

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XIV JULIO - SEPTIEMBRE DE 1946 N.º 57

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION

## **JURISPRUDENCIA**

**ERNESTO MOLINA C. CON  
EUGENIO ORTUZAR**

**CORTE SUPREMA**

### **NULIDAD DE TESTAMENTO**

**Casación de Fondo**

**NULIDAD DE TESTAMENTO. — INTERPRETACION DE LA LEY —  
ARTICULO 1061 INCISO 2.º DEL CODIGO CIVIL. — INHABILIDAD DEL  
NOTARIO Y LOS TESTIGOS DE UN TESTAMENTO. —  
ALBACEA FIDUCIARIO.—**

**N. de la R.—** En un juicio sobre nulidad del testamento de doña Luisa Molina de Alzérrecas deducido por los herederos abintestato de ésta, D. Ernesto Molina Castañeda, Da. Blanca Molina de Valenzuela, Da. Ester Molina Castañeda y D. Roberto Molina Castañeda, en contra de D. Eugenio Ortúzar Rojas, se pidió en primer lugar por aquellos que se hiciera una declaración en el sentido de ser nulo el testamento de la señora Molina de Alzérrecas por hallarse ésta en estado de demencia y haberse además omitido una solemnidad en el otorgamiento del testamento por parte de dicha señora. Sub-

sidiariamente se pidió por los demandantes —y esta es la única parte que interesa a los efectos del recurso de casación,— que se declararan nulas de nulidad absolutas cuatro diversas cláusulas del testamento de la señora de Alzérrecas que favorecían en forma más o menos directa al demandado D. Eugenio Ortúzar Rojas, por haber intervenido como testigo instrumental un hermano legítimo de éste.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda, desecharon en todas sus partes la demanda y entablado el recurso de casación en el fondo, por no haber acogido los jueces

de la instancia la petición subsidiaria de la demanda relativa a la nulidad de cuatro cláusulas del testamento impugnado, se planteó el discutido problema relacionado con la interpretación que debe darse al inciso 2.º del artículo 1061 del Código Civil.

A continuación van insertas las partes considerativa y resolutive de la sentencia dictada con fecha 9 de Octubre último por la primera Sala de Fondo de la Excm. Corte Suprema, en que se llega a la conclusión de acoger el recurso entablado por estimarse que los jueces del fondo habrían infringido el inciso 2.º del art. 1061 del Código, doctrina igual a la sentada por el mismo Tribunal en 1938, y contraria a la que el mismo Tribunal, formado naturalmente por otros jueces, dejó consignada en sentencia dictada el año 1943.

**DOCTRINA.**— La primera y primordial regla de interpretación que debe tenerse en cuenta, mira, según los términos de los artículos 19 inc. 1.º, 20 y 21 del Código Civil, al elemento gramatical, tomada la palabra en su más amplia acepción, en otros términos, al lenguaje empleado por el legislador que naturalmente debe entendersele conocedor del idioma y

versado en el significado preciso de los vocablos que utiliza.

De acuerdo con el elemento gramatical de interpretación de la ley, resulta inconcuso que la frase "lo mismo" con que comienza el inciso 2.º del artículo 1061 del Código Civil y que se refiere manifiestamente al inciso 1.º del referido precepto, no puede tener otra significación que "todo lo dicho, o que se acaba de decir" en el párrafo anterior con relación al escribano, o sea, que toda la norma compleja del inciso 1.º a propósito de la incapacidad del notario y de sus allegados (cónyuge, parientes consanguíneos y afines y sirvientes asalariados) es aplicable a los testigos y sus allegados, aunque éstos no sean nombrados en el precepto respectivo.

También debe llegarse a la misma conclusión anteriormente indicada, acudiendo al elemento lógico de la interpretación, es decir, cuál ha debido ser, o con más propiedad, cuál ha sido la voluntad de la ley, y aún más exactamente el motivo de la ley (ratio legis). De acuerdo con este elemento de interpretación debe llegarse a la conclusión de que los principios que inspiran la exclusión del notario y de sus allegados, rigen naturalmente con respecto a los testigos, cuyos pa-

## NULIDAD DE TESTAMENTO

491

rientes y asalariados tienen un interés manifiesto que repercute, por lo menos de una manera indirecta, en aquéllos. Desempeñando jurídicamente una misma función en el testamento el notario y los testigos, aunque haya una leve diferencia en la importancia del desempeño de uno y otros, aparece obvio que una razón elemental aconsejara al legislador de 1855 a colocar en igual predicamento al funcionario autorizante y a los testigos llamados a intervenir por vía de solemnidad en su otorgamiento. La precaución de la ley, por lo tanto, tendiente a revestir el acto testamentario de las mayores garantías de seriedad e imparcialidad, reza plenamente tanto con el testigo como los allegados de éste, a estarse a la interpretación gramatical al par que lógica del tantas veces citado inciso 2.º del artículo 1061.

La historia de la ley, por otra parte, a través de los diversos proyectos del Código y en las sucesivas modificaciones que fué sufriendo al tenor de la disposición cuestionada, en que se trasparenta el pensamiento claro del legislador en orden a este punto, demuestra que el inciso 2.º del artículo 1061 no puede interpretarse de un modo diverso del que se viene sosteniendo, o sea, que el

referido inciso 2.º no considera la categoría de los testigos en forma individual —en la forma en que el inciso 1.º aludió al escribano y a los parientes de éste allí enumerados, comprendidos hasta el segundo de la línea transversal—, sino que abarcó conjuntamente con el testigo a sus parientes y a sus asalariados. De no ser así, los testigos habrían debido ser contemplados en una sola enunciación y no habría habido necesidad de recurrir al expediente de dividir en dos incisos la idea inspiradora del precepto.

La designación de un albacea fiduciario hecha en un testamento queda comprendida dentro de las prohibiciones contenidas en el artículo 1061, y afecta, por consiguiente, a la nulidad con que se sanciona su contravención.

Santiago, 9 de Octubre de 1946.

Con lo relacionado y teniendo presente:

1.º— Que como se desprende de los antecedentes expresados en la parte expositiva de esta sentencia, y al tenor también de lo manifestado en el escrito de formalización con respecto a la infracción que se alega del art. 1061 del Código Civil, la cuestión a resolver según el recurso, versa fundamentalmente sobre la inter-

pretación que debe darse al inciso 2.º del precitado art. 1061 del Código Civil, en cuanto tal precepto se refiere al valor o ineficacia de las disposiciones que en un testamento se hagan en favor de personas que sean parientes de otra que en el acto testamentario figure como testigo:

2.º— Que, por una parte, los demandantes en la secuela del juicio y al fundar el recurso objeto de este fallo en el escrito correspondiente, —de acuerdo con la tesis de algunos juristas y con el veredicto de algunos tribunales— sostienen que al decir el susodicho inciso 2.º del artículo 1061, que “lo mismo se aplica a las disposiciones en favor de cualquiera de los testigos”, este caso queda ampliamente comprendido en el del escribano o notario legislado en el inciso 1.º del mencionado artículo, que inhabilita para recibir por testamento no sólo al escribano o funcionario que haga sus veces sino también a ciertos parientes de éste (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y cuñados), y aún a los sirvientes asalariados del mismo. En contrario, algunos jueces y otros tratadistas de nota, —acordes con la opinión del demandado— se han pronunciado en el sentido de que la prohibición afecta sólo a los testigos

favorecidos por el testamento; no así a sus parientes o subordinados asalariados;

3.º— Que en el caso discutido en este recurso y en la litis que le sirve de antecedente, antes de examinar la procedencia de la infracción representada por el recurrente y la consiguiente interpretación que legalmente debe darse a la disposición contenida en el inciso 2.º del artículo 1061, es de necesidad para aplicar correctamente ese precepto al caso concreto de que se trata en esta causa, puntualizar los hechos en que se basa el derecho ejercitado en la demanda de fs. 11, según han quedado establecido en el proceso:

4.º— Que es por lo tanto necesario hacer una enunciación de los hechos de la causa, constantes en la sentencia recurrida en lo pertinente a la violación del artículo 1061. Tales son en breves términos los siguientes: a) que doña Luisa Molina de Alzérreca, hermana de los demandantes, otorgó un testamento cerrado bajo el imperio de cuyas disposiciones, falleció, favoreciendo en él, en diversas cláusulas a don Eugenio Ortúzar y a cuatro hijos de éste (cláusulas 3.ª, 4.ª, 5.ª y letra g. de la 2.ª); y b) que el testamento en cuestión figuró autorizándolo



## NULIDAD DE TESTAMENTO

493

como testigo don Fernando Ortúzar Valderrama, hermano legítimo de don Eugenio Ortúzar Rojas (considerandos 16 y 17 del fallo de primera instancia reproducidos por el de segunda).

5.o—Que sobre la base de estos hechos indiscutidos, es ya oportunidad dilucidar en el caso concreto de que se trata, si la sentencia impugnada ha o no infringido el precepto legal antes aludido, al negar lugar a la demanda de fs. 11 en la parte subsidiaria relativa a la nulidad de las cláusulas antes aludidas del testamento de doña Luisa Molina de Alzérreca;

6.o— Que, por consiguiente, el problema principalmente planteado en este pleito, radica, conforme a lo que ya antes quedó dicho, en esclarecer si por medio de la expresión reproductiva "lo mismo", contenida en el inciso 2.o del artículo 1061, se debe o no aplicar la regla dada para los parientes del notario enumerados en el primer inciso del mismo artículo, a los parientes de los testigos dentro de los mismos grados considerados en el referido inciso 1.o;

7.o— Que esto pone al tribunal de casación en el caso de interpretar, conforme a las normas legales el alcance de la disposición controvertida, —el suso-

dicho inciso 2.o del art. 1061—; interpretación siempre necesaria cuando se discute acerca de un texto legal, y que en la especie es de todo punto de vista indispensable, dada la variedad de razones que se han argüido pretendiéndose fijar el verdadero sentido del artículo materia de la discusión;

7.o— Que la primera y primordial regla de interpretación que debe tenerse en cuenta, mira según los términos de los artículos 1.o inciso 1.o, 20 y 21 del Código Civil, al elemento gramatical; tomada la palabra en su más amplia acepción, en otros términos, el lenguaje empleado por el legislador que naturalmente debe entenderse conocedor del idioma y versado en el significado preciso de los vocablos que utiliza;

8.o— Que, como se desprende de las palabras empleadas a su vez por el legislador en los artículos 19, 20 y 21 ya aludidos, el problema que se presenta cuando se quiere establecer si es claro el tenor de una palabra, o de una frase y aún de un período gramatical completo, dice relación con el significado de las palabras y es en consecuencia de carácter semántico. En este orden de ideas, los que cultivan la ciencia filológica estiman que, en el caso

de autos, como en todos los casos en que se presenta la situación de tener que puntualizar si el sentido de una ley es claro, lo que hay que acometer es un estudio semasiológico, no pudiendo resolverse el problema mediante el análisis meramente morfológico de las palabras ni aún mediante el estudio de la construcción sintáctica. Se comprende, en efecto, que ni la clasificación y estructura de las palabras ni su sintaxis pueden bastar para el efecto antes indicado, siendo necesario penetrar en el estudio de una ciencia también de carácter gramatical que, aunque esté todavía en formación, constituye en todo caso un precioso auxiliar para fijar bien el sentido de las palabras, de las frases y de la oración. Esta ciencia auxiliar de la gramática en la Semántica:

9.o—Que es, pues, el momento de examinar el alcance semasiológico de la expresión sustantivada "lo mismo", empleada en el encabezamiento del inciso 2.o del artículo 1061, que contiene una proposición cuasi-refleja pasiva, en que el sujeto de ella es la frase "lo mismo", cuyo núcleo o palabra principal es el adjetivo sustantivado "mismo" modificado por el artículo definido "lo" empleado como puede verse en su forma neutra; género este, el

neutro, que tiene la virtud de aplicarse a cualquiera parte de la oración, tomada ésta en el sentido indeterminado o genérico, y muy especialmente tratándose de los adjetivos abstractos con que se junta, los que por el mismo hecho quedan sustantivados;

10.o—Que, en lo relacionado con el valor o contenido semasiológico de la locución "lo mismo", cabe todavía considerar que el adjetivo "mismo", aisladamente considerado, se cataloga en la clase de los adjetivos determinativos indefinidos, junto con otras voces de análoga fisonomía como "harto", "mucho", "poco", "tanto", "todo", "ninguno", etc.; y en tal concepto tienen todas estas palabras el alcance de expresar la significación del sustantivo de un modo vago y general y en mayor grado naturalmente cuando están en terminación neutra:

11.o—Que, analizado en conjunto el inciso 2.o del precitado artículo 1061, se ve que él contiene una proposición cuasi-refleja pasiva, en la cual la frase neutra sustantivada "lo mismo" hace el oficio de sujeto, siendo formado el predicado o atributo por las restantes palabras de la oración, a saber: "se aplica a las disposiciones en favor de cualquiera de los testigos". Especialmente la expresión verbal "se aplica" equi-

## NULIDAD DE TESTAMENTO

495

vale a "es aplicado", y tomando muy en cuenta el carácter imperativo que tiene el precepto del artículo 1061, como en general todos los textos "lo mismo" (todo lo antes expresado o prescrito) "es aplicable" o "debe ser aplicado". Ahora bien, cabe considerar en este momento qué es lo que, según la ley, debe ser aplicado; y atenta la circunstancia de que la expresión reproductiva "lo mismo", no lleva palabras o conceptos que limiten en alguna manera su amplio sentido literal, es obvio que el inciso 2.º reproduce en su integridad el contenido del 1.º, no siendo aceptable que, porque el inciso 2.º alude "a las disposiciones (testamentarias) en favor de cualquiera de los testigos" haya querido el legislador limitar la aplicación del inciso 1.º refiriendo sólo una parte de él al caso del inciso 2.º. Siendo, como se ha dicho, la frase "lo mismo" el sujeto en el inciso 2.º, con un carácter reproductivo tan remarcable, es manifiesto que reproduce integralmente el inciso 1.º, o por lo menos la totalidad del sujeto compuesto de dicho inciso; en caso alguno puede pretenderse que hubiera reproducido sólo el predicado "no vale" del mismo inciso 1.º. Si se hubiera querido reproducir exclusivamente el predicado "no vale", apli-

cando el mismo precepto a otra clase de disposiciones (en el caso discutido, simplemente a los hechos en favor de los testigos) se habría empleado otro giro gramatical, diciendo escuetamente, en forma clara y sencilla "tampoco valen las disposiciones en favor de los testigos";

12.º— Que sobre el particular cabe destacar, además, que en el inciso 1.º del artículo en referencia se contempla fundamentalmente la situación legal del escribano o notario, en relación con las disposiciones que pudieran hacerse en su favor en testamentos otorgados ante él; el inciso aludido, en lo restante se relaciona con aspectos secundarios que miran a la situación de personas en alguna manera vinculadas con el notario y a las cuales coloca en la misma posición legal que a éste. A su vez el inciso 2.º legisla con respecto a los testigos que intervienen instrumentalmente en un testamento, frente también a disposiciones testamentarias otorgadas en su favor, colocándolos en la misma posición legal, que al notario: no valen las disposiciones otorgadas en favor de uno y otros. En otras palabras, el pensamiento central del párrafo o inciso 1.º del artículo 1061 se refiere al notario autorizante, así como en el inciso



2.º tal pensamiento se relaciona con los testigos instrumentales, y a propósito de uno y otros personajes la ley ha contemplado por razones de orden moral evidente, la situación de las personas con ellas vinculadas por lazos de afectos o de subordinación. Nada puede argumentarse para no entender que el inciso 2.º aplica al caso de los testigos todo el sistema de prohibiciones contenido en el 1.º ni aún la circunstancia de que el susodicho inciso 2.º se refiera sólo "a las disposiciones en favor de cualquiera de los testigos" y no aluda en forma explícita a las cláusulas en favor de parientes y allegados de los mismos testigos: teniéndose en cuenta el pensamiento central que domina respectivamente en los dos incisos, así como el empleo de la frase neutra antes comentada, prueban que tales argumentaciones no son valederas y por lo demás, tiene una explicación la circunstancia de que en el inciso 2.º se diga al referirse y reproducir el inciso 1.º que "lo mismo se aplica a las disposiciones en favor de los testigos; es ésta simplemente una manera de decir aconsejada por el empleo de la frase verbal cuasi refleja "se aplica" que no admite la voz activa, o en otros términos, un giro a que ha sido necesario

acudir para hacer referencia al complejo contenido del susodicho inciso 1.º;

13.º—Que, sin necesidad de aludir a otros aspectos relacionados con la construcción sintáctica de la proposición contenida en el inciso antes relacionado y con el análisis meramente gramatical de la misma, se puede observar, que tanto por tratarse de una frase sustantiva en terminación neutra, que de por sí denota una idea abstracta, cuanto por la naturaleza del adjetivo "mismo" que, como se ha dicho, pertenece a la categoría de los adjetivos indefinidos, la locución sustantiva "lo mismo", expresa naturalmente una idea de conjunto o de pluralidad, un concepto bastante amplio por lo tanto, comprensivo de varios elementos análogos. En la especie todavía contribuye a acentuar el carácter de indeterminación de la expresión referida el propio adjetivo "mismo" que integra la frase sustantiva que se viene considerando. En efecto, según el léxico "mismo" significa "semejante" o "igual", y de consiguiente para que pueda reputarse que una idea o concepto sea "lo mismo" que otro concepto expresado anteriormente, debe lógicamente hablando, ser semejante o igual;

14.º— Que todavía más, para

## NULIDAD DE TESTAMENTO

497

fijar aún mejor el valor semántico de las palabras "lo mismo", hay que tener presente que en el caso del inciso 2.º del artículo 1061, dicha expresión -cual sucede con los neutros muy generalmente- desempeña una función reproductiva, y lo que reproduce es precisamente el contenido del inciso 1.º del mencionado artículo. En manera alguna puede sostenerse que la frase "lo mismo" que, como se ha dicho, es sujeto en el inciso 2.º, pueda reproducir exclusivamente el predicado "no vale" del inciso 1.º, ni menos puede sostenerse que haga referencia sólo a una parte del sujeto: gramaticalmente considerado el problema, es manifiesto que tal expresión reproduce la integridad del inciso 1.º, o sea, tanto el sujeto como el predicado de la proposición que formula dicho inciso;

15.º— Que teniendo en cuenta por otra parte que, como ya se ha dicho, los neutros en nuestro idioma como en todas las lenguas en general, expresan de por sí ideas de conjuntos o totales indeterminadas, resulta, pues, inconcuso que la frase "lo mismo" con que comienza el inciso 2.º del artículo tantas veces citado y que se refiere manifiestamente al inciso 1.º del referido precepto, no puede tener otra significación que

"todo lo dicho, o que se acaba de decir" en el párrafo anterior con relación al escribano, o sea, que toda la norma compleja del inciso 1.º a propósito de la incapacidad del notario y de sus allegados (cónyuge, parientes consanguíneos y afines y sirvientes asalariados), es igualmente aplicable a los testigos y sus allegados, aunque éstos no sean nombrados en el precepto respectivo, pues el concepto amplio e indeterminado usado por el legislador en la discutida expresión, natural y gramaticalmente los comprende. Lo comprueba el hecho mismo de que, cada vez que en nuestro idioma se trata de reproducir un concepto concreto o de representar simplemente la unidad o una cosa determinada, se acude al empleo del reproductivo masculino o femenino, y si el sabio redactor de nuestro Código recurrió en la especie a la terminación neutra, empleando asimismo un adjetivo indefinido sustantivado, fué sin duda porque quiso denotar una idea abstracta, indeterminada en su significado, la más comprensiva dentro de su vaguedad. Y es tanto más claro esto, cuanto que al referirse el proyecto de 1853 al artículo que quedó designado bajo el N.º 1061 en el Código promulgado, hablando de la incapacidad para

recibir por testamento de los testigos y de sus allegados en el primer inciso, decía al aludir al notario en el 2.º que "la misma regla" se aplicará a estos últimos; expresión la última que fué sustituida por "lo mismo" en el proyecto inédito que pasó a ser el Código definitivo.

Ahora bien, si se compara la frase "la misma regla", de por sí bastante amplia en su alcance o significado, con la expresión "lo mismo", se ve que es por su naturaleza mucho más amplia esta última expresión que la primera cuyo sentido estaba en algún modo circunscrito, por virtud del sustantivo femenino al cual modificaba, la voz "regla". Una razón más comprobatoria de que en la mente del legislador, según se observa en la generación de nuestro Código Civil, presidió el propósito de igualar o asimilar el caso del testigo al del notario, sobre lo cual será oportuno decir más, al hablar de la historia de la ley:

16.º— Que, por lo demás, para sostener que el sujeto de la proposición planteada en el inciso 2.º del artículo en referencia reproduce y comprende en su complejo conjunto todo el contenido del inciso 1.º, vale señalar varios otros preceptos del articulado del Código, que, emplean-

do las mismas palabras, hacen una aplicación práctica de la discutida frase. Tales son, entre otros, los artículos 1384, 1492 inc. 1.º, 1831, 1893 y 1928, en que se hace también uso de la expresión neutra reproductiva "lo mismo" con el análogo alcance vago y abstracto, comprensivo necesariamente de todos los elementos precedentemente expuestos. Con el agregado todavía de que en el artículo 1831 constante de cinco incisos, el último de ellos irrefragablemente hace referencia y reproduce el contenido de los cuatro primeros incisos, en que la complejidad de los elementos reproducidos es por consiguiente mayor que en el caso del artículo 1061.

Relativamente al artículo 1928, cabe observar asimismo que consta también de cinco incisos y que el inciso final que se encabeza, con las palabras "lo mismo" reproduce todo lo dicho en los incisos 3.º y 4.º;

17.º— Que puede, pues, concluirse que, estudiada la cuestión controvertida alrededor del alcance filológico de la frase tantas veces citada, -que es lo que principalmente interesa para establecer el verdadero sentido de un precepto legal, -el sentido del inciso 2.º del artículo 1061 que se remite expresamente al inciso 1.º,

## NULIDAD DE TESTAMENTO

499

es claro, y que por tanto habría que atenerse al tenor literal del sobredicho precepto;

18.o— Que esto, no obstante, y aún sobre la base de que tal conclusión fuera indiscutiblemente aceptada, el proceso interpretativo no quedaría concluso; se precisa acudir en todo caso a otro medio de interpretación también legal, buscando al efecto el espíritu de la ley, mediante el estudio de las relaciones lógicas que ligán a los diversos elementos del texto interpretado, de forma que la ley que se supone clara no aparezca en contradicción con el espíritu que la inspiró, caso en que la letra no puede prevalecer. Como es natural entender, no puede pretenderse que una ley sea clara cuando existe en el mismo cuerpo de leyes otro texto que la contradiga. El sentido de una ley, en último término, no resulta de un precepto aisladamente considerado, sino del conjunto de prescripciones, de la misma naturaleza o que se refieran a una misma institución.

19.o— Que cabe, por lo tanto, acudiendo al elemento lógico de la interpretación, examinar cuál ha debido ser, o con más propiedad, cuál ha sido la voluntad de la ley, y aún más exactamente el motivo de la ley (*ratio legis*), en relación con lo cual se ha dicho

con razón que es la voluntad de la ley en última instancia (valga en la especie este giro procesal) el criterio que debe presidir la labor interpretativa, siendo sólo medios para buscar aquella voluntad los demás elementos o reglas de hermenéutica legal, el gramatical inclusive. Si el legislador ha dicho que prima el tenor literal cuando la ley sea clara, es naturalmente entendiendo que armonice con la interpretación globalmente considerada. Como lo sostienen autores muy apreciables, así como el elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto recomponer el pensamiento del legislador, el elemento interno relativo al espíritu de la ley mira a la descomposición de este pensamiento, esto es, a establecer las relaciones que unen sus diversas partes, complementándose de esta manera recíprocamente una y otra operación;

20.o—Que, apreciando este último aspecto del problema, se puede ver desde luego que atendida la naturaleza análoga de la función que desempeñan el notario y los testigos en el testamento, como en muchos otros actos jurídicos, pero muy especialmente en el acto testamentario, en que uno y otros son llamados a intervenir conjunta-



mente y por vía de solemnidad, ha de estimarse jurídicamente muy aceptable que nuestro Código aplique tanto al notario autorizante como a los testigos instrumentales un mismo tratamiento, exigiendo siempre como indispensable la presencia de los testigos en los diversos casos sobre que legisla, como puede verse en los artículos 1014 y siguientes con respecto al testamento abierto, en los artículos 1021 a 1025 relativamente al cerrado, y por último, en el artículo 1026 que establece la sanción de nulidad cuando se omite alguna de las formalidades exigidas para cada una de estas clases de testamento, entre las cuales solemnidades se destaca precisamente la concurrencia de notario y de cierto número de testigos. Tanto el notario como como el testigo autentifican el testamento, dando fe de lo actuado ante ellos y así se explica muy claramente que los llamados a suceder al que otorga disposiciones de última voluntad, por virtud de cláusulas contenidas en su memoria testamentaria, no puedan ni deban intervenir como funcionarios o ministros de fe autorizantes, ni aún como testigos. Estos y aquél tienen en un caso tal un interés pecuniario que puede ponerlos en la situación de

pasar por alto algún vicio más o menos flagrante del testamento, y aún colocarlos en el extremo de no ser exactos al declarar ulteriormente, en especial en los casos de la apertura del testamento cerrado y en la diligencia para poner por escrito un testamento verbal. Y esto sin hacer causal de que, a no mediar la prohibición de la ley, aconsejada por motivos tan altos de moralidad, el notario y testigos quedarían colocados en una situación inductiva a fraudes; lo que la ley evidentemente no ha querido permitir;

21.o—Que, en concordancia con este pensamiento o modo de encarar el problema, —muy lógica la ley,— en el artículo que se viene estudiando, objeto principal del recurso, cuidó de establecer en forma bien perentoria y que no se presta a discusión alguna, la prohibición de hacer disposiciones testamentarias, tanto en favor del notario autorizante como en favor de cualquiera de los testigos instrumentales, destinando al efecto sendos incisos para referirse en el primero al notario (o funcionario que haga sus veces) y en el segundo a los testigos;

22.o—Que, en orden a la inhabilidad del cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados



## NULIDAD DE TESTAMENTO

501

y sirvientes asalariados del notario comprendidos individual y explícitamente también en el primer inciso del precitado artículo, ostensiblemente, por razón de sus vinculaciones con dicho funcionario, es indudable que la razón de ser del precepto obedece a las mismas consideraciones antes expuestas a propósito de la incapacidad del notario y de los testigos para intervenir oficialmente en testamentos que los favorezcan en algunas de sus cláusulas: si no ya un interés pecuniario directo, es por lo menos un interés moral o uno pecuniario indirecto el que viene a mediar de parte del notario que tan preponderante papel desempeña en el acto testamentario, en el caso de que su cónyuge o alguno de sus parientes cercanos, resulten favorecidos por el testador; por lo cual, siguiendo una tendencia universal de la legislación, nuestro Código ha establecido una verdadera incapacidad relativa o especial para actuar en un testamento como notario, al funcionario que ejerza este oficio en el caso de que el que lo otorgue desee o se proponga conceder alguna liberalidad cualquiera en favor de sus allegados, parientes o asalariados, de los indicados en el mencionado inciso 1.º del artículo 1061:

23.º—Que en cuanto al cónyuge, parientes y dependientes de los testigos, como antes se dijo, —deducido de los términos del inciso 2.º del artículo referido, y especialmente del empleo de la frase sustantiva neutra reproductiva “lo mismo” con que empieza dicho inciso,— debe concluirse que el caso del testigo legislado en dicho inciso 2.º se halla ampliamente asimilado a la situación del notario contemplada en el inciso 1.º y debe comprender por consiguiente en la inhabilidad no sólo al testigo sino a las personas vinculadas con él en los términos dichos en el primer inciso. Tal conclusión, aparece corroborada también ampliamente a virtud de las razones hechas valer en los fundamentos 18.º, 19.º y 20.º, y teniendo en cuenta, además, que los principios que inspiran la exclusión del notario y de sus allegados, rigen naturalmente con respecto a los testigos, cuyos parientes o asalariados tienen un interés manifiesto que repercute por lo menos de una manera indirecta en aquéllos. Desempeñando jurídicamente una misma función en el testamento el notario y los testigos, aunque haya una leve diferencia en la importancia del desempeño de uno y otros, aparece obvio que una razón elemental aconsejara al le-

gislador de 1855 a colocar en igual predicamento al funcionario autorizante y a los testigos llamados a intervenir por vía de solemnidad en su otorgamiento. La precaución de la ley, por lo tanto, tendiente a revestir el acto testamentario de las mayores garantías de seriedad e imparcialidad reza plenamente tanto con el testigo como con los allegados de éste, a estarse a la interpretación gramatical al par que lógica del tantas veces citado inciso 2.º del artículo 1061. En último término, existe el mismo motivo, la misma *ratio legis* que en el caso del notario y de las personas con él ligadas por un vínculo de parentesco más o menos cercano o de subordinación;

24.º— Que la conclusión a que se llega interpretando bajo todos sus aspectos el precepto legal discutido, se afianza aún más poderosamente si se estudia el contexto de las disposiciones legales que miran a las sucesiones testamentarias, especialmente las que dicen relación con la ordenación del testamento y con las reglas generales relativas a las asignaciones testamentarias. En efecto, nuestro Código Civil autoriza la celebración de los testamentos solemnes abiertos

ante cinco testigos sin intervención de escribano o funcionario que haga sus veces, así como también permite extraordinariamente el otorgamiento de testamento verbal que debe ser presenciado por tres testigos a lo menos.

De no ser aplicable en toda su extensión lo dicho en el inciso 1.º del artículo en referencia a los parientes y subordinados de los testigos se llegaría al absurdo de que el eminente redactor de nuestro Código, que debió emplear a plena conciencia la frase reproductiva "lo mismo" de carácter tan acentuadamente enérgico, habría permitido que todo o parte de los bienes de una persona pasara por causa de su muerte a parientes de uno o más de los testigos instrumentales que, reemplazando en cierto modo la intervención notarial, desempeñan en tal clase de testamentos una función la más importante. Esto, a fuer de inconcebible, no ha podido pasar por la mente del ilustre autor del proyecto inédito que resultó finalmente promulgado como ley de la República;

25.º— Que al sentar la conclusión antes expuesta, a la luz de la interpretación que lógicamente debe hacerse del precepto legal antes analizado, no cabe

## NULIDAD DE TESTAMENTO

503

argüir como lo hace la sentencia impugnada en el considerando 7.º, que, por tratarse de una incapacidad de goce, cual es la que afecta al testigo según el inciso 2.º del artículo 1061, y por hallarse sancionada la contravención a dicho precepto con la nulidad de las cláusulas testamentarias respectivas, no puede aplicarse por analogía a los parientes de los testigos una prohibición o incapacidad establecida sólo con respecto a los testigos personalmente considerados. Y esto, porque la referencia o reproducción que hace el inciso 2.º, está expresamente dicho, cual resulta de la interpretación *in extenso* que se ha hecho precedentemente del consabido precepto tantas veces aludido. El argumento en cuestión de la sentencia estaría bien si los jueces de la instancia, a falta de una disposición legal, se vieran en el caso de acudir al argumento *a pari* o por analogía, caso en que evidentemente no sería aplicable una disposición de excepción por ser de derecho estricto;

26.º—Que fuera de considerar la razón de ser del precepto cuestionado, tendiendo siempre al fin de averiguar el espíritu de la ley, es del caso afrontar el estudio de la historia de la ley, a través

de los diversos proyectos del Código y en las sucesivas modificaciones que fué sufriendo el tenor de la disposición cuestionada, en que se trasparenta el pensamiento claro del legislador en orden a este punto, mantenido persistentemente en los diversos proyectos por el principal autor del Código. En primer lugar, el proyecto de 1841, que contenía sólo unos cuantos títulos redactados por don Andrés Bello y que versaban precisamente sobre la "Sucesión por causa de muerte", establecía en el artículo 10, Título III, la nulidad del testamento en que se dejara bienes a personas cuya presencia era necesaria para la solemnidad del acto, —vale decir, el escribano y los testigos— así como a ascendientes, descendientes, cónyuges o parientes colaterales de uno y otros, —escribano y testigos,— hasta el segundo grado inclusive. En seguida viene el proyecto de 1846, presentado a las Cámaras en Noviembre de ese año conteniendo algunos títulos revisados por dos comisiones parlamentarias fusionadas a instancias del mismo Bello quien tuvo por otro lado gran parte en la revisión; este proyecto mantenía el mismo precepto prohibitivo del proyecto de 1841 con ligeras modificaciones, pero comprendiendo

siempre en la prohibición, bajo la denominación de "los individuos cuya presencia es necesaria para la solemnidad", al escribano y a los testigos, demostrándose así el reiterado propósito del redactor de nuestro Código de inhabilitar para recibir por testamento no sólo al notario y testigos sino también a los parientes más inmediatos y a los dependientes asalariados de uno y de otros.

Finalmente, sigue a los proyectos anteriores el de 1853 que en el artículo que se signaba con el N.º 1175 empezó por bifurcar el precepto relativo a la materia de las inhabilidades tratadas, dedicando el inciso 1.º a los testigos y consultando otro inciso, que reproducía la idea contenida en el primero con respecto a los testigos y allegados, haciéndola extensiva al escribano o funcionario llamado a reemplazarlo. Este proyecto de 1853 abandonó el sistema de comprender bajo un calificativo genérico al notario y a los testigos, designando nominativamente a estas dos clases de personas y por otra parte ya no invalidó el testamento mismo en que incidieran disposiciones en favor de los testigos o en favor del notario y sus respectivos allegados, sino que limitó la nulidad refiriéndola sólo a las cláusulas correspondientes en que

se contraría la prohibición legal; y en consonancia con este propósito, el artículo pertinente lo incluyó en el Título IV "De las asignaciones testamentarias" en contrario de lo que acontecía en que el precepto en cuestión figuraba en el Título III "De la ordenación del testamento";

27.º—Que en lo que especialmente toca a este proyecto de 1853, vale observar, además, que el artículo correspondiente (el 1175) se dedicaba a considerar primero (en el inciso 1.º) la incapacidad de heredar por parte de los testigos y la consiguiente nulidad de la cláusula respectiva por parte de los testigos favorecidos y de algunos de sus allegados (cónyuge, ascendientes, descendientes, consanguíneos o afines en el segundo grado y sus sirvientes asalariados), tratando posteriormente en el inciso 2.º la de inhabilidad del notario, refiriéndose explícitamente al contenido del inciso 1.º por medio de la expresión "la misma regla", aunque sin terminación neutra, evidentemente reproductiva. Decía al efecto: "La misma regla se aplica el escribano que autorizare el testamento o al funcionario que haga sus veces". La misma regla no podía ser otra que la consignada en el párrafo o inciso



## NULIDAD DE TESTAMENTO

505

que inmediatamente le precedía, en toda su amplitud;

28.o—Que, finalmente, en el estudio de la cuestión debatida procede referirse al llamado proyecto inédito; proyecto que, con sólo algunas variantes, corresponde al texto del Código definitivamente aceptado y promulgado como ley de la República. Este proyecto fué fruto del examen y estudio de una Comisión formada por ilustres juristas y en que don Andrés Bello tuvo parte muy activa, así en los debates como en las correcciones que se hicieron al proyecto de 1853. El manuscrito en cuestión o proyecto inédito, bajo el N.o 1212 y en el Libro III, Título IV, "De las asignaciones testamentarias", párrafo 1.o sobre reglas generales, consigna, bajo el N.o 1212 e), con sus propios términos, lo que actualmente se dice en el artículo 1061. Fué, por lo tanto, en el mencionado proyecto que se innovó sobre lo preceptuado en el de 1853, colocándose como inciso 1.o del artículo 1212 e), la prohibición impuesta al escribano para intervenir en un testamento en que mediaran disposiciones en su favor o en beneficio de algunos de sus allegados antes enumerados, y en el inciso 2.o se consultó el caso de los testigos,

haciéndose expresa referencia a los testigos por medio de la discutida frase "lo mismo". En suma, conservándose en lo esencial el precepto prohibitivo del artículo 1175 del proyecto de 1853, se alteró el orden de los incisos, acaso y seguramente por simples razones de orden jerárquico:

29.o— Que, por otro lado, cabe tener presente también que, mientras el proyecto de 1853, junto con suprimir la nulidad del testamento mismo, estableció la prohibición de intervenir como notario o figurar como testigos a personas favorecidas por un testamento, sólo invalidaba las disposiciones afectadas cuando eran menos de tres la personas hábiles que asistían al acto por vía de solemnidad, en tanto que el proyecto inédito y con él el Código promulgado, son mucho más estrictos y perentorios en la materia, pues dicen que "no vale disposición alguna testamentaria..." etc.. Lo que acusa con toda evidencia un perfeccionamiento del sistema ideado para inhabilitar, empleando la expresión genérica de los primeros proyectos —a "las personas cuya presencia es necesaria para la solemnidad"—; de lo que lógicamente se infiere, a través del progresivo desarrollo del primitivo



concepto empleado en el proyecto de 1841, que nuestro legislador, conformándose a principios de ética indiscutibles y al espíritu general de la legislación, no pudo albergar en su mente la idea de inhabilitar para recibir por testamento sólo a los parientes del notario, y exceptuar de la prohibición a los parientes de los testigos.

Caso de haber pretendido establecer tal desigualdad en el tratamiento de unos y otros, habrían recurrido los autores del Código a alguna otra fórmula más de acuerdo con su pensamiento o intención:

30.o—Que, como conclusión de todo lo dicho en los cuatro fundamentos anteriores (25, 26, 27 y 28), históricamente estudiada la interpretación del inciso 2.o del artículo 1061, resulta que no puede interpretarse de un modo diverso del que se viene sosteniendo, o sea, que el referido inciso 2.o no considera la categoría de los testigos en forma individual, —en la forma en que el inciso 1.o aludió al escribano y a los parientes de éste allí enumerados comprendidos hasta el segundo de la línea transversal, — sino que abarcó, conjuntamente con el testigo a sus parientes y a sus asalariados. De no ser así, los

testigos habrían debido ser contemplados en una sola enunciación y no habría habido necesidad de recurrir al expediente de dividir en dos incisos la idea inspiradora del precepto:

31.o— Que con respecto al rol que juega en la interpretación de los pasajes dudosos de nuestro Código, la historia de su establecimiento, por lo mismo que esta historia no acusa muchos antecedentes legislativos, pues no hubo discusión en las Cámaras ni se redactaron actas de las Comisiones que intervinieron en la gestación y posterior desarrollo de la gran obra que llegó a ser el Código dictado en 1855, son precisamente los diversos y sucesivos proyectos antes analizados, los antecedentes más fidedignos e irrefragables que se pueden invocar relativos al establecimiento de la colección de preceptos que forman aquel cuerpo de leyes:

32.o—Que, por último y a mayor abundamiento, concurre también a demostrar la exactitud de la interpretación dada anteriormente, la fuente de la disposición legal en estudio, que según las notas acompañadas al texto de la primera edición oficial de nuestro Código (el proyecto de 1853), es el Código Austriaco, el cual

## NULIDAD DE TESTAMENTO

507

en su artículo 594, con la redacción que tenía cuando el señor Bello lo citó decía: "Lo mismo ocurre con respecto al legatario, el heredero, los parientes de primer grado, el cónyuge y los domésticos". En otros términos, con la misma amplitud que nuestro Código, el Código Austriaco prohibía, —limitándolo es cierto al testamento abierto,— que en esta clase de testamento fueran testigos los legatarios, el heredero y ciertos parientes y aún los domésticos. Por lo tanto, y en último término, aunque empleando expresiones diversas, el precepto legal extranjero, indudable origen de nuestro artículo 1061, se abarcaba o comprendía con respecto a la prohibición o inhabilidad de que se ha venido hablando, inspirada sin duda esta posición de nuestro legislador en el principio de equidad de aplicar una misma norma allí donde existen los mismos motivos jurídicos;

33.o— Que establecido, según las conclusiones anteriores, que la interpretación que legalmente debe darse al inciso 2.o del artículo 1061 es la de aplicar en toda su amplitud a los parientes y asalariados de los testigos el conjunto de prohibiciones contenidas en el inciso 1.o, y a los efectos del recurso entablado, es del caso

examinar si en el caso concreto de este juicio, todas las cláusulas testamentarias impugnadas en la demanda estarían afectas a la nulidad pedida en aquélla;

34.o— Que las cláusulas o disposiciones cuya nulidad se pide son: a) la contenida en la cláusula 3.a del testamento dejado por doña Luisa Molina de Alzérreca en que instituye heredero en el remanente de sus bienes al demandado don Eugenio Ortúzar; b) la que se contiene en la cláusula 4.a del mismo testamento, por la cual la testadora hace una asignación modal a favor del mismo señor Ortúzar por \$ 100. 000 para que haga construir una sepultura para guardar los restos de don Ricardo Saa y los suyos; c) la disposición contenida en la cláusula 5.a del mismo testamento, por la cual la testadora instituye albacea fiduciario al mismo señor Ortúzar, fijándole la suma de \$ 100.000 para dar cumplimiento a un encargo secreto; y d), y finalmente, la disposición, de la letra g, de la cláusula 2.a, por la cual la testadora instituye legatarios en la suma de \$ 100.000, a María, Pedro, Blanca y Marta Ortúzar Veyl, suma que debe repartirse por iguales partes entre ellos. Como es de recordar todas estas

nulidades se solicitan por la razón de que don Eugenio Ortúzar es hermano paterno de don Fernando Ortúzar Valderrama, que figuró como testigo en el testamento de la señora Molina;

35.o— Que en cuanto el recurso se refiere a la institución de heredero del remanente en favor del demandado señor Ortúzar, pretendiendo que conforme a lo pedido en la demanda, —sentadas las conclusiones que favorecen la tesis que estima aplicable a los parientes de los testigos el precepto prohibitivo del artículo 1061— debió declararse nula la cláusula 3.a que cae plenamente bajo la prohibición en referencia; y por consiguiente, al confirmar los jueces del fondo la sentencia de primera instancia que negó lugar globalmente a la demanda, y con ello, a las peticiones subsidiarias 3.a, 4.a y 5.a, han quebrantado dichos jueces el artículo 1061 en su inciso 2.o, con influencia en lo dispositivo del fallo, pues de haberse aplicado correctamente el mencionado inciso 2.o del artículo 1061, debieron dichos jueces acoger en esta parte por lo menos la petición 3.a de la demanda y consecuentemente la 4.a, declarando ser nula la cláusula 3.a del testamento de la señora de Alzérreca.

y que la herencia de ésta correspondía a sus herederos ab-intestato;

36.o— Que en cuanto en el recurso se pretende que se habría infringido el mismo artículo 1061 inciso 2.o, al negarse lugar totalmente a la demanda, desechándose en virtud de ello inclusive la petición 2.a de ella, subsidiaria de la solicitada en primer lugar, es de necesidad hacer una distinción entre las cláusulas 4.a y 5.a del testamento de la señora Molina que contienen respectivamente una asignación modal en favor del demandado señor Ortúzar y una institución de albacea fiduciario, cargo al que fué llamado el mismo demandado, y la disposición de la letra g de la cláusula 2.a en la cual se instituye legatarios a doña María, don Pedro, doña Blanca y doña Marta Ortúzar Veví. En la cláusula 4.a se trata evidentemente de una disposición de la testadora, que importa una asignación aunque ésta sea de carácter modal, en razón de la obligación que contrae el asignatario de aplicar los \$ 100.000 asignados a un fin especial. Por consiguiente, no puede caber duda que favorece al legatario, no obstante la carga que impone, toda vez que el asigna-

## NULIDAD DE TESTAMENTO

509

tario modal tiene derecho a un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor de la cosa asignada. Por lo tanto, le alcanza a una asignación de esta clase la nulidad con que la ley sanciona las disposiciones en favor de una persona ligada con alguno de los testigos por el vínculo de la consanguinidad en la línea colateral hasta el 2.º grado;

37.º—Que, en lo que toca especialmente a la nulidad del nombramiento del demandado como albacea fiduciario de la señora Molina, es del caso analizar si, a la luz del precepto que se pretende infringido, tal nombramiento adolecería de nulidad, bastando para ello tener en cuenta que, sobre la base de que el inciso 2.º del artículo 1061 se aplica a los parientes de los testigos, es inconcuso, dados el carácter genérico del vocablo "disposición" y los enérgicos términos del inciso 1.º al decir que "no vale disposición alguna", etc., que la designación de albacea fiduciario hecha en un testamento queda comprendida dentro de la prohibición contenida en el artículo mencionado, y afecta, por consiguiente, a la nulidad con que se sanciona su contravención;

38.º— Que, finalmente, en lo que dice relación a lo dispuesto por la causante de la sucesión de que se trata en este pleito, en la cláusula 2.ª de su testamento bajo la letra g, en la cual se instituye un legado de \$ 100.000 en favor de cuatro hijos del demandado, es de toda evidencia que no puede alcanzar a tal disposición o asignación testamentaria lo prescrito por el susodicho artículo 1061, que declara ineficaces o inválidas las disposiciones en favor de los hermanos de un testigo, tomando por consiguiente, como grado máximo del parentesco de consanguinidad en la línea trasversal, el segundo grado. Los beneficiarios del legado aludido, se hallan en tercer grado de la línea colateral, y por lo tanto, la disposición hecha en su beneficio no está afecta a la nulidad que han pretendido los actores conforme a las peticiones 2.ª y 3.ª de la conclusión de la demanda;

39.º— Que, de consiguiente, se puede concluir que, en cuanto la sentencia recurrida confirmó la de primera instancia, no haciendo lugar a la demanda en la parte en que se pedía la nulidad de las disposiciones contenidas en las cláusulas 3.ª, 4.ª y 5.ª del testamento de doña Luisa Molina de Alzérreca de fecha 3 de Diciembre de 1940, protocolizado en 29



de Marzo de 1941, dicha sentencia ha infringido el artículo 1061 del Código Civil, con influencia en lo dispositivo del fallo, por cuanto si le hubiera dado correcta aplicación necesariamente habría debido declarar,— conforme se solicita en la 3.a y 4.a petición de la demanda, para el caso de que no se estimara procedente en su totalidad la petición segunda,— que eran nulas de nulidad absoluta, las mencionadas cláusulas 3.a, 4.a y 5.a del testamento de la señora Molina, acogiendo en esta forma restringida la demanda de fs. 11;

40.o— Que atento lo dicho en el fundamento 38, —en cuanto el recurrente sostiene que se habría quebrantado el art. 1061 en general y particularmente el inciso 2.o, al confirmarse la sentencia de primera instancia que declaró eficaz la asignación testamentaria en favor de cuatro sobrinos del testigo don Fernando Ortúzar Valderrama,— no estando afectada dicha cláusula por la sanción establecida respecto de los testigos y de algunos de sus parientes cercanos por el tantas veces recordado artículo, el recurso fundado en la infracción de ese precepto legal no merece ser acogido, sin perjuicio de la con-

clusión a que en el considerando precedente se llega:

41.o— Que, finalmente, en cuanto el recurso plantea la infracción del artículo 19 del Código Civil, es inoficioso entrar a estudiar si efectivamente la sentencia recurrida ha vulnerado dicho precepto legal, tanto porque, como ya se ha dicho, cabe hacer lugar al recurso en cuanto el fallo impugnado quebranta el artículo 1061 del mismo cuerpo de leyes, cuanto por la estrecha relación que el mencionado artículo 19 tiene con la interpretación que se da en esta sentencia al precepto legal, objeto principal del recurso.

Con arreglo, además, a lo prescrito por los artículos 764 (938), 767 (941), 785 (959) y 809 (980) del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar al recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de Diciembre de 1944, escrita a fs. 264, pronunciada por una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual se invalida y se reemplaza por la que se dicta a continuación.

Devuélvase a la parte recurrente la cantidad consignada según la boleta de fs.

Devuélvase.— Publíquese. —



## NULIDAD DE TESTAMENTO

**511**

Redacción del señor Ministro don Alfredo Larenas.— (Fdos.) Alfredo Rondanelli F.— J. M. Hermosilla.— Juan B. Ríos A.— Roberto Peragallo.— A. Larenas.— Urbano Marín.

Pronunciadas las dos sentencias que anteceden por los Ministros titulares de la Excma. Corte señores: Alfredo Ronda-

nelli, José M. Hermosilla, Eulogio Robles, Juan B. Ríos, Roberto Peragallo y Alfredo Larenas, Fiscal del mismo Tribunal D. Urbano Marín, pero no firma el Ministro señor Robles no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo por estar con licencia y ausente. (Fdo.) Gmo. Echeverría S. M. Secretario