidad del testamento con otros medios de prueba que establecieran la autenticidad del pliego, o de la letra o de la firma, porque la ley no lo ha dicho, y porque, según el Art. 11 del Código Civil "cuando la ley declara nulo algún acto con el fin expreso o tácito de precaver un fraude o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley".

Tal es el rigor de las formalidades, que la mayor parte de las legislaciones vienen heredando del derecho romano, y que Yhering defiende brillantemente en el tomo 3.º de su inmortal obra "El espíritu del Derecho Romano", páginas 203 y siguientes.

Tomemos nota de que nuestro Código se refiere *a la posibilidad* de ser extraído del testamento sin romper la cubierta y no al hecho de haber sido abierto. De manera que, si se nos presenta un testamento cerrado en una mala cubierta, posible de abrirla sin romperla, ese testamento es nulo porque no cumple con la formalidad apuntada, y debe declararse esa nulidad sin necesidad de otra prueba que la del experimento mismo al

Artículo: Los testamentos cerrados, sus peligros e inconvenientes
Revista: Nº3, año I (Nov, 1933)
Autor: Maximiliano Gajardo L.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cual procedería el tribunal en una diligencia probatoria de inspección personal.

Es, pues, de la mayor importancia en el otorgamiento de un testamento de esta especie, atender a la manera de cerrarlo, y tal vez uno de los modos más seguros es hacer al sobre, ya pegado, algunas perforaciones que no perjudiquen la escritura del testamento, como por ejemplo costuras a máquina cuyo comienzo y terminación fueran sellados.

* * *

Todas las legislaciones que contemplan los testamentos cerrados, dan la mayor importancia a esta formalidad, importancia que las Leyes de Partidas llevaban hasta indicar cómo debiera estar cerrado el testamento "doblándose la carta en que se contiene el testamento y poniendo en ella siete cuerdas con que se cierre de manera que queden colgadas para poner en ellas siete sellos" (Muscius Scaevola, Código Civil, tomo 12, página 527).

Baudry-Lacantinerie, Droit Civil, tomo II, página 121, dice del Código Francés: "Destinadas a asegurar el secreto y la identidad del testamento, la clausura y el sello deben ser de manera que hagan imposible todo robo o extracción y toda sustitución del testamento, sin rastro de abertura y de ruptura del sello".

Muscius Scaevola, obra citada, dice del Código Español: "El Código deja en absoluta libertad al testador para que practique el sistema del cierre que mejor la parezca siempre que cumpla con la condición señalada en el N.º 1 del Art. 707, o sea, la de que no pueda extrarse el pliego sin romperse la cubierta..."

Francisco Ricci, "Derecho Civil Teórico y Práctico", tomo 8.º, página 115, expone: "La clausura y el sellado, dice la Casación de Nápoles, responde al doble objeto de mantener secretas las disposiciones del testador durante su vida e impedir que el pliego en que se consigna su voluntad, pueda extraerse de la envoltura y ser sustituída por otra... Por lo que, si esta operación se hace mal ...racionalmente debe suponerse que no

Artículo: Los testamentos cerrados, sus peligros e inconvenientes
Revista: Nº3, año I (Nov, 1933)
Autor: Maximiliano Gajardo L.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

existe clausura o sellado en el sentido legal y considerar el testamento nulo por falta o defecto de solemnidades.

El Código Civil Francés, el Belga y el Italiano exigen el sello, como el Español, el Holandés, etc.... Hemos visto que el nuestro no lo exige.

En Inglaterra, Austria y Suiza no hay testamentos secretos.

* * *

En conclusión, podemos decir que en la práctica profesional debemos dejar esta clase de testamentos para aconsejarla en los casos absolutamente indispensables, realmente escepcionales, y darle preferencia al testamento solemne abierto.

MAXIMILIANO GAJARDO L.