

OBSERVACIONES SOBRE EL PODER PARA TESTAR A LA LUZ DE LOS REGISTROS DE ESCRIBANOS CHILENOS DEL S. XVIII*

ITALO MERELLO ARECCO
Universidad Católica de Valparaíso

1. Sirve de introducción a este estudio el siguiente pasaje de Murillo Velarde¹, canonista hispano del s. XVIII: *Por nuestro derecho patrio se puede cometer a otro la facultad de hacer el testamento, y aquel a quién se comete se llama comisario, y el instrumento en que se le comete poder para testar.*

Sabido es que en el derecho castellano el testamento por poder tuvo un amplio reconocimiento no obstante las vicisitudes que su regulación experimentó en las fuentes. En un comienzo se le aceptó sin restricciones por parte de ciertos derechos locales, en los que se dispuso que valía todo lo que en tal sentido ordenare el apoderado, como se establece en el Fuero de Soria² y el Fuero Real³. Un criterio distinto se recoge en las Partidas⁴, donde sin hacerse mención del testamento por poder, se dice que la institución de heredero no puede quedar al albedrío de un tercero. Finalmente las Leyes de Toro⁵ vinieron a fijar el régimen definitivo en esta materia al regular cuidadosamente en

* El examen de los registros se ha hecho utilizando las Memorias de Prueba realizadas por alumnos de la Universidad de Chile bajo el título "Vida jurídica práctica nacional del s. XVIII", dirigidas por el profesor Dn. Sergio Martínez Baeza, consistente en la transcripción de dichos registros que existen en el Depósito de Escribanos del Archivo Nacional de Chile. Las citas se hacen indicando en el mismo orden los siguientes datos: sede de la escribanía, su titular, volumen, foja inicial del documento y fecha de su otorgamiento.

¹ MURILLO VELARDE, Pedro, *Práctica de testamentos* (Paris 1869), p.19. La obra citada corresponde a una de sus últimas ediciones de una larga serie en que la primera vio la luz en Manila en 1763.

² F. Soria 301.

³ FR. 3.5.7.

⁴ P.6.3.11.

⁵ LT. 31-39.

varias disposiciones, recogidas posteriormente en la Nueva⁶ y Novísima Recopilación⁷, lo que allí se denomina el testamento por comisario.

En el derecho indiano en cambio no se conocieron disposiciones relativas a esta figura, por lo que ella quedó sometida a la aplicación supletoria del ordenamiento jurídico castellano, específicamente por las citadas Leyes de Toro.

Si bien la especie fue una modalidad de disponer extraña al derecho romano, se puede sostener que el derecho común no fue ajeno a su construcción ni menos aún indiferente al desarrollo que más tarde alcanzó su tratamiento legal. Y lo decimos porque una de las múltiples vías de operar que tuvo el derecho común fue desbordar el cauce de aplicación de las categorías jurídicas romanas hasta tocar fronteras que los romanos no conocieron, o que conociéndolas no vincularon entre sí, como sucedió con el mandato y el testamento, cuyo engarce para dar nacimiento a la figura que analizamos enmarca un buen ejemplo de esta actitud.

Se ha dicho que el poder para testar -y consiguientemente el testamento por poder- encuentra su motivación en el deseo de evitar que las personas muriesen intestadas⁸. Trátase de conceder el máximo de facilidades para que se pudiese hacer testamento, de manera que si por alguna circunstancia no se daban las condiciones para otorgarlo personalmente, se abría la posibilidad de encargar a un tercero que lo hiciese en su representación. Sucede que en esta época el testamento fuera de su finalidad dispositiva tuvo además una profunda connotación religiosa: era un medio para aligerar el tránsito a la vida eterna, para que la salvación del alma no sufriera tropiezos⁹. Se decía por ello en las fuentes que *aiian gran seso los que hacían testamento pues ello era pro de sus animas...*¹⁰, como también que la pena que merecen los que impiden hacerlo es por *el tuerto que se faze al alma del finado...*¹¹ Incluso se ha llegado a sostener que tanto la confesión como el testamento eran para el creyente actos preparatorios para alcanzar la bienaventuranza eterna¹². Ciertamente ambos, muchas veces, se complementaban, pues el perdón de los pecados requiere arrepentimiento, y éste se logra con el testamento, ya que a través de él se solía también dar testimonios de fe o cumplir deberes olvidados. Cuando el hidalgo de La Mancha

6 NRec. 5.4.5-9; 11-13.

7 NsRec. 10.19.1-8; 20.13.

8 TAU ANZOATEGUI, Victor, *Esquema histórico del derecho sucesorio* (Buenos Aires 1971), p. 47 ss.

9 Supra n.8, p.67 ss. Sobre el carácter religioso que el acto testamentario tuvo en el Nuevo Mundo: SEOANE, María Isabel, *Sentido espiritual del testamento indiano* (Buenos Aires 1985), p. 11-138.

10 P.6.1. proemio.

11 P.6.1.26.

12 TAU ANZOATEGUI, Victor, reseña a Sloane, María Isabel, Supra n.9, en *Rev. de Hist. del Derecho* 14 (Buenos Aires 1986), p.556.

-trayendo a cuenta un episodio de la novela cervantina que asoma a menudo con ocasión de este tema- enfermo de muerte pide un sacerdote que le confiese y un escribano que haga su testamento, manifiesta que lo hace porque *en trance como éste no se ha de burlar el hombre con el alma*¹³. Aún no era inusitado que a los sacerdotes se les instruyera en lo relativo a la práctica testamentaria, pues el hombre al fin de sus días era usual llamara a un confesor que le ordenara su conciencia y de paso dirigiera también su testamento.

La sola lectura de un testamento de esa época -todos muy similares- constituye una buena prueba de lo dicho. En efecto, el carácter espiritual del testamento se aprecia del encabezamiento de la respectiva fórmula notarial, donde se consigna la invocación religiosa y profesión de fe del disponente (su creencia en las grandes verdades reveladas y los santos misterios), las misas que se ordenan para el reposo de su alma, las disposiciones sobre entierro, la institución del alma como heredera, las limosnas o mandas piadosas, los aportes para el rescate de cautivos, la fundación de capellanías, etc., y los descargos de conciencia, entre los que se cuentan los reconocimientos de hijos y de deudas, las manumisiones de esclavos, restituciones, y en fin *los tuertos que hizo a otro que manda enderezar*¹⁴, todo lo cual naturalmente no se podía satisfacer si se moría intestado. Visto así este asunto resulta claro que el mandatario asume también un grave deber moral con el disponente, ya que al hacer su testamento podía ordenar cosas meritorias para su alma.

2. Este estudio pretende averiguar a través del examen de algunos registros de escribanos chilenos del s. XVIII las líneas dominantes que es posible detectar en determinados puntos relativos a esta materia, a la vez que observar el grado en que la legislación castellano-indiana se cumplía respecto de ella. Exprofeso se reducirá el foco de atención a lo que nos dicen la ley y los documentos notariales, dejando prácticamente de lado la tentación de traer a cuenta las referencias siempre ricas que nos pueda ofrecer la doctrina. Al hacerlo debo señalar que el muestrario utilizado es muy parcial como para pretender deducir criterios definitivos en esta materia, pero sí lo suficiente para destacar ciertas constantes de interés que asoman en él, ya que muchos de los ejemplos con que ilustramos nuestras afirmaciones se pueden rubricar con otros de similar sentido.

Se sabe que el poder para testar es un acto frecuente en la vida jurídica de esa época en el medio indiano. Diría que un porcentaje importante del número total de poderes que se recogen en los registros de escribanos de entonces lo son para testar. Este dato, fácilmente verificable a través de un simple examen, plantea la interrogante de porqué en lugar de entrar a la antesala del poder no se hacía directamente el testamento, toda vez que las solemnidades de uno y

¹³ CERVANTES Y SAAVEDRA Dn. Miguel de, *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, cap. 74, citado por Tau Anzotaegui, Víctor, supra n. 8, p. 43 n. 16, y Seoane, María Isabel, supra n. 9, p.20.

¹⁴ P.3.18.103.

otro acto -poder y testamento ordinario- eran las mismas¹⁵. A ello se añade todavía que el testamento no es un acto que requiere la espera de un acuerdo o concierto para su constitución -no es un negocio-, ya que tan sólo basta para su otorgamiento que así lo disponga el testador, llegando de paso a convertirse en uno de los típicos ejemplos de acto unilateral para la dogmática moderna. Por último, como se verá, la institución de heredero -cabeza y fundamento del testamento como decían los juristas clásicos¹⁶ no podía quedar entregado a la sola voluntad del mandatario; para que éste pudiera hacerlo debía el poderdante facultarle para ello, designando el nombre del heredero en el poder, con lo que el contenido de éste, en un aspecto importante, venía a ser casi el mismo que el del testamento.

Pero ciertamente existen por otro lado razones que explican esta gran profusión que alcanzó este tipo de poderes, a saber: a) Que el testamento -me refiero al comúnmente conocido como largo- excede con creces el contenido del poder, pues incluye toda esa zona de las instrucciones que al margen de la carta de mandato deja el disponente, y que éste aún muchas veces quiere que se desconozcan mientras viva. Y si el testamento cerrado o secreto -*en poridat*- era una salida a este problema, él poco se utilizaba, al menos en comparación con el corriente; b) También el deseo de escapar a la hechura del testamento que para muchos resultaba un acto ingrato por su vinculación con la muerte, sentimiento que entonces más que ahora se hacía muy vívido por el aparataje algo sombrío que rodeaba el acto: el luto del disponente y testigos era una costumbre generalizada hasta bien entrado este siglo; c) La actitud de los escribanos, que inducían a postergar la facción del testamento para un momento de mayor calma y sosiego, como era el que se producía cuando un tercero hacía el testamento de otro, mejor todavía si con posterioridad a la muerte del comitente.

3. Es interesante advertir que si en muchas ocasiones las cartas de poder para testar son autosuficientes, en cuanto describen por sí sólo y a cabalidad todas las facultades que dispone el mandatario para llevar a cabo el encargo -no dejan nada fuera de él-, otras, en cambio, necesitan ser complementadas con información anexa dejada por el mandante, y a la cual el apoderado debe echar mano para confeccionar el testamento cometido; así muchas veces ocurre con los descargos de conciencia o incluso con materias de otra índole. En estos casos el poder a lo más contiene una alusión puramente genérica respecto de tales cometidos, a fin de guiar los pasos del mandatario para imponerse de ellos, pues es habitual en este punto que el mandante tenga anteladamente anunciado a una persona de su confianza, de manera reservada, sus deseos en este sentido. Así el examen registral nos revela que el contenido y pormenores de dichos encargos no se indica en qué consisten -se silencian-, pues se suelen

¹⁵ LT.39.

¹⁶ Gai. 2.229. Similar criterio se establece en P.6.3. proemio; empero en OA. 19 ley única, recogida por NsRec. 10.18.1, dispuso fuera válido el testamento aunque no contuviera la institución de heredero.

confiar a través de instrucciones verbales, muchas veces de carácter secreto, que se hacen al apoderado o incluso a un tercero al cual habrá que recurrir a pedir información. Así se dice por ejemplo: *...Que teniendo presente que los descargos de su conciencia se los tiene comunicado a su yerno don Diego Soto le confiere poder para que en su representación otorgue su testamento...*¹⁷, o bien... *da su poder al Sr. Dr. don Joaquín Pérez de Uriondo del Consejo de S.M., oidor criminal de esta R. Audiencia para que una vez fallecido ordene su testamento, estándose para ello a la instrucción verbal que le diere al R.P. Fray José Godoy de los Predicadores sin alterarla en forma alguna...*¹⁸ También se utilizan apuntes, memorias o notas que a la vera del poder se dejan en manos del mandatario o un tercero. Reza una pieza: *...otorga poder para testar... bajo las condiciones que le tiene comunicadas y atendido al escrito en su libro de apuntes*¹⁹. Advértese así una doble zona de luz y sombra en algunos poderes para testar -lo dispuesto clara y concretamente en ellos y las instrucciones aparte a lo más genéricamente aludidas en la carta-, pero todo lo cual cobra un similar nivel de publicidad una vez hecho el testamento.

La locución "descargos de conciencia" que se ve aparecer en el uso y estilo de cierta práctica notarial, figura ya mencionada en las propias Leyes de Toro, reeditada por la literatura práctica en los modelos de mandato para testar que ofrece para el manejo del foro. Se dice en el cuerpo taurino que cuando el mandante *solamente le dio poder para que por él pueda hacer testamento, el tal comisario mandamos que pueda descargar los cargos de conciencia del testador que le dio el poder*²⁰. En el modelo de poder para testar de los prácticos se lee: *...otorga y confiere... tan amplio, firme y eficaz poder para que en su nombre y representando su persona formalice y ordene... su testamento y última voluntad... y haciendo asimismo... los descargos de su conciencia y demás cosas que el otorgante le tiene comunicadas y comunicará en lo sucesivo...*²¹

4. Según disponen las Leyes de Toro²² el poder para la facción de testamento bien puede consistir en que el mandante se limita tan sólo a decir que encarga a otro para testar en su nombre, *solamente le dio poder para que él pueda hacer testamento*, o bien le señala al apoderado cómo debe hacerlo. Conferido en la

17 Escr. Santiago, Manuel de Cabezón, Vol. 408, Fs. 64, 12 febrero 1701.

18 Escr. Santiago, Pedro de Gaona, Vol. 893, Fs. 110 v., 20 julio 1782.

19 Escr. Santiago, Nicolás de Herrera, Vol. 833, Fs. 208 v., 2 agosto 1797.

20 LT. 32.

21 FEBRERO, *Librería de jueces, abogados y escribanos*, reedición a cargo de Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre (Madrid 1844), t. 2, p. 132. La expresión "descargos de conciencia" se repite en muchísimas obras de distinto carácter, entre ellas SOLORZANO Y PEREYRA, Juan de, *Pol. Ind.* 5.11.48 y *Rec. Ind.* 2.32.47. La primera se refiere a la obligación canónica de cumplir con los descargos de conciencia; la segunda al deber que pesa sobre los herederos, albaceas y tenedores de bienes residentes en Indias de guardar y cumplir también con aquellos.

22 LT. 32.

primera forma las facultades del comisario se reducen a pocas cosas: *a descargar los cargos de conciencia del testador que le dio el poder, pagando sus deudas y cargos de servicio y otras deudas semejantes y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes... y el remanente se parte entre los parientes que vinieren a heredar aquellos bienes ab intestato, y si parientes tales no tuviere el testador mandamos que el dicho comisario dexándole a la muger del que le dio el poder lo que según leyes de nuestros Reynos le pueden pertenecer, sea obligado a disponer de todos los bienes del testador por causas pias y provechosas a la anima del que le dio el poder y no en otra cosa alguna.* En cambio, para que el mandatario pueda instituir heredero, mejorar, desheredar, sustituir, dar tutor, etc., requiere que se le haya concedido específicamente esas facultades²³. Pero mientras que para instituir heredero se requiere que éste sea designado nominativamente, *nombrando el que da el poder por su nombre a quién manda que el comisario haga heredero*, para el resto -mejorar, desheredar, sustituir, dar tutor, etc.- basta con que se haya conferido al mandatario el poder para el acto específico que se trata, señalando para qué le da el poder, pudiendo quedar al arbitrio del apoderado la elección del mejorado, desheredado, sustituto o tutor, según los casos²⁴.

El análisis de los registros que se han manejado nos revelan en este punto los siguientes datos: a) Que muy lejos en casi todos los poderes para testar se indica al apoderado cómo debe hacer el testamento; desde luego a quiénes designa herederos, y comúnmente también a quiénes señala como tutor de sus sucesores incapaces; menos frecuente a quiénes mejora, y menos aún a quienes deshereda o sustituye. Como ejemplo de poder para testar bastante simple y cuyo esquema se repite podríamos elegir al azar el siguiente: *Don Diego de Santa María natural de esta ciudad, hijo legítimo de don José Santa María y Hoyos y de doña Josefa de Camas, difuntos, da su poder a doña Juana Torres y Saa su legítima mujer, para que una vez fallecido haga y ordene su testamento de la siguiente manera: Primero: que su cuerpo sea sepultado en la iglesia de la Merced, donde por derecho de sangre tiene sepultura, dejando toda otra forma y disposición de su funeral a criterio de su albacea. Segundo: declara que son casados y de su matrimonio han tenido los siguientes hijos, Mercedes, Ramón y María de los Dolores Santa María. Tercero: se nombre por su albacea y tenedora de bienes y en atención a la menor edad de sus hijos, por tutora y curadora de ellos y sus bienes sin el gravamen de fianzas, instituyéndolos en el remanente que quede por sus únicos y universales herederos. Con lo que revocará otras últimas disposiciones salvo la presente y el testamento ordenado en su virtud. Testigo: José Antonio Aristegui, Antonio de la Torre y Huidobro, Agustín González. Firman: A ruego del otorgante José Antonio Aristegui y el Escribano²⁵; b) Que los poderes para testar lo son tan*

23 LT. 31.

24 LT. 31.

25 Escr. Santiago. Pedro de Gaona, Vol. 893, Fs. 184, 23 noviembre 1782.

sólo para esto -testar- al modo ya visto, y no para otra finalidad diversa. Con todo, se hallan también en el repertorio documental examinado poderes amplios en los que dentro del abanico de facultades que se otorgan al mandatario se incluye además la de testar. Una muestra la siguiente: *Don José Jacome comerciante de esta ciudad, hijo natural de (blanco) Jacome y de doña Josefa Guisado, dice que por cuanto partirá a la ciudad de los Reyes, da su poder a doña Juana María de la Cámara, su mujer, para todo acto judicial o extrajudicial que se pueda ofrecer, declarando que le otorga este poder además para que fallecido que sea haga y ordene su testamento, nombrándose su albacea y tenedora de bienes, declarando que durante su matrimonio han tenido por sus hijos legítimos a don Francisco y a don Domingo Jacome y los que pueda haber en el futuro constituyéndoles por sus universales herederos, instituyéndole asimismo por tutora y curadora de los menores sin el gravamen de fianza. Testigos: José Antonio del Río, Ignacio de la Cueva, José García. Firma: José Jacome y el Escribano*²⁶. Otras veces las facultades que se conceden al mandatario, al lado de las para testar, se desglosan con algún mayor detalle en vez de emplear el giro genérico para "todo acto judicial o extrajudicial", como lo hace el modelo anterior; así *...otorga su poder... para que pueda demandar, recibir y cobrar lo que se le deba, para que pueda venderle como comprarle bienes, para que comparezca en todos sus pleitos, tanto presentes como futuros, y para que pueda convenirlos y transarlos por sí o por terceros árbitros. Además le otorga para que una vez fallecido haga y ordene su testamento...*²⁷

5. El otorgamiento de todo poder -y naturalmente también el que se confiere para testar- es un acto discrecional del mandante. Las Leyes de Toro, recogiendo una idea ya expresada en el Fuero de Soria y el Fuero Real, repiten que *Porque muchas veces acaesce que alguno porque no puede o no quiere hacer sus testamentos dan poder a otros para que los hagan por ellos*²⁸. Tradúcese esto en que no es necesario indagar cuál ha sido la razón que haya movido al mandante para conferir ese poder, ni mucho menos aún entrar a mencionarla. Pero el sondeo documental lleva aquí a distinguir tres situaciones diferentes, las que una vez más dependen prevalentemente del uso y estilo puesto en boga por cada escribanía más que por otro motivo que se pretenda averiguar: a) En algunos registros hay un predominio incontestable de poderes en los que no se indica la razón por la cual se otorgan o -lo que es lo mismo- porque no se testa personalmente; b) En otros, a la inversa, casi siempre se aduce aquella, y c) En no pocos registros se repiten en similar porcentaje una y otra situación.

²⁶ Escr. Santiago, José Alvarez de Henestrosa, Vol. 542, Fs. 79, 28 febrero 1737.

²⁷ Escr. Santiago, José Alvarez de Henestrosa, Vol. 542, Fs. 88, 12 marzo 1737.

²⁸ LT. 31.

Cuando se manifiesta el motivo, tal es generalmente la proximidad de un viaje o el estado de enfermedad por parte del disponente; así: *...por cuanto se encuentra próximo a partir a la ciudad de los Reyes...*²⁹ o *...por hallarse de partida para varios minerales...*³⁰; también: *...hallándose gravemente enfermo pero en su sano juicio...*³¹ o *...encontrándose grave por el accidente que padece...*³² todo lo cual no da lugar para disponer su testamento, en cuya virtud haciendo uso de la facultad que concede el derecho se encarga a un tercero que lo confeccione en su representación.

Muchas veces ocurre sin embargo que cuando se señala en el poder la razón por la que se comete a otro que haga el testamento, se agrega un giro estereotipado que apunta a describir los efectos que ella produce en el disponente, y que hacen en definitiva que éste renuncie a hacer personalmente el testamento: *no poder disponer con claridad, madurez y reflexión su testamento*³³. Ahora, más allá de la real existencia de este estado de ánimo por parte de quién se halla próximo a un viaje o enfermo, trátase simplemente de la recepción de una fórmula que aparece recogida en los modelos para testar que nos ofrece la literatura práctica³⁴, y a la cual ciertas escribanías echan mano casi por simple inercia.

6. La situación ordinaria es aquella en que se designa un solo mandatario para testar: generalmente el cónyuge, un hijo, un hermano; también un amigo de confianza, o incluso una persona importante investida en dignidad eclesiástica o civil. Sin embargo es posible encontrar un abanico de situaciones diferentes: apoderados sustitutos, mancomunados, recíprocos, alternativos, heredero apoderado, etc.

Nos limitaremos aquí tan sólo a conectar cada situación con un ejemplo ilustrativo de los muchos que se podrían seleccionar, omitiendo toda otra consideración adicional. Así, apoderados sustitutos: *Andrés Fernández Campino... otorga todo su poder en primer lugar a su hermano el capitán de ejército don José Ignacio Campino, y en segundo a su esposa doña María Magdalena Salamanca y Mesias, para que en su nombre hagan su testamento...*³⁵ Apoderados mancomunados: *Manuel Díaz... da todo su poder a Juliana Valdivia, su mujer legítima, y a Ramón Díaz, su hijo, para que... hagan y ordenen su testa-*

²⁹ Escr. Santiago, José Alvarez de Henestrosa, Vol. 542, Fs. 128 vlt., 3 abril 1737.

³⁰ Escr. Santiago, José Alvarez de Henestrosa, Vol. 542, Fs. 88, 12 marzo 1737.

³¹ Escr. La Serena, Ignacio de Silva Bórquez, Vol. 58, Fs. 105, 8 enero 1799.

³² Escr. La Serena, Ignacio de Silva Bórquez, Vol. 58, Fs. 79 v., 13 octubre 1798.

³³ Escr. Rancagua, Jueces de Campo, Vol. 12, Fs. 174, 12 noviembre 1843.

³⁴ Supra n. 21, p. 132.

³⁵ Escr. La Serena, Ignacio de Silva Bórquez, Vol. 58, Fs. 79 v., 14 octubre 1798.

mento y en él manden...³⁶ Otras veces la idea se expresa todavía más claramente a través de expresiones como *para que entre ambos hagan y ordenen su testamento*³⁷ o bien *otorgan todo su poder a estos de mancomun*³⁸, *para que hagan y ordenen su testamento...* Apoderados recíprocos: *Don Nicolás Balbontín... y doña Ana Josefa Larrain... marido y mujer legítimos se confieren mutuamente poder para testar, para que verificada la muerte de uno el que sobreviva haga y ordene en nombre del finado su testamento, y mandan que en él se declare y nombre por fideicomisario el que sobreviva, con lo que otorgará el testamento de la manera que sigue...*³⁹ Más explícito todavía el empleo de los siguientes términos: *...marido y mujer se dan recíproco poder para... otorgar el que sobreviviere el testamento del fallecido...*⁴⁰ Apoderados alternativos: *Adriana de Cabrera... da su poder a sus hijos don José de Montes y Cabrera y don Lucas de Ibarra para que... juntos o por separado hagan y ordenen su testamento de la siguiente manera...*⁴¹ Apoderado heredero: *Doña Clara Sandoval... otorga su poder a don Manuel de Sandoval, su hermano legítimo, para que a su fallecimiento haga y ordene su testamento de la manera siguiente... Tercero: se le constituya por su único y universal heredero por no tenerlo forzoso*⁴².

Las Leyes de Toro no prohíben ninguna de las variantes anteriores respecto a la designación de mandatarios. Sólo establecen un conjunto de criterios destinados a resolver eventuales problemas derivados de la designación de comisarios conjuntos *si alguno no quiere hacer uso del poder, o muriere o discordare...*⁴³ La finalidad de esta disposición es salvar a toda costa la eficacia del poder, y consiguientemente la posterior validez del testamento otorgado de conformidad a él.

7. Por lo que respecta a la oportunidad que tiene el mandatario para cumplir el encargo -hacer el testamento- el examen documental permite distinguir también diferentes situaciones, a saber: a) No se indica tiempo para ordenarlo: *...confiere poder para testar al maestro de campo don Felipe Esquivel con el objeto que ordene su testamento de acuerdo a las siguientes cláusulas...*⁴⁴;

36 Escr. La Serena, Ignacio de Silva Bórquez, Vol. 58, Fs. 237 v., 3 agosto 1800.

37 Escr. Santiago, Pedro de Gaona, Vol. 408, Fs. 154, 14 octubre 1782.

38 Escr. La Serena, Ignacio de Silva Bórquez, Vol. 58, Fs. 211 v., 22 mayo 1800.

39 Escr. Santiago, Pedro de Gaona, Vol. 408, Fs. 181, 20 noviembre 1782.

40 Escr. Santiago, José Álvarez de Henestrosa, Vol. 542, Fs. 64, 16 febrero 1737.

41 Escr. Santiago, José Álvarez de Henestrosa, Vol. 542, Fs. 158 v., 17 abril 1737.

42 Escr. Santiago, Pedro de Gaona, Vol. 408, Fs. 54 v., 6 mayo 1782.

43 LT. 38.

44 Escr. La Serena, José Mery Blanco, Vol. 39, Fs. 111, 30 septiembre 1751.

b) Se señala que después del fallecimiento del causante se proceda a hacer el testamento: *...da su poder a su madre para que una vez fallecida esta otorgante haga y ordene su testamento de la siguiente manera...*⁴⁵; c) Se indica que antes o después del deceso del comitente se disponga su testamento: *...da todo su poder a su esposa para que antes o después de su fallecimiento haga y ordene su testamento y manda...*⁴⁶ d) Se señala un plazo fijo al mandatario para hacerlo: *Se otorga plazo de un año para extenderlo*⁴⁷; e) Se indica al mandatario que lo haga dentro del plazo que fija la ley: *...teniendo plena satisfacción en su legítima esposa doña Isabel Troncoso, le otorga y confiere poder para que en su nombre y representación formalice y ordene su testamento dentro del término legal*⁴⁸.

Viene al caso dejar establecido que por sobre este variado repertorio de situaciones, es posible advertir ciertas constantes: que salvo los dos últimos supuestos -que son los más raros- los restantes se repiten en muchos otros casos; y que la adopción de una u otra modalidad depende, también aquí, en cuantía no despreciable, de la rutina de cada escribanía.

Las Leyes de Toro por su parte no prohíben ninguna de las soluciones antedichas ya que la única limitación que establecen es que el comisario tiene un plazo determinado para hacer el testamento, que es de cuatro o seis meses o un año, según él se encuentre en la villa, en el reino o fuera de él respecto del lugar donde se dio el poder⁴⁹. Si expiran estos plazos éste ya no lo puede hacer el comisario: *Y pasados los dichos términos no puede más hacer que si el poder no le fuere dado y vengan los dichos bienes a los que habían de aver muriendo el testador ab intestato*⁵⁰. Pero esta regla tiene una excepción importante: *que aquello que el testador le ordenó señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero o señalando cierta cosa que había de hacer el tal comisario, manda que en tal caso el mandatario sea obligado hacerlo, y si pasado dicho término y no lo hiciera que sea habido como si el tal comisario lo hiciese o declarase*⁵¹. O sea, en este caso el poder ocioso -que no se hizo uso de él- vale derechamente como el testamento del causante. Quiere la ley dice Llamas y Molina⁵² que la persona señalada por el testador se tenga

45 Escr. Santiago, Pedro de Gaona, Vol. 408, Fs. 256, 27 mayo 1783.

46 Escr. La Serena, Ignacio de Silva Bórquez, Vol. 58, Fs. 105, 8 enero 1799.

47 Escr. Santiago, Manuel de Cabezón, Vol. 58, Fs. 136, 5 abril 1701.

48 Escr. Rancagua, Jueces de Campo, Vol. 12, Fs. 174, 12 noviembre 1843.

49 LT. 33.

50 LT. 33.

51 LT. 33.

52 LLAMAS Y MOLINA, Sancho de, *Comentario crítico-Jurídico-literal de las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid 1852, p. 300.

por heredero y goce de los derechos de tal, aunque el testamento no sea hecho por el comisario.

8. Dicen las Partidas que los mandamientos pueden ser hechos de muchas maneras: *estando delante los que mandan y los que reciben el mandado y por carta*⁵³. Hasta aquí se ha discurredo sobre la base de poderes para testar otorgados por escrito, que es la situación más usual, empero se dan también con alguna frecuencia encargos del tipo de carácter oral.

La formalidad del poder por carta ha de ser la misma del testamento ordinario (nuncupativo o abierto), por lo que es necesario que intervenga la presencia de escribano y tres testigos vecinos del lugar. Tal es la exigencia que el Ordenamiento de Alcalá⁵⁴, modificando a las Partidas⁵⁵, había fijado para el testamento corriente. Ahora cuando el apoderado confecciona el testamento cometido naturalmente señala en él que tal lo hace en virtud del poder conferido para ese efecto. Así: *El maestre de campo Dn. Felipe de Esquivel otorga testamento en virtud del poder que le confirió doña Maria del Carmen Rojas, su mujer, ante el presente escribano y que se halla a fojas 111 de este registro*⁵⁶.

Cuando el poder para testar era oral se hace necesario recurrir a la judicatura con el objeto de acreditar fehacientemente la existencia de dicho poder, y una vez cumplida esta exigencia el tribunal ordenaba la confección del testamento: *Solicitud: Juan de Opazo, vecino de la doctrina de Cauquenes... comparece en representación de su mujer Leonor Castro, quien le otorgó poder verbal ante testigos para que otorgue testamento en su nombre según disposiciones que le comunicó. Decreto: Se le concede que rinda información de testigos para acreditar el poder... Decreto: se manda formalizar el testamento*⁵⁷.

9. En el s. XVIII, época en que se sitúa la mayoría de los documentos examinados, estamos todavía lejos de la fase crepuscular del poder para testar, pues esta figura conserva su vida durante el siglo siguiente hasta la entrada en vigencia del Código Civil. Pero no obstante la gran aceptación práctica que ella tuvo durante la monarquía indiana y el periodo republicano anterior a la codificación civil, la posibilidad de testar por poder fue expresamente prohibida por Bello en el art. 1004 del CCCh al establecer que *La facultad de testar es indelegable*.

53 P.5.12.24.

54 OA. 19 ley única.

55 P.5.12.24.

56 Escr. La Serena, José Mery Blanco, Vol. 39, Fs. 170, 11 diciembre 1751.

57 Escr. Cauquenes, Jueces de Campo, Vol. 2, Fs. 47, 12 septiembre 1719.

Guzmán⁵⁸ recurre precisamente a este ejemplo para ilustrar una de las maneras en que cada grupo de fuentes del Código Civil influyó en él, en este caso, de influencia negativa del derecho nacional, pues habiéndose contemplado en él la posibilidad de delegar en otra persona la facción de su testamento, como aparecía regulado en las Leyes de Toro, tal facultad se erradica definitivamente en el código. Así al prohibir Bello el testamento por poder en el Código Civil, se aparta del derecho común en su vertiente castellana, para coincidir con la solución del derecho romano, que no permitió su uso, o mejor aún, no se representó dicha figura.

⁵⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador* (Santiago 1982), t. 2, p. 427 s.