

UNA HIPOTESIS EN TORNO A LA ACEPTACION DEL PODER PARA TESTAR EN LOS PROYECTOS DEL CODIGO CIVIL CHILENO

ITALO MERELLO ARECCO
Universidad Católica de Valparaíso

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En preceptos de las Leyes de Toro, recogidos más tarde por la Novísima Recopilación¹, el testamento por comisario recibió un irrestricto tratamiento. Nada, en cambio, sobre esta materia conocemos en las fuentes de derecho indiano, por lo que la legislación castellana entró aquí a regir de modo supletorio.

Así, la frecuente utilización que en nuestro medio se hizo del poder para testar durante el período comprendido entre la conquista española y el proceso codificador, parecían exigir, como era natural, que en los trabajos preparatorios del Código Civil se contemplara dicha institución, ya en orden a su regulación, como se hizo en las Leyes de Toro y Novísima Recopilación, o a su prohibición, como en el Código Civil.

Sin embargo, tales proyectos, con excepción del denominado Inédito, no adoptan una ni otra solución, no existiendo, por ende, un pronunciamiento expreso en relación con este tema. El argumento ex silentio constituye una fuerte razón para apoyar la opinión de que el testamento por comisario no tuvo cabida en los trabajos preparatorios del Código Civil; pero, por otra parte, la inclusión en él del art. 1004 —actualmente en vigencia—, que vino a establecer la indelegabilidad de la facultad de testar, se convierte en una razón que con igual vigor actúa en sentido contrario. En efecto, la llegada de este nuevo criterio parece venir a fijar el rechazo de una figura cuya aceptación se reconocía implícita en los proyectos del Código Civil. Tal opinión parecería verse abonada todavía por la existencia

¹ Se trata de LT. 31-39, incorporadas en la NsRec. 10. 19. 1-8; 20.13.

legal y la rica vida práctica que dicha institución alcanzó en el derecho precodificado.

He aquí dogmáticamente expuestos los términos de un problema respecto del cual propondré una hipótesis histórica de solución.

II. HIPÓTESIS DE SOLUCIÓN

Establece el art. 1004 del ccch. que "*la facultad de testar es indelegable*". Esta disposición, que suele aparecer como un axioma en materia jurídico-sucesoria en cuanto acoge un principio que ha inspirado con cierta generalidad la mayoría de los códigos modernos, ofrece, no obstante, algunas consideraciones de interés desde el punto de vista histórico.

La primera observación que se presenta a examen es que en los Pytos. de 1841-45, 1846-47 y 1853, no se encuentra dicha norma ni otra similar que prohibiera de modo expreso el poder para testar. Un precepto idéntico al art. 1004 del ccch. viene a aparecer sólo en el art. 1166 a) del Pyto. Inédito.

Pero, a través de dichos proyectos se consignan dos preceptos, que vinculados a menudo con este asunto, encuentran una definitiva consagración en el Código Civil.

a) *El testamento es un acto de una sola persona* (Pyto. 1841-45, tít. III, art. 4; Pyto. 1846-47, art. 54; Pyto. 1853, art. 1166; Pyto. Inédito, art. 1166, y ccch., art. 1003), y

b) *La elección de un asignatario, sea absolutamente o de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno* (Pyto. 1841-45, tít. III, art. 3; Pyto. 1846-47, art. 96; Pyto. 1853, art. 1213; Pyto. Inédito, art. 1213, y ccch., art. 1063).

No obstante, si se repara en el propio texto de estas disposiciones, resulta fuera de toda duda que ellas no prohíben de modo explícito la diputación para hacer testamento. Fácil es advertir, en relación con la primera norma, que el hecho de que el testamento sea un acto de una sola persona no se opone al mandato para testar, sino a la participación de dos o más de ellas en el establecimiento del acto dispositivo mismo, bajo la forma de los denominados testamentos conjuntos, mancomunados o de hermandad².

Un problema diverso, en cambio, puede ofrecer la exégesis del

² Existe tendencia a confundir el hecho de que el testamento sea un acto de una sola persona con la indelegabilidad de la facultad de testar. Vid. en tal sentido. v. gr. VERA, *Código Civil de la República de Chile* (Santiago 1894) 3, p. 83 s. y 149. Se trata, sin embargo, de situaciones técnicamente diversas que a la luz del examen histórico no siempre se presentan en forma conjunta.

segundo precepto, el que con especial frecuencia la civilística relaciona con la indelegabilidad de la facultad de testar, haciéndolo aparecer como una aplicación suya.

Consideramos que esta disposición tiene una duplex interpretación: una, en aquellos proyectos del Código Civil en los cuales nada se dice acerca de la prohibición del poder para testar (Pyto. 1841-45, Pyto. 1846-47, y Pyto. 1853), y otra, en el denominado Proyecto Inédito y Código Civil en que tal prohibición se halla consagrada. Surge de aquí la opinión que en los proyectos de Código Civil —a excepción del Inédito— tal precepto no estableció un criterio ni derogatorio ni absolutamente confirmatorio del testamento por poder bajo la forma restrictiva que esta institución tuvo en el derecho castellano vigente en Chile hasta el Código Civil. Por el contrario, la amplitud de los términos en que esa norma se halla redactada cubría implícitamente el reconocimiento de tal institución.

Es muy probable, incluso, que al redactar Bello el Pyto. 1841-45, tít. III, art. 3; Pyto. 1846-47, art. 96, y Pyto. 1853, art. 1213 —antecedentes del art. 1166 Pyto. Inédito, y art. 1003 ccch.—, estuviera pensando de alguna manera en el supuesto del testamento por comisario reglamentado en las Leyes Toro, donde igualmente la elección del asignatario escapaba al arbitrio ajeno, pues —en lo que nos interesa— la limitación que este cuerpo legal establece fue que la designación del heredero debía ser siempre una facultad atributiva del comitente³. En concordancia con esta regla, o al menos sin incompatibilidad con ella, lo que aquellos artículos de los proyectos están prohibiendo es la elección del asignatario a cargo de otra persona diversa del testador, pero no el otorgamiento de un poder para testar en que el mandante se reserva la facultad de elegir a su sucesor⁴.

³ No existe en esta materia un directo influjo de la legislación francesa en nuestro derecho civil. El trabajo de Elizalde, consistente en señalar a continuación de cada artículo del Código Civil, el análogo o similar del Código Civil francés, no señala concordancia para los arts. 1004 y 1063 del ccch. *Vid.* ELIZALDE, Código Civil (Santiago 1871). En el mismo sentido VITALICIO LÓPEZ, *Razón i fuente de la lei o concordancia del Código Civil con el proyecto de que se formó*. (Santiago 1858), p. 139.

⁴ Una oportunidad de índole doctrinal, no legal, para pronunciarse sobre esta materia la tuvo Bello en la redacción de su manual para la enseñanza del Derecho romano. Sin embargo, en las diversas ediciones de las *Instituciones de Derecho romano* de Bello, texto publicado sin nombre del autor, no hay alusión a la prohibición del mandato para testar. Todo debe entenderse sin perjuicio de lo que se expresará en la n. 6. No obstante, en las *Explicaciones de Derecho romano para el estudio del ramo*³ (Santiago, 1885), p. 192, editada igualmente sin mención de autor, redactado sobre la base ampliada de las *Instituciones de Derecho romano*, pues reproduce literalmente muchos de sus párrafos, agrega textualmente —en frase intercalada con ocasión de la sustitución pupilar— que la facultad de testar es indelegable. Cabe señalar, sin embargo,

Diferente es la redacción del art. 558 del Pyto. de CCESP. de 1851, en que se preceptúa que la formación del testamento, cosa diversa, no puede dejarse en todo o parte al arbitrio de un tercero. García Goyena⁵, por eso, en su comentario a este artículo, sostiene, con razón, que él implica la derogación de las normas que sobre el testamento por poder existen en las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación.

En resumen, el art. 1063 del ccc., al igual que sus antecedentes en los estudios preparatorios de 1841-45, 1846-47 y 1953, no prohíbe el mandato para testar entendido con la limitación referida, vale decir, que la elección del heredero es resorte exclusivo del comitente. Pero con la inclusión del art. 1004 en el ccc., al igual que su antecedente, el art. 1166 a) en el Pyto. Inédito, toda forma de poder para testar se prohíbe radicalmente, lo cual no trajo, sin embargo, la derogación de aquellos otros preceptos que implícitamente lo aceptaban. Subsiste entonces el problema de la coexistencia de ambas normas, el art. 1063 y 1004 en el ccc., como los arts. 1213 y 1166 a) en el Pyto. Inédito, toda vez que de acuerdo a la interpretación que venimos sosteniendo, dichas disposiciones aparecen como contradictorios.

Ciertas consideraciones históricas relativas a la institución parecen corroborar la hipótesis que venimos sosteniendo, al mismo tiempo que contribuyen a resolver la cuestión planteada. En efecto, la

que es esta una obra cuya paternidad no pertenece a Bello, sino acaso a Cosme Campillo, según opinión de AVILA MARTEL, *Bello y el Derecho romano*, en *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago 1973), p. 89 ss., y cuya primera edición vio la luz en 1869, cuatro años después de la muerte del ilustre caraqueño y catorce de la promulgación del Código Civil. Sobre el carácter de estos textos, sus diversas ediciones y las relaciones entre ambos, vid. BELLO, *Obras completas*, (Caracas, 1959), 14, p. XLV ss., XLI. AVILA MARTEL, op. cit. ibid., p. 89 ss. HANISH, *El Derecho romano en el pensamiento y la docencia de Bello* (ejemplar mecanografiado, Santiago, 1974) p. 33 ss.

⁵ Vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid 1852), 2, p. 14. El texto del referido artículo 558 del Pyto. de CCESP. es el siguiente: "El testamento es un acto personalísimo: su formación no puede dejarse en todo o en parte al arbitrio de un tercero. Tampoco puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia de la institución de heredero o de la manda, ni la designación de su cantidad; pero si el repartimiento, cuando la disposición comprende a toda una clase de personas, como parientes, pobres, criados".

Interesante nos parece este precepto en cuanto fija como cosas diversas la formación del testamento de la institución de heredero: prohíbe el poder para testar, y —en lo que selectivamente nos interesa— no permite, además, dejar al arbitrio de un tercero la institución de heredero. La descripción de ambas situaciones revela cómo se trata de dos ideas distintas, y donde la prohibición de dejar a un tercero la subsistencia de la institución de heredero —que es formalmente análogo al contenido del art. 1063 del ccc.—, demuestra que a los ojos de los redactores del art. 558 del Pyto. de CCESP. de 1851. no es suficiente por sí sola para apoyar en ella la prohibición de delegar la facultad de testar.

materia que analizamos experimenta vicisitudes de importancia en el derecho castellano, especialmente en algunas de las fuentes que se incluyen en el orden de prelación vigente en Chile a la época de la promulgación del Código Civil. Pero antes haremos algunas acotaciones, que en conexión con este tema, nos sugiere el derecho romano.

Contradiendo una opinión que se formula con frecuencia, somos de opinión que el derecho romano no se propuso el problema del poder para hacer testamento. No queremos significar con esto que lo rechazara, sino que omitió toda referencia a él por no haberse representado esa figura⁶. Esta afirmación no se ve objetada ni siquiera por la sustitución pupilar, en la cual dada la incapacidad del hijo impúber para hacer testamento se lo dejaba hecho su padre o aquel bajo cuya potestad estaba. A pesar de que una persona aparece aquí haciendo el testamento a otro —particularidad que caracterizaba al testamento por comisario—, tal situación, por diversas razones, no entraña un mandato para testar: a) La sustitución pupilar requiere testamento válido del *paterfamilias* y dada la concepción unitaria del patrimonio familiar romano, cuya titularidad se radica en él, lleva a considerar como una sola la herencia que está en juego; b) La incapacidad del hijo por razón de edad hace que éste carezca de *testamenti factio* activa, y más que eso de voluntad idónea para encargar a otro que le haga su testamento, y c) Hay aquí un solo acto realizado por una sola persona.

En la legislación castellana, en cambio, el poder para testar encuentra un amplio y expreso reconocimiento.

Dice FR. 3. 5. 7:

Como puede dar alguno a otro poder para que faga por el su testamento.

Si alguno no quisiere o no pudiere ordenar por si la manda

⁶ Sugerida tal deducción por el propio examen de las fuentes romanas, ella se ve ratificada por el silencio que sobre dicha institución guarda VOCI, en *Diritto ereditario romano* (Milano 1967), considerado como el tratado general más completo relativo al derecho sucesorio romano. De conformidad con lo expresado, no se consigna en esta obra ningún tipo de referencia, ni en cuanto a autorizar, limitar o prohibir el poder para testar. No obstante, ciertos autores suelen señalar a D. 28. 5. 32, como la fuente romana que prohíbe el mandato para hacer testamento. Es esta la opinión que en nuestro medio sostiene CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado* (Santiago 1940) 13, p. 430 ss., donde se cita dicho fragmento justiniano como el precedente romano del art. 1.004 del cch. Lo mismo G. LÓPEZ para P. 6. 3. 11. Vid. glos. *Aludrio de otro* ad. P. 6. 3. 11. Pero un examen atento a D. 28. 5. 32 revela, de acuerdo al título en que se inserta —*De heredibus instituendis*— que no fija pautas para la facción del testamento, sino para la institución de heredero, siendo ésta la que no puede dejarse al albedrío ajeno.

que ficiere de sus cosas, e diere su poder a otri, que el que la ordene, e de, e la de en aquellos lugares onde el tuviere por bien, puedalo facer: e lo que el ordenare, o diere, vala, asi como si la ordenase aquel que dio el poder.

Admitido así el poder para testar, el precepto transcrito —que es el único que en la referida fuente refiere a la materia— no establece ningún tipo de restricción a las facultades del mandatario, quien puede designar a los sucesores, hacer las disposiciones y declaraciones que su propio arbitrio aconseje. Tales actos adquieren plena eficacia como si fueren hecho por el propio comitente: *e lo que el ordenare o diere vala assi como si la ordenase aquel que dio el poder*.

Una disposición similar se encuentra en el Fuero de Soria⁷, lo que es una muestra específica del influjo que esta fuente ejerció en el Fuero Real, o de modo contrario, según hipótesis que parece contar con mayor acogida en la actualidad⁸.

Mudando el criterio de FR. 3.5.6, las Leyes de Toro reglamentan con detalle nuestra institución. Sin embargo, a efectos de este trabajo, lo que particularmente interesa en su descripción son las limitaciones fijadas ahora al comisario, el cual no podía designar heredero, mejorar en tercio y quinto, desheredar a los descendientes del testador, ni sustituir vulgar, pupilar y ejemplarmente, ni dar tutor a los descendientes.

Expresa LT. 31. (NsRec. 10.19.1.):

Porque muchas veces acaece, que algunos porque no pueden, o porque no quieren hacer sus testamentos, dan poder a otros que los hagan por ellos: y los tales comisarios hacen muchos fraudes y engaños con tales poderes, estendiéndose a más de la voluntad de aquellos que se lo dan, por ende por evitar los dichos daños, ordenamos y mandamos, que da aqui adelante el tal comisario no pueda por virtud de tal poder hacer herederos en los bienes del testador ni mejoría del tercio ni del quinto ni desheredar a ninguno de los hijos, o descendientes del testador, ni les

⁷ F. Soria 301: *Si alguno non quifiere o non pudiere ordenar por fi la manda que quifiere fazer de sus cosas y diere su poder a otri que la ordene por el en aquellos lugares quel el uire por bien, pueda lo fazer. Et lo que el ordenare o diere, que uala assi como si lo ordenasse aquel quel dio el poder.*

⁸ Sobre la procedencia del Fuero Real respecto del Fuero de Soria, vid. GIBERT, *El Derecho municipal en León y Castilla*, en AHDE. 31 (1931), p. 734 ss., hipótesis que ha recibido una convincente demostración de parte de MARTÍNEZ DIEZ, *El fuero Real y el fuero de Soria*, en AHDE. 39 (1960), p. 545 ss.

pueda substituir vulgar ni pupilar, ni exemplarmente, ni hacerles substitucion alguna, de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos, o descendientes del testador, salvo si el que le dio el tal poder para hacer testamento, especialmente le dio el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para hacer heredero, nombrándolo el que da el poder por su nombre a quien mando el comisario haga heredero, y en cuanto a las otras cosas señalando para que le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dio el poder señalo y mando, y no más⁹.

En el derecho indiano, según ya acotamos, no aparecen preceptos que regulen especialmente el testamento por comisario, por lo cual la institución quedaba regulada por la vigencia supletoria del derecho castellano,¹⁰ sabiéndose que fue reiteradísima su práctica de la cual hicieron uso destacados personajes de nuestra historia patria en pleno s. XIX¹¹.

Hemos dejado para el final, alterando el orden cronológico, las referencias que las Partidas hacen acerca de nuestro tema, pues es

⁹ En relación con este texto ha de advertirse que de todas las limitaciones que en él se imponen al comisario, es aquella que se refiere a la institución de heredero la que regula con mayor rigor, pues se exige que el comitente designe expresamente el nombre del sucesor. En cambio, en relación con las otras materias —mejora, desheredamiento, sustitución y tutoría— basta conferir al mandatario el poder especial para el acto de que se trata, pudiendo dejar en sus manos la elección del mejorado, desheredado, sustituto o tutor.

¹⁰ Vid. LEVENE, *Manual de historia del derecho argentino*⁴ (Buenos Aires, 1969), p. 146 s. TAU ANZOATEGUI, *Esquema histórico del derecho sucesorio. Del medioevo castellano al s. XIX* (Buenos Aires 1971), p. 98.

¹¹ Nos referimos al caso de O'Higgins, quien también testa por comisario. La figura reviste en la especie algunas particularidades, acaso no extrañas a la época, que merecen por lo mismo una breve referencia. Tal testamento operó a través del poder que O'Higgins confirió a su hermana Dña. Rosa Rodríguez y Riquelme para designar un comisario que hiciese el testamento por él, señalando en el mismo poder que su hermana fuese su única y universal heredera. ("...le doy facultad para que nombre persona que lo haga por mí..." / "...instituyo deyo y nombro para mi única y universal heredera a la dicha Señora Rosa Rodríguez y Riquelme, mi hermana materna..."). En uso de tal facultad la hermana del mandante designó a dos comisarios para que mancomunadamente confeccionaran un testamento, quienes lo fueron Dn. Demetrio O'Higgins y Toribio Pequeño, a los que Dña. Rosa Rodríguez y Riquelme instruye con posterioridad en orden a designarla a ella misma como sucesora de su hermano, conforme a la voluntad expresa del causante ("... en uso de la expresada facultad, otorga por la presente declaración que quiere que recaiga el cargo de comisario del dicho su finado hermano, en Dn. Demetrio O'Higgins y don Toribio Pequeño de mancomun insolidum..." / "...declaren que yo declaro haber sido nombrada albacea y heredera de mi finado hermano el Gran Mariscal don Bernardo O'Higgins..."). Para una cómoda información sobre el contenido de estos antecedentes, vid. *El testamento de don Bernardo O'Higgins*, en *Rev. chil. de hist. y geogr.*, 7 (1913) 11, p. 234 ss.

sabido que la redacción de esta fuente se ubica temporalmente entre el Fuero Real y las Leyes de Toro. Nuestra actitud se justifica sólo en cuanto ella nos permite exponer con mayor facilidad las posibles relaciones que advierto en esta materia entre la obra del Rey Sabio y la de los Reyes Católicos.

Las Partidas revisten especial importancia en relación con el tema que aquí trato, por cuanto Bello en nota al art. 1213 del Pyto. de 1853, que reproduce el actual art. 1063 del ccch., señala a P. 6. 3. 11, como su precedente histórico ¹².

Dice el epígrafe de P. 6. 3. 11.:

Como el testador deue nombrar por si mismo a aquel que establescio por heredero, e non ponerlo en aluedrio de otro.

Se ha sostenido que este precepto deroga el criterio de Fuero Real, consagrando en su lugar la prohibición del mandato para testar. Es ésta entre nosotros la opinión Claro Solar ¹³, quien cita dicha ley de Partidas como el antecedente del art. 1004 del ccch. Pero si acogemos este parecer ocurre que nuestra interpretación en torno al art. 1063 del ccch., de que no prohíbe el mandato para testar, se vería contradicha, como quiera que él se inspira en P. 6. 3. 11, que veda tal institución.

No obstante una relectura despaciosa de P. 6. 3. 11, me induce a pensar —lo que parece no haber sido notado—, que aun cuando esta ley no reglamente el testamento por comisario, lo da por supuesto ¹⁴.

¹² En los manuscritos de Bello, en hoja editada perteneciente al Pyto. de ccch. de 1846, a continuación del punto aparte que pone fin al inciso primero del art. 96, tit. 4 (*"La elección de un asignatario, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas no dependerá del puro arbitrio ajeno"*), aparece consignado de su puño y letra, la siguiente indicación: L. 11 t. 3 P. VI. Esta referencia es la que aparece vertida en la nota que se agrega al art. 1213 del Pyto. de 1853. Vid. *Colección de manuscritos*, I, *Papeles de Andrés Bello*, pieza n° 53 (Biblioteca Central de la U. de Chile, Santiago).

¹³ Vid. op. cit. en n. 6, p. 431.

¹⁴ Somos conscientes que nuestra interpretación de P. 6. 3. 11 es diversa a la que habitualmente se aduce por los autores que tratan acerca del tema. Véase por ejemplo la tajante afirmación de LLAMAS y MOLINA, en *Comentario crítico-literal a las ochenta y tres leyes de Toro* (Madrid, 1852), p. 291: "Es constante que por derecho común o civil de los romanos no se permitió jamás que uno pudiese hacer testamento por otro, como lo persuaden entre otras las leyes 32 y 70, ff. de *hereditibus instituendis*, y lo reconocen autores que tratan de esta materia; y es la razón porque los testamentos no deben depender de otro arbitrio que el del testador, como se indica en las leyes expresadas, y también en la 11, tit. III, Partida VI, que alegando la misma razón, prohíbe que uno pueda dar a otro poder para testar, y declara que sería nulo el nombramiento de heredero que hiciese otro en virtud del poder que se había conferido". Opiniones semejantes, pero vertidas de modo incidental en diversos

Luego del epígrafe de P. 6.3.11, ya consignado, se inicia la ley con un pasaje que reproduce el sentido de aquél:

Declarar deue, e nombrar el fazedor del testamento por si mismo, el nome de aquel que establesbiesse por heredero.

Este fragmento se refiere a la situación en que si alguien hace su propio testamento, él mismo debe elegir al sucesor, lo cual no se opone a que una persona pueda otorgar poder a otro para testar, señalando expresamente en él a quién debe señalar por heredero el comisario. En efecto, el referido texto no rechaza al mandato para hacer testamento, sino a la disposición en que la nominación del asignatario se deja al albedrío de otro. En las Partidas, así, se encuentra en germen una de las ideas principales, que en conexión con el testamento por comisario, las Leyes de Toro reglamentaran con posterioridad.

Esta afirmación se ve corroborada con la continuación del texto de la misma ley:

Ca, si el otorgasse poder a otro; que lo establesbiesse en su lugar, no valdria; maguer dixesse asi: Aquel sea mio he-

textos de derecho hispano, v. gr. BENEYTO, *Manual de Historia del Derecho* (Zaragoza 1940), p. 274; TAU ANZOATEGUI, op. cit. en n. 10, p. 47. No se trata de estudios monográficos sobre el tema específico del poder para testar, sino de un comentario general sobre las Leyes de Toro y de textos de igual índole sobre derecho histórico español o respecto de materia sucesoria, respectivamente. Por tal razón quizá la interpretación de P. 6.3.11, se hace más en base al cotejo con FR. 3.5.6, y LT. 32, que un análisis matizado del propio precepto alfonsino. Este tratamiento de la materia conduce, como tendencia natural, a enfatizar el criterio de oposición que en este tema encierra el texto de las Partidas frente al Fuero Real y Leyes de Toro, en lugar de precisar los verdaderos límites de su contenido. Pensamos, por lo mismo, que un afinamiento en el estudio aislado de P. 6.3.11, si bien lleva a reafirmar tal diversidad de criterio, no implica por ello un total repudio al poder para hacer testamento, sino al alcance ilimitado que tal facultad tuvo en fuentes de derecho precedentes. Sin embargo, en MINGUIJON, *Historia del Derecho español*² (Zaragoza 1924), 7, p. 134, he encontrado una afirmación que me parece coincidente con nuestra posición en torno al alcance de P. 6.3.11: "Las Partidas tampoco reconocen el testamento por poder en cuanto al fondo, pues afirman el principio de que *el establecimiento del heredero e de las mandas, non deve ser puesto en alvedrío de otro*, pero admiten que la forma del documento sea encomendada a otra persona. Si el testador, ante escribano y siete testigos, dijese a quién nombraba heredero y a quiénes y en cuanto hacía mandas o legados, y mandase al escribano que fuese a *algun ome sabio* para que éste ordenase el testamento, entonces *bien valdria lo que assi fuesse fecho por mandado del testador*". Piénsese que mientras mayor sea la especialidad de un poder —ya en cuanto al acto mismo o al contenido preciso del encargo— tanto menor será la discrecionalidad de que goza el mandatario en cuanto al fondo del acto que se encomienda realizar. Tal situación no obsta, sin embargo, a que este encargo constituya un verdadero y real poder.

redero, que fulano quisiere o estableschiere por mio que lo sea. Esto es, porque el establescimiento del heredero e de las mandas, non deue ser puesto en aluedrio de otro.

Por cierto que ese poder a otro a que se refiere P. 6. 3. 11, no vale si se otorga de la manera que allí se indica, pero nada obsta a su plena eficacia si no se confiere en esa forma, como lo sería el caso en que el mandante nominara su propio asignatario. O sea, el poder para testar a que se refiere dicho pasaje carece de valor no por el hecho de ser tal poder, sino en cuanto en él no se señala el nombre del heredero.

Por último, ha de notarse que en la parte final de P. 6. 3. 11, hay una clara alusión al encargo o comisión que una persona da a otra para que haga su testamento. En ella se describe la situación de aquel que recurre al escribano del Concejo ante quien designa la persona de su heredero, rogándole al ministro de fe que vaya donde un hombre sabio para que dicte el testamento al escribano. El texto es el siguiente:

Otrosi dezimos, que si el fazedor del testamento dixesse a algund Escriuano de Concejo: Ruegote e mandote, que escriuas, como establezco por mio heredero a fulano; e que mando tantos marauedis, o tantas cosas, o tanto heredamiento, que sea dado por mi anima, diziendo a la persona que lo manda dar, o quanto a cada uno, ante siete testigos, e mandote, que vayas a algun ome sabio, e en la manera quel ordenare quel sea fecho mio testamento, e departidas mis mandas, que lo escriuas tu assi; porque tengo por bien que vala como lo el ordenare. Entonces, bien valdria lo que assi fuesse fecho mandado del testador ¹⁵.

Todavía en relación con esta materia ha de repararse que siendo las *Leyes de Toro* muy posterior a las *Partidas*, aquéllas dan, sin embargo, por supuesto la práctica del testamento por poder. En efecto, la regulación que de tal institución se hace en el cuerpo legislativo de los reyes Católicos es con el objeto de rectificar *de aquí en adelante* el mal uso o abuso que se estaba haciendo de dicha

¹⁵ Es necesario percatarse que quien hace el testamento no es una persona designada por el testador sino por aquel *ome sabio* que elige el escribano. Fácilmente, por lo mismo, puede considerarse la situación descrita como un caso límite, y en consecuencia, no parece ser esta la única circunstancia aceptada por las *Partidas* en que una persona pueda hacer testamento por encargo de otra.

figura jurídica, como así se deduce de la primera parte de LT. 31 (Ns. Rec. 10. 19. 1), ya reproducido.

Esta interpretación dada a P. 6. 3. 11, salva el criterio de la recepción romanista que en materia hereditaria acoge la obra alfonsina, pues si bien no logra borrar el testamento por comisario, desconocido para la compilación justiniana pero no para la tradición castellana, lo restringe en obsequio al principio romano en el sentido de que al menos la persona del heredero debe provenir del comitente, derogando de esta manera la irrestricta facultad que en dicha materia gozaba el mandatario en el Fuero Real.

De esta forma el Pyto. 1841-45, tít. III, art. 3; Pyto. 1846-47, art. 96, y Pyto. 1853, art. 1213, y Pyto Inédito, art. 1213 —antecedentes del art. 1063 ccch.— traducen el epígrafe y comienzo de P. 6. 3. 11, en el punto que de dos personas, el testador y la persona por él instituida o el comitente y el comisario, solamente una de ellas —el testador o el comitente— debe designar al heredero. El art. 1063 ccch., como P. 6. 3. 11, cubre, en consecuencia, dos casos: cuando se otorga poder para testar (implícito) y cuando dicho mandato no se confiere y el testador hace su propio testamento (explícito). Pero siempre, en uno y otro caso, bajo el común presupuesto de que el heredero no debe quedar al puro arbitrio ajeno.

De esta manera, frente a estas dos situaciones, la incorporación del art. 1166 a) del Pyto. Inédito, y el art. 1004 del ccch. —que establecen de modo expreso la indelegabilidad de la facultad de testar—, vienen únicamente a afectar la primera de ellas, que ahora queda prohibida por esta misma disposición, no refiriéndose a la segunda. Por este motivo el art. 1063 del ccch. queda vigente en definitiva sólo en este último aspecto: de que el testador no puede en su propio testamento encargar a una persona que designe a su heredero.

Si por una parte P. 6. 3. 11 consagrara la prohibición del poder para testar, como lo sostienen muchos autores que tratan de esta materia —interpretación que discrepamos—, y por otra parte en dicha ley se inspira el art. 1063 del ccch., según así lo manifiesta el propio Bello, quiere decir que esta disposición viene a establecer un criterio semejante al establecido en el precepto alfonsino, en orden a vedar el poder para hacer testamento. Pero si así fuera realmente subsiste el problema del porqué se incorporó con posterioridad el art. 1166 a) y art. 1004 del ccch. Creemos que sólo la aceptación de nuestra hipótesis puede explicar con verosimilitud la coexistencia de ambos preceptos: el art. 1004 del ccch. y el art. 1063 del ccch.