PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Facultad de Derecho

Programa de Doctorado en Derecho

LAS ASIGNACIONES FORZOSAS EN CHILE. SU ESTADO ACTUAL Y UNA POSIBLE REVISIÓN

Tesis doctoral que presenta MANUEL ALEJANDRO BARRÍA PAREDES, bajo la dirección del Profesor, Dr. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA, para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho.

Santiago, 2013

AGRADECIMIENTOS.

En primer lugar quiero agradecer a mi familia, por su incondicional apoyo a mis proyectos de perfeccionamiento académico. Sin su motivación y ayuda no hubiera logrado concluir este trabajo.

También quiero agradecer a la Pontificia Universidad Católica de Chile, a través de su Programa de Doctorado en Derecho, por la posibilidad de seguir estudios de Postgrado en tan prestigiosa Casa de Estudios.

A la Comisión Nacional de Ciencia y Tecnología (CONICYT), que apoyó económicamente mis estudios de post grado, otorgó financiamiento para la compra de materiales y para la pasantía que realicé en Francia.

Es el momento también para dar mis sinceros agradecimientos al profesor Ramón Domínguez Águila, quien no tuvo ninguna duda en aceptar dirigir esta Tesis Doctoral. Para mí es motivo de orgullo que el director de este trabajo haya escrito (junto a su padre, don Ramón Domínguez Benavente) el tratado de Derecho Sucesorio más importante de Chile, y seguramente de Latinoamérica. Muchas de las conclusiones de este trabajo no son mías, sino que se inspiran en el trabajo del profesor Domínguez.

Tampoco puedo dejar de mencionar al profesor José Luis Diez Schwerter, quien dirigió mi memoria de prueba en la Universidad de Concepción, y que constituye base importante de este trabajo mayor. Tampoco olvidaré sus consejos y su incentivo a que desarrolle estudios de doctorado.

Mi gratitud al profesor de la Universidad de Paris II, Panthéon Assas, Dr. Michel Grimaldi, prestigioso autor que ha dedicado gran parte de su producción científica al estudio del derecho sucesorio y que guió mi pasantía de investigación en esa prestigiosa Universidad francesa.

A los profesores de Derecho Civil de la Universidad de Concepción René Ramos P. (q.e.p.d.), Hernán Troncoso L., Carlos Álvarez N., Daniel Peñailillo A., Carlos Álvarez C., y Pedro Hidalgo S., que me facilitaron textos, compartieron sus opiniones e incentivaron a terminar esta tarea.

Finalmente agradecer especialmente a tres profesores que no son de la disciplina del derecho civil, pero que con su motivación y ayuda desinteresada también han aportado a la conclusión de este trabajo. Me refiero a los profesores Verónica Delgado Sch., Gonzalo Cortez M. y Jorge Montecinos A.

INTRODUCCIÓN.

El Código Civil chileno reglamentó a la sucesión por causa de muerte en el Libro III. Y lo reguló de manera independiente a las reglas sobre familia y propiedad, no obstante la íntima vinculación entre esas materias. No siguió pues al Código Civil francés, donde las normas sobre sucesiones y liberalidades se encuentran incorporadas en las reglas sobre transmisión de la propiedad. Como se indicará, Bello aquí siguió la legislación española que derivaba de las Partidas.

Pero el sistema sucesorio impuesto sí respondió a las características sociales, económicas y políticas de nuestra nación: la protección de la propiedad privada y la protección de la familia fueron sus pilares fundamentales.

En efecto, Bello era partidario de la propiedad individual, siendo absolutamente contrario a la copropiedad. Pero además, las restricciones que se impusieron a la propiedad privada también eran reducidas. La protección de la familia legítima implicó el establecimiento de diferencias entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales.

Y el sistema sucesorio no se alejó de estos principios. El sistema de asignaciones forzosas justamente tiende a considerar la relación existente entre la propiedad privada y la protección de la familia. De ahí que el causante tenga una parte de libre disposición (que implica salvaguardar la propiedad privada) y otra parte reservada a los asignatarios forzosos (que tiene por objeto proteger a la familia).

Lo cierto es que el sistema sucesorio de asignaciones forzosas se justificaba a la época de la dictación del Código Civil, en aras de proteger a los miembros de la familia, especialmente a los hijos que nacían en el matrimonio. El cónyuge sobreviviente por su parte, no obstante no ser pariente del causante, tenía derecho a su porción conyugal, que también constituía una asignación forzosa.

Sin embargo, desde la entrada en vigencia del Código Civil han pasado más de ciento cincuenta años. La sociedad ha evolucionado. Han existido cambios legislativos que apuntan a otorgarles mayores derechos a los hijos que nacen fuera del matrimonio. Hoy se discute sobre la posibilidad de otorgar derechos sucesorios a parejas no unidas por el matrimonio. La esperanza de vida ha aumentado en mujeres hasta los ochenta años y en los hombres hasta los setenta y cinco años.

Estas y otras cosas nos llevan a plantear si el sistema sucesorio chileno vigente, satisface o no las necesidades actuales de la sociedad chilena. En efecto, si el sistema sucesorio de asignaciones forzosas era un instrumento para la protección de la familia, es deseable revisar si continúa siendo un mecanismo eficaz para lograr tal protección, o bien, debería ceder en orden a conferirle al causante una mayor libertad para disponer de sus bienes por causa de muerte.

Por ello, el presente trabajo se encuentra dividido en dos grandes partes.

La primera parte está destinada a analizar el estado actual del sistema de asignaciones forzosas en Chile. En ese sentido se hará una descripción amplia de todos los sistemas sucesorios a los cuales tuvimos acceso, y encuadraremos al chileno en alguno de ellos. Situados ya en el sistema sucesorio chileno, se hará un análisis de cada una de las asignaciones forzosas.

Así, se estudiará a los alimentos como asignaciones forzosas, a la legítima y a la cuarta de mejoras. En todo caso, el análisis de la legítima como asignación forzosa será la más extensa de esta primera parte, por cuanto es la base del sistema sucesorio chileno.

En la segunda parte se planteará una revisión del sistema sucesorio chileno, tomando en consideración diversos factores. Por ejemplo, se darán argumentos de carácter económico, que en todo caso no son de mucha novedad, por cuanto han sido tomados en consideración para hacer modificaciones a los estatutos sucesorios de otras legislaciones, como el Código Civil francés.

El estudio del derecho de propiedad, a la luz de los principios actuales también nos puede otorgar algunas pruebas que demuestren que la normativa sucesoria chilena merece a lo menos de un nuevo análisis.

El principio de protección de la familia legítima será contrastado con la realidad social actual, lo cual nos permitirá llegar a descifrar si puede ser considerado como pilar o fundamento principal de la regulación sucesoria.

En el mismo orden de cosas, finalmente se hará un análisis de las personas que hoy tienen protección sucesoria a través de las asignaciones forzosas (descendientes, ascendientes y cónyuge sobreviviente), y se evaluará si esta forma de protección se justifica o no en la actualidad, tomando en consideración las nuevas realidades de la sociedad.

El estudio de estas materias no constituye en general un aporte novedoso a la disciplina. Son muchos los autores que se han pronunciado a favor de una modificación al sistema sucesorio chileno, según se verá. Pero trataremos de dar nuevos argumentos, o reformular algunos antiguos para argumentar a favor de una revisión de nuestro sistema sucesorio.

Finalmente quisiera indicar que la elección de este tema de tesis doctoral, a diferencia de lo que se podría pensar, fue de fácil determinación. Es una materia que siempre me ha apasionado. Ya desarrollé un pequeño estudio a nivel de memoria de prueba, como requisito para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Por cierto que las conclusiones a las que llegaba en ese estado las comparto en su mayoría, pero el tiempo y un análisis más detallado de la literatura jurídica nacional y extranjera, han hecho que me replantee ciertas conclusiones, y que se comparten en este trabajo.

PRIMERA PARTE

EL SISTEMA DE ASIGNACIONES FORZOSAS. SU ESTADO ACTUAL

Título Primero. LOS SISTEMAS SUCESORIOS.

En las diferentes legislaciones podemos encontrar dos institutos que son predominantes a la hora de calificar a un sistema sucesorio y diferenciarlo de otro. Uno se deja a la voluntad de las partes; el otro en cambio, está establecido por la ley.

Cuando se analiza el sistema sucesorio desde la óptica de la voluntad de las partes, encontramos a aquellos que reconocen a las partes la posibilidad de regular la sucesión, a través de los llamados pactos sucesorios, y su finalidad central es planificar voluntariamente el destino de los bienes del causante.

En ese sentido, hay países que no aceptan los pactos sucesorios y otros que lo aceptan. Dentro del primer grupo se encuentra el sistema sucesorio chileno, que prohíbe los pactos sobre sucesión futura, sancionándolo con nulidad absoluta, al adolecer de objeto ilícito, según lo dispone el art. 1463 del Código Civil. Como indica DOMÍNGUEZ, el fundamento de esta prohibición se basa en que *"históricamente se ha aludido a la inmoralidad que significa especular sobre la vida ajena, el peligro que tiene al hacer depender la esperanza de ganancia de la muerte de un tercero (votum mortis), y otros*

motivos".[1] La única excepción la encontramos en el art. 1204 que establece el llamado *"pacto de no mejorar".*

En el derecho comparado la situación es similar. El principio es impedir los pactos sobre sucesión futura. Sin embargo, cada vez más es posible encontrar sistemas en donde se permite celebrar estos convenios. En Alemania se permite la renuncia de la legítima con anterioridad a la muerte del causante, mediante pacto sucesorio en el art. 2346 del BGB. En Francia, especialmente después de la reforma del año 2006[2], se establece la posibilidad de que mediante un pacto sucesorio, el heredero reservatario pueda renunciar anticipadamente al ejercicio de la acción de reducción, siempre que lo haga con el consentimiento del causante y en beneficio de ciertas y determinadas personas, según se establece en el art. 929. En España, algunos derechos forales también lo permiten[3].

---

[1] DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 135.

[2] Sobre la reforma al sistema sucesorio francés del año 2006, ver: BEABRUN, Marcel, "Le nouvel ordre public successoral. Réflexions autor des réformes de 2001 et de 2006", *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-L.G.D.J, Paris, 2009, pp. 1-16 ; BAILLON-WIRTZ, Nathalie, "Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? ", *Droit de la famille*, espécial, 2006, pp. 8-13 ; CASEY, Jérôme, "Commentaire de la réforme du droit des successions (1° partie) ", *Revue Juridique Personnes & Famille*, N° 10, 2006, pp. 6-11 ; CASEY, Jérôme, "Commentaire de la réforme du droit des successions (2° partie) ", *Revue Juridique Personnes & Famille*, N° 11, 2006, pp. 6-11 ; CASEY, Jérôme, "Commentaire de la réforme du droit des successions (3° partie) ", *Revue Juridique Personnes & Famille*, N° 12, 2007, pp. 6-11 ; DAURIAC, Isabelle, "La renonciation anticipé à l'action en réduction", *Recueil Dalloz*, N° 37, pp. 2574-2576 ; GRIMALDI, Michel, "Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités", *Recueil Dalloz*, N° 37, 2006, pp. 2551-2555 ; LE GUIDEC, Raymond, "La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités", *La Semaine Juridique*, N° 30, 2006, pp. 1489-1494 ; MALAURIE, Philippe, "La réforme des successions et des libéralités", *Répertoire du Notariat Defrénois*, N° 22, 2006, pp. 1719-1735 ; VIGNEAU, Daniel, "Les nouvelles règles de dévolution successorale", *Recueil Dalloz*, N° 37, 2006, pp. 2256-2258.

[3] Sobre los pactos sucesorios en Cataluña, ver : NAVAS NAVARRO, Susana, "Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción. Aproximaciones desde el Derecho de sucesiones catalán)", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, pp. 41-74.

Se trata de una forma a través de la cual se puede ampliar la libertad de testar del causante, pero con un fundamento económico, y que depende de la sola voluntad de las partes, y no constituye un mandato del legislador.

Por otra parte, es posible que el sistema sucesorio no dependa de lo que establezca la voluntad de las partes, y que sea la ley la que puede regular la sucesión de una persona.

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

También es importante afirmar que hoy no existe un sistema sucesorio de absoluta libertad de testar, ni tampoco un sistema de absoluto freno o delación forzosa de la herencia. Estos sistemas se han ido atenuando, estableciéndose sistemas con predominio de la libertad de testar y sistemas son predominio de la limitación de disposición por causa de muerte o de delación legal. Como indica Allegre *"Pero las legislaciones que deben adaptarse al temperamento, a los modos, a las costumbres, no consagran casi nunca uno de estos regímenes en su rigor teórico; lo combinan siempre más o menos, y, sin concederle al padre de familia su absoluto derecho de regular su sucesión, sin quitarle tampoco toda libertad, designan algunos herederos a quienes reservan una parte del patrimonio, dejándole la libre disposición sobre el resto al testador"*.[4]

[4] ALLEGRE, M. Le Chanoine, *Liberté de tester et le Code Civil*, Delhomme et Briguet, Éditeurs, Paris, 1892, p. 2.

A continuación se hará una descripción de los diversos sistemas sucesorios, y se darán ejemplos de diversas legislaciones que siguen alguno de dichos sistemas, y las variantes que se pueden distinguir.

1.- EL SISTEMA DE LIBERTAD DE TESTAR.

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

Lo que sí se puede afirmar es que hoy no existe un sistema de absoluta libertad de testar. Las legislaciones han ido avanzando en la protección de personas que dependan del causante, protección que en general se manifiesta a través del otorgamiento del derecho de alimentos. Lo que no ocurre en estos sistemas es que el legislador ordene al causante a reservar parte de su patrimonio a ciertas personas. Si de hecho ocurriera, no estaríamos ante un sistema de libertad de testar.

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

En todo caso, la libertad de testar es un derecho renunciable para el causante. Se puede o no ejercer por el testador. Si lo ejerce, podrá el causante disponer de la totalidad de su patrimonio entre las personas que quiera y por la cuantía que desee. También es posible que pueda otorgar cuotas hereditarias, o especies o cuerpos ciertos a través del

otorgamiento de legados. Ahora, si estima el causante que no va a ejercer su derecho a disponer libremente de la totalidad de su patrimonio, entonces se aplicarán las normas de la sucesión intestada con carácter supletorio. Por lo tanto, en general la libertad de testar opera si se opta por la sucesión testada, incluso en aquellas en que la sucesión es parte testada y parte intestada. La libertad de testar se ejerce por el causante a través del testamento. Por consiguiente, el causante debe ser capaz para disponer de su patrimonio a través del testamento.

Dentro de los países que adoptaron el sistema de libertad de testar encontramos a Inglaterra[5], algunos Estados de los Estados Unidos de América[6], Canadá[7], Nueva Zelanda[8], Australia[9]. Además, es posible citar países latinoamericanos como México[10],

[5] Sobre el sistema sucesorio inglés ver: ANDERSON, Miriam, "Una aproximación al derecho de sucesiones inglés", *Anuario de Derecho Civil*, T. 59, Fasc. 3°, 2006, pp. 1275-1278; MILLER, Gareth, "Libertad de testar en el "common law", *Estudios de Deusto*, vol. 39/1, 1991, pp. 65-74; KERRIDGE, Roger, PARRY & CLARK, *The law of succession*, eleventh edition, Sweet & Maxwell, 2002, pp. 153-207; BARRIO GALLARDO, Aurelio, *La evolución de la libertad de testar en el "Common Law" inglés*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 19-300.

[6] Aunque tampoco el sistema de libertad de testar es tan absoluto. Así, se ha sostenido que *"esa libertad no es absoluta y una disposición testamentaria que sea contraria a derecho o a la política de la sociedad no será considerada como válida. Así existen limitaciones respecto de la cantidad de bienes que pueden ser dejados a instituciones de caridad; respecto de disposiciones testamentarias que tiendan a incentivar el divorcio o a controlar la conducta de los beneficiarios o a limitar el ejercicio libre de las religiones. Igualmente disposiciones que sean producto de relaciones adúlteras o instrucciones que impliquen la destrucción de bienes pueden ser invalidadas"*, en: SCHAULSOHN, Jorge, *La transmisión de bienes en el derecho sucesorio norteamericano (Un estudio comparado con el derecho chileno)*, Memoria de Prueba, 1987, p. 66.

[7] Por ej. el Código Civil de Quebec, en su art. 684, sólo otorga al heredero la posibilidad de demandar el derecho de alimentos en contra de la sucesión del causante en el plazo de seis meses, contado desde la muerte del causante.

[8] Que en todo caso da medios para reclamar ante los Tribunales, a las personas a las cuales el causante no les dejó ni siquiera lo necesario para su manutención, en virtud de la Testators Family Maintenance Act del año 1900, que se complementa con la Family Protection Act de 1908 y la de 1955

[9] Sin embargo, al igual que en Inglaterra, se ha establecido una limitación alimenticia, no hereditaria. En el estatuto de la Nueva Gales del Sur, a través de la Family Provision Act, de 1982. A este respecto se ha señalado que en este caso *"El juez se convierte en un testador sustituto, y adecúa el plan de sucesión del testador de manera que refleje su propio concepto de una provisión apropiada para la familia del testador fallecido"*., por TATE, Joshua, "Caregiving and the Case for Testamentary Freedom", descargado

Costa Rica[11], Guatemala[12], Panamá[13], Nicaragua[14], Honduras[15] y El Salvador,[16] los que sin perjuicio de seguir en muchos pasajes el Código Civil francés, o la legislación

---

del sitio de la *Social Science Research Network Electronic Paper Collection*: http://ssrn.com/abstract=1112522, visitado el 1° de junio de 2011, p. 141.

[10] Este sistema establece una libertad de testar, limitada por el derecho de alimentos. Así, el art. 1368 del Código Civil mexicano indica que *"El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: I.- Los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte; II.- A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior; III.- Al cónyuge supérstite cuando está impedido de trabajar y no tengan bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente; IV.- A los ascendientes; V.- A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho de alimentos; VI.- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades".* Además, es importante traer a colación que si el causante no cumple con dejar los alimentos a las personas que se indicaron, el testamento se torna inoficioso, según lo que establece el art. 1374 del Código Civil. Sobre la libertad de testar en el derecho mexicano ver: ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano. Sucesiones.* T. IV, Porrúa, México, 2006, pp. 349-362; DE PINA, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano. Bienes- Sucesiones*, vol. II, Porrúa, México, 2005, pp. 312-314; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio*, Porrúa, México, 2006, pp. 195-197.

[11] Así, el art. 595 del Código Civil de Costa Rica establece que *"El testador puede disponer libremente de sus bienes, con tal que deje asegurados los alimentos de su hijo, hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo, además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten. Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero sólo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos. Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimentos".* Como se puede apreciar, en el sistema costarricense se reconoce una absoluta libertad de testar, pero estableciendo la obligación para el causante de otorgar un derecho de alimentos. Es destacable también señalar que se reconoce un derecho de alimentos para los alimentarios discapacitados. Estos asignatarios fueron establecidos por la Ley N° 7.600 del año 1996. Hasta antes de la entrada en vigencia de esta ley, la norma era más restringida, por cuanto se otorgaban alimentos a las personas inválidas. Como se puede apreciar, hoy no sólo quedan incluidas estas personas, sino todo aquel que tenga una discapacidad que le impida valerse por sí mismo.

[12] Es destacable que esta legislación consagre el principio de la libertad de testar en el art. 934 de su Código Civil, el cual indica *que "Toda persona capaz civilmente puede disponer de sus bienes por medio*

española, en esta materia siguieron un sistema de libertad de testar. Pero en todo caso, en estos países es posible encontrar una atenuación del sistema, estableciendo protección a favor de ciertas personas, básicamente a través de derecho de alimentos.

Así, por ejemplo el derecho inglés, en cuanto al derecho sucesorio se refiere, presenta algunas características que le son propias. A modo de ejemplo, y confirmando lo indicado respecto de la limitación a la libertad de testar en Inglaterra, se puede señalar que se otorga a determinados parientes del causante una provisión, lo cual no implica derecho sucesorio alguno. Es más bien una forma de proteger a estas personas.

Por ello se han dictado importantes normas, como *"The Inheritance Family Provison Act"* del año 1938, por la cual se siguió el principio que se había instaurado en Nueva Zelanda sobre el mantenimiento de la familia por el causante. Así entonces, en ciertas y determinadas situaciones, el juez podía disponer de una determinada provisión,

---

de testamento a favor de cualquiera que no tenga incapacidad o prohibición legal para heredar". Por su parte, sólo se establece para el testador la carga de otorgar derecho de alimentos a favor de las personas que el propio Código establece. Así, el art. 936 establece que *"La libertad de testar sólo tiene por límite el derecho que algunas personas tienen a ser alimentadas".*

[13] Sólo se establece un derecho de alimentos a favor de sus hijos, sus padres y su cónyuge. Así, el art. 770 del Código Civil panameño expresa que *"Toda persona hábil puede disponer por testamento libremente de sus bienes, con tal que deje asegurado los alimentos de los hijos que tengan derecho a ellos de acuerdo con la ley… y los de sus padres, los de su consorte e hijos inválidos, mientras lo necesiten".*

[14] Que en todo caso, también tiene una limitación a través del derecho de alimentos, en los arts. 1198 y ss. del Código Civil.

[15] El Código Civil de Honduras es enfático en consagrar la libertad de testar, estableciendo en el art. 979 que *"La testamentificación es libre".* Sin embargo, se establecen asignaciones forzosas en los arts. 1147 y siguientes. Así señalan que ellas son los alimentos que se deben por ley a ciertas personas y la porción conyugal. Sin embargo, al igual que en Nicaragua, estas asignaciones tienen naturaleza alimenticia, por lo que en realidad no constituyen restricciones a la libertad de testar.

[16] Que aunque se encuentra influenciado por el Código Civil de Chile, siguió en esta materia un sistema de libertad de testar, y al igual que en otros casos descritos, contiene una asignación alimenticia a favor de determinados parientes del causante. Así, el art. 1141 establece que *"El testador deberá designar en su testamento la cuantía de los alimentos que está obligado a suministrar…"*. Es destacable la norma en cuanto se establece que el testador incluso puede privar de alimentos a ciertas personas en los casos especialmente previstos por la ley. Por lo tanto, ni siquiera tendrá la obligación de otorgar alimentos a las personas que en tal disposición se indican.

con cargo a la herencia, a favor de ciertos familiares dependientes del causante, que no podían subsistir por sí mismos.

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

Respecto de la naturaleza de esta provisión se puede concluir que es de carácter alimenticia, y en ningún caso constituye una limitación a la libertad de testar. En efecto, no estamos ante un caso en que las personas beneficiadas lleven todo o parte de la herencia del causante. Debe cumplirse con las condiciones de necesidad para que los beneficiarios tengan derecho a esta provisión.

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

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

También se podría indicar la situación del Código Civil de Cuba. En este sistema se establece un principio de libertad de testar, pero éste se limita en el caso que concurran los denominados *"herederos especialmente protegidos".* En este caso, la libertad de testar se limita a la mitad de la herencia. Esta limitación se distingue de la legítima y la reserva (de ahí que no lo describimos en tales sistemas). Los herederos especialmente protegidos sólo concurren cuando se cumpla con las exigencias que establece la ley. Así, el art. 493.1 del Código Civil cubano expresa que son herederos protegidos los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquéllos; el cónyuge sobreviviente y los ascendientes.

Sin embargo, adicionalmente, se les exige que estos asignatarios no estén aptos para trabajar y que dependan económicamente del causante. Faltando cualquiera de estas condiciones, los asignatarios no tienen esta calidad y por lo tanto, se amplía la libertad de testar del causante. En cambio, según se verá, los legitimarios o herederos reservatarios, según el caso, concurren debido a su calidad de pariente del causante (cuando así se requiera), sin cumplir con ninguna otra exigencia, salvo la de ser capaz y digno de suceder al causante. Luego, la legítima y la reserva no tienen naturaleza alimenticia, como se desprende de la legislación cubana, en lo que dice relación con los herederos especialmente protegidos.

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

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

disponer libremente de una quinta parte de la herencia. Este sistema fue modificado por el Código Civil de 1870, que estableció un sistema de libertad de testar, el cual se consolidó con la entrada en vigor del Código Civil Mexicano de 1928.

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

2.- SISTEMAS QUE NO CONTEMPLAN LA LIBERTAD DE TESTAR.

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

I.- Sistema de distribución forzosa.

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

Una característica que presentan estos sistemas es la carencia de la institución del desheredamiento, lo cual se justifica por cuanto el causante no puede privar de esta parte de los bienes a dichos asignatarios, a menos que les sobrevenga una causal de indignidad para suceder. Por otra parte, se establece generalmente una cuota variable a favor de los asignatarios. Siguen este sistema, por ejemplo, el Código Civil francés[17], el belga[18], el de Venezuela[19], el Código Civil de República Dominicana[20] y el Código Civil de Italia[21].

---

[17] El Código Civil francés, en su art. 912 define la reserva hereditaria *como "la parte de los bienes y derechos sucesorios que la ley asegura libre de cargas a ciertos herederos con derecho a la reserva, si son llamados a la sucesión y si la aceptan. La cuota disponible es la parte de los bienes y los derechos sucesorios que no es reservada por la ley y de la que el difunto pudo disponer libremente por liberalidades".* Esta norma fue agregada por la reforma de la Ley N° 2006-728 de 23 de junio de 2006. Anteriormente era la doctrina la que se encargaba de definir la reserva hereditaria. Por su parte, el art. 913 establece la cuantía de la reserva hereditaria, y distinguiendo según el número de hijos del causante, indica que *"Las liberalidades, por acto entre vivos o por testamento, no podrán exceder de la mitad de los bienes del testador, si éste sólo dejara un hijo a su muerte; de la tercera parte, si dejara dos hijos; de la cuarta parte si dejara tres o un número mayor…".*

[18] Siguiendo el Código Civil francés, el art. 913 del Código Civil de Bélgica establece una reserva a favor de hijos o ascendientes el cual es variable. Si concurre un hijo, la reserva equivale a la mitad de la herencia; si concurren dos hijos, la reserva será de las dos terceras partes de la herencia; en el caso que el causante tenga tres o más hijos, la reserva es de las tres cuartas partes de la herencia. Finalmente, a falta de descendientes, el art. 915 consagra una reserva a los ascendientes en la línea paterna y materna, que equivale a la mitad de la herencia; ahora, si el causante sólo tiene ascendientes en una sola línea, la legítima es de una cuarta parte de la herencia.

[19] El Código Civil de Venezuela establece una delación de parte de la herencia en propiedad a favor de ciertos herederos que les denomina legitimarios. Así, el art. 883 define la legítima, señalando que es *"una cuota de la herencia que se debe en plena propiedad a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes…".* Por su parte, el art. 884 del mismo cuerpo legal establece la extensión de la legítima, indicando que es de la mitad de la herencia, estableciendo que la concurrencia y exclusiones se regulan por las normas de la sucesión intestada. Es rescatable la mención que hace la norma del art. 883, en orden a que la legítima se entera de pleno derecho en propiedad a los

II.- Sistemas de freno o de libertad restrictiva de testar.

A diferencia de lo que ocurre en un sistema de sucesión forzosa, en este caso la ley le ordena al causante disponer de una parte de sus bienes a favor de ciertos parientes, que se les denomina generalmente legitimarios[22], aunque en algunos casos se les

---

legitimarios. El Código no contempla la figura de la desheredación, seguramente porque es la ley la que atribuye dicha cuota en propiedad, luego, no es el causante que la asigna, y por lo tanto, le está vedado privar de dicha cuota a sus legitimarios. Pero además, la legítima del cónyuge sobreviviente es especial, porque se le otorga sólo en caso que su régimen matrimonial no sea el de separación total de bienes. Por lo tanto, el legislador tomó en consideración el régimen matrimonial para otorgar o rechazar esta asignación a favor del supérstite.

[20] Así, el art. 913 indica que *"Las donaciones hechas por contrato entre vivos o por testamento, no pueden exceder de la mitad de los bienes del donante, si a su fallecimiento dejare un solo hijo legítimo; de la tercera parte, si deja dos hijos, y de la cuarta parte, si éstos fuesen tres o más"*. Además, se establece una reserva a favor de los ascendientes a falta de hijos, en el art. 915, que dispone que *"Las donaciones por contrato entre vivos o por testamento, no pueden exceder de la mitad de los bienes, si a falta de hijo el donante deja uno o varios ascendientes en cada una de las líneas paterna y materna, y de las tres cuartas partes, si no deja ascendientes más que en una línea"*. Finalmente, el art. 916 dispone que *"A falta de ascendientes y descendientes, las donaciones por contrato entre vivos o por testamento, podrán absorber la totalidad de los bienes"*, lo que implica que en este caso el causante tendría una absoluta libertad de testar.

[21] El art. 536 indica que son legitimarios *"las personas a favor de las cuales la ley reserva una cuota de la herencia u otros derechos en la sucesión".* Y son legitimarios *"el cónyuge, los hijos legítimos, los hijos naturales, los ascendientes legítimos…"*. La noción de legitimario que contiene el Código Civil italiano es diferente a la forma como es conocido en nuestro derecho civil. Ahora bien, en lo que dice relación con la cuantía de la reserva, la ley hace una serie de distinciones. Así, en el caso que concurran un solo hijo, sea legítimo o natural, se le reserva la mitad de la herencia. Si son dos o más los hijos, se le reserva una cuota que equivale a los dos tercios de la herencia (art. 537). A falta de hijos, pero teniendo ascendientes, se les reserva a estos últimos un tercio del patrimonio (art. 538). En el caso de concurrencia del cónyuge sobreviviente, sin existir hijos ni ascendientes del causante, se le otorga la mitad de la herencia (art. 540). Ahora, si concurre el cónyuge sobreviviente con hijos del causante, hay que distinguir. Si concurre con un solo hijo, al cónyuge sobreviviente le corresponde un tercio y al hijo otro tercio de la herencia. Si son dos o más los hijos, a éstos le corresponde la mitad de la herencia y al cónyuge sobreviviente un cuarto de la mitad restante (art. 542). Si no hay hijos, y concurre el cónyuge sobreviviente con ascendientes del causante, al primero le corresponde la mitad de la herencia y a los segundos una cuarta parte de ella (art. 544). Es interesante destacar que las reglas de exclusión de legitimarios son similares a las de nuestras reglas que se refieren a la legítima, particularmente por lo que establece nuestro art. 1183 del Código Civil.

[22] Será la denominación que utilizaremos.

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

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

Este sistema de legítimas reviste dos modalidades:

a.- Sistema de legítimas puro.

Se caracteriza porque dicha asignación se distribuye entre los asignatarios que tienen derecho a ella en la forma que establece la ley. En este sistema, es la ley la que establece a priori la porción que le corresponde determinadamente a cada uno de los legitimarios. En general, la distribución es distinta según sea el número de personas que llevan parte en la legítima. También se contempla una parte de libre disposición. Es el caso de Brasil[23], Argentina[24], Bolivia[25], Uruguay[26], Paraguay[27], Perú[28], Suiza[29] Alemania[30] y Austria[31].

[23] El Código Civil brasileño llama a los asignatarios de la legítima *"herederos necesarios".* Así, el art. 1845 indica que *"Son herederos necesarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge".* Por su parte, el art. 1846 estipula que *"Pertenece a los herederos necesarios, de pleno derecho, la mitad de los bienes de la herencia, constituyendo la legítima".*

[24] El Código Civil argentino, en su art. 3591 establece que *"la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia".* La legítima de los hijos es de las cuatro quintas partes de la herencia, según el art. 3593. La de los ascendientes de los dos tercios. Así lo indica el art. 3594. Finalmente, el art. 3595 consagra la legítima del cónyuge sobreviviente, cuya porción es de la mitad de la herencia del causante. Además, los llamados a la legítima, concurren según las reglas de la sucesión intestada.

[25] El art. 1059 indica que la legítima de los hijos es de las cuatro quintas partes del patrimonio del causante. Si un hijo no puede concurrir, lo representan sus descendientes, quienes llevan la porción que les correspondería. Los hijos adoptivos llevan la misma porción que un hijo. Si el difunto no deja descendientes, el art. 1060 establece que concurre el ascendiente, quien lleva una legítima que asciende a las dos terceras partes de la herencia. Si el difunto no deja ni descendientes, ni ascendientes, el cónyuge sobreviviente lleva una legítima que equivale a las dos terceras partes del patrimonio del causante (art. 1061). En caso de concurrencia del cónyuge sobreviviente con los hijos, descendientes o hijo adoptivo del causante, la legítima de todos ellos será de las cuatro quintas partes del caudal hereditario (art. 1062). Ahora, si el cónyuge sobreviviente concurre con los ascendientes, la legítima es de las dos terceras partes de la herencia.

[26] Al igual que en Chile, la legislación uruguaya contempla un sistema de asignaciones forzosas, pero a diferencia de lo que ocurre entre nosotros, se limitan únicamente a los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, la porción conyugal y la legítima, según el art. 870. Luego, no existe la mejora como asignación forzosa. Ahora bien, las dos primeras asignaciones tienen naturaleza alimenticia y sólo la legítima constituye una restricción de la libertad de testar. Ahora bien, dentro de los legitimarios aún se mantiene la diferencia entre los hijos de filiación legítima y no legítima. Así, el art. 885 indica que son legitimarios: *"1°. Los hijos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos o naturales. 2°. Los hijos naturales, reconocidos o declarados tales, personalmente o representados por su descendencia legítima o natural. 3°. Los ascendientes legítimos"*. Sin embargo, aun cuando se establece esta diferencia, la porción que llevan en la legítima es idéntica, según lo establece el art. 887 inc. 2°. También es interesante destacar que la legítima es variable según cuantos sean los asignatarios llamados a ella. Sin concurre un solo hijo, la legítima equivale a la mitad de la herencia; si concurren dos hijos, la legítima es de las dos terceras partes del caudal hereditario; si son tres o más los hijos, la legítima asciende a las tres cuartas partes de la herencia. Si no hay hijos, concurren los descendientes por la mitad de la herencia a título de legítima, y en el caso de no haber legitimarios, el causante puede disponer de la totalidad de su patrimonio (art. 887). Por último conviene precisar que en Uruguay el cónyuge sobreviviente no es considerado legitimario, y sólo tiene derecho a la porción conyugal (art. 874).

[27] El derecho paraguayo contempla una legítima variable entre los llamados *"herederos forzosos".* El art. 2598 impone una legítima a los descendientes que equivale a las cuatro quintas partes de la herencia; la de los ascendientes es de los dos tercios de la herencia; en el caso del cónyuge sobreviviente, la legítima corresponde a la mitad del patrimonio del causante y finalmente, se establece una legítima a favor del adoptado o adoptante por la mitad de la herencia. La concurrencia a la legítima está determinada por el art. 2599, regla que es de aplicación sencilla, porque los descendientes excluyen a todos los demás herederos forzosos. A falta de ellos concurren los ascendientes, excluyendo a los demás. Si no hay ascendientes concurre el cónyuge sobreviviente, y sólo a falta de todos estos asignatarios, concurren por la legítima el adoptante o adoptado del causante. Curiosamente el Código Civil de Paraguay contempla la voz mejora en

materia sucesoria, pero no está tomada ni en el sentido que le da el Código Civil español ni nuestro Código. El art. 2607 expresa que *"Sólo de la porción disponible podrá el testador hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos forzosos".* La expresión mejorar está tomada en el sentido que le da el diccionario de la Real Academia Española, esto es, adelantar, acrecentar algo, haciéndolo pasar a un estado mejor.

[28] El art. 723 del Código peruano define la legítima como *"una parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos".* Por su parte, el art. 724 indica que son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge. Respecto de este último asignatario, el Código deja establecido claramente, que su legítima no tiene relación alguna con el régimen matrimonial que tuviera con el causante, al establecer en el art. 730 que *"la legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales proveniente de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio"*. En lo que dice relación con la extensión de la legítima, se distingue según concurran los descendientes y el cónyuge por una parte, caso en el cual, la porción legítima es de los dos tercios de la herencia (art. 725); mientras que si concurren sólo ascendientes, la legítima es igual a la mitad de la herencia (art. 726). En caso que el causante no tenga herederos forzosos, puede disponer de la totalidad de sus bienes (art. 727).

[29] El Código Civil suizo, en su art. 470 indica que *"El que muere dejando descendientes, padre o madre, hermanos o hermanas o cónyuge, puede disponer por causa de muerte de aquella parte que exceda el monto de la reserva. Fuera de estos casos, puede disponer de todos sus bienes".* Ahora bien, la reserva es variable según quien sea el o los parientes que sucedan al causante. Así, del art. 471 se desprende que para los descendientes la reserva es de tres cuartas partes de la herencia; para su padre o madre, de la mitad; sus hermanos o hermanas, un cuarto; y el cónyuge sobreviviente, todo su derecho en la sucesión en propiedad (que equivale a una cuarta parte de la herencia) cuando concurre con otros herederos legales, y de la mitad cuando es el único heredero.

[30] El BGB alemán tiene como principio el de la libertad de testar, incluso protegido constitucionalmente a través de la garantía del derecho de propiedad y de la herencia. Sin embargo, esta protección tiene un límite a través de la legítima, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2303 del BGB. Ahora bien, son legitimarios los descendientes, los padres y el cónyuge sobreviviente o la pareja de hecho. La legítima equivale a la mitad de la herencia. Un aspecto relevante de considerar es que la legítima alemana, como indica Röthel, *"no confiere ninguna legitimación material a la herencia, sólo el derecho a reclamar una cantidad de dinero al heredero. Ni siquiera para los cónyuges existe una regulación especial, como por ejemplo un usufructo sobre la vivienda conyugal, sino que siempre consiste en una pretención dineraria. Con ello, el legislador alemán – a diferencia del derecho español o francés- se ha decantado en contra de un derecho forzoso a la herencia. A la pretensión personal contra el heredero por una suma de dinero equivalente a la mitad del valor de la cuota hereditaria legal…".* RÖTHEL, Anne, *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 54-55.

[31] Así, el Código Civil de Austria, en el art. 762 reserva una parte de la herencia a favor de los *"herederos reservatarios"*. Tienen esta calidad los hijos, y a falta de ellos, los ascendientes del causante. Si concurren los hijos, les corresponde la mitad de la herencia (art. 765). Ahora, si concurren los ascendientes, les corresponde una tercera parte de la herencia del causante (art. 766).

b.- Sistema de legítimas y mejoras.

En éstos es posible encontrar la división de la herencia en tres partes. Una de ellas corresponde a la legítima propiamente tal; la mejora, que tiene por objeto beneficiar a algunos de los asignatarios llamados a esta asignación; y, una tercera, que es de libre disposición. Sin embargo, acá también podemos hacer una precisión, distinguiendo dos modalidades de este sistema[32]:

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

En este sistema, la herencia se divide en dos partes. Una denominada legítima y la otra de libre disposición. Sin embargo, dentro de la legítima es posible hacer una distinción. Por una parte se encuentra la legítima propiamente tal, y por otra la mejora, que forma parte de la legítima, pero se diferencia de ella, porque el causante la puede distribuir como quiera entre los asignatarios de esta asignación. Es el caso de España[33] y Puerto Rico[34]. En general, en estos sistemas la legítima equivale a las dos terceras partes

[32] Cuando se analice la mejora como asignación forzosa, se demostrará que la mejora puede formar parte de la legítima o bien constituye una asignación independiente y distinta de ella.

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

[34] Puerto Rico siguió la normativa española, lo que se demuestra al definir la legítima en el art. 735, definición que es idéntica a la que establece el art. 806 del Código español. Por su parte, el art. 751 establece que *"el padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a legítima"*. Además, el art. 737 indica que *"Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que*

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

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

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

Las dos primeras tienen naturaleza alimenticia, por lo que no se les considera como una limitación a la libertad de testar. Las asignaciones que sí constituyen un freno a la libertad de testar lo constituyen la legítima y la mejora. Pero además, es posible encontrar una parte de libre disposición, la cual es variable, según la legislación que se analice. Siguen este sistema, por ejemplo, Chile[35], Colombia[36] y Ecuador[37].

---

forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos o naturales legalmente reconocidos". Por lo tanto, como en España, la mejora se encuentra incorporada dentro de la legítima, y no constituye una asignación distinta de ella.

[35] Que como veremos, se aleja de la tradición española en materia de mejora.

[36] El Código Civil de Colombia sigue la tradición chilena en materia sucesoria, al establecer un sistema de asignaciones forzosas. Así, el art. 1226, luego de definir las asignaciones forzosas de la misma forma que lo hace nuestro Código Civil, indica que ellas son: 1°. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas. 2°. La porción conyugal. 3°. Las legítimas. 4°. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos. Por su parte, el art. 1240, después de definir la legítima, indica que son legitimarios: 1°. Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial. 2°. Los ascendientes. 3°. Los padres adoptantes. 4°. Los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple. Por su parte, el art. 1242 establece una cuarta de mejoras, asignación distinta de la legítima, a favor de uno o más de sus descendientes legítimos, o hijos naturales o descendientes legítimos de éstos, sean o no legitimarios. Finalmente, una cuarta parte de la herencia puede ser distribuida libremente por el causante. A diferencia de lo que ocurre en Chile, en Colombia, el cónyuge sobreviviente no es considerado legitimario ni asignatario de la cuarta de mejoras, lo cual se justifica, porque concurre por su porción conyugal, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1230 y siguientes del Código Civil.

3.- EL SISTEMA DE ACUMULACIÓN HEREDITARIA FORZOSA.

VALLET indica que este sistema, *"pretende mantener todo el patrimonio unido, con un solo titular que forzosamente lo vaya transmitiendo sin dividir, de generación en generación, dando lugar a acumulaciones progresivas por la unión en sucesivas generaciones, al patrimonio vinculado, del perteneciente a quien contraiga matrimonio con su actual titular y por los incrementos del ahorro"*.[38] No conocemos legislaciones que actualmente lo contemplen.

[37] El art. 1216 del Código Civil ecuatoriano define las asignaciones forzosas. Al igual que lo que su sucede con el Código colombiano, la definición es idéntica a la que contiene nuestro Código Civil. Sin embargo, es necesario destacar que a diferencia nuestra, el derecho de alimentos no constituye asignación forzosa, reservándose esta calidad únicamente a la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras. Ahora bien, sólo son legitimarios los hijos y los padres del causante (art. 1205). Por su parte, el art. 1207 expresa que la mejora equivale a una cuarta parte de la herencia, y que son asignatarios de ella uno o más de los descendientes del causante, sean o no legitimarios. Mantiene esta legislación los principios de no considerar como legitimario al cónyuge sobreviviente, lo cual no implica que quede en la desprotección, ya que concurrirá a la herencia por su porción conyugal. Pero además, se reduce el número de personas que puede ser asignatario de la cuarta de mejoras, al disponer únicamente que se pueda mejorar a los descendientes del causante, principio que se estableció al momento de la instauración de la mejora, según se verá.

[38] VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar", *Anuario de Derecho Civil*, T. 19, fasc. 1, 1966, pp. 4-5.

Título Segundo. EL SISTEMA SUCESORIO CHILENO.

En Chile, el sistema sucesorio se estructuró sobre la base de la legislación española antigua. Sin embargo, la idea del legislador no siempre fue seguir ese modelo. Es por ello que es conveniente analizar y exponer, en esta parte, la evolución del sistema chileno.

1.- El sistema elegido en el Código Civil originario.

Bello, seguramente debido a su estancia en Inglaterra era partidario que en Chile se instaurara un sistema de libertad absoluta de testar. Esto se demuestra en una nota al proyecto de 1853, en el que señala que *"Las legítimas no son conocidas en la mayor parte de Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América; y tal vez no hay países donde sean más afectuosas y tiernas las relaciones de familia, más santo el hogar doméstico, más respetados los padres, o procurada con más ansia la educación y establecimiento de los hijos"*.[39] Incluso criticaba el sistema de legítimas, señalando que *"En el establecimiento de legítimas, la filosofía no parece estar de acuerdo con la legislación. Aquel antiguo principio de los romanos: "Pater familias uti legassit… ita jus esto", sería la regla que propondríamos si no fuese preciso transigir con las preocupaciones"*.[40] Y más adelante afirmaba que *"El establecimiento de legítimas, no sólo es vicioso porque es innecesario (pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad), sino porque, complicando las particiones, suscitando rencillas y pleitos en el seno de las familias, retardando el goce de los bienes hereditarios, ocasiona a los herederos un daño muy superior al beneficio que pudiera alguna vez acarrearles"*.[41]

---

[39] Bello López, Andrés, *Código Civil de la República de Chile*, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, 1955, p. 187.

[40] Bello, Código Civil…, ob. cit. p. 187.

[41] Bello, Código Civil…, ob. cit. p. 188.

Sin embargo, como bien señala DOMÍNGUEZ AGUILA *"Bello comprendió muy rápidamente que, al menos en materia sucesoral, debía obedecerse a la tradición cultural chilena, que no era otra que la española castellana, cuyo Derecho, a través de la legislación de Partidas, formaba parte de nuestra alma nacional y que sería una ilusión trasplantar instituciones ajenas a esa historia".*[42] Es por ello que optó por instaurar en Chile un sistema sucesorio mixto de legítimas (que equivalía a la mitad de la herencia) y de libertad de testar (que recaía sobre la otra mitad). Bello justificaba esta decisión señalando que *"A pesar de estas consideraciones, que creemos justificadas por la experiencia, ha conservado este proyecto las legítimas, aunque acercándose más al nivel de las Partidas*[43] *y de la legislación romana, que al del Fuero Juzgo, el Fuero Real y las leyes de Toro. Se puede siempre disponer libremente, aun entre extraños, de la mitad de los bienes pero se debe dividir la otra mitad entre los legitimarios".*[44]

Pero la presión fue aún mayor. No bastó con establecer un límite a la libertad de testar a través del establecimiento de las legítimas, sino que esta restricción se amplió, al consagrarse en el proyecto definitivo la cuarta de mejoras. Si Andrés Bello era contrario

---

[42] DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, "Los principios del Derecho sucesorio en el "Código Civil" de Bello y su estado actual", *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 477-478.

[43] En este punto, la partida VI, título I, L. XVII, señalaba que *"Religiosa vida escogiendo algunt home ó alguna mujer de facer, asi como entrando en algunt monesterio, ó faciéndose ermitaño ó emparedado, ó tomando otra órden, este atal non puede facer testamento, mas todos los bienes que hobiere deben ser daquel monesterio ó daquel lograr do entrare si non hobiere fijos ó otros parientes que descendan dél por liña derecha que hereden lo suyo. Mas si este atal hobiese fijos ó otros herederos que descendiesen dél, puede partir entrellos lo que hobiere, de manera que dé á cada uno dellos su legítima parte et non menos; et si por aventura mas les quisiese dar su parte legítima, entonce tanta parte debe ser dada al monesterio quanta cayere al uno dellos: et á esta parte legítima dicen en latin pars debita jure natura. Empero si después que entrase en la religión se moriere ante que partiese lo suyo á sus herederos, asi como sobredicho es, sus fijos deben haber su legítima parte et el monesterio todo lo otro. Et la legítima parte que deben haber los fijos es esta, que si fueren quatro ó dende Ayuso, deben haber de las tres partes la una de todos los bienes que hobiere aquel á quien heredan; et si fuesen cinco ó mas, deben haber la meatad: et por eso es llamada parte legítima, porque la otorga la ley á los fijos, et débenla haber libre, et quita, et sin embargo, et sin agravamiento et sin ninguna condición. Et los obispos et los otros clérigos, cómo et de qué cosas pueden facer testamento, muéstrase en la primera Partida deste nuestro libro en el título que fabla del peguar de los clérigos."*

[44] BELLO, Código Civil…, ob. cit. p. 188.

al establecimiento de legítimas, con mayor razón estaba en contra del sistema de mejoras. Incluso miraba con cierto recelo y en forma despectiva dicha institución. Así, en una nota al Proyecto de 1841 comentaba que *"En este Proyecto no se impone al padre la obligación de emplear cierta cuota de sus bienes, fuera de las legítimas, en beneficiar a uno o más de sus descendientes a su arbitrio, dividiéndola entre ellos como quiera. Se le autoriza, pues, para disponer libremente de la mitad de sus bienes, y se suprime la mejora del tercio, invención peculiar de los godos"*.[45]

Curiosamente, en esta materia, y en realidad en gran parte del derecho sucesorio, el legislador no siguió el Código Civil francés[46]. A su vez, el *Code* siguió en esta materia los postulados del derecho germánico, lo que se tradujo en la instauración de la *"reserva hereditaria"*.[47] En consecuencia, el Código Civil estableció un sistema restringido de libertad de testar, instaurando las denominadas Asignaciones Forzosas.[48] Así, el art.

---

[45] BELLO, Código Civil…, ob. cit. p. 191.

[46] No obstante que, como veremos, la regla del art. 1181 inc. final del Código Civil se asemeja más a los principios que siguió el Derecho francés que a los que derivan de la legislación española.

[47] Sobre la relación entre el Código Civil chileno y el Código Civil francés, véase, BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "Una comparación entre el sistema sucesorio del code y el Código civil chileno en sus versiones originales", en: *Cuadernos de Extensión Jurídica*, 9, 2004, pp. 117-141; MIROW, Matthew C., "Andrés Bello, sucesiones, y el Código Civil francés de 1804", *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, t. 1, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 177-191. Volveremos sobre este punto.

[48] Es conveniente resaltar que la redacción de la norma no es la misma en todos los proyectos de Código Civil. Así, el proyecto 1841-1845 (art. 1) señalaba que *"Asignaciones forzosas son: 1° Las legítimas; 2° La porción conyugal; 3° Los legados de alimentos para ciertas personas; 4° Las expensas funerales y las necesarias para la apertura de la sucesión; 5° Los impuestos sobre las herencias y legados a favor de cualquier establecimiento público".* Por su parte, el proyecto 1846-1847 (art. 171) estipulaba que *"Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1° Los legados de alimentos para ciertas personas; 2° La porción conyugal; 3° Las legítimas. Las reglas relativas a las asignaciones forzosas comprenden la sucesión intestada"*. El proyecto 1853 (art. 1.324) rezaba que *"Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1° Los legados de alimentos para ciertas personas; 2° La porción conyugal; 3° Las legítimas"*. Finalmente, el proyecto inédito consagró la regla que después reprodujo el proyecto definitivo, señalando que *"Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1° Los*

1167, dispone que "Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Asignaciones forzosas son:

1° Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas;

2° La porción conyugal;

3° Las legítimas;

4° La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos.[49]

2.- MODIFICACIONES AL SISTEMA DE ASIGNACIONES FORZOSAS.

Las asignaciones forzosas han sido modificadas mediante la entrada en vigencia de diferentes leyes. En realidad, todas estas modificaciones son consecuencia de una alteración de normas del derecho de familia, particularmente para mejorar los derechos sucesorios de los hijos nacidos fuera del matrimonio por una parte, y la del cónyuge sobreviviente por otra. Nunca se ha dictado una ley que se refiera únicamente a la modificación de las normas sobre asignaciones forzosas[50], experiencia que sí se puede encontrar en el derecho comparado.[51]

Podemos citar las siguientes leyes que han alterado el sistema de asignaciones forzosas:

---

alimentos que se deben por ley a ciertas personas; 2° La porción conyugal; 3° Las legítimas; 4° La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos". Como se puede apreciar, es en este proyecto donde se incorpora como asignación forzosa a la cuarta de mejoras.

[49] Más adelante se analizarán extensamente y particularmente cada una de las asignaciones forzosas.

[50] Hemos constatado la existencia de un solo proyecto de ley, presentado en el año 1892, que se refería solamente a la modificación del sistema de asignaciones forzosas. Lo veremos más adelante.

[51] Particularmente el Código Civil francés, a través de la reforma del año 2006.

i.- Ley N° 10.271 (D.O. 2 de Abril de 1952). Modifica el art. 1167, en su número 4°, agregando como asignatarios de cuarta de mejoras a los hijos naturales y también a sus descendientes legítimos.

ii.- Ley N° 18.802 (D.O. 9 de Junio de 1989). Agrega como asignatario de cuarta de mejoras al cónyuge sobreviviente.

iii.- Ley N° 19.585 (D.O. 26 de Octubre de 1998). Elimina la porción conyugal como asignación forzosa; incorpora al cónyuge sobreviviente como legitimario; establece la plena igualdad de los hijos como asignatarios de la legítima y de la cuarta de mejoras y agrega como asignatario de cuarta de mejoras a los ascendientes.

3.- El sistema imperante en Chile.

En Chile, en principio se acepta un sistema de freno o de libertad restrictiva de testar, compuesto por la legítima y la mejora. En todo caso, a diferencia del sistema español, la mejora constituye una asignación forzosa distinta e independiente de la legítima.

En todo caso, podría argumentarse también que nuestra legislación parte de un principio de libertad de testar, tomando en consideración diversas disposiciones de nuestro Código, partiendo por la propia definición de testamento, cuando el art. 999 del Código Civil, señala que en su virtud el testador puede disponer de todo o de parte de sus bienes. En consecuencia, en principio, el causante tiene plena libertad para disponer de sus bienes por causa de muerte.

Por lo demás, existen diversas circunstancias en la cual el causante tendrá libertad para disponer libremente de la totalidad de sus bienes:

a.- Cuando no hayan asignatarios forzosos. En efecto, si el causante no tiene asignatarios de alimentos, de legítimas, ni de mejoras, podrá disponer de la totalidad de su patrimonio en forma libre y soberana. La concurrencia de asignatarios de sucesión

intestada desde el tercer grado hacia adelante no implica la obligación de disponer de todo o de parte de sus bienes a favor de ellos.

b.- Cuando el único legitimario sea un ascendiente del causante, en el caso que la paternidad o maternidad haya sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, situación contemplada en el art. 1182 inc. final, con la excepción del art. 203 inc. final, esto es, cuando haya operado el restablecimiento.

c.- El caso en que el legitimario sólo sea el cónyuge sobreviviente, pero cuando éste, por culpa suya, haya dado ocasión a la separación judicial, situación también contemplada en el art. 1182, en relación con el art. 35 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil.

d.- El causante también tendrá plena libertad para disponer de la totalidad de sus bienes, cuando habiendo asignatarios forzosos, ellos sean desheredados en la forma legal. El art. 1207 indica que el desheredamiento es una disposición testamentaria en la que se ordena que un legitimario sea privado del todo o de parte de su legítima. Por lo tanto, no habiendo legitimarios, por haber sido desheredados, de acuerdo al art. 1184 no se formará la legítima, consecuencialmente no se forma la mejora y en definitiva, el causante podrá disponer de todos sus bienes.

El desheredamiento tiene relación con la indignidad para suceder. Ambas instituciones persiguen el mismo objetivo, que es privar a un asignatario de lo que le corresponde en la sucesión del causante. Pero la indignidad para suceder no la podemos incluir en estos casos en que en caso de proceder, el causante tenga una mayor libertad para disponer, por cuanto, quienes alegarán la indignidad serán los demás asignatarios del causante, en cambio, en el desheredamiento, la facultad de privar a los legitimarios de sus derechos la tiene el propio causante. Como indica RODRÍGUEZ *"el desheredamiento es una indignidad testamentaria, mientas la indignidad es un*

desheredamiento legal. Esta figura nos parece acertada, toda vez que, en el fondo, se trata de dos instituciones, confiadas a personas distintas, pero que apuntan en la misma dirección: excluir de la sucesión a los asignatarios que faltan al deber de lealtad y respeto que se debe al causante y a las personas que conforman su núcleo familiar más estrecho".[52]

La posibilidad que se le concede al causante de poder desheredar a un legitimario, puede considerarse la contrapartida de la protección que tienen los legitimarios para que se le deje la legítima. Así, sostiene ELORRIAGA que *"Si bien se grava al testador con la obligación de asignarles una parte de sus bienes, ello lo será en la medida que aquéllos tengan una conducta acorde con los cercanos lazos de familia que los ligan con el causante".*[53] Por lo tanto, la institución del desheredamiento forma parte importante también en el análisis del sistema sucesorio chileno.[54]

4.- ENUMERACIÓN DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS.

La Ley N° 19.585 de 1998 incorporó la última modificación al sistema de Asignaciones Forzosas. En ese sentido, el art. 1167, en su versión actual indica lo siguiente:

"Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Asignaciones forzosas son:

1. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas;

---

[52] RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, volumen 2, tercera edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 51.

[53] ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Derecho Sucesorio*, segunda edición actualizada, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 487.

[54] La relación entre el desheredamiento con el sistema sucesorio de Asignaciones Forzosas será analizado más adelante.

2. Las legítimas;

3. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge".

En los títulos que siguen iremos analizando detalladamente cada una de estas asignaciones forzosas, a objeto de determinar la forma por la cual se genera esta limitación o restricción a la libertad de testar.

Título Tercero. LOS ALIMENTOS COMO ASIGNACIÓN FORZOSA.

En nuestro sistema sucesorio se incorpora como asignación forzosa a los alimentos. Lo señala expresamente el art. 1167 en su N° 1. Pero lo cierto es que en realidad más que una asignación forzosa, constituye una baja general de la herencia, a modo de deuda hereditaria. Lo señala expresamente el art. 959 N° 4. En este sentido se ha llegado incluso a cuestionar el carácter de asignación forzosa que tendría la obligación alimenticia, considerándose que es una construcción *"inane de la ley"*.[55] Por ello es que tradicionalmente, esta asignación no se concibe como una limitación a la libertad de testar que tiene el causante, dejando esa limitación únicamente a la legítima y a la mejora.

Ello no significa que deje de ser importante para nuestro trabajo el análisis del derecho de alimentos como asignación forzosa. Al contrario, lo es. Lo que ocurre es que la dimensión que le daremos es más amplia que el simple estudio como asignación forzosa.

1.- REGULACIÓN DE LOS ALIMENTOS.

En muchas disposiciones del Código Civil se encuentras normas relativas al derecho de alimentos, no limitándose por consiguiente en su regulación, a las reglas sobre asignaciones forzosas. En esta materia se les trata únicamente en cuatro artículos del Código, uno de los cuáles, el art. 1.169, fue derogado. Por lo tanto, como complemento de estas disposiciones, hay que acudir al Título VIII del Libro I, que trata *"De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas",* sin olvidar lo indicado en el

[55] GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La doble naturaleza de deuda hereditaria y asignación hereditaria forzosa de los alimentos debidos por ley a ciertas personas", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 2, 2008, p. 332.

art. 959 del Código Civil, especialmente en su N° 4, que consagra a las asignaciones alimenticias forzosas como una baja general de la herencia.

2.- CLASIFICACIÓN DE LOS ALIMENTOS.

No obstante que se pueden hacer varias clasificaciones de los alimentos[56], para los efectos de nuestro estudio vamos a distinguir dos clases, alimentos voluntarios y alimentos forzosos.

Los alimentos voluntarios son aquellos que provienen de un acuerdo entre las partes o de una declaración de una persona en el sentido que otorga tales alimentos. En cambio, los alimentos forzosos, también llamados legales, son establecidos por disposición de la ley.

Esta distinción es de suma importancia, ya que sólo constituyen asignaciones forzosas estas últimas, esto es, aquellos alimentos que establece la ley. Lo anterior no significa que los alimentos voluntarios no tengan incidencia en materia sucesoria. Lo tienen, pero no es posible estudiarlos como asignación forzosa, sino que la ley considera que deben pagarse con cargo a la cuarta de libre disposición, en el art. 1171 inc. 1°.

3.- LOS ALIMENTOS COMO ASIGNACIÓN FORZOSA. SU ALCANCE.

El art. 1167 del Código Civil, una vez que define a las asignaciones forzosas, enumera dentro de ellas, en el N° 1 a *"Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas".* Por su parte, el art. 321 del Código indica las personas que son titulares del derecho de alimentos otorgados por la ley, esto es, el cónyuge, los descendientes, los hermanos y al que hizo una donación cuantiosa en el caso que no hubiere sido rescindida o revocada. Se trata de una enumeración taxativa, de manera que no hay otros asignatarios de alimentos legales, salvo los designados en la disposición antes citada.

[56] Ver: RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 526 y ss.

Agregamos de inmediato que se excluyen como asignación forzosa a los alimentos voluntarios. El art. 1171 indica expresamente que *"Las asignaciones alimenticias a favor de personas que por ley no tengan derecho a alimentos, se imputarán a la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio".*

4.- LÍMITES DE LA ASIGNACIÓN LEGAL ALIMENTARIA.

Aun cuando el Código indica quienes son los asignatarios legales de los alimentos como asignación forzosa, lo cierto es que hay que hacer algunas precisiones en cuanto a la asignación en sí. El sólo hecho que un alimentario forzoso tenga derecho a esta prestación alimenticia, no significa que ella sea necesariamente siempre una asignación forzosa. Esto se relaciona directamente con la cuantía de dicha asignación.

Una primera aproximación al desarrollo de este tópico necesariamente dice relación con la precisión de la cuantía de la asignación alimentaria. Debemos partir entonces, precisando qué se debe entender por asignación que se debe por ley. No basta entonces con que una persona tenga derecho a alimentos. Es necesario también precisar a cuánto asciende dicho derecho y para ello será necesario remitirnos al concepto de alimentos.

Así, el art. 323 del Código Civil indica que *"Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social"*. Por lo tanto, la cuantía debe tener una relación directa con la posición social del beneficiario, que podrá representar desiguales realidades.

Por ello será necesario calificar desde un punto de vista cualitativo a dicho asignatario. Ese es el principal problema de la delimitación de los alimentos que se deben por ley. En todo caso, el Código establece algunas pautas para determinar este derecho. Así, el art. 323 inc. 2° del Código indica que la obligación alimenticia debe comprender, en cuanto al menor de 21 años, la educación básica y media, y la de alguna profesión u oficio.

Sin embargo, el propio Código ha señalado el límite de la cuantía del derecho de alimentos, señalando en el art. 330 que *"Los alimentos no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social".* La disposición citada es de suyo importante, ya que cualquier prestación alimenticia que se pague por sobre el límite impuesto por la ley, no tendrá el carácter de alimentos que deban por ley, sino que se tratará de una liberalidad del propio alimentante, lo que trae como consecuencia que no pueda ser calificada de asignación forzosa, y que de acuerdo a lo indicado precedentemente, se deberá pagar con cargo a la cuarta de libre disposición.

Pero además, esta regla hace que en general estos alimentos como asignación forzosa tengan poca aplicación práctica, pues en general, si el alimentario obtiene bienes en la sucesión de su alimentante, carece de la necesidad que se requiere para poder pedir alimentos. Podrían si existir hipótesis en las cuales una persona requiera que se le entere un derecho de alimentos como asignación forzosa, porque puede carecer de lo necesario para su manutención, como sería la situación del ascendiente del causante.

En efecto, el ascendiente puede ser un asignatario forzoso de la mitad legitimaria o de la cuarta de mejoras, pero puede perfectamente ocurrir que en la práctica no sea beneficiario de ninguna de esas dos asignaciones. Puede carecer de sus derechos como legitimario, pues, como veremos, si concurren hijos o descendientes con derecho a representación, y al aplicarse las reglas de la sucesión intestada, los ascendientes no van a concurrir como legitimarios. Pero además, puede que no concurra como asignatario de la cuarta de mejoras, porque respecto de esta asignación, el causante puede hacer la distribución que quiera entre los diversos beneficiarios, pudiendo excluir a los ascendientes. En consecuencia, en estos casos, puede ocurrir que el ascendiente esté en estado de necesidad, y sea posible que se le enteren alimentos, como asignación forzosa.

5.- EXTENSIÓN QUE SE LE DEBE DAR A LA EXPRESIÓN "ALIMENTOS QUE SE DEBEN POR LEY". EL PROBLEMA DE LA TRANSMISIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.

No hay claridad respecto a qué situaciones configuran la expresión *"alimentos que se deben por ley".* Así, se ha entendido que se refiere a las pensiones alimenticias atrasadas al momento de la apertura de la sucesión; a aquéllos que se establecieron durante la vida del causante por sentencia judicial ejecutoriada, o por otro instrumento público auténtico; a los alimentos demandados en vida del causante y concedidos por sentencia judicial después de su muerte; a los pagados voluntariamente por el alimentante cuando hay causa legal; al caso de aquellos alimentos que se demandan a los herederos del *de cujus* sin haber demandado a éste en vida; al caso en que al morir alguien le sobrevivieran personas que tenían título legal y reunían las mencionadas circunstancias para haberle demandado alimentos forzosos en vida, que, sin embargo, nunca demandaron ni recibieron a título voluntario, no obstante lo cual el testador ordenó pagárselos como forzosos en su testamento, vale decir, se los legó.

Hay en todo caso una situación que no se enunció arriba, y que se refiere al caso en que los alimentos no se pagaban en vida del causante, ni tampoco fueron demandados, ni menos el causante ordenó pagarlos como forzoso a través del testamento. Sobre este punto se ha planteado el problema de la transmisibilidad de la obligación alimentaria.

En todo caso, es necesario distinguir dos situaciones. La transmisibilidad del derecho a pedir alimentos y la obligación de prestar alimentos.

I.- Respecto del derecho a pedir alimentos, es intransmisible.

Esta situación está resuelta por el legislador. El art. 332 indica que los alimentos se entienden concedidos por toda la vida del alimentario. Por su parte, el art. 334 del Código Civil impide que el derecho a pedir alimentos pueda transmitirse por causa de muerte. Luego, una vez que fallece el alimentario, el derecho para pedir alimentos se extingue. Ello se explica porque el derecho de pedir alimentos es personalísimo, y por lo tanto, no se transmite a los herederos del alimentario.

Distinta es la situación del heredero del alimentario que se encuentra en necesidad y pide alimentos *in jure propio*. En este caso los solicita no por ser continuador de la persona del alimentario, sino en su propio interés, siempre que se den las condiciones legales para ello, como cuando los pide un nieto del alimentante, ya que el art. 321 indica que se deben alimentos a los descendientes, sin realizar distinción alguna.

II.- En lo relativo a la obligación de otorgar alimentos.

Aquí la situación es distinta. No hay una regla general que lo regule, cuestión que también ha planteado problemas en el derecho comparado. En Francia, por ejemplo, algunos autores afirman que la obligación alimenticia es intransmisible[57], aun cuando en la jurisprudencia la situación es más discutible[58].

En Chile no hay consenso en cuanto a la transmisibilidad de la obligación alimenticia, lo que ha generado cierta discusión doctrinaria. CLARO SOLAR indicaba que *"la obligación de prestar alimentos no es transmisible a los herederos; precisamente han sido declarados asignaciones forzosas de los bienes, porque no se transmiten a los herederos y porque debiéndose los alimentos por el alimentante por toda la vida del alimentario, subsistiendo las circunstancias que legitimaron la demanda, era necesario asegurar su pago a los alimentos deduciendo del acervo o masa de bienes dejados por el difunto lo necesario por pagarlos".*[59] Luego, los alimentos que se deben por ley gravan la masa hereditaria y sólo constituyen una baja general de la herencia.

---

[57] Así ROSEY, Pierre-Francois, *De la transmissibilité de l'obligation alimentaire aux héritiers du débiteur*, Thèse pour le doctorat, Imprimerie veuve Paul Berthier, Dijon, 1923, p. 52 ; ALFANDARI, Elie, "Droits alimentaires et droits successoraux", *Mélanges offerts à René Savatier*, Librairie Dalloz, Paris, 1965, p. 12.

[58] Ver soluciones en la jurisprudencia francesa en : DUPEYROUX, Jean-Jacques, "La transmissibilité passive des obligations alimentaires", Recueil Dalloz, 1959, pp. 71-76.

[59] CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 13, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 165. En el mismo sentido QUIROGA BRUNNER, Jorge, *De los alimentos como asignación forzosa*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y

Lo anterior no parece ser tan claro. Hemos señalado que la frase *"alimentos que se deben por ley"* ha tenido diversos alcances, doctrinarios y jurisprudenciales. En cada uno de ellos, la doctrina no está conteste respecto de la posibilidad de transmisión o no de la obligación alimenticia. Aquellos que aceptan la transmisibilidad de la obligación alimenticia consideran que constituyen una asignación forzosa.[60]

Pero también hay que considerar la calificada opinión de Guzmán Brito, quien, no obstante aceptar la transmisibilidad de la obligación alimenticia, no la considera como asignación forzosa, sino únicamente como una deuda hereditaria especial.[61] Por lo tanto, será necesario analizar cada una de estas situaciones, y en definitiva concluir si hay o transmisión de la obligación alimenticia. No termina ahí el problema, debido a que si la obligación alimenticia es transmisible, significaría que se trata de una deuda hereditaria[62], y desde ese punto de vista existiría una especie de redundancia en el art. 959, que indica como bajas generales de la herencia a las deudas hereditarias y a las asignaciones alimenticias forzosas (que también constituirían una deuda hereditaria).

a.- Alimentos que se deben por ley son aquellos devengados y atrasados en cuanto a su pago al momento de la apertura de la sucesión.

Sociales de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria, Santiago, 1958, p. 75; VODANOVIC, Antonio, *Derecho de Alimentos*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1994, p.183; VERA, Robustiano, *Código Civil de la República de Chile*, T. 4, Imprenta de "el correo", Santiago, 1895, p. 245; CAFFARENA DE JILES, Elena, *¿Debe el marido alimentos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal?*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1947, p. 50; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho Sucesorio* (Versión de ABELIUK, René), T. II, Séptima edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 363; ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., p. 395.

[60] Así AGUIRRE VARGAS, Carlos, *Obras jurídicas*, Imprenta Gutenberg, Santiago, 1891, p.82; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de derecho civil*, Vol. 3, Imprenta Cervantes, Santiago, 1921, p. 285; ABELIUK MANASEVICH, René; ROJAS BESOAÍN, Olga; TASSO FUENTES, Mireya, *Estudio crítico de la jurisprudencia del Código Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1955, p. 145; RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 1, p. 294.

[61] GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit., p. 332.

[62] Sobre este tópico, ver por todos, el trabajo de GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit., pp. 311-339.

AGUIRRE indicaba que *"alimentos debidos por ley a ciertas personas son, dicen algunos, las pensiones alimenticias atrasadas, que el difunto fue obligado en virtud de sentencia judicial á pagar al alimentario"*.[63] Por lo tanto, dichas obligaciones formaron parte del patrimonio del causante, y por lo tanto son transmisibles. Más adelante indica que *"Si alimentos debidos por ley significa pensiones alimenticias atrasadas, en el art. 959 habría redundancia, un pleonasmo inconcebible. Estas pensiones atrasadas son una verdadera deuda hereditaria, que debe deducirse en segundo lugar de la masa de bienes dejados por el difunto"*.[64] La misma opinión tienen DOMÍNGUEZ ÁGUILA y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, quienes estiman que los herederos deben soportar el pago de los alimentos adeudados, ya que el alimentario disponía de un crédito en contra del causante.[65] En el mismo sentido RODRÍGUEZ.[66] GUZMÁN adhiere en parte a este planteamiento, ya que si bien considera que esta clase de obligación alimenticia constituye una deuda hereditaria, la encuadra en el N° 4 del art. 959.[67] En consecuencia, estas obligaciones alimenticias serían transmisibles y por consiguiente constituyen una deuda hereditaria.

b.- Alimentos que se dan por ley se refiere a aquellos que fueron establecidos por una sentencia judicial o un instrumento auténtico.

Respecto de esta clase de alimentos, la doctrina mayoritaria las estima una asignación alimenticia forzosa.[68] El causante, en vida se encontraba pagando alimentos al alimentario, sea porque así lo había ordenado la sentencia o porque constaba en un

[63] AGUIRRE, *Obras*…, ob. cit., p.76. Sin embargo el autor no indica los autores que emitieron tal opinión.
[64] AGUIRRE, *Obras*…, ob. cit., p. 76.
[65] DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Derecho Sucesorio,* t.2, 3° edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 901.
[66] RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 1, p. 293.
[67] GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit. p. 331.
[68] Así AGUIRRE, *Obras*…, ob. cit., p. 77; DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit. T.2, p. 902; RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., p. 295; ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., p. 397; SOMARRIVA, *Derecho*…, ob. cit. T. 2, p. 363; VODÁNOVIC, *Derecho*…, ob. cit., p. 184.

instrumento auténtico. La jurisprudencia también se ha pronunciado en el mismo sentido,[69] salvo alguna excepción.[70]

En relación con la transmisibilidad de esta obligación alimenticia, en general se ha señalado que es transmisible. La excepción (que es intransmisible) la sostienen los mismos autores que abogan por la intransmisibilidad general de esta obligación. Ahora bien, respecto de la concepción como asignación forzosa de la obligación alimenticia, como hemos señalado, la mayoría de la doctrina está de acuerdo. En ese sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1168, estos alimentos gravan la masa hereditaria, y constituyen una baja general de la herencia, de acuerdo a lo que expresa el art. 959 N° 4.

GUZMÁN, en cambio, precisa que estos alimentos constituyen una deuda hereditaria, que gravan la masa hereditaria, pero no el patrimonio personal de los herederos. Por ello el Código Civil reguló a estos alimentos como baja general diferente de las deudas hereditarias del N° 2 del art. 959. Concluye que la obligación alimenticia no constituye una asignación forzosa.[71]

c.- Alimentos que se deben por ley dice relación con aquellos que fueron demandados en vida del causante, pero cuya sentencia condenatoria se dictó después de su muerte.

---

[69] CORTE DE CONCEPCIÓN, 10 de Marzo de 1885, *Gaceta de los Tribunales*, N° 355, 1885, p. 192; CORTE DE TEMUCO, 30 de julio de 1937, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 37, segunda parte, secc. 2°, 1940, p. 21; CORTE SUPREMA, 10 de Agosto de 1954, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 51, segunda parte, secc. 1°, 1954, p. 407.

[70] Así, la CORTE DE SANTIAGO, en sentencia de 29 de septiembre de 1922, publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 23, segunda parte, secc. 2°, 1926, p. 39, revocando una sentencia de primera instancia indicó que *"Los alimentos que el difunto ha debido son los que debe pagar por disposición de la ley y no aquellos a que es condenado por sentencia judicial, o que se han establecido por documento auténtico, puesto que los alimentos que el difunto ha debido, pueden haber sido pagados voluntariamente por él en vida, sin necesidad del fallo judicial o de instrumento alguno que fijara su cuantía, y pueden no haber sido pagados, sin dejar por eso de deberse".*

[71] GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit., p. 332.

El análisis de esta situación nos lleva al mismo resultado anterior, esto es, para la mayoría de la doctrina[72] y la jurisprudencia,[73] estos alimentos constituyen una asignación forzosa que gravan la masa hereditaria y que constituyen una baja general de la herencia, con la opinión distinta de GUZMÁN que la considera deuda hereditaria especial.[74]

El fundamento para sostener que estamos en presencia de una asignación alimenticia forzosa -no obstante que al momento de la muerte del causante no había sido condenado a pagar alimentos- radica en que de acuerdo al art. 331 del Código Civil los alimentos se deben desde la primera demanda. Además, la sentencia que condena al pago de alimentos es de naturaleza declarativa, esto es, se retrotrae a la época de la presentación de la demanda. Esta obligación alimenticia sería transmisible, salvo las opiniones que niegan el carácter transmisible.

d.- Alimentos que se deben por ley son aquellos que eran pagados voluntariamente en vida por el causante.

El alimentario tenía título para exigir alimentos, pero ellos no fueron demandados ni tampoco fueron objeto de una transacción, por cuanto el alimentante los pagaba en forma voluntaria antes de su muerte. Se ha sostenido por parte de algunos autores que estos alimentos constituyen una asignación forzosa, que gravan la masa hereditaria y que constituyen una baja general de la herencia de acuerdo al art. 959 N° 4,[75] lo cual deriva del carácter transmisible para quienes la aceptan o de simple

[72] Así AGUIRRE, *Obras*…, ob. cit., p. 77; DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit. T. 2, p. 902; SOMARRIVA, *Derecho*…, ob. cit., p. 364; RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit. vol. 1, p. 296; ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., p. 397; VODÁNOVIC, *Derecho*…, ob. cit. p. 184.

[73] CORTE DE TEMUCO, 30 de julio de 1937, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 37, segunda parte, secc. 2°, 1940, p. 22; CORTE SUPREMA, 10 de Agosto de 1954, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 51, segunda parte, secc. 1°, 1954, p. 407.

[74] GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit., p. 332.

[75] CLARO, *Explicaciones*…, ob. cit. T. 13, p. 166-167; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de derecho civil*, Vol. 5, Editorial Nascimiento, Santiago, 1931, p. 231-232; ABELIUK; ROJAS; TASSO, *Estudio*

asignación forzosa para quienes no se inclinan en general por la transmisibilidad. Algunas sentencias se pronuncian en el mismo sentido.[76]

Sin embargo, en este punto la doctrina no es pacífica. Así RODRÍGUEZ indica que *"si la obligación no estaba judicialmente reconocida, ni había sido al menos demandada, no hay certeza en cuanto a la existencia del derecho y mucho menos en cuanto a la tasación de los alimentos. En el caso que se analiza se trata de un pago voluntario que puede corresponder a una obligación civil perfecta o a una mera liberalidad del alimentante"*.[77] GUZMÁN por su parte plantea otra solución, señalando que *"Un acuerdo (por la naturaleza de la situación siempre lo habrá) entre cierta persona, como alimentante, y otra, o quien la represente, como alimentario, en orden a dar alimentos la primera a la segunda, por existir un título legal para pedirlos de parte de esta última, es una transacción extrajudicial sobre alimentos futuros, que al menos precave un litigio eventual (artículo 2447 CC). Ahora bien, para valer una transacción sobre alimentos futuros, ella requiere de aprobación judicial (artículo 2451 CC.). Si la hubo, se genera el caso normal de alimentos debidos que se transmiten a los herederos, según todo lo dicho en este trabajo. Si no la hubo, no vale, y, en consecuencia, no se transmiten a ellos"*.[78] En consecuencia, respecto de la transmisibilidad de la obligación

---

crítico…, ob. cit., p. 152; STITCHKIN BRANOVER, David, *Derecho Sucesorio*, T. 4, Edugal, Santiago, 1961, p. 82; DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., T. 2, p. 902; SOMARRIVA, *Derecho*…, ob. cit., T. 2, p. 363-364; VODÁNOVIC, *Derecho*…, ob. cit., p. 184.

[76] Así la CORTE DE SANTIAGO, en sentencia de 29 de septiembre de 1922, a la cual ya se hizo referencia. En el mismo sentido la CORTE DE CONCEPCIÓN, en sentencia de 12 de noviembre de 1937, que revocó una sentencia de primera instancia que había negado lugar a la demanda por cuanto la obligación alimenticia no había sido declarada por sentencia judicial ni constaba en instrumento auténtico, no obstante que se pagaba en forma voluntaria en vida del causante señaló que *"En ningún sentido puede considerarse necesaria una demanda ni la consiguiente resolución judicial, en el caso en que voluntariamente el padre ilegítimo haya reconocido en vida la obligación que le incumbe de acudir en socorro de hijos que tiene la conciencia de haber engendrado"*, en *Gaceta de los Tribunales*, N° 98, 1938, p. 464. La misma idea en sentencia de la CORTE DE TEMUCO de 30 de julio de 1937, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 37, segunda parte, secc. 2°, 1940, p. 22.

[77] RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 2, p. 295. En el mismo sentido ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., p. 395.

[78] GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit., p. 331.

alimenticia, ella se configurará en el evento que se considere que estamos en presencia de alimentos que se deban por ley. En cambio, no serían transmisibles en el caso contrario.

e.- Alimentos debidos por ley son los que al morir una persona, le sobrevivieran personas que tenían título legal y reunían las mencionadas circunstancias para haberle demandado alimentos forzosos en vida, que, sin embargo, nunca demandaron ni recibieron a título voluntario, no obstante lo cual el testador ordenó pagárselos como forzosos en su testamento, vale decir, se los legó.

Esta hipótesis es planteada por Guzmán, quien indica que en esta situación se aplica el art. 1133 del Código Civil, y que estos alimentos serían legados gratuitos, los cuales no constituyen deuda hereditaria, sino deuda testamentaria y por consiguiente, no son baja general de la herencia, estando sujetos a las deducciones y contribuciones a que se someten la generalidad de los legados.[79]

f.- Alimentos que se deben por ley son los que no fueron demandados en vida al causante y que éste ni siquiera pagaba en forma voluntaria.

Aquí el problema radica en determinar si estos alimentos constituyen o no una asignación forzosa, dándose por lo tanto, diversas soluciones por la doctrina como por la jurisprudencia. Se trata del caso de una persona que teniendo en vida título para exigir alimentos no los exigió en un juicio, no constaba en un instrumento auténtico, ni tampoco los pagaba en forma voluntaria el causante. Entonces el problema consiste en determinar si dichos alimentos pueden o no ser demandados en contra de los herederos del alimentante, como continuadores de la persona del difunto.

[79] GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit., p. 332.

El respecto podemos considerar dos posiciones respecto del sentido que debe darse a la expresión *"alimentos que se deben por ley".* Al respecto, se pueden dar dos interpretaciones. Una amplia y una restringida.

i.- En un sentido amplio, sea que se acepte o no la transmisibilidad de la obligación alimenticia, dichos alimentos son asignaciones forzosas y, por lo tanto, gravan la masa hereditaria".[80] Se ha señalado que en el caso descrito *"si al tiempo de fallecer el causante se reunían en el alimentario todos los requisitos que la ley exige para que se deban alimentos y estas circunstancias continúan después de la muerte de aquél, su sucesión queda obligada al pago de pensiones periódicas de alimentos, tal como si hubiera debido hacerlo el causante si viviese".*[81]

ii.- Una interpretación restringida niega que esta clase de alimentos sea una asignación forzosa, por lo tanto no gravan la masa hereditaria y en consecuencia no constituyen una baja general de la herencia. Se ha sostenido por DOMÍNGUEZ ÁGUILA y DOMÍNGUEZ BENAVENTE que *"Si el Código se refiere a "Alimentos que se deben por ley", no puede entenderse de esa sola expresión que el causante deba los alimentos que no se le han demandado. No ha de confundirse el título de que dispone una persona para exigir alimentos con la obligación alimenticia propiamente tal. Ésta se da una vez que, en el titular de alimentos, se reúnen todos los requisitos exigidos para demandarlos, como son la necesidad del alimentario y la disponibilidad de recursos del alimentante. No se ve entonces por qué razón quienes no habían reunido esos caracteres antes de la apertura de la sucesión, pudieran demandar a los herederos en virtud de un título de que disponían en contra del causante que ya no está".*[82] La misma postura se puede encontrar en VERA,[83] BARROS,[84] STITCHKIN,[85] VODÁNOVIC,[86] SOMARRIVA,[87]

---

[80] Adhieren a esta postura AGUIRRE, *Obras*…, ob. cit., p. 82-83; CLARO, *Explicaciones*…, ob. cit., T. 13, p. 167; CAFFARENA, *¿Débe el marido*…, ob. cit., p. 51; ABELIUK; ROJAS; TASSO, *Estudio crítico*…, ob. cit., p. 153;

[81] ABELIUK; ROJAS; TASSO, *Estudio crítico*…, ob. cit., p. 154.

[82] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., T. 2, p. 903.

[83] VERA, *Código Civil*…, ob. cit., p. 246.

[84] BARROS, *Curso de*…, ob. cit., T. V, p. 232.

ELORRIAGA[88] y GUZMÁN.[89] La jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido.[90]

Este problema también merece ser analizado desde el punto de vista de la transmisibilidad de la obligación alimenticia. Así, se ha entendido la obligación de dar alimentos por parte del alimentante ingresó a su patrimonio mientras vivía. Luego, en el caso en comento, si el causante durante su vida no fue demandado de alimentos, habiendo personas legitimadas para ello ni tampoco se pagaban en forma voluntaria por el *de cujus* al alimentario, dicha obligación no ingresó a su patrimonio, y por lo tanto nada transmite a sus herederos, por lo cual, ellos no pueden ser sujetos pasivos en una demanda de alimentos ejercida en su contra.[91] En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia.[92] Incluso según Guzmán, en este caso "no cabe ni siquiera plantear cuestión de transmisibilidad e intransmisibilidad de algo que nunca existió; y que, a lo más, se podría hablar de caducidad del título legal por la muerte del sujeto a él y, por ende, de su intransmisibilidad; y esta es la manera de hablar que preferimos".[93] Pero además es curioso que otros autores, no obstante su defensa por la transmisibilidad de la

---

[85] STITCHKIN, *Derecho*…, ob. cit., p.83-83.

[86] VODÁNOVIC, *Derecho*…, ob. cit., p. 184-185.

[87] SOMARRIVA, *Derecho*…, ob. cit., T. 2, p. 365.

[88] ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., p. 398.

[89] GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit., p. 316.

[90] CORTE SUPREMA, 10 de Agosto de 1954, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 51, segunda parte, secc. 1°, 1954, p. 407.

[91] BARROS, *Curso de*…, ob. cit., T. 3, p. 285; GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit., p. 314; DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., T.1, pp. 902-903 (aún cuando estos autores van por una intransmisibilidad absoluta de cualquier obligación alimenticia, salvo las que se encontraban devengadas y atrasadas, que constituirían una deuda hereditaria del N° 2 del art. 959).

[92] CORTE DE CONCEPCIÓN, 10 de Marzo de 1885, *Gaceta de los Tribunales*, N° 355, 1885, p. 192; CORTE DE TEMUCO, 30 de julio de 1937, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 37, segunda parte, secc. 2°, 1940, p. 22; CORTE SUPREMA, 16 de abril de 1906, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 3, segunda parte, secc. 1°, 1906, p. 300; CORTE SUPREMA, 23 de Mayo de 1950, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 47, segunda parte, secc. 1°, 1950, p. 213-214.

[93] GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit., p. 318.

obligación alimenticia, indiquen que en este caso también es posible demandar a los herederos.[94]

Los argumentos que se han dado a favor y en contra respecto de la transmisibilidad de la obligación alimenticia se reducen a los siguientes:[95]

i.- Algunos preceptos legales que la justifican. Así, el art. 1.167 no hace ninguna distinción al referirse a los alimentos que se deben por ley como asignación forzosa, luego ha de entenderse que se aplica a todos los casos en que se debían en vida. Por su parte, el art. 1.168 se refiere a los alimentos que el difunto *"ha debido por ley",* y en el caso que estamos analizando sería claro que dichos alimentos corresponderían a esa categoría. Además, por aplicación del principio de continuidad de la persona del causante, que se funda en el art. 1097, si el causante en vida estaba obligado a pagar alimentos, sus herederos también lo estarán.

ii.- No es necesario que el alimentario haya ejercido su derecho a pedir alimentos estando vivo el causante. Los alimentos se deben desde la primera demanda, según el art. 331, de manera que parecería claro que es necesario que los alimentos hayan sido demandados en vida del causante o éste los haya reconocido en algún instrumento auténtico. Este argumento de que los alimentos se deben desde la primera demanda, de acuerdo al art. 331, no sería suficiente para excluir a esta clase de alimentos. Se estaría confundiendo la obligación alimenticia, que sería transmisible, con la obligación de pagar alimentos.

Y para que nazca la obligación alimenticia no se requiere que ella sea demandada o que se haya estado pagando en forma voluntaria por el alimentante. Tales actos importarían un reconocimiento de la obligación alimenticia, la cual existía con

---

[94] AGUIRRE, *Obras*…, ob. cit., pp. 77-87; ABELIUK; ROJAS; TASSO, *Estudio crítico*…, ob. cit., pp. 145 y 154.

[95] Un desarrollo amplio de los argumentos a favor y en contra de este problema en: AGUIRRE, *Obras*…, ob. cit., pp. 77-87; ABELIUK; ROJAS; TASSO, *Estudio crítico*…, ob. cit., pp. 154 a 163.

anterioridad, y que nace de la ley, no de la sentencia, no del instrumento auténtico ni tampoco del reconocimiento y pago voluntario de la prestación alimenticia por parte del alimentante. Además comparan la obligación alimenticia con la que nace de la responsabilidad civil, que tendrían fuente legal. Si fallece el autor del ilícito civil, es posible demandar los perjuicios a sus herederos. A la misma conclusión se llega en el caso de la obligación alimenticia, ya que ella tiene como fuente a la ley.

iii.- Se da como argumento contrario que al permitir que se pueda demandar a los herederos, se vulneraría el art. 321 del Código Civil, ya que se estaría exigiendo alimentos a personas distintas de las señaladas en dicha norma. Sin embargo, se entiende que en el caso relatado se está demandando a los herederos no en forma personal, sino en su posición de continuadores de la persona del difunto.

iv.- El art. 959 haría suponer en estas asignaciones alimenticias una cantidad previamente líquida o liquidable de la cual se deduciría la obligación alimenticia forzosa. Si se permitiera demandar a la sucesión, el monto de la pensión ya no se podría extraer de la masa como baja general. Pero en este caso, existe otra solución, ya que el art. 1.354 permite hacer efectiva las deudas hereditarias en el patrimonio de los herederos, a prorrata de sus cuotas y en subsidio a los legatarios. Sin embargo, esta argumentación no es del todo convincente, ya que el propio art. 1.168 indica que estos alimentos gravan la masa hereditaria, que constituye una baja general de la herencia y por lo tanto, sólo es posible pagarla con bienes hereditarios, no con los que corresponden al patrimonio de los herederos.

6.- MONTO, FORMA DE PAGO Y DURACIÓN DE LOS ALIMENTOS COMO ASIGNACIÓN FORZOSA.

En el título de las asignaciones forzosas no se señalan reglas sobre la cuantía o monto de las asignaciones forzosas. Ahora bien, como en algunos casos dichos alimentos ya se encontraban determinados en vida del alimentante, el monto de dichos alimentos seguirá incólume después de su muerte, a menos que cambien las condiciones que motivaron esa determinación, lo cual requerirá pronunciamiento del Tribunal o acuerdo con los herederos.

Ahora, de seguir la tesis que los alimentos pueden ser demandados a los herederos del causante, al no existir normas en el título en que se regulan los alimentos como asignación forzosa, habría que acudir a las reglas generales, no obstante que habría que tener presente algunas situaciones. Así, podría darse el caso en que el causante, en su testamento hubiera otorgado derecho de alimentos a favor de una persona que por ley tuviera derecho a ellos, estableciendo la cuantía y forma de pago. Como indica GUZMÁN, estaríamos en presencia de un legado gratuito, que constituye una deuda testamentaria. Por lo tanto, esas reglas habría que aplicar.[96] En caso que el causante no haya dispuesto en su testamento del derecho de alimentos o se trate de una sucesión intestada, habría que distinguir según exista o no acuerdo entre el alimentario y los herederos. De existir acuerdo, hay que estar a dicha convención. Si no lo hay, la cuantía de la asignación alimenticia debe ser determinada por el Tribunal. Para ello deberá sujetarse a lo que indican los arts. 329, 330 y 333 del Código Civil.

En cuanto al pago de los alimentos existe mayor claridad, ya que el art. 1168 indica que estos alimentos gravan la masa hereditaria y en el art. 959 N° 4 se indica que dichos alimentos constituyen una baja general de la herencia, lo que en palabras de Guzmán, no se trata de otra cosa que de una figura inane de la ley, creada por legislador, que constituyen una deuda hereditaria especial, y que se paga con bienes hereditarios.[97] Aun cuando no se señala expresamente, no se ve inconveniente en darle aplicación al art. 333 del Código Civil. Luego, lo normal será que el juez determine que se le pague al alimentario una suma de dinero con cargo a su derecho de alimentos. Pero también se

[96] GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit., p. 332.
[97] GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit., p. 332.

podría resolver que la pensión de alimentos se pague otorgando un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes hereditarios, todo ello, en atención a lo indicado por el art. 9 de la Ley N° 19.741 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

Pero hay un caso en que los alimentos no se deducen como baja general. Así, el art. 1168 parte final indica que los alimentos que se deben por ley no gravan la masa hereditaria cuando el testador ha impuesto esta obligación a uno o más partícipes de la sucesión. Por lo tanto, en tal caso, son los herederos designados por el causante los obligados al pago de los alimentos, luego, si no se paga la prestación alimenticia, los alimentarios tendrán una acción personal que podrán ejercer directamente en contra los herederos obligados al pago. Ahora, será necesario respetar el art. 1192 del Código Civil, en el sentido que la legítima no puede estar sujeta a condición, plazo, modo o gravamen alguno, de manera que el causante, al momento de imponer esta obligación no puede afectar la legítima rigorosa de los llamados a ella y entonces, esta carga tendría que soportarse con cargo a la cuarta de libre disposición.[98]

En lo que se refiere a la duración de la asignación alimenticia, al no existir reglas especiales dentro de las normas sobre asignaciones forzosas, se aplicarán las normas generales sobre la materia, en especial el art. 332 del Código Civil, esto es, los alimentos se entenderán concedidos por toda la vida del alimentario siempre que se mantengan las condiciones de su otorgamiento, con la limitación impuesta por el art. 334, esto es, en ningún caso puede pagarse más allá de la vida del alimentario, por cuanto el derecho de alimentos es intransmisible. Además, es posible que el derecho de alimentos termine por injuria atroz, en conformidad a lo dispuesto por el art. 324 del Código Civil.

7.- CASOS DE PERSONAS QUE TENIENDO TÍTULO LEGAL PARA EXIGIR ALIMENTOS, EL LEGISLADOR LES HA PRIVADO DE ESTE DERECHO.

I.- Situación contemplada en el art. 203.

[98] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., T.2, p. 909; RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., Vol. 1, p. 300; ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., p. 396.

Esta disposición establece que *"Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieran respecto de la persona y los bienes del hijo o de sus descendientes"*. De esta forma, el padre o la madre que se opusieron a la demanda de reclamación de filiación, y en definitiva, ella quedó determinada respecto de tal padre o tal madre, pierden el derecho de alimentos que por ley les corresponde respecto de su hijo o sus descendientes. Ahora, si demandados de reclamación de filiación el padre o la madre, reconocen a su hijo en forma voluntaria durante el juicio, no pierden dicho derecho de alimentos, debido a que la sentencia debe ser absolutoria, ya que no se puede reconocer en forma voluntaria y forzosa a la vez.[99]

II.- Situación del art. 324 inc. final.

Esta norma indica que *"Quedarán privados del derecho a pedir alimentos al hijo el padre o la madre que le haya abandonado en su infancia, cuando la filiación haya debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición"*. Se trata de una situación similar a la anterior, pero como indica Court, más exigente que el art. 203, ya que *"no basta para privar al padre o a la madre del derecho a pedir alimentos al hijo cuya filiación haya debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra la oposición del padre o madre que pretende reclamar alimentos, sino que, además, es necesario que el padre o la madre que pretende alimentos haya abandonado al hijo en su infancia. Ambos requisitos deben concurrir en forma copulativa. Esta mayor exigencia se justifica por el carácter fundamental para la vida del alimentario, que reviste la prestación alimenticia"*.[100]

[99] Ver por todos, ÁLVAREZ NÚÑEZ, "Una misma persona no puede ser reconocida como hijo de su padre en forma voluntaria y judicialmente, a la vez", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 209, 2000, pp. 29-33.

[100] COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva ley de filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 190.

8.- LOS ALIMENTOS QUE SE DEBEN POR LEY ¿SON REALMENTE UNA ASIGNACIÓN FORZOSA?

Hasta hace poco tiempo, nadie[101] cuestionaba que los alimentos que se deben por ley son asignación forzosa, gravan la masa hereditaria y constituyen una baja general de la herencia en conformidad al art. 959 N°4. Sin embargo, GUZMÁN plantea una opinión diferente, concluyendo que la asignación alimenticia forzosa *"en realidad no existe, o, para ser más exactos, que la regulación legal de una asignación así llamada y considerada es una construcción inane de la ley. Lo verdaderamente sustantivo de esta son sus artículos 959 N°4, 1168 y 1170 segunda parte del Código Civil, sobre la base de reconocerse la naturaleza de deuda hereditaria que tienen los alimentos constituidos entre vivos por medio de una sentencia, aunque emitida después de fallecido el demandado durante su vida, o una transacción. Si eso es así, en el silencio del testador, los alimentos debidos de la manera dicha gravan la herencia, aunque no el patrimonio personal de los herederos, y se pagan como baja del N° 4; y lo mismo se hace si aquel los asigna mediante un legado. De asignación forzosa, pues, no cabe hablar"*.[102] Incluso lo justifica desde un punto de vista histórico, ya que se trataría de un *"relicto legislativo"*.[103] Por ello concluye que *"La asignación forzosa de alimentos es, en verdad, un fantasma legal inconsistente, cuya idea esencial de mantener aun contra la voluntad del testador los alimentos a quienes los recibían en vida del alimentante, se satisface por sí misma, atendida su verdadera naturaleza de deuda hereditaria, que no necesita ser ni siquiera mencionada por el testador y que se paga con o sin su voluntad; no por ser asignación forzosa, sino precisamente por ser deuda hereditaria"*.[104]

---

[101] CLARO, *Explicaciones*…, ob. cit., T 15, p. 262; AGUIRRE, *Obras*…, ob. cit., pp. 72-73; BARROS, *Curso*…, ob. cit., T. 5, p. 231; STITCHKIN, *Derecho*…, ob. cit., p. 82; ABELIUK; ROJAS; TASSO, *Estudio crítico*…, ob. cit., p. 140, aun cuando en p. 252 indican que *"en buena doctrina jurídica las asignaciones alimenticias que se deben por ley, deben ser consideradas como una deuda hereditaria"*; SOMARRIVA, *Derecho*…, ob. cit., T. 2, p. 362; RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 1, p. 291; DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., T. 2, p. 900; ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., p. 395; RAMOS, *Derecho*…, ob. cit., p. 119.

[102] GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit. p. 332.

[103] Ver por todos, GUZMÁN, "La doble naturaleza"…, art. cit., pp. 333-338.

[104] GUZMÁN, "La doble naturaleza…", art. cit., p. 338.

9.- LOS ALIMENTOS VOLUNTARIOS.

El Código Civil se refiere a las asignaciones alimenticias a favor de personas que por ley no tienen derecho a ellos, esto es, a los alimentos voluntarios. Esta clase de alimentos no constituye una asignación forzosa. Ello no significa que no tengan incidencia en materia sucesoria, ya que el art. 1.171 indica que esta clase de alimentos "se imputarán a la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio".

La misma regla se aplica en el caso que los alimentos forzosos fueran más cuantiosos que de lo que en las circunstancias corresponda. En este caso, el exceso también se imputará a dicha porción de bienes. En consecuencia, los alimentos voluntarios se pagarán con cargo a la cuarta de libre disposición. Esta disposición es concordante con lo que dispone el art. 337.

Título Cuarto. LAS LEGÍTIMAS COMO ASIGNACIONES FORZOSAS.

En nuestro país, las legítimas constituyen la asignación forzosa por excelencia. Sobre las legítimas se estructura todo el sistema sucesorio chileno. Es más, en el caso que no hayan asignatarios con derecho a la legítima, el causante tendrá libertad para disponer totalmente de sus bienes, pues como se verá, ni siquiera se formará la cuarta de mejoras.

Pero además, en los sistemas sucesorios que siguen un sistema de freno a la libertad de testar, con origen en la legislación española, contemplan a la legítima con ese "carácter". Aun más, como lo hemos indicado precedentemente, en varias legislaciones no se conoce a la mejora como asignación forzosa, o en el caso que se conozca, lo regulan dentro de la legítima.

De ahí que el estudio que se hará respecto de esta asignación forzosa será más extenso que respecto de las otras. El estudio de las legítimas como asignación forzosa se hará en tres capítulos. El primero de ellos analizará la definición de la legítima, su naturaleza jurídica y su clasificación. El segundo de ellos analizará particularmente a las personas que tienen la calidad de legitimarios. Finalmente, el tercer capítulo revisará lo que dice relación con la protección que la ley da a los legitimarios a través de la legítima, especialmente lo relativo al principio de la intangibilidad cualitativa y cuantitativa de ella. Termina este capítulo haciendo referencia a las formas que se han empleado para burlar las legítimas, con el objeto de obtener que el causante pueda tener una mayor libertad de testar, a través del denominado "fraude a la legítima".

CAPÍTULO PRIMERO. "Concepto de Legítima. Naturaleza jurídica y Clasificación".

1.- EL CONCEPTO DE LEGÍTIMA.

El art. 1181 del Código Civil define la legítima señalando que *"es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Los legitimarios son por consiguiente herederos".*

La supuesta claridad del art. 1181, especialmente por lo indicado en el inc. 2° ha hecho afirmar a casi la totalidad de la doctrina que los legitimarios siempre son herederos. Ya lo sostenía CLARO SOLAR, indicando que *"Las personas a quienes la ley asigna la legítima se llaman legitimarios, como asignatarios que son de esta cuota de la herencia; y los legitimarios son por consiguiente herederos"*.[105] Más explícita aún era la opinión de SOMARRIVA, quien expresaba que *"Esta declaración quizás sea innecesaria, pues como a los legitimarios les corresponde una cuota de los bienes del difunto, aplicando la regla general del art. 951 hubiéramos llegados a idéntica conclusión aun sin ella. Si el Código lo dijo expresamente fue por las dudas que se podían haber presentado"*.[106] Si ello es así, esto es, que los legitimarios son siempre herederos, significaría entonces que la legítima es una parte de la herencia. Así, la legítima, en cuanto a su naturaleza, es considerada *pars hereditatis* (*pars reservata*).

Sin embargo, esta aparente claridad de la norma citada, nos llevará a analizar si la legítima, en nuestro Código Civil es efectivamente una parte de la herencia, *pars hereditatis*, o si su naturaleza es diversa, una *pars bonorum*, esto es, que los legitimarios

[105] CLARO, *Explicaciones*…, ob. cit., t. 15, p. 364.

[106] SOMARRIVA, *Derecho…,* ob. cit., t. 2, p. 368. En el mismo sentido VERA, *Código Civil*…, ob. cit., p. 265; VILLAVICENCIO, Víctor, "De las Asignaciones Forzosas", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 85, 1953, p. 353; RAMOS PAZOS, René, *Sucesión por causa de muerte*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 121-122; RODRÍGUEZ, *Instituciones…,* ob. cit., vol. 1, p. 309; ELORRIAGA, *Derecho…,* ob. cit., p. 403; UGARTE VIAL, Jorge, "Protección de la legítima contra los legados de cuerpo cierto", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 2, 2007, p. 252.

tengan derecho a que su legítima se atribuya con bienes relictos. Precisado lo anterior, se concluirá que los legitimarios son siempre herederos o que pueden tener otra calidad, como la de ser legatarios e incluso donatarios según se verá. Las consecuencias de seguir una u otra postura será decisivo en algunas materias, sobre todo en aquellas en que sólo tiene importancia ostentar la calidad de heredero.

Esto nos lleva, por tanto, a analizar la naturaleza jurídica de la legítima, revisando algunos datos de derecho comparado, para entrar de lleno en el análisis de lo que ocurre en nuestro país.

2.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA.

Con el objeto de dar respuesta a la interrogante planteada, se deben revisar diversos aspectos. En primer lugar se analizará brevemente el origen de la legítima, y su vinculación con la reserva hereditaria, ambas figuras que de una u otra manera constituyen frenos o límites a la libertad de testar, según se precisará. A continuación, se examinarán diversas normas e instituciones de nuestro derecho civil, que tienen incidencia en la discusión sobre la naturaleza de la legítima.

3.- EL ORIGEN DE LA LEGÍTIMA.

Las restricciones a la libertad de testar tienen un doble origen. Es posible encontrar indicios de la legítima en el derecho romano. Pero también se puede encontrar una figura similar en el derecho germánico, a la cual se le denomina *"reserva hereditaria"*, aunque con características distintas. Veamos cada una de ellas:

I.- La legítima romana.[107]

[107] Una buena descripción del sistema romano puede verse en GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, *La legítima en el Código Civil*, 2° edición, Colegios Notariales de España, Madrid, 2006, pp. 19 a 41;

En los inicios del sistema romano, se siguió un sistema de absoluta libertad de testar. Posteriormente, por razones de carácter moral, se estableció una legítima a favor de ciertos y determinados parientes del causante, constituyendo un límite o freno a la libertad de disponer por causa de muerte. Así, la legítima romana no atribuía al legitimario la calidad de heredero, sino que sólo tenía derecho a una parte del activo neto de la sucesión y no una cuota o parte en la herencia.[108] Luego, la legítima era *pars bonorum* y no *pars hereditatis*.[109]

En consecuencia, como señala ROCA SASTRE *"la legítima romana implica un* facere *para el causante, pues éste, conservando en principio la libertad de disponer por testamento, tiene el deber de usar de ella, en forma que no deje de destinar una parte de valor patrimonial hereditario a los legitimarios"*.[110] Por lo tanto, si bien el causante mantiene libertad para testar, la ley le impone la obligación de dejar cierta parte de sus bienes a favor de ciertas personas, que se llaman legitimarios. Luego, no hay una delación directa de una cuota de la herencia, del legislador al legitimario. La relación se da entre el causante con el legitimario, en orden a dejarle lo que por ley le corresponde.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 479-498; ROCA SASTRE, Ramón; PUIG BRUTAU, José, *Estudios de Derecho Privado*, vol. 2. Sucesiones, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 151 a 171.

[108] VERNET, Prosper, *Traité de la quotite disponible*, A. Maresq et E. Dujardin, Paris, 1855, p. 186.

[109] Según GRIMALDI, Michel, en *Droit civil. Successions*, 6° édition, Litec, Paris, 2001, pp. 276-277, los principales rasgos de su instauración son: - En lo que concierne a los beneficiarios, la legítima era otorgada sólo a los parientes más cercanos (descendientes, ascendientes y, bajo ciertas condiciones, hermanos y hermanas), quienes no la obtenían en calidad de herederos, pues esta calidad pertenecía solamente al legatario que el *de cujus* había *"instituido heredero";* - En cuanto a la extensión, ésta abarcaba una fracción de todos los bienes del causante, sin distinguir entre aquellos que había recibido de su familia y aquellos que había adquirido por él mismo; esta fracción variaba sin exceder nunca una mitad; - En relación al alcance, protegía tanto contra las donaciones como contra los legados; - Finalmente, con respecto a la sanción, el legitimario disponía de una acción de complemento de legítima, acción personal que ejercía contra el beneficiado y que le permitía recuperar, ya no los bienes en especie, pero sí el valor necesario para perfeccionar su legítima.

[110] ROCA SASTRE, Ramón, "Naturaleza jurídica de la legítima", *Revista de Derecho Privado*, N° 324, 1944, p. 190.

Éste es el sistema seguido por Alfonso X en las Partidas,[111] y como tal, son la base de la legislación española,[112] aun cuando la naturaleza de la legítima ha sido fuertemente discutida en España. [113] Para VALLET DE GOYTISOLO y otros, que estiman que la legítima es *pars bonorum.*[114] Y PEÑA BERNALDO DE QUIROS, en cambio sostiene con otros autores, que la legítima es *pars hereditatis*,[115] disputa incluso ampliamente

[111] Así, la Partida sexta, Título VIII, Ley 5 titulada "Cómo si el padre da á su fijo su parte legítima puede facer de lo al lo que quisiere", señalaba *"El padre faciendo testamento en que dexase á su fijo su parte legítima, si esta parte le dexase como á heredero, et estableciese en ese mesmo testamento á otro en los bienes otros que hobiese, ó ordenase dellos en otra manera qualquier, entonce maguer se querellase el fijo, non podrie quebrantar tal testamento, mas si aquella parte le dexase en el testamento non como á heredero mas como en razón de manda, entonce podrie quebrantar tal testamento, et esto se entiende si el fijonon rescibiese aquella parte quel era mandada; ca si la rescibiese et non protestase diceindo quel fincase en salvo la querella que habie de tal testamento, non podrie después quebrantarle; pero si el padre non ficiese testamento et partiese lo que hobiese entre sus fijos, faciendo cobdicillo ó alguna escriptura en que mostrase su voluntat, maguer en tal escriptura non dexase al fijo aquella parte quel mandaba, por todo eso non se podrie querellar para quebrantar aquella escriptura. Otrosi decimos que dexando el padre al fijo alguna cosa en su testamento como á heredero, maguer non le dexase toda la su parte legítima, que debe segunt derecho; por todo eso decimos que non podrie quebrantar el testamento, mas podrie demandar que aquello quel menguaba de la su parte que debie haber, que gelo compliesen; et los otros que son escriptos por herederos en el tetamento son tenudos de lo facer".*

[112] Una buena síntesis de la evolución histórica de la legítima en el derecho español se encuentra en VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Apuntes de Derecho sucesorio", *Anuario de Derecho Civil*, t.4, fasc. II, 1951, p. 429-441.

[113] Un buen resumen de las posiciones doctrinarias que se han presentado sobre la materia se pueden encontrar en CASTÁN VÁSQUEZ, José María, "Sucesión forzosa y sucesión contractual", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 127, 1964, pp. 60 a 64 y en GARCÍA-BERNARDO, *La legítima…,* ob. cit., pp. 59-115.

[114] GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Instituciones de Derecho Civil común y foral*, t. 3, vol. 2, Bosch, Barcelona, 2007, p. 911, indica que *"el legitimario es cotitular del activo líquido, una vez deducido el pasivo, que le afecta pero del que no responde personalmente".*

[115] PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, "La naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, t. 38, fasc. 4, 1985, p. 850, quien incluso parte indicando que *"La tesis fundamental contenida en el presente trabajo es que los legitimarios son herederos"*. Como bien describe LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, t. 5, 3° edición, Dykinson, Madrid, 2007, p. 316, *"Sería el legitimario, conforme a esta tesis, al par heredero abintestato, un sucesor universal designado por la ley; pero, a diferencia de éste, heredero incluso contra la voluntad del causante. Sucede por título de heredero, en virtud del cual es codueño del caudal relicto y tiene derecho, en principio, a una cuota del mismo, si bien, igualmente, ha de pagar las deudas del difunto".*

difundida por el Anuario de Derecho Civil español.[116] Sin embargo, hay otros autores que hacen otras distinciones, como que la legítima es *pars valoris*[117] o *pars valoris bonorum.*[118]

La discusión se genera por la aparente contradicción que existiría entre dos normas del Código Civil español: los artículos 806 y 815. El primero de ellos indica que *"La legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservada la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos"*. Por su parte, el art. 815 indica que *"El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma".* Es el punto de partida de la controversia en la doctrina española, porque tal como lo señala VALLET, *"Ciertamente ambas declaraciones, si no son antagónicas, por lo menos aparecen orientadas en direcciones opuestas. Pues, a primera vista – después comprobaremos hasta qué punto es ello cierto- del primero de estos preceptos podría pretenderse deducir que la legítima es conceptuada* pars reservata, *directamente*

[116] La opinión de VALLET había quedado plasmado en sus diversos trabajos sobre la legítima, y en particular sobre su naturaleza jurídica. Sin embargo, este tema fue cuestionado por PEÑA, en su trabajo "La naturaleza…, art. cit., pp. 849-907, el cual fue refutado por VALLET DE GOYTISOLO en, "Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, t. 39, fasc. 1, 1986, pp. 3-68. Replicó PEÑA con el artículo "La naturaleza de la legítima. Nota final", *Anuario de Derecho Civil*, t. 39, fasc. II, 1986, pp. 571-579. Finalmente, VALLET termina esta disputa con el trabajo "Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, t. 39, fasc. III, 1986, pp. 833-849.

[117] Así, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones. Común y foral*, T. 2, cuarta edición, Dykinson, Madrid, 2009, p.1415 indica que *"Esta clase de legítima existe cuando la Ley concede al legitimario un simple derecho de crédito, puramente personal, a pagar en dinero, por una cuantía que se determine según la participación que se le reconozca en el valor del caudal. Por tanto, el legitimario no es heredero ni legatario, sino un simple titular de un crédito contra la herencia, pagadero en dinero, por el importe de su legítima. Este importe se calcula sobre el valor que tengan los bienes hereditarios a la muerte del tetador, previa deducción del pasivo".*

[118] Sustentada fundamentalmente por ROCA, "La naturaleza…", art. cit. p. 187, para quien *"La legítima es una institución que tiene por juego esencial imponer al causante la obligación de disponer o destinar a favor de los legitimarios que deje al morir, una fracción determinada de valor patrimonial, en pago o satisfacción de un derecho atribuido a éstos, consistentes en una pars valoris bonorum".*

atribuida por la Ley a título de herencia; mientras que el segundo claramente presupone que aquélla puede ser atribuida por el testador y "por cualquier título".[119]

II.- La reserva germánica.[120]

En el sistema germánico, la reserva es una parte de la herencia. El causante no puede disponer por causa de muerte de todo su patrimonio. La ley lo asigna directamente a los herederos, aun cuando también se le permite al causante disponer libremente de una cierta parte de sus bienes. Así entonces, asignatario de reserva es heredero. Por ello, ROCA SASTRE señalaba que *"la reserva germánica, desde el punto de vista de libertad de disponer por causa de muerte, más bien provoca un* non facere *al causante, pues éste no puede ejercitar su facultad dispositiva mortis causa sobre la porción de la herencia que la ley reserva a ciertas personas, ya que debe limitarla al resto de la misma, o sea, a la parte libre".*[121] Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre con la legítima romana, el causante debe abstenerse de disponer de todo su patrimonio. Tiene una imposibilidad general de disponer libremente de él. Sólo le está permitido disponer de su parte de libre disposición, por cuanto la reserva la atribuye directamente la ley a ciertos asignatarios del causante. La relación se da entonces, entre la ley y el heredero reservatario.

---

[119] VALLET, "Apuntes…", art. cit., p.424. Este mismo autor toma partido por considerar a la legítima como pars bonorum al señalar que *"En nuestro Derecho, como en Roma, las legítimas condicionan la libre disposición del causante, con el deber de respetarlas y bajo la pena de inofiosidad. Dicho deber no consiste en que necesariamente tenga que dejarse su porción a los legitimarios, pues a nadie se le obliga a testar. Precisamente sólo entra en juego aquel en caso de que el causante teste. Entonces es cuando debe dejar su legítima a los llamados herederos forzosos o respetar la asignación que, en dicho concepto, les haya hecho la Ley. Si el testador no lo cumple, la institución que, con tal defecto, haya hecho será nula total o parcialmente, según el vicio consista en una preterición o en una desheredación sin causa justa. O bien los instituidos deberán sufrir la acción que para el complemento de su legítima competa a los legitimarios, a los que, por cualquier título, se les dejó menos de lo que legalmente les correspondía",* art. cit. p. 459.

[120] Sobre la reserva germánica ver: MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François, *Leçons de droit civil*. *Successions-Libéralités*, Tome IV, Deuxième volumen, 5° édition, Montchreisten, Paris, 1999, pp. 187 a 190; ROCA; PUIG, *Estudios*…, ob. cit. , pp. 171 a 177.

[121] ROCA, "Naturaleza jurídica…", art., cit., p. 190.

[121] ROCA, "Naturaleza jurídica…", art., cit., p. 190.

Además, las normas que gobiernan la reserva son de orden público, de manera que no pueden ser objeto de disposición por los particulares. En consecuencia, la reserva es *pars hereditatis*.[122] Es el sistema que siguió, en definitiva, el Código Civil francés.[123] Curiosamente en este sistema, al igual que en el italiano, que siguen un sistema de reserva, no existe la figura del desheredamiento, lo cual se justifica, por cuanto si es la ley la que asigna una parte de la herencia a los herederos reservatarios, el causante no los

[122] En este sentido, GRIMALDI, *Droit*…, ob. cit., p. 278, indica que en el caso de la reserva germánica "provienen las características opuestas a aquellas de la legítima: - En cuanto a los beneficiarios, la reserva era otorgada a todos los herederos, pero solo como una condición, de manera que los renunciantes no pudieran expresar su disconformidad. – En lo que concierne a la extensión, abarcaba solo los bienes de origen familiar y los bienes propios, salvo los gananciales; sin embargo, absorbía los cuatro quintos: se hablaba de la reserva de los cuatro quintos, en donde el excedente disponible constituía el quinto dativo. – Con relación al alcance, protegía contra los legados y no contra las donaciones, teniendo, los primeros, como único objetivo la sucesión del de cujus. – En relación a la sanción, el reservatario recuperaba los bienes en especie.

[123] En Francia no estaba claro el sistema sucesorio a seguir, pues las raíces de la sucesión por causa de muerte, venían por dos caminos: El derecho romano (derecho escrito), que era la normativa vigente en el sur de Francia y el derecho germánico (derecho consuetudinario), que se aplicaba en el norte y en el oeste. Además, en la revolución francesa se consideró que la libertad de testar era nociva para el Estado, ya que facilitaba la formación de grandes predios y favorecía el despotismo del padre respecto de sus hijos, fundamentalmente de los varones mayores. Así entonces, se eliminó la primogenitura y el derecho de los hijos varones, estableciendo un sistema de igualdad. Por lo tanto, el tema de naturaleza jurídica de la legítima o reserva sólo vino a quedar claro con la dictación del Código Civil francés, que optó por un sistema sucesorio que recogía características de los diversos regímenes que lo precedían, pero que en la materia consideró que la legítima o reserva era un derecho en la sucesión, y por lo tanto era pars hereditatis, aun cuando también reconoció el fundamento de la legítima romana, por cuanto la reserva se traducía en un deber de familia. Así, GRIMALDI, en *Droit*…, ob. cit., p. 279, indica que *"A raíz de esto, surgen rasgos extraídos de ambas: 1° En cuanto a los beneficiarios, el fundamento (deber de familia) conduce a proteger sólo a los parientes cercanos, ascendientes y descendientes; sin embargo, su naturaleza (pars hereditatis) subordina su protección a la calidad de heredero que participa en la sucesión. 2° En lo referido a su extensión y alcance, el fundamento aclara que abarca el conjunto de bienes del de cujus, cualquiera sea su origen, y que limita la libertad tanto de otorgar como de testar. 3° Finalmente, en relación a la sanción, su naturaleza abre al reservatario un derecho a los bienes mismos: la reducción de las liberalidades excesivas se hace, en la época del Código de Napoleón, al menos, en especies y no en valor".* Sobre este tópico ver también, MALAURIE, Philippe, *Les successions. Les libéralités*, 3° édition, Defrénois, Paris, 2008, pp. 309 a 311; JUBAULT, Christian, *Droit civil. Les successions*. Les libéralités, Montchrestien, Paris, 2005, pp. 303-305; MAZEAUD ; MAZEAUD ; CHABAS, *Leçons de droit civil*…, ob. cit., pp. 187-190.

puede privar de ellos. La privación de la reserva se produce por sobrevenir al heredero reservatario una causal de indignidad para suceder.

Es interesante también destacar lo que ocurría en el derecho civil argentino. Ello porque las normas de sucesión por causa de muerte derivan de una doble vertiente, ya que provenían tanto del proyecto de GARCÍA GOYENA, como del Código Civil francés. Por ello, y debido a la escasa claridad de sus normas, la doctrina discutía sobre la naturaleza de la legítima como *pars hereditatis* o *pars bonorum*. El problema se producía en gran medida por la aparente contradicción que existía entre los arts. 3591 y 3354. Así, el art. 3591 establece que *"La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos"*. A partir de esta regla se afirmaba que la legítima era *pars hereditatis*. Pero el art. 3.354 señalaba que "Los que tengan una parte legítima en la sucesión pueden repudiar la herencia sin perjuicio de tomar la legítima que les corresponda". De tal forma que se hacía una diferencia entre la herencia y la legítima y, por consiguiente, ésta podía ser considerada como *pars bonorum*.[124] Esta norma fue derogada, y con ello, se ha dado por terminada la discusión sobre la naturaleza de la legítima.

4.- LA NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.

[124] Una buena descripción del problema de determinar la naturaleza jurídica de la legítima en LO PRETE, Octavio, *Acciones protectoras de la legítima*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 45 a 56; ver además PÉREZ LASALA, José Luis, *Curso de Derecho Sucesorio*, 2° edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 684 a 699; este autor, sin embargo, tiene su propia opinión sobre la misma, señalando que *"A nuestro Juicio, el problema no admite una solución unilateral, pues hay casos en que la legítima es atribuida como pars hereditatis y otros en que lo es como pars bonorum… Nosotros, al no hallar base firme para proclamar el contenido normal en algunos casos y negarlo en otros, preferimos señalar los supuestos en que la legítima es pars hereditatis y en que es pars bonorum, sin sentar reglas generales: la legítima es pars hereditatis cuando el legitimario es heredero testamentario o intestado, y pars bonorum cuando no lo es (legitimario legatario, legitimario donatario y legitimario no legatario ni donatario)"*. p. 699.

Del tenor literal del art. 1181 del Código Civil, pareciera ser claro que en Chile la legítima es *pars hereditatis*, debido a que los legitimarios son herederos como indica la norma. Sin embargo, esta situación no está del todo despejada. Así, DOMÍNGUEZ ÁGUILA y DOMÍNGUEZ BENAVENTE denuncian la poca claridad del art. 1181 y la falta de discusión doctrinaria sobre el punto.[125] Por ello será necesario hacer algunos alcances y plantear algunas observaciones sobre la naturaleza de la legítima, ya desde un punto de vista histórico, como desde el análisis de la normativa vigente, y el examen de algunas instituciones que inciden en nuestra materia de estudio.

I.- En cuanto al origen histórico de la norma.

BELLO en este punto siguió a las partidas. Aun cuando no hace referencia a la fuente en las notas que corresponden a nuestro art. 1181, sí señala expresamente, en una nota al actual art. 1182, en el proyecto de 1853 que nuestro Código *"ha conservado este Proyecto las legítimas, aunque acercándose más al nivel de las Partidas y de la legislación romana, que al del Fuero Juzgo, el Fuero Real y las leyes de Toro"*.[126] Por consiguiente, si Bello en esta materia siguió las partidas, entonces nuestra legítima tendría su origen en el derecho romano y no en el derecho germánico.[127] Por lo demás, no obstante que en muchos pasajes de nuestro Código Civil se siguió al *Code*, en materia hereditaria, es prácticamente nula su influencia. Siendo ello así, al menos en cuanto al origen de la legítima en el Código Civil, tendría naturaleza *pars bonorum* y no *pars hereditatis*.

[125] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho…,* ob. cit., t. 2, pp. 921 y ss.

[126] BELLO, *Código civil…,* ob. cit., t. 2, p. 188.

[127] Por lo demás, LIRA, comentando las normas sobre asignaciones forzosas indica que "Consideramos fuera de duda que la fuente principal de este difícil título lo constituyó la antigua legislación española, y en cierto modo a través de ella, la legislación justiniana". LIRA URQUIETA, Pedro, en: BELLO, *Código civil…,* ob. cit., t. 2, p. 173.

II.- Legítima formal (legítima como derecho). Legítima material (legítima como contenido).[128]

Ahora bien, para que se pueda precisar aún más la naturaleza de la legítima, a fin de dar una respuesta satisfactoria a efectos de pronunciarnos sobre élla, seguiremos la distinción que emplea VALLET, quien distingue entre la legítima formal y la legítima material. Esta nomenclatura la siguen también los profesores DOMÍNGUEZ, quienes indican que *"por una parte se llama legítima al conjunto de derechos que se confieren al legitimario para asegurarle una asignación y su cuantía. Se trata en ese caso de la legítima como derecho. Pero además, está la cuestión de determinar el contenido de ese derecho, al que también se designa como legítima y que puede enterarse en variadas formas por el causante o, en su defecto, por la ley"*.[129]

a.- La legítima como derecho (legítima formal).

Es la ley la que atribuye la cuota de la herencia en el legitimario. Así por lo demás lo confirma VALLET, al establecer que *"La legítima, como derecho a obtener el contenido correspondiente o, con más precisión, como conjunto de derechos que aseguran al legitimario su adquisición, por unas u otras vías, dimana ciertamente de la ley"*.[130] Por ello que el art. 1181 cuando define la legítima indica que ella es la cuota de los bienes del difunto *"que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios".* Desde este punto de vista, pareciera que la legítima se acerca, en cuanto a su naturaleza, a ser *pars hereditatis*, ya que pareciera que existe una atribución directa de la legítima que viene de la ley al legitimario.

---

[128] Indicamos de inmediato que esta nomenclatura también se ha utilizado para analizar la protección de la legítima como asignación forzosa, especialmente cuando se revisa el principio de la intangibilidad. Es por ello que estas materias y conceptos serán nuevamente vistos en el tercer capítulo de este título, pero no miradas desde el prisma de la naturaleza de la legítima, sino desde el que se refiere a su protección.

[129] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho…,* ob. cit. t. 2, p. 923.

[130] VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, Tomo I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p. 731.

Ello resultaría confirmado por lo que dispone el art. 1181 inc. 2° y por consiguiente, los legitimarios serían herederos y serían asignatarios a título universal. Por lo tanto, el causante sólo estaría autorizado para disponer de la cuarta de libre disposición, debiendo respetar esa legítima atribuida por la ley a los legitimarios, y en el caso que no las respete, sus disposiciones testamentarias no tendrían efecto.

Sin embargo, es necesario hacer algunas observaciones:

i.- La legítima es una asignación forzosa.

Las asignaciones forzosas *"son las que el testador es obligado a hacer…"*, lo que importa una orden del legislador al causante en orden a asignar la legítima a favor de los legitimarios. Ello confirmaría la circunstancia de que no hay una delación legal directa de la legítima al legitimario, sino una orden de la ley al causante, en orden a asignar dicha legítima.

ii.- En nuestro sistema sucesorio existe la acción de reforma de testamento.

No se debe hacer una interpretación literal del art. 1181. Como bien señalan los profesores DOMÍNGUEZ *"si así fuese, la voluntad del causante estaría excluida de la legítima y, en caso de que el testamento contrariase el llamamiento legal, el legitimario no tendría una acción de reforma del testamento, sino un derecho a reclamar directamente, como comunero por disposición legal, la cuota que le corresponde"*.[131] Y justamente el Código Civil contempla la acción de reforma del testamento. Es un instrumento que otorga la ley para que el legitimario pueda pedir que se reforme el testamento en su favor en el caso que no se le hubiera otorgado en él, lo que por ley le corresponde. Está establecida en el art. 1216. La ley le concede acción al legitimario para pedir que se modifique el testamento en su favor, y en consecuencia, se le

[131] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho…* , ob. cit., t. 2, p. 924.

reconozca su calidad de legitimario y se le entere totalmente su legítima rigorosa o efectiva.

Esta acción es personal y debe intentarse en contra de aquellos respecto de los cuales el causante ha otorgado derechos en perjuicio de sus legitimarios. Como señalan los profesores DOMÍNGUEZ esta acción *"viene a significar la reclamación de un crédito en contra de quien con su asignación perturba, disminuyéndola, la respectiva legítima, mejora o porción conyugal, según los casos"*.[132]

Si el legitimario fuera heredero, como lo señala el art. 1181 inc. final, y otras personas están en posesión de los bienes hereditarios que le corresponden en razón de su legítima, bastaría que se ejerza la acción real que corresponde, en nuestro caso, la acción de petición de herencia. Sin embargo, el propio legislador otorga esta acción personal, con el objeto que se declare que no se le otorgó lo que por ley le corresponde, que se modifique el testamento en su favor con el objeto de reconocer su legítima. Sólo una vez declarado lo anterior, podrá reclamar y ejercer la acción de petición de herencia.

De seguir la tesis que el llamamiento a la legítima lo hace directamente la ley, no se concibe la posibilidad de que se pueda reformar el testamento a favor del legitimario. Así, en los sistemas en que la naturaleza de la legítima o reserva es *pars hereditatis* o *pars reservata*, no se conoce la acción de reforma de testamento. En Francia por ejemplo, únicamente se conoce la acción de reducción de donaciones, que la ejerce directamente el heredero reservatario en contra del donatario. En ningún caso pide que se reforme el testamento, sino que pide que se le restituya lo excesivamente donado.

iii.- El desheredamiento.

Ahora bien, habrá que precisar también el caso que el legitimario haya sido desheredado. El Código Civil define el desheredamiento en el art. 1207 como *"aquella disposición testamentaria en que se priva a un legitimario de todo o parte de su*

[132] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 1116.

legítima". Si el llamamiento al legitimario lo hiciera directamente la ley, no se ve razón para que el causante pueda desheredar al legitimario. Hubiera bastado con que le sobrevenga una causal de indignidad para suceder. Si le permite desheredar a través de una disposición testamentaria, es porque la atribución de la legítima no la hace directamente la ley, sino que la hace el causante. Por lo tanto, si se le da la posibilidad al causante de atribuir la legítima a favor del legitimario, también se le otorga la posibilidad de desheredarlo, si cumple con los requisitos que establece la ley.

RODRÍGUEZ, aun cuando no analiza este punto desde un prisma de la naturaleza de la legítima, indirectamente llega a una conclusión que se condice con que en nuestro país la legítima podría ser considerada como *pars hereditatis*, al analizar la naturaleza de la acción a ejercer por quien se estima injustamente desheredado, señalando que *"Es cierto que la letra del artículo 1217 inciso 2° permite sostener la factibilidad de que el desheredado deduzca la acción de reforma, con el alcance de acción de mera certeza (ya que no otro podría ser el objetivo), pero es igualmente cierto que ello será absolutamente inútil. Si el desheredado intenta la acción de petición de herencia y obtiene en el juicio, automáticamente se extinguirá el desheredamiento, en virtud de la cosa juzgada que derivará de ello".*[133] Sin embargo, la doctrina mayoritaria, entre los que destacan DOMÍNGUEZ[134] y ELORRIAGA,[135] expresan que el desheredado, con el objeto de obtener que se entere su legítima, debe ejercer la acción de reforma de testamento.

iv.- La preterición.

El art. 1218, que estipula esta figura indica que *"El haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de* ***heredero en su legítima****"*. Y en este caso es de suma importancia determinar cuándo verdaderamente se

[133] RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 2, p. 93.
[134] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 1111.
[135] ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., p. 497

ha pasado en silencio a un legitimario, porque como lo hemos señalado, puede que su legítima se haya enterado con legados o donaciones, sin que se le haya instituido heredero, por lo tanto, no habría claridad si en tal caso hay o no preterición. Ello dependerá de la naturaleza que tengamos de la legítima.

Si consideramos que la legítima es *pars hereditatis*, entonces habrá preterición, sea que haya sido excluido del testamento por cualquier causa, sea que se le haya enterado la legítima con legados o donaciones, sin haberlo instituido asignatario a título universal. En cambio, si consideramos que la legítima no es parte de la herencia, no necesariamente el legitimario será heredero y si se le entera una asignación a título singular en pago de la legítima, aun cuando no se instituya como asignatario a título universal, no se entenderá preterido.[136]

v.- La legítima comprende el activo líquido del caudal relicto.

Hay otro argumento a destacar. Se ha sostenido que *"la legítima romana es un crédito contra la sucesión pars bonorum, que sólo existe una vez deducidas las deudas hereditarias"*.[137] Y en este punto es necesario tomar en consideración lo que dispone el art. 1184, que en su inc. 1° establece que *"La mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresan, se dividirán por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa".*

De esta disposición es posible realizar dos alcances. El primero dice relación con la primera parte de la norma expuesta, ya que ella se refiere a *"la mitad de los bienes".* Ya no hace referencia a asignación a título universal. Se refiere únicamente al activo y no al pasivo, esto es, al activo líquido del caudal relicto. Y es correcto que así lo señale, ya que inmediatamente dispone que para que se forme la legítima es necesario

[136] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 1075.
[137] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho…,* ob. cit., t. 2, p. 917.

previamente que se hagan las deducciones del art. 959, dentro de las cuales se encuentra justamente, en su número 2° *"las deudas hereditarias".*

Luego, los legitimarios sólo se pagan en el activo de la sucesión, y por consiguiente, su título no es universal, ya que no se está sucediendo al difunto en sus obligaciones transmisibles. Como las deudas hereditarias son pagadas antes de que se paguen los legitimarios, éstos no se hacen cargo de las mismas y no responden del pasivo hereditario, obteniendo sólo el activo.[138] Así, RIVAS concluye que *"El legitimario tiene derecho a una parte alícuota de la herencia, pero no de la herencia bruta, sino de la herencia líquida (una vez deducidas las deudas y cargas), luego si no responde por su solo llamamiento legitimario de la herencia no es heredero"*.[139]

b.- La legítima como contenido (legítima material).

En este caso, el estudio de la legítima se refiere a la forma como se puede atribuir la legítima al legitimario. Así, VALLET ha sostenido que *"no puede decirse de modo general que sea atribuida directamente por la ley al legitimario; éste no recibe ipso jure un derecho en o sobre ese contenido. En otras palabras, en muchos sistemas legitimarios, no hay delación forzosa, ni vocación legal de la legítima".*[140] Este *facere*

[138] En la historia de la ley no se hace referencia a este punto. La versión final del art. 1184 es diferente a lo que establecían los proyectos del Código Civil, a lo menos en cuanto a su redacción. Así, sólo el proyecto 1846-1847 se refiere a la deducción que debe hacerse a la mitad legitimaria, estableciendo que *"El total de las legítimas rigorosas es la mitad de todos los bienes, acumuladas imaginariamente las donaciones hechas a los legitimarios a título de legítima, y deducidas las deudas".* Es a la misma conclusión a la que llega nuestro actual artículo 1184, al establecer que las deudas hereditarias se paguen antes que las legítimas.

[139] RIVAS, *Derecho de sucesiones...,* ob. cit., p. 1414. En el mismo sentido se ha indicado que *"el legitimario no es un sucesor universal del causante, sino un simple cotitular de una cuota alícuota de los bienes de la herencia. Sin embargo, dicha parte alícuota sólo se concretará después de haberse liquidado el pasivo"*. ROCA, María Encarnación, "Configuración jurídica de la legítima en el derecho catalán", *Revista Jurídica de Cataluña*, N°1, 1971, p. 39.

[140] VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas", *Anuario de Derecho Civil*, t. 25, fasc. I, 1972, p. 12.

se traduce en que se otorga libertad al causante para atribuir la legítima de acuerdo a la forma que le autoriza el propio Código Civil.

En general, la forma normal será instituir heredero al legitimario por la parte que le asigna la ley. En ese caso, el legitimario se pagará con bienes que forman parte de la herencia dejada por el causante. Pero también esta legítima se puede enterar mediante el otorgamiento de legados, donaciones e incluso se pueden señalar los bienes con los cuales se puede pagar tal legítima. Así, en estos casos, es dudosa la atribución a título universal que establece el art. 1181 del Código Civil.

Por lo tanto, será necesario determinar la forma de atribución de la legítima que realizó el propio causante, la cual puede revestir diversas modalidades:

i.- Si el causante, otorgando testamento, instituyó al legitimario como heredero en su legítima.

En este caso, el causante en el testamento se limita a señalar que otorga a los legitimarios lo que por ley le corresponde. Aquí cobra plena aplicación lo que se señaló respecto de la legítima como derecho. Además, recibe aplicación lo que dispone el art. 1183 del Código Civil y se aplicarán, por ende, las normas de la sucesión intestada. En este caso, la legítima está considerada como una parte de la herencia, tendría la calidad de universalidad jurídica y por consiguiente sería *pars hereditatis*. Por su parte, los legitimarios serían herederos.

ii.- El causante realizó donaciones excesivas a terceros.

El art. 1186, establece que *"Si el que tenía a la sazón legitimarios hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere a la cuarta parte de la suma formada por este valor y el del acervo imaginario, tendrán derecho los legitimarios para que* ***este exceso se agregue también imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas y mejoras****".* En esta norma se reconoce la posibilidad

de que se impute a la legítima las donaciones que se hicieron a terceros. Por su parte, el art. 1187 señala que *"Si fuere tal el exceso que no sólo absorba la parte de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, sino que menoscabe las legítimas rigorosas, o la cuarta de mejoras, tendrán derecho los legitimarios para la* ***restitución de lo excesivamente donado****, procediendo contra los donatarios…".* Luego, en el caso que se hayan hecho donaciones[141] excesivas a terceros, dichos bienes debieran ser reintegrados al caudal hereditario, a través de la acción de inoficiosa donación.

Pero hay que recordar que estos bienes ya ingresaron al patrimonio de los terceros, producto de la donación. Seguramente se podrían restituir dichos bienes, en el sentido que ellos permanezcan en poder del donatario, pero puede ocurrir que dichos bienes ya hayan salido de su patrimonio, en cuyo caso, lo único que quedaría es que se devuelva su valor.

Esto nos lleva a plantear el problema de si la restitución debe hacerse *in natura* o en valor. La conclusión a la que se llegue también será relevante, ya que si se estima que la restitución sólo puede hacerse en valor, entonces, se produce una contradicción con el art. 1181, ya que esa suma de dinero nunca formó parte del as hereditario. Conclusión distinta se genera en el caso que la restitución pueda hacerse *in natura*, ya que en tal caso, simplemente el bien reingresa nuevamente a la herencia.

Y justamente, la restitución de lo donado puede generar problemas, particularmente en lo que dice relación con la naturaleza de la legítima. La legítima debe ser satisfecha, en general, con bienes hereditarios, ya que de acuerdo a su naturaleza y lo que dispone el art. 1181 inc. final, los legitimarios son herederos.

Justamente acá se trata de determinar qué bienes se restituirán a los legitimarios para completar su legítima. Por lo tanto, en principio, los donatarios deberían restituir el exceso con los bienes donados, estableciéndose una restitución *in natura*. Pero como

[141] Aunque DOMÍNGUEZ Y DOMÍNGUEZ estiman que *"es más exacto referirse a las liberalidades entre vivos hechas a terceros. En efecto, por el propósito perseguido por la ley con la formación del acervo, hay que entender que debe acumularse toda ventaja gratuita que directa o indirectamente beneficie a terceros en desmedro de los legitimarios". Derecho…* , ob. cit., p. 1031.

señalamos anteriormente, los bienes donados ingresaron al patrimonio de los donatarios, y ellos podrían haber dispuesto de estos bienes. En tal caso, la restitución no se podrá realizar con bienes hereditarios y en consecuencia, la restitución se tendrá que hacer en valor.

iii.- El causante otorgó legados al legitimario. El valor de lo legado es igual o mayor a lo que le corresponde en la legítima.

El art. 1198, establece *que "Todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima…".* Esta norma no hace más que señalar que la legítima puede ser enterada imputándose legados. Incluso puede que el valor de lo legado exceda de lo que por legítima le corresponde. En consecuencia, en este caso no es posible señalar que el legitimario sea heredero. El legitimario será legatario.

Además el art. 1362 que señala que *"La acción de los acreedores hereditarios contra los legatarios es en subsidio de la que tienen contra los herederos"*. Por lo tanto, en caso que el legitimario se pague con legados, no será heredero y su responsabilidad se atribuirá sólo en caso que éstos no puedan pagar. El legitimario no habría sido instituido a título universal, sino que sólo a título singular, que como bien señala el art. 1104 *"no representan al testador; no tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan. Lo cual, sin embargo, se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos…".*

Por lo tanto, la responsabilidad del legitimario sólo sería subsidiaria. Por lo tanto, pagándose las deudas hereditarias, en conformidad al art. 959 N° 2, el legitimario legatario sólo va a recibir una cosa singular, es decir, sólo activo, lo que no se condice con las normas sobre asignaciones a título universal, donde los herederos suceden a la persona del causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, es decir, en todo su patrimonio.

iv.- El causante hizo donaciones a un legitimario. Lo donado es igual o superior a la cuantía de la legítima.

El art. 1206 inc. 2° expresa que *"Y si le cupiere definitivamente una cantidad inferior al valor de las mismas especies, y estuviere obligado a pagar un saldo, podrá a su arbitrio hacer este pago en dinero, o restituir una o más de dichas especies, y exigir la debida compensación pecuniaria por lo que el valor actual de las especies que restituya excediere al saldo que debe".* Se le otorga un derecho de opción al legitimario que recibió una donación superior a lo que por concepto de legítima le corresponde.

Puede restituir lo que excede de su legítima en dinero o puede restituir una o más de las especies donadas. Como el donatario no recibió bienes que integraban la masa hereditaria, no está obligado a restituir bienes de dicha clase. La restitución la hará en dinero o con las especies donadas. Como precisa Rodríguez, en este caso *"la sucesión recupera el dominio de dichas especies, se incrementa el patrimonio sucesorio y se equilibra la situación entre los diversos partícipes de la comunidad hereditaria"*.[142] Luego, dichos bienes o el dinero ingresarán al caudal hereditario a efectos de enterar la legítima de los demás legitimarios, pero se les atribuirá a éstos, bienes distintos a los hereditarios, lo cual constituye una manifestación de la naturaleza *pars bonorum* de la legítima.

v.- El causante hizo donaciones a un legitimario. Lo donado es inferior a la cuantía de la legítima.

El Código Civil da solución a esta situación en el art. 1206 inc. 1°. En este caso, el legitimario tiene derecho a conservar las especies donadas y puede exigir el saldo hasta completar su legítima. Por lo tanto, el legitimario conserva los bienes donados o legados en calidad de dueño. Estos bienes no ingresaron nunca al as hereditario. Por lo

[142] RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 2, p. 386.

tanto, el legitimario no puede pretender que se le entere totalmente su legítima con bienes hereditarios. De lo que le corresponde a título de legítima debe descontarse lo donado o legado, que se le enteraron en propiedad. En este caso, el legitimario tiene derecho a que se complemente su legítima.

Como la asignación no fue íntegramente enterada con bienes donados o legados y el legitimario tiene derecho a su legítima en forma completa es que tiene derecho a que se complemente a su entera satisfacción. Es así entonces en donde nace para el legitimario la *"acción de complemento de la legítima".*

Es sobre el saldo que aun no se ha pagado en lo que dice relación con la legítima en donde se puede presentar el problema, que se encuentra íntimamente ligado con la naturaleza de ella, y se traduce en determinar si lo que falta por enterar para satisfacer completamente al legitimario debe hacerse con bienes hereditarios, o si bien, puede hacerse en dinero. La conclusión a la que se llegue es de vital importancia. En consideración de la legítima como *pars hereditatis*, ella debiera completarse con bienes hereditarios. Ello sería consecuencia de lo indicado por el art. 1181 inc. final.

Pero de seguir la tesis de que la legítima es *pars bonorum*, el legitimario no es necesariamente heredero, incluso parte de su legítima fue enterada con bienes que no forman parte de la sucesión, de tal manera que el saldo podría pagarse con bienes distintos a los hereditarios, teniendo el legitimario un crédito contra la sucesión por lo que falte para completar la legítima.

Lo cierto es que en esta materia el Código Civil no da solución. Si se estima que la legítima es normalmente *pars hereditatis*, si las donaciones o legados no cubren totalmente la legítima, el saldo mantiene la naturaleza jurídica genérica, y por consiguiente, debería enterarse con bienes hereditarios.[143] En cambio, si se admite pagar con bienes distintos, la naturaleza de la legítima es *pars bonorum*.

[143] DOMÍNGUEZ ; DOMÍNGUEZ, *Derecho…,* ob. cit, t. 2, p. 1063.

En la doctrina comparada, existen algunos matices, sustentada por VALLET, quien indica que *"debemos rechazar de plano aquellas que consideran que, siempre o en algún caso, el complemento es una "pars hereditatis" o cuota de la herencia. Si, como hemos visto, no lo es la legítima íntegra, tampoco podrá serlo su complemento. Ya que se trata de cubrir el déficit de un activo neto calculado con la suma de lo relicto líquido y lo donado, consiguientemente el suplemento no puede consistir en una cuota de la herencia, ni siquiera en una cuota genérica de bienes de la herencia, sino en uno o varios bienes concretos de ésta o en su equivalente en dinero, en su caso, que deben determinarse y especificarse para su satisfacción"*.[144]

vi.- La partición hecha por el propio causante.

El art. 1197 al establece que *"El que deba una legítima podrá en todo caso señalar las especies en que haya de hacerse su pago…",* reconoce que la legítima se puede pagar con cuerpos ciertos, lo cual implicaría reconocer la naturaleza *pars bonorum* de la legítima. Ello no es pacífico. Así, ELORRIAGA sostiene que *"La circunstancia que el testador señale los bienes con los que se paga la legítima no transforma al legitimario en un legatario, su condición de heredero se mantiene en los términos señalados por el artículo 1.181. El legitimario conceptualmente sigue llevando una cuota de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles del causante, lo que en los términos de los artículos 951 y 1097 determinan su carácter de heredero. La circunstancia que –en una disposición que implica un acto de partición- señale los bienes con los que debe enterarse la legítima, no lo convierten en legatario"*.[145]

En el derecho español, la misma opinión manifiesta PEÑA.[146] Ello es criticable, por cuanto se podría sostener que esta situación constituye una excepción al art. 1181 inc. final de que los legitimarios son herederos. En efecto, los legitimarios tendrán la

[144] VALLET, *Limitaciones*…, ob. cit., p. 1021. Anotemos por cierto, que este autor es uno de los más férreos opositores a que la legítima sea considerada *pars hereditatis.*

[145] ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., p. 418.

[146] PEÑA, "La naturaleza…", art. cit., pp. 882 y ss.

calidad de donatarios o legatarios simplemente, pero en ningún caso pueden ser calificados de herederos, ya que no son asignatarios a título universal.

Las consecuencias que se derivan del análisis de la naturaleza de la legítima son diferentes según si la legítima es considerada *pars hereditatis* o *pars bonorum*, según se indicó. Si se considera que la legítima es *pars hereditatis*, el legitimario siempre será heredero, y como tal, será continuador de la persona del causante, sucediéndole en todos sus derechos y obligaciones de carácter transmisibles, según lo dispone el art. 1097, aun cuando su legítima haya sido enterada con legados o donaciones. En cambio, si la naturaleza de la legítima es considerarla *pars bonorum*, habrá que determinar la forma de atribución de la legítima. Lo normal será que tenga la calidad de heredero, pero puede que su legítima se le haya atribuido mediante legados, y en tal caso, no lo podemos considerar asignatario a título universal, sino legatario, con los efectos que en tal calidad se le asignan, esto es, se le considerará asignatario a título singular. Finalmente, se le puede considerar donatario, caso en el cual, simplemente se le otorgará la calidad de contratante respecto del causante.

5.- CLASES DE LEGÍTIMAS EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.

El art. 1181, que define a la legítima, no da una clasificación de ella. Ella la podemos hacer tomando en consideración, además del art. 1181, al art. 1184 y al art. 1191. Por una parte se encuentra la legítima rigorosa, y por otra, a la legítima efectiva.

Los profesores DOMÍNGUEZ indican también que es posible encontrar a una legítima teórica y a una legítima real, señalando que *"Con esta última clasificación se quiere señalar que existen reglas que determinan el quantum de las legítimas (legítimas teóricas) y, por otra parte, se determina lo que en el hecho llevará cada legitimario, bien de la rigorosa, bien de la efectiva (legítimas reales)".*[147] Seguiremos la clasificación tradicional.

[147] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 936.

I.- La legítima rigorosa.

Se encuentra reconocida en el inciso primero del art. 1184 del Código Civil que establece que *"La mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa".* Por lo tanto, legítima rigorosa no es otra cosa que la parte que a cada uno de los legitimarios le corresponde en la mitad de la herencia.

Para calcular la legítima rigorosa, será necesario hacer deducciones y acumulaciones. En primer lugar se deberán hacer las deducciones que indica el art. 959, que son las denominadas *"bajas generales de la herencia".* A ello tradicionalmente se le ha llamado el *"acervo líquido".*

En segundo lugar hay que hacer las acumulaciones que se indican en las reglas sobre legítimas, que en general se refieren a las donaciones efectuadas por el causante a los legitimarios.

Efectuadas esas operaciones, la legítima se distribuye entre los legitimarios, aplicando las reglas de la sucesión intestada, reducido sólo a los dos primeros órdenes de sucesión, esto es, el orden de los descendientes y el orden de los ascendientes y del cónyuge sobreviviente. Nos remitimos, por consiguiente, a lo indicado en los artículos 988 y 989 del Código Civil.

II.- La legítima efectiva.

Encuentra su fuente legal en el artículo 1191 del Código Civil, que en su inciso primero establece que *"Acrece a las legítimas rigorosas toda aquella porción de los bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras, o con absoluta libertad, y no ha dispuesto, o si lo ha hecho, ha quedado sin efecto la disposición."*

Agrega el inciso segundo que *"Aumentadas así las legítimas rigorosas se llaman legítimas efectivas".*

El Código reconoce por lo tanto, un acrecimiento para el caso de la legítima efectiva y no para el caso de la legítima rigorosa. En esta última sólo se efectúan las deducciones y agregaciones que indicamos precedentemente.

La formación de la legítima efectiva se puede presentar en diversos casos:

a.- Que el testador no haya dispuesto de la cuarta de mejoras, pero sí de la cuarta de libre disposición. En este caso, la cuarta de mejoras acrece a la mitad legitimaria, y por lo tanto la legítima ya no ascenderá a la mitad de la herencia, sino a las tres cuartas partes de la herencia, distribuyéndose esa porción, entre los legitimarios de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada.

b.- Que el testador haya dispuesto de la cuarta de mejoras pero no de la cuarta de libre disposición. En ese caso, se enterará la mejora a quien el causante le haya dejado toda o parte de dicha asignación. Pero la cuarta de libre disposición acrecerá la mitad legitimaria, llegando también a una cuarta parte de la herencia, la cual será distribuida de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada.

c.- Que el testador haya dispuesto de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición, pero esas asignaciones han quedado sin efecto. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en caso de que se declare la nulidad de la disposición que dispuso de esas asignaciones por causa de muerte.

d.- Que el testador no haya dispuesto de la cuarta de mejoras ni de la cuarta de libre disposición. La omisión de la disposición de dichas asignaciones (que equivale a la mitad de la herencia) acrece a la mitad legitimaria. En este caso, la legítima equivale al total de la herencia, y se distribuye de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada.

En consecuencia, mientras la legítima rigorosa siempre equivale a la mitad de la herencia, con las deducciones y agregaciones que se indicaron, la legítima efectiva es variable, y va a depender en gran medida de la forma que utilizó el causante para disponer de sus bienes a través del testamento, y por lo tanto, la libertad de disposición que tiene el causante en materia de legítima se vincula íntimamente con la legítima efectiva. Así, los profesores DOMÍNGUEZ han indicado que *"La ley ordena al causante respetar las legítimas; pero le permite ordenar el destino del resto de sus bienes, a favor de ciertos asignatarios en el caso de la cuarta de mejoras, o libremente en el caso de la parte de libre disposición. Pero si el testador no usa de dicha libertad, o sólo unas de ella parcialmente, o no tiene efecto su disposición por cualquier causa, la ley favorece con los bienes de que el causante no dispone efectivamente, a los legitimarios, que ven así aumentadas sus porciones"*.[148]

El Código Civil en el artículo 1191 utiliza la expresión *"Acrece"*, pero debemos concluir que no se refiere al derecho de acrecimiento que consagran los artículos 1147 y siguientes, ya que en este caso, los legitimarios no son *"llamados a un mismo objeto"*. Por el contrario, los legitimarios no han sido llamados a la cuarta de mejoras o a la cuarta de libre disposición, o si lo ha hecho, no ha producido efecto la disposición.

Finalmente, aun cuando el Código no lo dice expresamente, ha de entenderse que para distribuir la legítima efectiva se debe dar aplicación al art. 1184 inciso primero, y por lo tanto, será necesario aplicar las reglas del primer y segundo orden de la sucesión intestada.

[148] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 952.

CAPÍTULO II. “Los legitimarios en el Código Civil Chileno”.

El art. 1182 del Código Civil enumera a los legitimarios, indicando que son:

1. Los hijos, personalmente o representados por su descendencia;

2. Los ascendientes, y

3. El cónyuge sobreviviente.

1.- LOS HIJOS COMO LEGITIMARIOS.

Desde la entrada en vigencia del Código Civil que los hijos son legitimarios. Sin embargo, la legítima de los hijos era diferente según el origen de su filiación. Existían diferencias entre los derechos de los hijos como legitimarios, según si eran o no legítimos. En lenguaje actual, si eran matrimoniales o no. La diferencia se hacía fundamentalmente en cuanto al *quantum* de la legítima en relación a las diversas categorías de hijos.

El derecho comparado tampoco fue ajeno a la distinción entre las diferentes clases de hijos, en cuanto al contenido de la legítima se refiere. Francia por ejemplo, en cuanto a la reserva de los descendientes se trata, modificó su art. 913 (que indica los derechos de los descendientes como asignatarios de la reserva) e igualó los derechos sucesorios tanto para los legítimos como los ilegítimos por Ley N° 72-3 del 3 de enero de 1972.

El Código Civil español también mantenía diferencias entre los descendientes en cuanto a la legítima. Sólo podían concurrir como legitimarios hijos legítimos y naturales, pero éstos llevaban una porción equivalente a la mitad de lo que llevaba un hijo legítimo. Sin embargo, de acuerdo a la Ley N° 11 de 13 de mayo de 1981, el art. 808 es

modificado, estableciendo la plena igualdad de derechos en la legítima de los hijos, sin distinción alguna.

Argentina mantenía la misma diferencia en cuanto a la legítima de los descendientes. En conformidad a lo dispuesto por el art. 3596, el hijo natural sólo concurría en la legítima a falta de ascendientes, descendientes o cónyuge sobreviviente. Si el causante tenía hijos legítimos, el hijo natural no concurría como legitimario. Pero la Ley N° 23.264 de 23 de octubre de 1985 derogó esta norma y modificó el art. 3592, estableciendo una legítima a favor de los hijos, sin hacer ninguna distinción.

En Chile, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585 se termina la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, y como resultado de esa modificación, todos los hijos tienen iguales derechos, en cuanto a la sucesión por causa de muerte de sus padres se refiere. Esto es aplicable respecto de las sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585. El art. 1° transitorio, después de señalar que los que posean la calidad de hijo natural a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, tendrán los mismos derechos que cualquier hijo, en su inc. 3° establece que *"Con todo, los derechos hereditarios se regirán por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión".* En consecuencia, tratándose de las sucesiones abiertas con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, se mantiene la distinción entre hijos legítimos y naturales, en cuanto a la legítima se trata.

I.- Cuantía de los derechos de los hijos como legitimarios.

El art. 1183 expresa que los legitimarios concurren según el orden y reglas de la sucesión intestada. En dicha clase de sucesión operan los *"órdenes de sucesión"*. Los hijos concurren en el primer orden de sucesión intestada, siendo los llamados *"cabeza de orden",* pues se formará sólo en el caso que concurran hijos (personalmente o representados por su descendencia), haya o no cónyuge sobreviviente.

Este primer orden de sucesión intestada se encuentra regulado en el art. 988 del Código Civil. Los derechos de los hijos en la legítima son variables:

a.- Si concurre un solo hijo, sin que haya cónyuge sobreviviente, y aunque hayan ascendientes, va a llevar la totalidad de la legítima.

b.- Si concurren dos o más hijos, sin que haya cónyuge sobreviviente, y aunque hayan ascendientes, la legítima se dividirá entre ellos por partes iguales.

c.- Si concurre un hijo con el cónyuge sobreviviente, la legítima se divide entre ellos por mitades.

d.- Si hay dos o más hijos y cónyuge sobreviviente, a este último le corresponde una porción que, por regla general, será equivalente al doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo. En todo caso, como medio de protección del cónyuge sobreviviente se le asegura siempre una cuarta parte en la legítima, con lo que los derechos de los hijos se verán aún más disminuidos.

II.- Formas de sucesión de los hijos como legitimarios.

Respecto de la sucesión de los hijos como legitimarios hay que hacer algunas precisiones, siendo procedente la realización de ciertas distinciones.

a.- La sucesión directa del hijo como legitimario.

Será la forma normal de sucesión. Así, al momento de fallecer el padre, el hijo adquiere de inmediato su parte en la legítima, excluyendo a cualquier otro descendiente en dicha línea.

b.- La sucesión indirecta de los descendientes en la legítima.

Se trata de un caso de excepción, que se va a producir en el caso que opera el derecho de representación. Curiosamente, una regla que se encuentra dentro de las normas de la sucesión intestada tiene plena aplicación en materia de legítimas, por expreso mandato del legislador. Así, el N°1 del art. 1182 indica que los hijos pueden concurrir personalmente o *"representados por su descendencia".* A su vez, el art. 1183 indica que *"Los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada".* Por lo tanto, y tomando en cuenta lo dispuesto por el art. 984, si el hijo no quiere o no puede suceder, toma su lugar su o sus descendientes de grado más próximo.

Por lo tanto, lo correcto es afirmar que son legitimarios los hijos. Otros descendientes no van a ser legitimarios en forma directa o personal, pero pueden llegar a serlo en forma indirecta, en el caso que opere la representación sucesoria.

c.- Caso especial del adoptado.

El art. 1182 no hace distinción alguna entre los hijos. Es más, la Ley N° 19.620 sobre adopción, en su art. 1 inc. 2° establece que *"La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes…"*, y por su parte, el art. 37 de la misma ley señala que *"La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley…".* De manera tal, que respecto de las personas adoptadas con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley –que coincide con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585- se sujetarán al estatuto sucesorio actual, y por lo tanto, serán considerados legitimarios.

El problema se presenta con las personas que fueron adoptadas con anterioridad a la Ley N° 19.620, esto es, bajo la vigencia de la Ley N° 7.613 o la Ley N° 18.703, ya que el estatuto de los adoptados era diferente respecto de sus derechos en la sucesión hereditaria de su o sus adoptantes. Además, el art. 45 de la Ley N° 19.620 establece que *"Los que tengan la calidad de adoptante y adoptado conforme a la Ley N° 7.613 o a las reglas de la adopción simple contemplada en la Ley N° 18.703, continuarán sujetos a*

los efectos de la adopción previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materia sucesoria". En ese sentido será necesario determinar bajo la vigencia de cuál ley fueron adoptados y en seguida analizar si la sucesión se abrió vigente las Leyes N° 7.613, la N° 18.703, o bien la Ley N° 19.620.

i.- Ley bajo la cual se produjo la adopción.

* Adopción bajo la vigencia de la Ley N° 7.613. Según el art. 1 de dicha ley, *"La adopción es un acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que establece la presente ley".* La adopción, por ende, era un verdadero contrato y no otorgaba estado civil alguno para el adoptado, según lo indicaba el mismo precepto.

Sin perjuicio de ello, el art. 24 de dicha ley le otorgaba a los adoptados derechos sucesorios respecto del adoptante. Lo consideraba para este sólo efecto, como un hijo natural, a objeto de que concurra en la sucesión intestada del adoptante. Así entonces, llevaba en la herencia una parte igual a la que corresponda o haya podido corresponder a un hijo natural.

En el caso de la sucesión del adoptado como legitimario la situación era diferente. El propio inc. final del art. 24 indicaba que *"Lo dicho en este artículo no conferirá en ningún caso al adoptado la calidad de legitimario"*. Parecía ser una norma categórica, pero en realidad no era del todo clara.

Al momento de entrar en vigencia la referida ley de adopción, los hijos naturales eran considerados legitimarios, concurriendo personalmente o representados por su descendencia legítima, según lo indicaba el art. 1182 N° 3. Por su parte, el art. 1183 indica que *"los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada".* En conclusión, por una parte a los adoptados se les considera como hijos naturales a efectos de suceder intestados, y por otra, no se les

considera legitimarios, no obstante que los legitimarios concurren de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada.

* Adopción bajo la vigencia de la Ley N° 18.703. La adopción que establecía esta ley podía ser de dos clases, simple o plena. Esta última le otorgaba al adoptado el estado civil de hijo legítimo. Por lo tanto, en esa condición sucedía como legitimario a la sucesión de su adoptante. Luego, si la adopción era plena, el adoptado quedaba en mejor situación que el hijo natural, puesto que los derechos de este último sólo se igualan a la de los hijos legítimos con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585.

La situación era diferente si la adopción era simple. El art. 12 establecía que la adopción simple no generaba estado civil de hijo para el adoptante. Además, el inc. final del art. 13 señalaba que el adoptado continuaría formando parte de su familia de origen, conservando en ella sus derechos y obligaciones. Nada regulaba esta ley respecto de los derechos sucesorios del adoptado, pero se puede desprender que el adoptado simple no tenía derechos en la sucesión de su adoptante, sea en la sucesión intestada sea como legitimario, por cuanto, al mantener sus derechos y obligaciones en la familia de origen, sus derechos sucesorios derivan de esa familia y no de la adoptiva.

ii.- Ley bajo la cual se produjo la apertura de la sucesión del adoptante.

* La sucesión del adoptante se abrió bajo la vigencia de las Leyes N° 7.613 o N° 18.703. En este caso no se produce problema alguno, pues la sucesión se abre bajo la vigencia de la ley en que ella se produce. Por consiguiente, si dichas leyes se encontraban vigentes a la fecha de la muerte del adoptante, a las disposiciones sucesorias de esas normas hay que recurrir.

* La sucesión del adoptante se abre bajo la vigencia de la Ley N° 19.620. Aquí tiene plena aplicación lo dispuesto por el citado art. 45 de la ley. Por lo tanto el adoptado, conforme al art. 24 de la Ley N° 7.613 no tiene la calidad de legitimario. Por su parte, el

adoptado simple según las reglas de la Ley N° 18.703 no tiene derechos en la sucesión de su adoptante. Finalmente el adoptado pleno, de acuerdo a esta misma ley, tiene el estado civil de hijo legítimo, por lo tanto, será considerado legitimario conforme a dichas reglas.

El problema, respecto de los derechos sucesorios del adoptado no se produce en materia de legítimas, sino más bien, en sus derechos que le corresponden de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada.[149] Y hay que tomar en cuenta también el art. 1° transitorio de la Ley N° 19.585, el cual dispone que los que posean la calidad de hijo natural a la entrada en vigencia de esta ley, tendrán los derechos que ésta establece. Sin embargo, hace excepción a esta regla lo relativo a sus derechos sucesorios, pues éstos se reglan por la ley vigente a la fecha de la apertura de la sucesión. En todo caso, esta regla en nada altera lo que venimos diciendo, pues el adoptado conforme a la Ley N° 7.613 no goza de los derechos sucesorios como legitimario. Y en lo que respecta a la Ley N° 18.703, el adoptado simple no tiene derechos en la sucesión del adoptante y el adoptado pleno tiene la calidad de hijo legítimo, por lo que sucedía como legitimario al adoptante.

2.- LOS ASCENDIENTES COMO LEGITIMARIOS.

[149] En esta materia se ha producido una discusión doctrinaria, particularmente tratándose de los derechos sucesorios que tendría el adoptado conforme a la Ley N° 7.613 y cuya sucesión de su adoptante se abre bajo la vigencia de la Ley N° 19.620. Así, en términos generales, el art. 24 de la Ley N° 7.613 sostenía que en la sucesión del adoptante, el adoptado tenía para dichos efectos la calidad de hijo natural. Por ej. le correspondía la mitad de lo que llevaba un hijo legítimo en el primer orden de sucesión intestada. Por su parte, la Ley N° 19.585 eliminó la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos, estableciendo iguales derechos entre ellos. Por lo tanto, la discusión se centra en si los hijos adoptados se ven o no beneficiados con la eliminación de aquella distinción entre las diversas categorías de hijos. Así RAMOS, *Derecho…,* ob. cit., t. 2, p. 482, sostiene que *"con la supresión de la distinción entre hijos legítimos y naturales, concurre en la misma proporción que los demás hijos del causante".* Opinión contraria desarrolla CORRAL TALCIANI, Hernán, *Adopción y filiación adoptiva*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 299, al señalar que *"de mantener al adoptado en el mismo estado en que se encontraría de no haberse derogado la ley N° 7.613, hay que concluir que debe conservarse la distinción entre órdenes de sucesión regular (si el adoptante-causante es hijo matrimonial) y órdenes de sucesión irregular (si el adoptante-causante es hijo no matrimonial)".*

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, los ascendientes también tenían la calidad de legitimarios, pero sólo respecto de los ascendientes legítimos. Hoy también se encuentra eliminada la distinción entre ascendientes legítimos e ilegítimos. Además, a diferencia de lo que ocurre con los hijos como legitimarios, en que son solamente ellos quienes concurren en esa calidad, en el caso de los ascendientes la calidad de legitimarios no se limita únicamente a los padres del causante.

El código se refiere a los ascendientes sin calificativo, por lo tanto el universo de legitimarios en esta categoría es más amplio. Como señala ELORRIAGA *"son llamados como legitimarios en la sucesión del causante su padre y su madre, estén o no unidos en matrimonio, así como sus abuelos, bisabuelos y tatarabuelos, sin limitaciones"*.[150] Sin embargo, en concurrencia de ascendientes de distintos grados respecto de un mismo causante, hay que aplicar el art. 1183 y remitirnos a las reglas de la sucesión intestada, en donde el art. 989 indica que concurren en el segundo orden de sucesión el cónyuge sobreviviente y *"sus ascendientes de grado más próximo".*

I.- Cuantía de los derechos de los ascendientes como legitimarios.

Tomando en cuenta el citado art. 1183, los ascendientes sólo van a llevar su parte en la sucesión como legitimarios en el caso de que no concurran hijos u otros descendientes con derecho a suceder, por haber operado el derecho de representación. Ellos concurren en el segundo orden de sucesión intestada, aplicándoseles por lo tanto, el art. 989 del Código Civil. Pero en todo caso, los ascendientes que concurren son los de grado más próximo. En todo caso, sus derechos varían según si concurren o no con el cónyuge sobreviviente:

a.- Si no hay cónyuge sobreviviente, los ascendientes llevan toda la legítima.

b.- Si concurren con el cónyuge sobreviviente, la legítima se dividirá en tres partes. A los ascendientes les corresponde una tercera parte de dicha legítima.

[150] ELORRIAGA, *Derecho…,* ob. cit., p. 404.

c.- Si hay varios ascendientes, la parte que a ellos les corresponde se entera a los de grado más próximo por partes iguales.

d.- Si solo hay un ascendiente de grado más próximo, a él le corresponderá toda la legítima.

II.- La situación de los ascendientes como legitimarios en el derecho comparado.

En el derecho extranjero, en general los ascendientes tienen también la calidad de legitimarios. Es lo que ocurre en el derecho argentino. El art. 3594 del Código Civil los reconoce como tales. Lo mismo ocurre en el Código Civil español, que en su art. 809 les da esta calidad a los padres y ascendientes del causante.

No ocurre lo mismo en el derecho civil francés. Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 2006-728 de 23 de junio de 2006, los ascendientes del causante eran considerados herederos reservatarios de acuerdo al art. 914 del Código Civil. Polémica causaba la inclusión de ellos en esta categoría. GRIMALDI abogaba por la supresión de los ascendientes como herederos reservatarios, estimando no por ello que se terminaba su protección, ya que se mantenía la obligación alimenticia *"que es otra expresión del deber de asistencia".*[151] Con la entrada en vigencia de la citada ley, los ascendientes pierden la calidad de herederos reservatarios.

III.- Pérdida de los derechos de los ascendientes como legitimarios.

Si bien es cierto que los legitimarios pueden perder su calidad de sucesores del causante por algunas causas establecidas por la ley (incapacidades, indignidades, desheredamientos), en el caso de los ascendientes es necesario tomar en consideración una sanción especial, establecida en la modificación del art. 1182 inciso final, por la Ley N° 19.585. En efecto, esta regla establece que *"No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su*

[151] GRIMALDI, *Droit civil…,* ob. cit., p.287.

parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del art. 203". Se trata, como sostiene RODRÍGUEZ de una *"indignidad calificada"*.[152] El fundamento de esta sanción, según ABELIUK sería que *"se considera que un padre a quien fue necesario entablarle un pleito para que reconociera a su hijo no es digno de suceder a éste"*.[153]

Respecto de esta regla es necesario hacer tres comentarios:

a.- Respecto del juicio de filiación. El art. 203 del Código Civil dispone que cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le otorguen respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes, dentro de la cual se incluye su derecho en la legítima. Para que se genere esta sanción es necesario que la sentencia en este juicio de filiación se encuentre ejecutoriada.

Por ello, si el juicio se encuentra pendiente y no se ha dictado sentencia definitiva, o incluso habiéndose dictado tal sentencia, si ella no se encuentra ejecutoriada, el padre o la madre podrían reconocer voluntariamente al hijo, y así evitar que se aplique la sanción del art. 203 del Código Civil. Además, en este caso (que se reconozca la paternidad o la maternidad voluntariamente durante el juicio) el juez debe rechazar la demanda de filiación, por cuanto en caso contrario, se podría llegar al absurdo de que una persona fuera reconocida dos veces.[154]

---

[152] RODRÍGUEZ, *Instituciones…,* ob. cit., vol. 2, p. 313. Lo denomina de esa forma porque *"basta que el hecho descrito haya sucedido para que automáticamente y de pleno derecho el padre o madre pierda la calidad de legitimario"*. Y más adelante sostiene, en p. 314 que *"es una indignidad calificada que opera de pleno derecho y no de la manera indicada en los artículos 964 a 979 del Código Civil. En consecuencia, ella no requiere ser declarada en juicio (artículo 974), ni se purga por "disposición testamentaria posterior a los hechos que la producen" (artículo 973), ni por la posesión de la herencia durante cinco años (artículo 975), y pasa contra terceros de buena o mala fe (artículo 976). En otros términos esta indignidad calificada tiene caracteres propios, razón por la cual se divorcia de las indignidades propiamente tales"*.

[153] ABELIUK MANASEVICH, René, *La filiación y sus efectos*. t.2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p.632.

[154] En esta materia, véase ÁLVAREZ, "Una misma persona…", art. cit., p. 29-33.

b.- El alcance respecto de qué ascendientes son privados de la legítima por esta causa. No obstante que el reconocimiento del hijo se realizó en contra de la voluntad del padre o de la madre, la sanción se extiende a todos los ascendientes del causante. DOMÍNGUEZ sostiene que esta norma tiene una impropiedad en su redacción. Así señala que *"Si la determinación de la filiación no matrimonial se ha hecho contra la voluntad del padre o madre, no se ve por qué necesariamente queden privados de su carácter de legitimarios todos los demás ascendientes del causante. Habrá que entenderla que los que quedan privados de tal calidad son los ascendientes de la línea del padre o madre que se opuso a la acción del hijo".*[155] El problema de esta parte de la norma radica en que en ninguna parte se hace distinción alguna respecto de quién recibe la sanción, pero parece lógico que sólo se aplique a la ascendencia del padre, de la madre o de ambos en el caso que no hayan reconocido voluntariamente al hijo. Por lo demás, las sanciones son excepcionales en el derecho civil y requieren de una interpretación restrictiva.

Pero esta norma genera otro problema, ya que no solamente es sancionado el padre o la madre del hijo si el reconocimiento fue provocado, sino que además dicha sanción se extiende a todos sus ascendientes. Esto es, se extiende a personas que no necesariamente estaban de acuerdo con la negativa de su descendiente de reconocer voluntariamente a su hijo. Como señala DOMÍNGUEZ *"el hecho que el padre o la madre se hayan opuesto a la determinación de su filiación no tiene por qué acarrear, como verdadera sanción, que se excluya a los demás ascendientes, que, a lo mejor, deseaban el reconocimiento. La negativa del padre a reconocer no significa que el abuelo o la abuela no quieran tener a su nieto como tal descendiente".*[156]

[155] DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 204, 1998, p. 86.
[156] DOMÍNGUEZ, "Las reformas…", art. cit., p. 86.

c.- El restablecimiento del derecho al ascendiente. El art. 1182 inc. final indica que esta sanción se aplica salvo en el caso del inc. final del art. 203 del Código Civil, que establece que *"se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que está privado, si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos".* Se trata de un verdadero perdón de esta especie de indignidad que tenía el padre o madre del hijo al cual se le había negado el reconocimiento en forma voluntaria, y que por consiguiente, había tenido que reclamar la filiación.

3.- EL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE COMO LEGITIMARIO.[157]

La incorporación del cónyuge sobreviviente como legitimario es quizás la mayor reforma que introdujo la Ley N° 19.585 al sistema sucesorio chileno. Hasta antes de la entrada en vigencia de la referida ley, el cónyuge sobreviviente no era legitimario y solo concurría como asignatario forzoso por su porción conyugal. Esta última asignación fue eliminada de nuestro sistema sucesorio.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, algunos autores requerían que el cónyuge sobreviviente tuviese la calidad de legitimario, sea porque se consideraba que al fallecer uno de los cónyuges el otro quedaba desprotegido,[158] sea

[157] Sobre los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente, ver : ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, "La situación sucesoria del cónyuge sobreviviente", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito*, t. 2, Edizioni dell'Orso, Alessandria, pp. 451-476.

[158] Así, TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p.190 sostiene que *"como consecuencia de las sucesivas reformas del Código Civil, el cónyuge sobreviviente empeoró su situación. Efectivamente, la introducción de la opción y de la mutabilidad de los regímenes de bienes del matrimonio (en los años 1934 y 1943) generó que el cónyuge sobreviviente ya no tuviera asegurada una situación alimentaria al menos equivalente a la porción conyugal. La situación del cónyuge sobreviviente en ausencia de gananciales quedaba en gran medida entregada a la buena voluntad del causante o de los hijos. La situación resultaba así peligrosa desde el punto de vista asistencial e injusta desde la perspectiva del cónyuge sobreviviente, porque muchas veces la separación total de bienes era simplemente una modalidad adoptada por razones prácticas (actuación frente a terceros) y en los hechos los bienes eran generados con el esfuerzo de ambos cónyuges".*

para facilitar la aplicación de las reglas de la sucesión por causa de muerte, particularmente por la problemática que planteaba la porción conyugal.[159]

La calidad de heredero se reservaba a los hijos, a los ascendientes y a los colaterales, y en ese orden, pues como bien indican los profesores DOMÍNGUEZ, a propósito de los órdenes de sucesión intestada *"la base con que se dieron las reglas de la sucesión intestada fue el deseo del legislador de favorecer a los parientes del difunto, de acuerdo con el orden natural de los afectos; pero respetando el orden social, como entonces se entendía. Dando satisfacción a estos principios, llama a los descendientes antes que a los ascendientes; a éstos antes que los colaterales, según la idea, apoyada en la experiencia, que el amor primero desciende, luego asciende y por último se extiende"*.[160]

I.- Cuantía de los derechos del cónyuge sobreviviente como legitimario.

Por aplicación del art. 1183, el cónyuge sobreviviente puede concurrir en el primer o segundo orden de sucesión intestada, según si lo haga con los hijos del causante; con los ascendientes del causante; o bien, sin hijos ni ascendientes del causante, presentándose diversas situaciones:

a.- Si concurre con un solo hijo del causante, la legítima se divide por mitades entre ese hijo y el cónyuge sobreviviente.

b.- Si concurre con dos o más hijos del causante, al cónyuge sobreviviente corresponde una porción que, por regla general, será equivalente al doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo. En todo caso, en concurrencia con hijos del

[159] Así, Fernando MUJICA BEZANILLA sostenía que *"creo que la porción conyugal puede ser suprimida de nuestro Código con manifiesta ventaja, dándole al cónyuge sobreviviente el carácter de legitimario…".* Esta opinión la manifestó en el prólogo de la tesis de RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudio Crítico de la Porción Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada en la Legislación Chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1961, p. 10.

[160] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 640.

causante, nunca el cónyuge sobreviviente llevará menos que una cuarta parte de la legítima.

c.- Si concurre con ascendientes del causante (no habiendo hijos o descendientes con derecho a representar al causante), la legítima se dividirá en tres partes, dos de las cuales corresponderán al cónyuge sobreviviente.

d.- Si no hay hijos o descendientes con derecho a representar al fallecido, ni tampoco ascendientes, el cónyuge sobreviviente llevará la totalidad de la legítima.

II.- El cónyuge sobreviviente como legitimario en el derecho comparado.

El derecho comparado no es pacífico en orden a concederle al cónyuge sobreviviente la calidad de legitimario. En general, los Códigos decimonónicos no incorporaron al cónyuge sobreviviente en esta calidad. En algunas legislaciones ni siquiera era considerado heredero, pues no tenía la calidad de pariente, y se estimaba que se encontraba protegido con los bienes que adquiría producto de la liquidación del régimen matrimonial.

Actualmente, sea a través de modificaciones legales, o porque han entrado en vigencia nuevos Códigos Civiles, al cónyuge sobreviviente se le han concedido derechos hereditarios, sea incorporándolo como asignatario en la sucesión intestada; dándole la calidad de legitimario; o bien, concediéndole un derecho preferente en la vivienda familiar, al fallecimiento de su marido o mujer. Es el caso de los Códigos Civiles de Brasil, Argentina, Bolivia, Paraguay y Perú.

El Código Civil francés ha avanzado en el otorgamiento de derechos hereditarios al cónyuge sobreviviente. Éste carecía de derechos hereditarios, tanto en la sucesión intestada como en la sucesión testada, por lo que no concurría en orden de sucesión alguno, ni tampoco era considerado heredero reservatario (legitimario), no obstante que parte de la doctrina abogaba por el otorgamiento de derechos en la sucesión del marido o

la mujer fallecido, como lo sostenían, por ejemplo, JOSSERAND,[161] LE BALLE,[162] DAGOT,[163] PEYRARD,[164] GRIMALDI (fundándose principalmente en la *"solidaridad familiar"*) [165] y CATALA DE ROTON.[166] Pero a comienzos del siglo XXI, se han dictado dos leyes que han modificado el Código Civil francés en esta materia, incorporando derechos hereditarios al cónyuge sobreviviente, como son la Ley N° 2001-1135, de 3 de Diciembre de 2001[167] y la Ley N° 2006-728, de 23 de junio de 2006.[168]

Sin embargo, hay otras legislaciones en que no se le han concedido al cónyuge sobreviviente derechos hereditarios, como por ejemplo, Uruguay, Colombia y Ecuador, que si bien contienen un sistema de asignaciones forzosas, y dentro de ellas a la legítima, el cónyuge sobreviviente no tiene la calidad de legitimario.[169] Ello no quiere decir carezca de derechos en la sucesión, de hecho los tiene, pero no como legitimario, sino como asignatario de la porción conyugal, que al igual como ocurría en Chile, tenía naturaleza alimenticia[170] y no sucesoria.

---

[161] JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, t. 3, Vol. 3, (Traducc. CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Santiago), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, p. 272-273.

[162] LE BALLE, Robert, "Réflexions sur la réforme de la quotité disponible entre époux", *Études Juridiques offertes á Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 259.

[163] DAGOT, Michel, "Le conjoint survivant, héritier réservataire ? ", *Recueil Dalloz*, N° 7, 1974, pp. 39-41.

[164] PEYRARD, Georges, *Le conjoint survivant. Etude critique de sa situation patrimoniale*, Thése pour le Doctorat en Droit, Lyon, Université Jean Moulin, 1975, pp. 375-381.

[165] GRIMALDI, *Droit Civil…,* ob. cit., p. 289.

[166] CATALA DE ROTON, Marie-Claude, *Les successions entre époux*, Economica, Paris, 1990, pp. 251-291.

[167] Como se reconoce en los arts. 756 y ss., concediéndole derechos en la sucesión intestada, dándole un derecho de pensión con cargo a la herencia y regulando derechos en la vivienda habitual de la familia. Sobre esta materia ver: MERVILLE, Anne-Dominique, "La réforme du statut du conjoint survivant par la loi N° 2001-1135 du 3 décembre 2001. Le conjoint est-il un membre à part entière de la famille?", *La semaine Juridique*, Édition Générale, N° 49, 4 décembre 2002, pp. 2159-2163 ; BEIGNIER, Bernard, "La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques. Le droit des successions, entre droits de l'homme et droit civil", *Droit de la famille*, 7° année, N° 2, février, 2002, pp. 4-11 ; PEREÑA VICENTE, Montserrat, "La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 679, Septiembre-Octubre de 2003, pp. 2866-2876.

[168] Al cual se hará referencia más adelante.

[169] Como se indicó en el título primero de la primera parte.

[170] Para algunos, según se verá.

III.- Las crisis matrimoniales y los derechos del cónyuge sobreviviente como legitimario.

Lo normal será que el cónyuge sobreviviente tenga derecho a la legítima cuando su marido o mujer haya fallecido. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, de 17 de mayo de 2004,[171] podría ocurrir que el cónyuge se encontrara en alguna de las situaciones descritas como de crisis matrimonial. En alguno de esos casos, los derechos del cónyuge sobreviviente podrían verse alterados. Por ello será necesario describir los derechos como legitimario del cónyuge sobreviviente ante una separación (de hecho o judicial), la nulidad del matrimonio y el divorcio con disolución de vínculo.

a.- Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente en caso de separación de hecho.

En caso de separación de hecho el cónyuge sobreviviente no pierde derechos en la sucesión del otro. El objeto de que se regulen las relaciones mutuas de los cónyuges y de éstos con los hijos es la única finalidad que persigue el establecimiento de la separación de hecho, pero no tiene ninguna incidencia en los derechos como legitimario del cónyuge sobreviviente. La única hipótesis en que el cónyuge separado de hecho pudiera perder sus derechos en la sucesión se produciría si fuere desheredado, en conformidad a lo dispuesto por los arts. 1207 y siguientes del Código Civil.

b.- Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente en caso de separación judicial.

El art. 26 de la L.M.C. señala que la separación judicial podrá demandarse por uno de los cónyuges por falta imputable al otro, y siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos y que torne intolerable la vida en común.

[171] En adelante L.M.C.

Un aspecto importante a destacar para el análisis de este tema, es que la separación judicial no pone término al matrimonio. Por ello, una vez declarada judicialmente la separación judicial, no se habilita al cónyuge para contraer nuevo matrimonio.

El efecto que se produce, como señala el art. 33 de la L.M.C., es que la separación judicial deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden.

¿Y qué ocurre con los derechos sucesorios de los cónyuges separados judicialmente? ¿Se ven afectados?

La regla fundamental se encuentra en el art. 35 de la L.M.C, que dispone que el derecho de los cónyuges a sucederse entre sí no se altera por la separación judicial. La razón de que los derechos sucesorios se mantengan, no obstante la separación judicial de los cónyuges, radica en que esta situación no genera la terminación del matrimonio.

Las causas de terminación del matrimonio están señaladas en el art. 42 de la L.M.C, dentro de las cuales no se encuentra la separación judicial. Es más, el propio art. 33 de la L.M.C ya señalado nos indica que declarada judicialmente la separación no se habilitaba a los cónyuges para contraer nuevo matrimonio, efecto que sólo es posible si el matrimonio se encuentra terminado.

No obstante lo anterior, el art. 35 de la L.M.C. establece una excepción, ya que aquél de los cónyuges que dio origen a la separación por su culpa pierde los derechos en la sucesión de su cónyuge. En este caso, el juez efectuará en la sentencia la declaración correspondiente, de la cual se dejará constancia en la respectiva subinscripción al margen de la inscripción matrimonial.

Esta no es la única forma en la cual el cónyuge que dio origen a la separación judicial puede perder los derechos en la sucesión. La otra manera por la cual se puede

generar el mismo efecto es a través del desheredamiento, particularmente por las causales señaladas en los números 1 y 2 del art. 1208.[172]

Sin embargo, existen ciertas ventajas para optar por la separación judicial (sobre todo si se considera que esta figura, como asevera CORRAL *"es una forma de separación con función alternativa al divorcio y no transicional o funcional a éste")*[173] en vez del desheredamiento:

i.- El momento en que se opta por cada alternativa. En el caso de la separación judicial, la solicitud se va a realizar en el juicio respectivo y tendrá que ser declarada la pérdida de los derechos en la sucesión en la propia sentencia. Pero además, la causal por la cual se puede pedir la pérdida de los derechos en la sucesión es amplia, ya que se limita a pedir solamente culpa en el cónyuge infractor.

El desheredamiento, por su parte, constituye una disposición testamentaria, luego requiere de testamento. Además, la causal de desheredamiento debe estar expresamente señalada en dicho acto jurídico y las causales son sumamente restrictivas. Como señala ELORRIAGA *"Se trata de situaciones de mucha gravedad y que requieren, por tanto, de hechos muy fuertes de parte del desheredado"*.[174]

ii.- La prueba de la causal. En efecto, si la separación judicial se decreta por culpa de uno de los cónyuges, dicha causal deberá ser probada en el propio juicio. Luego, acreditada que sea la causal, el juez deberá decretar la pérdida de los derechos sucesorios del cónyuge culpable en la propia sentencia.

---

[172] El art. 1208 N° 1 establece como causal para desheredar al que hubiere cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes. Por su parte, el N° 2 permite desheredar al que no hubiera socorrido al causante en estado de demencia o destitución, pudiendo.

[173] CORRAL TALCIANI, Hernán, "¿Puede ser la separación personal una alternativa al divorcio? Un análisis de la reciente ley chilena de matrimonio civil", *Gaceta Jurídica*, N° 320, 2007, p. 63.

[174] ELORRIAGA, *Derecho…,* ob. cit., p. 491.

La situación es diferente tratándose del desheredamiento. El art. 1209 del Código Civil expresa claramente que la causal de desheredamiento no valdrá *"si además no se hubiera probado judicialmente en vida del testador, o las personas a quienes interesare el desheredamiento no la probaren después de su muerte".* Luego, nuevamente se confirma el carácter excepcional de esta figura. Incluso la regla es que el desheredamiento no valga, salvo prueba en contrario de dicha causal. Por lo mismo, la prueba es sumamente difícil de aportar, particularmente si no hubo juicio entre el testador y el cónyuge desheredado.

Aun más, iniciado un pleito donde se discuta el desheredamiento, como un juicio en que se ventile la reforma del testamento, la prueba tendrá que ser aportada por los interesados en el desheredamiento. Así, los profesores DOMÍNGUEZ señalan que *"La oportunidad de la prueba llegará cuando el desheredado reclame de esa desheredación, mediante la acción de reforma de testamento. La disposición testamentaria que contiene el desheredamiento debe ser cumplida mientras el afectado por ella no reclame. Pero si éste pone en duda el desheredamiento, nada tendrá que acreditar, mientras los interesados en su desheredamiento no acrediten los hechos señalados por el testador. Por lo demás, procesalmente, quien afirma es quien debe probar el hecho, como norma general".*[175]

c.- La incidencia de la nulidad de matrimonio en la sucesión del cónyuge sobreviviente. El caso del matrimonio putativo.

Si el matrimonio adolece de un vicio de nulidad y ésta es declarada por sentencia judicial con anterioridad a la muerte de alguno de los presuntos cónyuges, entonces el sobreviviente no tendría ningún derecho en la sucesión debido a que en atención del efecto propio de la nulidad, los cónyuges vuelven al estado anterior a la celebración del matrimonio, es decir, serían solteros y su relación sería de concubinato, por lo tanto no otorga ningún derecho sucesorio.

[175] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho…,* ob. cit., t. 2, p. 1087.

El problema podría producirse cuando fallece uno de los presuntos cónyuges vigente un matrimonio que aún no ha sido anulado por sentencia judicial. El art. 42 de la L.M.C. señala que el matrimonio termina por sentencia firme de nulidad. Por su parte, el art. 50 de la L.M.C. señala que *"la nulidad produce sus efectos desde la fecha en quede ejecutoriada la sentencia que la declara"*. Por lo tanto, mientras no sea declarada la nulidad por sentencia judicial, el matrimonio sería perfectamente válido y por consiguiente si fallece uno de los presuntos cónyuges, el sobreviviente tendría derechos en la sucesión.

Pero puede ocurrir otro problema, esto es, que con posterioridad a la muerte de uno de los presuntos cónyuges, pudiera presentarse y acogerse una demanda de nulidad. En este caso, ¿Cuál es la situación sucesoria del supérstite?

En nuestro derecho la acción de nulidad por regla general sólo puede intentarse mientras vivan los presuntos cónyuges, según lo dispone el art. 47 de la L.M.C. Sólo por excepción, en dos casos puede intentarse la acción de nulidad de matrimonio una vez que haya fallecido uno de los cónyuges:

i.- En el caso de matrimonio celebrado en artículo de muerte, caso en el cual la acción le corresponde al cónyuge y a los herederos; y

ii.- En el caso de un matrimonio que adolezca del vicio de nulidad de existencia de vínculo matrimonial no disuelto, en el cual pueden ejercer la acción el cónyuge anterior o sus herederos.

En ambos casos, el plazo para ejercer la acción de nulidad prescribe en un año desde el fallecimiento del cónyuge. Luego, si no se ejerce la acción de nulidad en el plazo señalado se consolidan los derechos del presunto cónyuge sobreviviente, aunque operara alguna causal de nulidad.

Por el contrario, si se ejerce la acción de nulidad en el plazo señalado y se declara la nulidad del matrimonio, en virtud del efecto retroactivo de la nulidad, los cónyuges volverían al estado anterior a la celebración del matrimonio. Luego se considerarían

solteros y perderían los derechos en la sucesión que habían adquirido en conformidad a la ley.

Sin embargo, la situación no es tan clara, fundamentalmente porque la L.M.C. establece el llamado Matrimonio Putativo. El art. 51 de la L.M.C señala que *"el matrimonio nulo que ha sido celebrado o ratificado ante el Oficial de Registro Civil produce los mismo efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges"*. La importancia de esta institución radica fundamentalmente en los efectos que genera este matrimonio putativo, ya que a diferencia de lo que señala el art. 50 de la L.M.C, en donde se establece como regla general que los efectos del matrimonio declarado nulo se retrotraen a la época anterior a la celebración del matrimonio, en este caso, los efectos del matrimonio putativo no son retroactivos, sino inmediatos. Luego la nulidad declarada por sentencia judicial opera hacia el futuro.

En consecuencia, como señala FERNÁNDEZ, *"debe admitirse únicamente la conservación de los derechos sucesorios del cónyuge en aquel caso en que un matrimonio con apariencia de válido, aunque afectado de nulidad, se viera disuelto por muerte de uno de los esposos; en cuyo caso, el cónyuge supérstite, aunque realmente no sea cónyuge, adquiere la condición de viudo, y con ella, el derecho a suceder al premuerto en la parte que la ley señala"*.[176] Pero aún más, en caso que se ejerza la acción de nulidad por los herederos del cónyuge muerto en el plazo de un año desde la muerte y fuese declarada la nulidad por sentencia judicial, el cónyuge sobreviviente no perdería los derechos en la sucesión de su consorte, siempre que se encontrare de buena fe, y que así se hubiere señalado en la sentencia.

Por el contrario, si se prueba la mala fe de los cónyuges, el matrimonio será simplemente nulo y en consecuencia genera el efecto de hacer perder los derechos en la

[176] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2006, p.125.

sucesión del presunto cónyuge. En este caso, es de vital importancia la prueba de la mala fe, por cuanto, si ella no es acreditada, se aplica el principio general de la presunción de buena fe.[177] Pero además de probada la mala fe, es necesario que ella sea declarada así en la sentencia, según lo establece el art. 52 de la L.M.C. Esta declaración es de suma importancia. Así, la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, en sentencia de 21 de Septiembre de 2009,[178] confirmando una sentencia de nulidad de matrimonio por la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto, revoca un acápite de la misma, por cuanto en primera instancia, no obstante haberse probado la mala fe de la demandada (que era la segunda mujer del bígamo), dicha mala fe no había sido declarada en la sentencia. Es así como dicha Corte señala que *"la demandada contrajo matrimonio estando de mala fe y sin que le asista justa causa de error, por lo que no se conceden a la demandada los derechos que le corresponderían en calidad de cónyuge putativa".* Ello equivale a sostener que no se conceden a la segunda presunta cónyuge, los derechos en la sucesión de su presunto marido.

En consecuencia, en estos casos excepcionales, es posible que aun cuando el matrimonio haya sido declarado nulo, el sobreviviente pueda heredar a su presunto marido, en virtud de los efectos que establece la institución del matrimonio putativo. Opinión contraria sostiene ABELIUK, quien señala que *"si se anuló el matrimonio, y aun cuando éste fuera declarado putativo, el cónyuge sobreviviente no tiene derecho a legítima, ni tampoco derecho en la sucesión abintestato del cónyuge difunto"*.[179]

---

[177] Por ejemplo, La CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, en sentencia de 18 de Noviembre de 2009, rechazó un recurso de apelación en contra de una sentencia de primera instancia que había acogido la acción de nulidad de un matrimonio pero en la cual no se había probado la mala fe. Así, el considerando cuarto expresa que *"Que, en estas condiciones, como además no se ha rendido prueba que permita destruir la presunción de buena fe y arribar al convencimiento que ambos cónyuges carecían de ella al momento de contraer el vínculo, necesariamente debe concluirse que el matrimonio celebrado entre el actor Petronio Romo Stuart y doña Sylvia del Carmen Moreno Muñoz produjo efectos civiles hasta el momento en que su nulidad fue declarada por sentencia judicial ejecutoriada"*. westlaw CL/JUR/3999/2009.

[178] En westlaw CL/JUR/1245/2009.

[179] ABELIUK, *La filiación…,* ob. cit., t. 2, p. 635.

d.- Los derechos sucesorios del cónyuge divorciado.

El art. 42 de la L.M.C dispone que el matrimonio termina por sentencia firme de divorcio. Por lo tanto, una vez que quede firme una sentencia que declare el divorcio, el ex cónyuge pierde los derechos en la sucesión del otro. Por lo demás, así lo establece expresamente el art. 60 de la L.M.C.

El problema se produce si fallece uno de los cónyuges pendiente el juicio de divorcio, y acá habrá que analizar tanto problemas de forma como problemas de fondo. Nos referiremos sólo a este último aspecto.[180]

En España, algunos autores han señalado que no obstante fallecer uno de los cónyuges mientras se encuentra pendiente un juicio de divorcio, de igual modo se debe acoger dicha acción. Así, ZANON opina que *"los herederos podrán continuar la demanda de divorcio o la reconvención formulada por el causante a los efectos de la legítima del cónyuge viudo"*.[181] Por lo tanto, de acuerdo a esta tesis, debe continuarse la acción hasta que se dicte sentencia y si ella es acogida, se extinguen el derecho a la legítima del cónyuge sobreviviente por haber operado la causal de terminación de matrimonio de divorcio.

No compartimos esta opinión por las siguientes razones:

i.- Las causales de terminación del matrimonio, por su propia naturaleza son taxativas y excluyentes entre sí, de manera que el matrimonio no puede terminar sino por una causa. LACRUZ señala que *"si la muerte de uno de los esposos es el modo natural de disolución del matrimonio, una vez acaecida ya no queda espacio al modo legal de disolución"*.[182]

ii.- El estado civil es un atributo de la personalidad, y como tal es uno e indivisible, en el sentido que un mismo individuo no puede tener dos o más estados civiles emanados de

[180] Sobre este tópico, véase BARRÍA PAREDES, Manuel, "La muerte de uno de los cónyuges pendiente el juicio de divorcio", *Estudios de Derecho Civil IV* , Legal Publishing, 2009, p. 159-171.

[181] ZANON MASDEU, Luis, *El divorcio en España: Ley de 7 de julio de 1981*, Acervo, Madrid, 1981, p. 398.

[182] LACRUZ VERDEJO, José Luis, *Elementos de derecho civil*. *Familia*, t. 4, 4° edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 92.

los mismos hechos. Por consiguiente, no puede existir respecto de una misma persona dualidad de estados civiles provenientes de una misma fuente. Una persona no puede tener a la vez el estado civil de viudo y divorciado.

iii.- Producido uno de los hechos que dan lugar a la terminación del matrimonio se producen efectos absolutos, de manera que habiendo operado de pleno derecho la causal de terminación del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, no corresponde declarar judicialmente el divorcio de un vínculo matrimonial ya extinguido.

En el mismo sentido RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA, como Abogado Integrante de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, redactó una sentencia en esta materia el 22 de agosto de 2006, señalando que *"si, conforme a la definición del artículo 102 del Código Civil, el matrimonio es un contrato, a él es aplicable el principio de que los contratos sólo pueden terminar por una sola causa, de modo que si en el caso, antes de declararse el divorcio por sentencia ejecutoriada, ha precedido la extinción por la muerte del marido, no resulta procedente volver a declararlo terminado por la causal de divorcio".*[183]

iv.- El objeto del juicio de divorcio carece de sentido. En efecto, lo que se pretendía con la acción de divorcio era precisamente terminar con el matrimonio, lo cual ya ocurrió con la muerte de uno de los cónyuges. Así, PLANIOL y RIPERT sostenían que *"siendo el objetivo del divorcio romper una unión de imposible prolongación, la muerte produce los mismos resultados, evitando el escándalo de un pleito".*[184]

Esta solución no deja de llamar la atención. Como indica ELORRIAGA, *"Aceptando que el rigor técnico impone esta conclusión, no puede menos que observarse que si uno de los cónyuges fallece durante el pleito de divorcio ocurre que muere casado. Siendo así, como se ha dicho, conserva intactos la totalidad de los*

[183] Sentencia no publicada. Rol N° 2559-2006, CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 22 de Agosto de 2006, caratulada *"Tardón con Vega"*, sentencia redactada por el abogado integrante Ramón Domínguez Águila en acuerdo con los Ministros Señores Guillermo Silva y Juan Villa.

[184] PLANIOL, Marcel; RIPERT, George., *Tratado práctico de Derecho Civil*. t. 2, Cultural, Habana, 1946, p. 423.

derechos hereditarios que le corresponden en la sucesión de su marido o mujer. Esto no deja de ser irónico, ya que puede tratarse de un divorcio solicitado de común acuerdo, en donde ambos cónyuges consienten y están conformes con poner término al vínculo, pero si uno de ellos muere durante el juicio el sobreviviente podrá comprobar que más le vale ser viudo que divorciado".[185]

Sin embargo, hay un aspecto que ha sido discutido en Tribunales en un caso concreto: declarado un divorcio por sentencia de primera instancia, esta fue apelada y confirmada por la respectiva Corte de Apelaciones. Antes que dicha sentencia se encontrara ejecutoriada, falleció una de las partes en el respectivo juicio. No obstante aquello, la sentencia fue subinscrita al margen de la inscripción matrimonial respectiva. De esta situación surgen una serie de problemas:

* Actitud del Servicio de Registro Civil ante la solicitud de subinscripción. De acuerdo al art. 19 de la Ley sobre Registro Civil *"La subinscripción que se haga para cumplir lo resuelto judicialmente, será anotada al margen de la respectiva partida…",* de manera que si es presentada una copia de sentencia que declara el divorcio, el Oficial de Registro Civil, con el mérito de lo acompañado debe proceder a subinscribir al margen de la inscripción de matrimonio correspondiente.

Ahora bien, si con posterioridad se presenta solicitud de rectificación de esa subinscripción al Servicio, incluso acompañando certificado de defunción del cónyuge fallecido, el Registro Civil no puede por la vía administrativa ordenar la rectificación de aquélla, debido a que la primitiva solicitud no contenía omisiones ni errores manifiestos, de acuerdo al art. 17 de la Ley de Registro Civil. La única forma de alterarla es en virtud de una sentencia judicial ejecutoriada, como lo señala la propia norma antes citada.

* Procedimiento judicial para obtener dicha rectificación.

[185] ELORRIAGA, *"*La situación sucesoria… *"*, art. cit., p. 465.

- En cuanto a la naturaleza de la acción. Es importante determinar cuál será la acción a ejercer en este caso, ya que podemos reducirla a dos:

I.- Una acción de modificación de estado civil.

II.- Una acción que declare un estado civil existente.

En este caso, parece lógico que no se puede ejercer una acción solicitando la modificación del estado civil de divorciado al de viudo. Este estado se adquirió por el sólo hecho de la muerte del cónyuge antes que quedara firme la sentencia que declaró el divorcio, y el matrimonio no puede terminar por dos causales distintas. De tal manera que se debe ejercer una acción por la cual se solicite que se declare un estado civil existente, en este caso, el estado civil de viudo.

- Tribunal competente y procedimiento. El art. 8 N° 9 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia le otorga competencia para conocer de las acciones que digan relación con la constitución o modificación del estado civil. Esto último es de vital importancia, ya que relacionando con lo señalado precedentemente respecto de la naturaleza de la acción a deducir, el Tribunal de Familia no es competente para conocer de esta acción declarativa de estado civil, sino que debe tramitarse ante el Juzgado Civil competente. Ahora bien, en cuanto al procedimiento, optamos por el ordinario.

* La sentencia. Debe limitarse a declarar el estado civil correspondiente, en el caso señalado el de viudo o viuda y ordenar al Servicio de Registro Civil que subinscriba esta nueva sentencia al margen de la inscripción de matrimonio. Así se ordenó por el Segundo Juzgado Civil de Concepción, en causa Rol 5.722-2009 caratulado *"Gatica con Zamora y otros"*, en sentencia de 6 de Septiembre de 2010, confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 15 de Julio de 2011.[186]

[186] Sin embargo, esta sentencia contiene un voto de minoría del Ministro Sr. Diego Simpértigue, quien estimó que la sentencia de primera instancia debía ser revocada. Ambas sentencias no han sido publicadas.

La circunstancia de que se termine el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges y no por sentencia que declare el divorcio genera importantes consecuencias sucesorias, ya que si termina por la primera causa, el viudo sucederá como legitimario al cónyuge causante; en caso contrario, se produciría el efecto que genera el art. 60 de la L.M.C., entonces, el ex cónyuge vivo perdería los derechos en la sucesión del causante.

IV.- El derecho de atribución preferencial del cónyuge sobreviviente y su calidad de legitimario.

La Ley N° 19.585 introdujo un nuevo numeral al art. 1337 del Código Civil, estableciendo un derecho de atribución preferencial a favor del cónyuge sobreviviente. En efecto, el N° 10 dispone que *"Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto…"*

En virtud de este derecho, se asegura que al fallecer el consorte, el cónyuge sobreviviente no quede desvalido. Ello soluciona el problema que se generaba con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley, puesto que al fallecer uno de los cónyuges, el otro tomaba la calidad de comunero con los otros herederos del causante, y muchas veces, como no había acuerdo respecto del destino del inmueble, por las reglas generales en materia de partición, dicho inmueble era sacado a remate, y con el producto de ello, se pagaba a cada uno de los comuneros, quedando por lo tanto el cónyuge en el más absoluto desamparo.[187] Este derecho sólo lo ostenta el cónyuge sobreviviente. No lo

[187] Como indica DOMÍNGUEZ, "Las reformas…", art. cit, p. 89, *"en la atribución preferencial de la ley 19.585 se trata de asegurar al cónyuge sobreviviente y sólo a él, el mantenimiento de las condiciones de vida que, hasta el fallecimiento de su marido o mujer, tenía. Si se tiene presente la realidad en que hoy se desenvuelve mayoritariamente el fenómeno sucesoral, esa finalidad está plenamente justificada. El promedio de vida existente determina que cuando fallece el causante su cónyuge sobreviviente es ya una persona de avanzada edad, que no está en condiciones de alterar sus formas de vida y para abandonar la*

tiene ningún otro legitimario, lo que demuestra la intención del legislador de dar una protección privilegiada al cónyuge sobreviviente.

V.- Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente y la porción conyugal.

a.- Su regulación en el Código Civil.

El Código Civil integraba como Asignación Forzosa a la porción conyugal, en el número 2 del art. 1167. Se definía en el art. 1172 como *"aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación"*. Se puede ver entonces, que por una parte esta porción conyugal era un derecho de carácter sucesorio, pues sólo se enteraba una vez que el causante fallecía. Pero el hecho de tener dicho carácter no transformaba al cónyuge sobreviviente en heredero. Incluso, tratándose de la sucesión intestada, el cónyuge sobreviviente sólo se transformaba en heredero cuando concurría en el segundo orden de la sucesión regular, pues cuando concurría con los descendientes legítimos en el primer orden de la sucesión regular, sólo lo hacía por su porción conyugal.

Ello traía una consecuencia práctica muy importante, pues el cónyuge sobreviviente no tenía responsabilidad en las deudas de su marido o mujer, pues como no era heredero, no era continuador de la persona del causante y por consiguiente, no sucedía en las obligaciones transmisibles del *de cujus*, según lo imponen los arts. 951 y 1097 del Código Civil. Luego, su responsabilidad era sólo subsidiaria según lo indicaba el art. 1180.

El cónyuge sobreviviente por lo tanto, se encontraba protegido desde un punto de vista de los derechos sucesorios de su marido o mujer, pues se le otorgaba sea que no

---

casa donde ha vivido y alterar sus costumbres es un modo de comenzar a morir a su vez". En el mismo sentido MUÑOZ SÁNCHEZ, Andrea, "Aspectos sucesorios de la reforma", *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley n° 19.585*, Universidad de Chile, 1999, p. 145.

tuviere bienes, sea que los que tuviere no fueren de tanto valor, pues el art. 1176 le otorgaba un derecho de complemento a título de porción conyugal.

Si bien la porción conyugal surgía con la muerte de uno de los cónyuges, no era una asignación hereditaria. Es más, constituía una baja general de la herencia. Ello quedaba de manifiesto en una nota de Bello en el proyecto de 1841, en el cual indicaba que *"En virtud de este inciso y del artículo que sigue no se consideraría la porción conyugal como una asignación a título universal, ni el cónyuge que la recibiese, como heredero. Una cuota de los bienes existentes y conocidos al tiempo de la muerte, no es una cuota de todo el patrimonio. Si acreciesen algunos bienes a la sucesión, el cónyuge sobreviviente no participaría de este lucro a título de porción conyugal. Si, por el contrario, apareciesen deudas o recayesen nuevos gravámenes sobre la sucesión, no se debería tocar la porción conyugal, sino en el caso de ser llamados a contribución los legatarios. Y parece natural hacerlo así, porque la congrua sustentación del viudo o viuda debe valuarse por el valor del patrimonio al tiempo de fallecer la persona de cuya sucesión se trata".*

Por estas razones entonces, había claridad en que esta asignación tenía naturaleza alimenticia, a lo menos hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 10.271. Sin perjuicio de ello, en pocas ocasiones se enteraba la porción conyugal, puesto que el régimen matrimonial al que se acudía por los cónyuges era generalmente el de sociedad conyugal. Ello generaba que al momento de disolverse el matrimonio había que liquidar la sociedad conyugal, y por lo tanto, el cónyuge sobreviviente recibía los gananciales producto de esa liquidación. Se consideraba, por lo tanto, que el cónyuge sobreviviente no quedaba en un estado de carecer de lo necesario para su manutención y, en consecuencia, dicha asignación forzosa tenía una escasa aplicación práctica, quizás sólo limitado a algunos casos en que el régimen matrimonial era el de separación de bienes.

Pero además traía consigo diversos problemas de interpretación, como por ejemplo, determinar el cálculo de la porción conyugal. Por ello SOMARRIVA, 100 años después de la dictación del Código Civil indicaba que *"lo aconsejable, entonces, es*

eliminar la porción conyugal y transformar al cónyuge en legitimario".[188] Ello en definitiva ocurrió con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, en una reforma que generó satisfacción en la doctrina[189], y que si bien eliminó la porción conyugal como Asignación Forzosa otorgó al cónyuge sobreviviente como la calidad de legitimario, sin perjuicio de incluirlo en el primer y segundo orden de la sucesión intestada.

b.- La porción conyugal en el derecho comparado. En especial los códigos civiles latinoamericanos, pertenecientes al modelo de Bello.

En la legislación comparada, hay algunos países en que esta asignación forzosa se mantiene, sin otorgarle por lo tanto, la calidad de legitimario al cónyuge sobreviviente. Por ejemplo Uruguay, que en esta materia siguió el Código Civil chileno, enumera en el art. 870 de su Código Civil a la porción conyugal como asignación forzosa, definiéndola en el art. 874 de la misma manera que lo hacía nuestro art. 1172. Lo mismo ocurre con el Código Civil de Colombia, que en el art. 1226, luego de definir a las asignaciones forzosas, indica que una de ellas es la porción conyugal, con una regulación pormenorizada en los arts. 1230 y ss. Finalmente, Ecuador también contiene como asignación forzosa a la porción conyugal, regulada en los arts. 1196 y ss.

Estas legislaciones no han modificado sustancialmente su sistema sucesorio. Sólo se han agregado nuevos asignatarios de legítimas o mejoras, particularmente para igualar los derechos de los hijos sea cual sea el origen de la filiación. Pero respecto del cónyuge sobreviviente se mantiene su asignación forzosa de porción conyugal, y no tiene la calidad de heredero, posición que hoy ocupa en nuestro sistema sucesorio.

---

[188] SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Evolución del Código Civil chileno (Homenaje al centenario de su promulgación)*, Santiago, Editorial Nascimiento, 1955, p. 394.

[189] Véase, DOMÍNGUEZ, "Las reformas…", art. cit., p. 85; RAMOS PAZOS, René, "Análisis crítico de la Ley N° 19.585", *Revista de Derecho Universidad Austral*, n° 10, 1999, p. 133; MUÑOZ, "Aspectos sucesorios…", art. cit., p. 141; MARTINIC GALETOVIC, María Dora, "Modificaciones introducidas al régimen sucesorio por la Ley N° 19.585", *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta*, N° 5, 1999, pp. 177-178.

CAPÍTULO III. “La protección de la legítima en el Código Civil”.

En este capítulo que se encuadra dentro de la descripción que se efectuado respecto de la legítima como asignación forzosa, hemos querido tratar como una materia independiente lo relativo a la protección de la legítima. Dejamos constancia también que muchas reglas de protección de la legítima se aplican también a la cuarta de mejoras como asignación forzosa. Pero no lo trataremos en un título aparte, porque en realidad, la asignación forzosa por excelencia es la legítima, y es a esa asignación a la cual el Código le ha querido dar una protección preponderante. Por lo demás, como tendremos la oportunidad de apreciar, la mejora tiene una regulación diferente, por cuanto como lo hemos indicado incansablemente, en nuestro país constituye una asignación forzosa independiente y distinta de la legítima.

1.- EL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA.

La definición de la legítima que da el código civil nos ha llevado anteriormente a discutir respecto de la naturaleza de ella, a fin de determinar si efectivamente es o no parte de la herencia. Siguiendo los precedentes históricos de la legítima, que la considera como un límite a la libertad de testar, se han establecido medidas de protección de ella, a través del principio de la intangibilidad.

Si se considera que la legítima es parte de la herencia, y por consiguiente no constituye un límite a la libertad de testar, no tendría razón de ser este principio. Así, ROCA-SASTRE señala que *“En el sistema legitimario de reserva, que en estado de pureza absoluta no rige actualmente en legislación alguna, ni siquiera en Francia, Italia y Suiza, huelga intangibilidad legitimaria, pues en dicho sistema la legítima es una quota pars reservata, que por la muerte del causante hace tránsito automáticamente o ipso iure a los legitimarios, por constituir una porción de bienes sustraída a la*

disponibilidad del de cuius, quien carece de toda autonomía, ya que dicha parte hereditaria pasa en bloque a los reservatarios".[190]

Señalamos en su oportunidad que la legítima podía ser analizada desde dos puntos de vista. Por una parte se puede considerar a la legítima como un derecho (legítima formal), pero además es posible concebirla desde un punto de vista de su contenido (legítima material).

La legítima es intangible tanto sea considerada como derecho cuanto a su concreción, es decir, los legitimarios tienen un derecho a su legítima desde un punto de vista del *quantum*. Es la ley la que fija la cuota que le corresponde a cada uno de los legitimarios, y por lo tanto la legítima será intangible desde un punto de vista *"cuantitativo"*.

Pero también hay que apreciar a la legítima desde un punto de vista de su contenido, ya que ella podrá ser satisfecha con bienes hereditarios, consagrándose una intangibilidad *"cualitativa",* la cual puede sufrir tensiones, particularmente si se permite que dicha legítima se pueda enterar mediante asignaciones a título singular, como son los legados e incluso mediante donaciones. Además es posible que el propio causante señale los bienes específicos con los cuales se pagará la legítima, mediante la partición hecha por él.

2.- LA INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA DE LA LEGÍTIMA.

Hemos hecho referencia más atrás a la cuantía de la legítima, que en términos generales equivale a la mitad de la herencia, aplicándose en cuanto a su distribución entre los respectivos legitimarios las reglas de la sucesión intestada, particularmente lo relativo a los dos primeros órdenes de sucesión. A esa cuantía se destina esta protección que relataremos.

[190] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, t. 2, Bosh, Barcelona, 1997, p.85.

I.- La protección de la legítima.

El Código Civil dispone de diversas instituciones que tienen por objeto proteger la legítima desde el punto de vista del *quantum*. Sin embargo, también se verá que existe un aspecto no regulado y que podría dar origen a agresiones *"legales"* de la legítima, que complica la forma de protección.

a.- La colación o formación del primer acervo imaginario. *"Se trata de una operación establecida por la ley para proteger las legítimas, que consiste en acumular en valor (no materialmente) a la masa hereditaria las donaciones que el causante haya hecho en vida a algunos legitimarios en desmedro de los demás, imputando dichas donaciones a la legítima de los donatarios".*[191] Se encuentra regulado en el art. 1185 del Código Civil.

Mediante este sistema, el legislador protege al legitimario de donaciones que el causante haya hecho en favor de otro legitimario para perjudicar en sus derechos a los demás. Para ello se recompone valorativamente el patrimonio del causante, agregando imaginariamente las donaciones hechas a otro legitimario, a objeto de que se hagan las operaciones aritméticas que ordena el art. 1184 del Código Civil, y en definitiva, no se perjudique cuantitativamente la asignación del legitimario.[192]

Sin embargo, como bien señala ELORRIAGA *"este sistema de acumulaciones imaginarias resultaría en verdad insuficiente si no se encontrara debidamente complementado con un sistema de imputaciones".*[193] Por ello, una vez que se acumulan imaginariamente el valor de dichas donaciones y se determina la cuantía de la legítima y de la mejora, es necesario imputar a dicha legítima o mejora la donación que el causante realizó a favor del otro legitimario. Así entonces se protege cuantitativamente la legítima

[191] RAMOS, *Sucesión*…, ob. cit., p. 124.

[192] Sobre la colación o formación del primer acervo imaginario ver por todos: DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, pp. 985-1025; RAMOS, *Sucesión*…, ob. cit., pp. 124-125; SOMARRIVA, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, pp. 392-402; ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., pp. 443-458; RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 1, pp. 338-347.

[193] ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., p. 444.

de todos los legitimarios, reconociéndose el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima y el principio de igualdad que debe existir entre todos los legitimarios.

b.- La formación del segundo acervo imaginario. Este se constituirá cuando se hayan hecho donaciones irrevocables a terceros. Si dichas donaciones se hicieron a otros legitimarios, no se forma este acervo, sino sólo el primero, al cual ya hemos hecho referencia. Por lo tanto, la protección de la legítima no radica ya en las donaciones que se hicieran a otros legitimarios, sino que se protege esta asignación frente a donaciones que se hicieron a terceros.

Ahora bien, el Código Civil permite que el causante pueda hacer donaciones irrevocables a terceros. De hecho las donaciones irrevocables tienen regulación en el Código Civil, en los arts. 1386 y ss., donaciones que en todo caso se pueden hacer con cargo a la cuarta de libre disposición. Si dichas donaciones no exceden la cuarta de libre disposición no se plantea problema alguno, y no tiene razón de ser la formación del segundo acervo imaginario. Incluso puede ocurrir que siendo las donaciones excesivas, se forme el segundo acervo imaginario, y éste va a producir el efecto de limitar la parte de libre disposición, o sea, de disminuir ésta.[194]

Pero puede ocurrir que esas donaciones sean de tal modo excesiva que excedan la cuantía de lo que el testador pueda disponer libremente, afectando y lesionando la legítima y la mejora. Es ahí entonces cuando se protege las asignaciones de los legitimarios y por lo tanto, es necesario, para preservar el patrimonio del causante, que se restituya lo excesivamente donado, caso en el cual acudiremos a la acción de inoficiosa donación, la cual la veremos a propósito de la intangibilidad cualitativa de la legítima.

[194] SOMARRIVA, *Derecho*…, ob. cit., p. 405.

c.- La legítima goza de preferencia para su pago. Según se desprende del art. 1189, antes del pago de cualquier otra asignación, se debe pagar la legítima. Es decir, si el *quantum* de lo que se ha dado en razón de la legítima no alcanza a cubrirla en su totalidad, la diferencia se puede obtener de otras asignaciones, como la conferida con cargo a la cuarta de libre disposición.

d.- La legítima no puede ser objeto de modalidades o gravámenes. Se trata de una regla impuesta por varias legislaciones. Así, el Código Civil argentino, en su art. 3598 dispone que *"El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este Título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas"*. El Código Civil español sigue el mismo principio, al establecer en el inc. 2 del art. 813 que *"(El testador) Tampoco podrá imponer sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie…"*.

El Código Civil chileno contiene una regla similar en el art. 1192, el cual indica que *"La legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno"*. La justificación de esta norma obedece a que la legítima, desde un punto de vista cuantitativo es considerada como un derecho. Si se permitiera el establecimiento de modalidades respecto de la legítima, sería de estilo estipularlas en el testamento con el objeto de violar este derecho que les corresponde a los legitimarios, a fin de favorecer a uno en perjuicio de otro o simplemente para favorecer a un extraño en la sucesión. Se prohíbe cualquier clase de modalidad, incluso aquellas que favorecen a todos los legitimarios. Se trata, como señalan los profesores DOMÍNGUEZ, de un derecho *"absoluto"*.[195] Sin embargo, esta regla presenta excepciones, algunas aparentes y otras reales:

[195] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit, t.2, p. 940.

i.- En la Ley general de bancos. El art. 86 indica que *"Los bancos podrán desempeñar las siguientes comisiones de confianza: 7) Ser administradores de los bienes que se hubieren donado o que se hubieren dejado a título de herencia o legados a capaces o incapaces, sujetos a la condición de que sean administrados por un banco. Podrán sujetarse a esta misma forma de administración los bienes que constituyan la legítima rigorosa, durante la incapacidad de un legitimario. Las facultades del banco respecto a dichos bienes serán las de un curador adjunto cuando no se hubiere establecido otra cosa en la donación o en el testamento"*. Sobre esta norma se ha discutido en doctrina respecto de si verdaderamente constituye o no una excepción a la regla de que la legítima no puede estar sujeta a modalidades.

Así, SOMARRIVA indica que esta regla constituye una excepción, ya que sería posible dejar la legítima que corresponde a un incapaz, en administración de un banco. Señala que *"Esta excepción fue establecida con muy buen espíritu y gran previsión. El testador ve que el legitimario es incapaz y teme que el representante legal que tendría normalmente –ya sea padre o madre- puede dilapidar los bienes del legitimario. Por eso la ley lo faculta para disponer que un banco administre la legítima de un incapaz"*.[196] En el mismo sentido RODRÍGUEZ[197] y RAMOS.[198]

Por el contrario, hay otros autores que estiman que en realidad, esta norma no constituye excepción alguna a que la legítima no puede estar sujeta a modalidad. Así, los DOMÍNGUEZ indican que *"al entregar la administración de los bienes que enteran la legítima a un banco, no está imponiendo una condición o gravamen a dicha asignación. Ni la adquisición, ni el ejercicio, ni la extensión de la legítima queda alterada por la disposición testamentaria. Se trata únicamente de reemplazar el administrador normal de los bienes del incapaz, por un banco, estimando el legislador que hay en ellos ventajas para el incapaz, antes que trabas"*.[199] De igual forma opina ELORRIAGA.[200]

---

[196] SOMARRIVA, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 382.
[197] RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 1, p. 324.
[198] RAMOS, *Sucesión*…, ob. cit., p. 123.
[199] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit, t. 2, p. 940.

ii.- El derecho de atribución preferencial. No obstante que esta figura se encuentra desarrollada en materia de partición de bienes, no es menos cierto que se trata de un derecho de carácter sustantivo, que puede tener influencia en la materia que estamos tratando.

Este derecho se encuentra regulado en el art. 1337 N° 10 del Código Civil. Así entonces, el cónyuge sobreviviente, al concurrir como legitimario en la sucesión del *de cujus*, tiene derecho a que se le adjudique preferentemente el inmueble que sirva de vivienda principal de la familia y los bienes muebles que lo guarnecen. No existe mayor problema si el inmueble le es adjudicado en propiedad, ya que se entiende que el resto de los legitimarios no se ven perjudicados en su legítima.

El problema se presenta cuando se le adjudican dichos bienes al cónyuge sobreviviente, constituyéndose a su favor un derecho de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y lo más relevante *"vitalicios"*, esto es, por toda la vida del cónyuge sobreviviente.

En este caso, los demás legitimarios pueden ver afectado su derecho a la legítima, porque si bien lo mantienen, lo cierto es que no pueden gozar de él. Puede ocurrir que trascurra un largo espacio de tiempo antes que el cónyuge sobreviviente muera para que recién los demás legitimarios puedan acceder a los bienes adjudicados anteriormente. La legítima de los demás legitimarios está entonces sujeta a un verdadero plazo en cuanto a su adquisición y goce, lo cual se contradice con lo expresado en el art. 1192 del Código Civil, no obstante ser una limitación de carácter legal.

La doctrina en general no se ha pronunciado sobre este problema, salvo la opinión de algunos autores. Así, ELORRIAGA sostiene que *"Este derecho de adjudicación preferente a favor del cónyuge sobreviviente, en los hechos, puede llegar a ser un serio gravamen sobre las legítimas, especialmente por la posibilidad que se le*

[200] ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit, pp. 415-416.

confiere al cónyuge sobreviviente para que se constituya en su favor derechos de uso o habitación en los bienes que no le sean adjudicados en propiedad".[201] En el mismo sentido COURT, quien indica que este derecho es una excepción a la regla del art. 1192 del Código Civil.[202] Incluso CORRAL indica que el legislador *"hace lo que prohíbe al testador: imponer un gravamen a la legítima de los descendientes o ascendientes, según los casos".*[203]

Y sobre esta adjudicación preferencial que tiene el cónyuge sobreviviente, particularmente cuando es otorgado como derecho de uso y habitación, hay autores que han cuestionado su constitucionalidad, en el sentido que atentaría contra el derecho de propiedad[204] que tendrían los demás herederos sobre sus derechos en la sucesión, particularmente la de los hijos o los ascendientes en la sucesión de su padre o su

[201] ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit. p. 416.

[202] COURT MURASSO, Eduardo, "El derecho de adjudicación preferente en la nueva regla 10° del artículo 1337 del Código Civil", en: *Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar, Cuadernos de extensión jurídica*, Universidad de los Andes, N° 4, 2000, p.160.

[203] CORRAL TALCIANI, Hernán, *La vivienda familiar en la sucesión del cónyuge*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 147.

[204] Así, RODRIGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 2, p. 374, quien sostiene que *"al momento de la delación de la herencia quedan establecidos los derechos de los asignatarios. Cada uno de ellos adquiere el dominio de su asignación, quedando pendiente la singularización de la misma cuando concurre con otros herederos, todo lo cual se resolverá de la manera estudiada, entre las cuales se halla el proceso particional. ¿Puede el partidor rebajar los derechos de los demás asignatarios para favorecer a uno de ellos, lesionando, como es obvio, los derechos adquiridos al abrirse la sucesión? Si este derecho se hubiere establecido como parte de la asignación, su legitimidad constitucional sería indiscutible, pero de la manera en que se consagró, resulta claramente violatorio del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República que ampara y protege el derecho de dominio".* Opinión contraria sustenta CORRAL, *La vivienda*…, ob. cit., p. 167, quien señala que *"el privilegio de la adjudicación preferente del cónyuge en la sucesión del causante es una institución legal que puede ser fundada constitucionalmente en el deber del Estado de dar protección a la familia y, en particular, a la proyección de la solidaridad conyugal posterior a la muerte de uno de los consortes. Como fines constitucionales concurrentes puede reconocerse la tutela del interés en conservar el honor matrimonial y, aunque en forma eventual e indirecta, la de garantizar el derecho a la vivienda".* A la misma conclusión llega BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, en "Atribución preferente de la vivienda familiar: posibles objeciones de constitucionalidad", en *Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar, Cuadernos de extensión jurídica*, Universidad de los Andes, 2000, p. 173. Por lo tanto, la justificación constitucional del derecho de atribución preferente se encuentra no en la protección del derecho de propiedad, sino en el interés de la familia, reconocido por la propia Constitución.

descendiente respecto de los derechos del cónyuge sobreviviente, reconocido en el art. 19 N° 24 de la Constitución.

Pero también se ha cuestionado esta institución en atención a la violación del principio de igualdad[205] que existe entre todos los herederos en la sucesión,[206] el cual también estaría consagrado en la Constitución, al establecer la igualdad ante la ley, en el art. 19 N° 2.

e.- Los pactos sobre sucesión futura adolecen de objeto ilícito. El art. 1463 del Código Civil expresa que *"El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona. Las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima o a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título De las asignaciones forzosas".* Y la única convención

[205] Así CAPRILE BIERMANN, Bruno, en "El derecho de adjudicación preferente: comentario del artículo 1337 N° 10 del Código Civil", *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 7, 1999, p.53, sostiene que *"nos parece criticable que el legislador, después de definir en abstracto la cuantía de los derechos que considera adecuados para el cónyuge sobreviviente (el doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo, o una cuota igual a la legítima rigorosa o efectiva del hijo, si éste es uno solo, con un mínimo equivalente a la cuarta parte de la herencia), altere la regla que él mismo había impuesto, asignándole derechos de uso o habitación gratuitos y vitalicios. ¿Qué sentido tiene la regla abstracta si ésta será alterada cada vez que el cónyuge sobreviviente pueda invocar en su favor los derechos de uso o habitación gratuitos y vitalicio? En este sentido se vulnera la igualdad en valor, puesto que el cónyuge sobreviviente, al beneficiarse de los derechos de uso o habitación gratuitos y vitalicios, recibirá más de lo que el legislador le había asignado en abstracto al determinar su cuota, en perjuicio de sus coherederos"*. Opinión contraria tiene BARAONA, "Atribución preferente…", art. cit., p. 171, por cuanto justifica esta desigualdad en los derechos de los coherederos sosteniendo que *"dentro de la familia, no pueden existir dudas sobre la preeminencia que tiene el cónyuge respecto de los hijos, no sólo por la edad, que en principio debe separarlos, lo que justifica una mayor protección, sino porque además, en el orden de la realidad afectiva, mantiene un vínculo más estrecho y de mayor compromiso, en cuanto ha sido voluntario, con el causante. Estas razones justifican, en mi opinión, una diferencia de trato entre el cónyuge y los demás miembros de la familia, y hacen razonable y no arbitraria la distinción que ha hecho el art. 1.337 N° 10 CC"*.

[206] Sobre la relación entre la legítima y el derecho de propiedad y sobre la igualdad entre los coherederos, volveremos más adelante.

que se acepta por el art. 1204 es el denominado *"Pacto de no mejorar".*[207] Cualquier otro negocio jurídico sobre una sucesión hereditaria futura, adolece de objeto ilícito, y conlleva la nulidad absoluta del negocio.

Por lo tanto, en vida del causante, el legitimario, no obstante reconocérsele su derecho a la legítima, no puede disponer de ella. Como se señalará, no obstante se le reconoce su derecho en la legítima, está condicionada en cuanto a su ejercicio a la muerte del causante. Y por su parte, al causante se le está prohibido instituir como legitimario a un tercero, sea por un negocio a título gratuito, sea mediante una contraprestación de dicho extraño. De permitirse, se podrían burlar los derechos de los legitimarios.

f.- El testador no puede tasar los bienes con los cuales se pagará la legítima. En resguardo de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, el art. 1197 dispone que *"El que deba una legítima podrá en todo caso señalar las especies en que haya de hacerse su pago; pero no podrá delegar esta facultad a persona alguna, ni tasar los valores de dichas especies"*.

Esta última parte de la norma es la que nos interesa apuntar como protección a la legítima. En efecto, se le prohíbe tasar los bienes al testador, porque en la posibilidad de que pueda señalar los bienes con los cuales ha de pagarse la legítima, podría aumentar el valor de los mismos, o disminuirlos, con el objeto de beneficiar o perjudicar a algún legitimario, y así afectar su derecho a legítima desde un punto de vista del q*uantum.*

3.- LA INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA.

[207] Ver por todos: ELORRIAGA, *Derecho*…, ob.cit., p. 432 y ss.; SOMARRIVA, *Derecho*…, ob. cit, t. 2, p. 403 y ss., RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 1, p. 366 y ss.

Hemos señalado anteriormente que la legítima considerada como un derecho que sobre ella tienen los legitimarios puede ser considerada como intangible. Y en el caso que ella sea violada, el Código Civil otorga medios de protección a los legitimarios con el objeto que la cuantía de ellos sea respetada.

Pero también indicamos que la legítima había de analizarse también en cuanto a su forma de concreción, donde cobra relevancia la discusión que hemos planteado respecto de la naturaleza de la legítima, esto es, si es considerada como *pars hereditatis* o como *pars bonnorum.*

Si la legítima es considerada *pars hereditatis*, entonces la legítima debe necesariamente concretarse con bienes que pertenecen a la herencia, debe satisfacerse con bienes hereditarios. Ello se encontraría justificado por la tantas veces citada disposición del inc. final del art. 1181 del Código Civil, cuando dispone que los legitimarios son herederos. Sin embargo, el análisis de otras normas sobre legítimas insertas en nuestra legislación civil, permite dudar respecto de lo efectivo de esta categórica afirmación, tan categórica de la norma citada. Es por ello que se expondrán diferentes situaciones en las cuales se analizará si efectivamente la legítima debe ser concretada con bienes hereditarios, caso en el cual la legítima será intangible desde un punto de vista cualitativo, o si por el contrario, este principio se verá vulnerado, debido a que se podría enterar con bienes distintos a los hereditarios.

I.- Principio general. La legítima debe concretarse con bienes hereditarios.

Es la regla general en nuestra legislación. Así, el art. 1184 del Código Civil dispone que la mitad de los bienes hereditarios, previa las deducciones del art. 959 y las agregaciones que más adelante se indican, constituyen la legítima rigorosa. Por ej. El causante tenía dos hijos y no tenía más legitimarios. Tenía dos predios de 5.000.000 cada uno que quedaron al hacer las deducciones del art. 959 y no hubo que hacer agregaciones. Se trata entonces de inmuebles hereditarios. No dispuso de la cuarta de mejoras ni de la cuarta de libre disposición. La legítima entonces asciende a un valor de

$10.000.000 y a cada uno de los hijos le corresponde $5.000.000, los cuales se pagarán con un predio a cada uno.

II.- Situaciones especiales.

El problema se va a presentar si se dispuso por el causante, por actos anteriores a su muerte, que la legítima se pagara con determinados bienes; o hizo donaciones excesivas a otros legitimarios o a terceros; o dispuso que la legítima se pagara mediante el otorgamiento de legados; o dejó menos de lo que por ley le corresponde a un legitimario a título de legítima; o simplemente omitió en su testamento a algún legitimario e incluso si desheredó a un legitimario; o finalmente, si en la partición de la comunidad hereditaria el legitimario no fue pagado en la legítima con bienes hereditarios. En todas estas situaciones se pone en duda y es cuestionable que la legítima sea intangible en cuanto a la concreción de su contenido.

a.- La acción de inoficiosa donación.[208] Como ya hemos señalado, el causante puede hacer donaciones a terceros, siempre que lo realice con cargo a la cuarta de libre disposición. El problema se va a generar cuando dichas donaciones sean de tal modo excesivas que afecten la legítima o mejora de los llamados a ella.

Para evitar que dichas asignaciones sean afectadas, el Código Civil otorga a los legitimarios afectados la llamada *"Acción de inoficiosa donación"*, que tiene por objeto el restablecimiento del patrimonio del causante para que pueda satisfacer la asignación de los legitimarios y no ver vulnerado el *cuantum* de la legítima. Los donatarios entonces, tendrán que restituir el exceso hasta que quede íntegramente enterada la asignación forzosa. Se trata de un mecanismo que protege entonces la intangibilidad cuantitativa de la legítima.

[208] No se trata en este punto de hacer un estudio acabado de la acción de inoficiosa donación, sino sólo la forma como se relaciona con el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima.

Sin embargo, hemos querido tratar esta materia a propósito de la intangibilidad cualitativa de la legítima, por cuanto, los efectos que se generan al ser aceptada esta acción presenta características propias que es necesario analizar.

Para que opere la acción de inoficiosa donación es necesario que ellas se hayan otorgado en forma excesiva a terceros extraños a los legitimarios. Como señalan los DOMÍNGUEZ *"La acción de donación inoficiosa no es de nulidad y, por lo mismo, el donatario adquirió legítimamente la cosa donada y, seguramente, de buena fe. Por lo tanto, hasta el momento en que entren a aplicarse las reglas de los arts. 1186 y 1187, el donatario ha sido dueño legítimo de lo donado…"*[209] Por su parte, el art. 1187 dispone que dicha acción otorga derecho a los legitimarios *"para la restitución de lo excesivamente donado…".*

Aun cuando podría pensarse que la acción de inoficiosa donación es una acción de nulidad, de acuerdo a lo señalado por el art. 1425, la doctrina está conteste que no es así. No hay vicio de origen que pueda atribuir nulidad de la donación hecha a un tercero, y es por ello que como hemos dicho, el tercero es dueño de las cosas donadas. La acción se dirigirá contra los donatarios. Se trata de una acción personal, patrimonial y prescriptible. Si se acredita que las donaciones fueron excesivas, el art. 1187 dispone que se procederá en contra de los donatarios, *"en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes".*

Y justamente es en la restitución de lo donado en donde se pueden generar problemas, particularmente en lo que dice relación con la intangibilidad cualitativa de la legítima. Nos hemos referido a este tópico señalando que la legítima debe ser satisfecha con bienes hereditarios, ya que de acuerdo a su naturaleza y lo que dispone el art. 1181 inc. final, los legitimarios son herederos.

Justamente acá se trata de determinar qué bienes se restituirán a los legitimarios para completar su legítima. Por lo tanto, en principio, los donatarios deberían restituir el exceso con los bienes donados, estableciéndose una restitución *in natura*. Pero como

[209] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 1032.

señalamos anteriormente, los bienes donados ingresaron al patrimonio de los donatarios, y ellos podrían haber dispuesto de estos bienes. En tal caso, la restitución no se podrá realizar con bienes hereditarios y en consecuencia, la restitución se tendrá que hacer en valor.

Sobre la naturaleza de los bienes para hacer la restitución, la doctrina no es pacífica. Los DOMÍNGUEZ, reconociendo que el Código Civil no resuelve el problema, y que la restitución en valor presenta menores dificultades, se inclinan por la restitución en especie y sólo en forma subsidiaria la restitución en valor, como cuando el donatario enajenó las especies donadas. Se fundan en el art. 1425 del Código Civil, que menciona al art. 1187 como causal de rescisión de la donación (técnicamente se trata de una resolución). Por su parte, el art. 1432 establece una regla general aplicable a la norma citada, que señala en su inc. 1° que *"La resolución, rescisión y revocación de que hablan los artículos anteriores, no dará hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, sino en los casos siguientes"*. En consecuencia, como señalan estos autores *"La regla sólo se justifica si se refiere a una reducción en especie, es decir, a una restitución de los objetos donados. Si existiere una restitución en valor, la disposición no tendría sentido alguno, ya que si sólo ha de devolverse un valor, es de toda evidencia que ni hay acción en contra de terceros poseedores, ni puede suponerse que se extingan los gravámenes constituidos a favor de terceros"*.[210]

La jurisprudencia es escasa en la materia, aun cuando en un fallo de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, tangencialmente podría entenderse que sigue esta postura, al indicar que *"Que la objeción planteada por los demandados en relación a la falta de legitimación activa de la demandante, por carecer de un interés jurídico efectivo que sustente su acción, debe ser desestimada, pues ella es legitimaria y, actuando como tal, ha solicitado que las donaciones que en realidad constituyen los contratos (simulados)*

[210] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 1049-1050.

impugnados sean dejadas sin efecto y "los bienes" de que se trata vuelvan a la masa hereditaria, para someterse a la partición…".[211]

RODRÍGUEZ tiene una opinión contraria, manifestando que la reducción debe hacerse en valor. Así, rebatiendo a los DOMÍNGUEZ sostiene que *"El Código Civil es claro en cuanto a que la acción se deduce para que se restituya "lo excesivamente donado" y no la especie donada, porque bien puede ocurrir que el exceso referido sea una parte del valor de la cosa donada".* Además indica el autor, que la acción de inoficiosa donación es una acción personal y no real que se dirige en contra de los donatarios, sea que hayan enajenado o no las especies donadas.[212]

Respecto de la restitución de lo excesivamente donado, el derecho comparado no está liberado de esta discusión. Así, el derecho argentino, tomando en consideración el art. 3955 de su respectivo Código Civil plantea el mismo problema, no obstante que la naturaleza de la acción difiere de la nuestra, por cuanto en esa legislación la denominada *"acción de reducción"* es real. La disposición señala que *"La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante".* BORDA indica que la restitución debe hacerse en especie y así entonces se respetaría la integridad de la legítima.[213] Opinión contraria manifiesta ZANNONI, quien estima que el exceso se puede restituir en valor, en razón del principio de la *"conversión del negocio jurídico"* ineficaz en razón de su resolución. *"Se trata, ni más ni menos, de la conversión legal que permite atribuir eficacia al resultado negocial –transmisión del dominio de la cosa*

[211] CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 2 de noviembre de 2009, Rol N° 6391-2007, caratulado "Acuña con Acuña y otros", *LegalPublishing* N° 42951.
[212] RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 2, p. 352.
[213] BORDA, Guillermo, *Manual de Sucesiones*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 292-293.

donada-, adecuando o compatibilizando ese resultado a un negocio distinto que tiene por fin práctico idéntico resultado".[214]

Pero es quizás en el derecho francés en donde con mayor relevancia ha tenido el tema en cuestión. Recordemos que para el Code, la reserva hereditaria era *pars hereditatis*, y como tal, la restitución por lo excesivamente donado debería realizarse en especie. Ello además tenía como fundamento por una parte la conservación de bienes en la familia y por la otra, la igualdad *in natura* de los herederos en la partición.[215] Pero presentaba el inconveniente que al momento de proceder a la restitución de los bienes, éstos podrían haber perdido valor económico, con lo que se terminaba perjudicando a los reservatarios.[216] Es por ello que ya en el año 1971, por Ley de 3 de julio se estableció la restitución en valor, manteniendo para algunos casos la restitución *in natura*.[217] Sin embargo, la Ley 2006-728 de 23 de junio de 2006 vino a modificar de una manera importante esta materia, ya que el art. 924 establece que sea que la donación excesiva se realice a un heredero reservatario, sea que se realice a un tercero, la restitución se hará en valor. Esto es, el donatario debe indemnizar a los herederos reservatarios el exceso de lo donado, en proporción a dicho exceso. En consecuencia, el derecho francés pasa de una restitución en especie a una restitución en valor.

Con ello se podría decir que se atenta contra la naturaleza de la reserva hereditaria, pero a decir de BRENNER *"esta innovación, que debilita pero no condena la idea de que la sucesión es pars hereditatis, es muy favorable para la seguridad de las transacciones (ya que el tercero adquirente ya no tiene que temer, en principio, un posible cuestionamiento de su título), pero va mucho más allá porque, a partir de ahora,*

---

[214] ZANNONI, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 199.

[215] FORGEARD, Marie-Cécile; CRONE, Richard; GELOT, Bertrand, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*, Defrénois, Paris, 2007, p. 145.

[216] Sobre este tema, ver por todos VIALLETON, Henri, "Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve", *Revue Trimestrielle de droit civil*, n° 39, 1941, pp. 1-39.

[217] Ver por todos PONSARD, André, "La loi du 3 juillet 1971 sur le rapport à succession, la réduction pour atteinte à la reserve et les partages d'ascendants", *Recueil Dalloz Sirey*, 1973, pp. 1-37.

el causante puede llegar a privar a sus descendientes de todos los bienes en especie eligiendo a un tercero legatario universal".[218]

La finalidad de la reforma, en este punto, es netamente económica, ya que mediante este mecanismo, el causante podría dejar todo o parte sus bienes a uno de sus herederos reservatarios o bien a un tercero, y mediante ello, mantener por ej. una empresa familiar. Por ello, GRIMALDI ha hecho fuertes observaciones a esta reforma señalando que *"En tales reformas, los principios que gobiernan el derecho de las sucesiones y de las liberalidades no salen indemnes. La reserva hereditaria, con la generalización de la reducción en valor, se dobla fuertemente. En lo sucesivo un padre podrá legarle todos sus bienes, incluido los bienes de familia, a un extranjero, una persona física o una persona moral: sus niños, que podrán sólo reclamar dinero al gratificado, deberán abandonar el bien. Así monetariamente, fungiblemente, la reserva se hace, en su mismo principio, más difícil de defender: una cosa es la conservación de los bienes en las familias, otra cosa es la conservación de la fortuna; las cosas, las casas, los cuadros o las empresas tienen una dimensión humana que no tienen ni el oro ni el dinero; el combate para conservar el bien donde la familia echa raíces tiene otro paso que la reclamación de un cheque".*[219]

b.- La imputación de la legítima.[220] En general, en nuestro sistema sucesorio es muy difícil que puedan generarse problemas en cuanto a la imputación de la legítima. La verdad es que es poco frecuente que las personas recurran a las formas sucesorias para disponer de sus bienes. El otorgamiento de testamentos en Chile es muy bajo, y por lo

[218] BRENNER, Claude, "La reforma de las sucesiones del 23 de junio de 2006. Ley N° 2006-728 de junio de 2006", en: *Jornadas colombianas. Las transformaciones del derecho civil francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 12.

[219] GRIMALDI, Michel, "Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités", *Recueil Dalloz*, N° 37, 2006, p. 2554.

[220] Tal como se señaló a propósito de la acción de inoficiosa donación, sólo se analizará la imputación de la legítima a los efectos del principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima.

tanto, baja también es la posibilidad que pueda haber imputaciones a las asignaciones por causa de muerte.

De manera que una vez que se determina el *cuantum* de la asignación del legitimario, la legítima se pagará con bienes hereditarios. De esta forma entonces, no existirá duda alguna de que la legítima es *pars hereditatis*, y que los legitimarios son herederos. Incluso, es de estilo que en los testamentos se señale que *"Se deja a mi hijo X, lo que por ley le corresponde en su calidad de heredero, con cargo a su legítima".* En este caso, el causante está instituyendo como heredero al legitimario, aun cuando hay autores que entienden que existe una verdadera incompatibilidad entre el heredero y el legitimario.[221]

El problema se va a generar si el *de cujus* realizó donaciones a algún legitimario, u ordenó que dicha legítima se entere mediante legados. En tales casos, dichos bienes donados o legados no formaron parte de la herencia y se tienen que imputar a la legítima. Es ahí entonces cuando debemos analizar si se mantiene o no el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima y por otra parte, si se origina o no una tensión con la naturaleza de la misma.

Se ha definido a la imputación como *"el hecho de tomar en cuenta un bien o una asignación para el integro de la cuota de legítima o mejora que corresponda a cada asignatario".*[222] La regla en esta materia está dada por el art. 1198 del Código Civil, el cual dispone que *"Todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a si legítima…".* Se manera que habrá que realizar un proceso contable y restar de la cuantía que le corresponde al legitimario, aquello que se hubiera legado o donado.

En este proceso pueden darse diversas alternativas:

---

[221] Entre ellos: DÁVILA GARCÍA, Julián, "Herederos y legitimarios", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N 185, Madrid, 1943, pp. 668 y ss.; ROCA, "Naturaleza…", art. cit., p. 204.

[222] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 1.054.

i.- Que lo donado o legado sea inferior a la cuantía de la legítima. El Código Civil da solución a esta situación en el art. 1206. Como lo hemos indicado, a propósito de la naturaleza de la legítima, el legitimario tiene derecho a conservar las especies donadas o legadas y puede exigir el saldo hasta completar su legítima. En esta parte hay que hacer dos observaciones.

Primera: el legitimario conserva los bienes donados o legados en calidad de dueño. Estos bienes no ingresaron nunca al as hereditario. Como señalan los DOMÍNGUEZ *"Tales donaciones, hechas como adelanto o con cargo a la legítima o mejora, tienen así un evidente carácter de actos de partición hechos por el donante".* Por lo tanto, el legitimario no puede pretender que se le entere totalmente su legítima con bienes hereditarios. De lo que le corresponde a título de legítima debe descontarse lo donado o legado, que se le enteraron en propiedad.

Segunda: el legitimario tiene derecho a que se complemente su legítima. Como la asignación no fue íntegramente enterada con bienes donados o legados y el legitimario tiene derecho a su legítima en forma completa es que tiene derecho a que se complemente a su entera satisfacción, a través de la *"acción de complemento de la legítima".*

¿Cómo se paga ese saldo? En consideración a la intangibilidad cualitativa de la legítima podría decirse que se debe complementar la legítima con bienes hereditarios, como efecto de lo preceptuado por el art. 1181 inc. final. Pero también podría decirse que no necesariamente el legitimario es heredero. Incluso, parte de su legítima ya fue satisfecha con bienes que no formaban parte de la sucesión, de manera que el saldo podría pagarse con bienes que no formen parte del as hereditario, teniendo el legitimario un crédito contra la sucesión por lo que falta para enterar la legítima.

Lo cierto es que en esta materia el Código Civil no contiene solución alguna. Los DOMÍNGUEZ estiman que como la legítima es normalmente *pars hereditatis*, si las donaciones o legados no cubren totalmente la legítima, el saldo mantiene la naturaleza

jurídica genérica, y por consiguiente debería enterarse con bienes hereditarios.[223] Los demás autores nacionales no se han pronunciado sobre este problema.

ii.- Que lo donado o legado calce perfectamente con lo que le corresponde al legitimario. En este caso se debe imputar lo donado o lo legado a la legítima. Por consiguiente, esta asignación no se va a enterar con bienes hereditarios. En consecuencia, estamos frente a un caso de excepción a que la legítima debe ser satisfecha con bienes relictos, constituyendo entonces una alteración al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima.

iii.- Que lo donado o legado exceda lo que corresponde a título de legítima.[224] El Código Civil establece reglas muy simples para esta situación. El exceso se imputará al resto de la herencia, sea respecto de la cuarta de mejoras, sea respecto de la cuarta de libre disposición, según si se formó o no (arts. 1198 y 1193). Ello puede generar situaciones de injusticia, debido a que se puede perjudicar a asignatarios diferentes que los legitimarios, e incluso a personas extrañas a la sucesión, que verían mermado sus derechos en ella, por la reducción de la parte de libre disposición.

Pero además, puede ocurrir que lo donado o legado exceda no solo la legítima, sino también la cuarta de mejoras y aún la cuarta de libre disposición. Esta situación tiene una solución en el art. 1206, el cual le otorga una opción al legitimario para la restitución del saldo. Puede pagar en dinero o puede restituir una o más de las especies donadas.

Como el donatario o legatario no recibió bienes hereditarios, no deberá restituir bienes de dicha clase. La restitución se hará en valor o en las especies donadas o legadas, lo cual constituye una excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima, ya

[223] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit, t. 2, p. 1.063.

[224] Lo que se dijo sobre la naturaleza de la legítima en el punto anterior, vale en este acápite.

que los demás legitimarios se verán beneficiados en ella con bienes distintos a los relictos, lo cual también tiene importancia a efectos de determinar la naturaleza de la legítima.

iv.- Puede configurarse una última situación, cual es que el causante haya donado o legado todos sus bienes a sus legitimarios. Al parecer no generan inconvenientes desde el momento en que el propio art. 1198 permite la imputación de donaciones o legados a la legítima. En tal caso, si lo donado o legado a cada uno de sus legitimarios equivale a sus derechos en la legítima no se presentarán problemas algunos.

La dificultad se presentará si alguno de ellos fue beneficiado en desmedro de otro. Aquí surge nuevamente el problema de precisar la naturaleza de la legítima. Si los legitimarios son herederos, entonces quien se vio perjudicado podrá dirigirse en contra de ellos para que se le complete su legítima a efectos de respetarse la intangibilidad de la legítima. Sin embargo, no habrá bienes hereditarios para efectuar la restitución, debido a que todos los bienes del causante fueron imputados como legados o donaciones.

Ahora bien, si se considera que los legitimarios no son herederos, tienen la calidad de donatarios o legatarios. Además, la legítima sería *pars bonnorum*. En este caso, la responsabilidad de dichos asignatarios es subsidiaria (art. 1104 inc. 2°). Pero además deberían restituir al legitimario perjudicado el valor que le falte hasta completar la legítima desde un punto de vista cuantitativo.[225]

4.- OTROS MEDIOS DE DEFENSA DE LA LEGÍTIMA.

Además de lo señalado anteriormente, el Código Civil contempla otros medios de protección o herramientas para los legitimarios, a objeto de proteger a la legítima.

[225] Sobre este problema, en el derecho español ver: CUADRADO PÉREZ, Carlos, "Distribución de toda la herencia en legados", *Actualidad Civil*, España, N° 25, 2002, p. 841 y ss.

I.- La acción de reforma de testamento.[226]

El art. 1216 establece que *"Los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la acción de reforma (ellos o las personas a quienes se hubieren transmitido sus derechos), dentro de los cuatro años contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios"*. Así pues, si el causante le dejó al legitimario una cuantía inferior al que por ley le corresponde (por ej. tenía dos hijos y a uno le dejó la mitad que al otro a título de legítima) tiene derecho a que se reforme el testamento a su favor.[227] También goza de esta acción aquel legitimario que fue desheredado injustamente. Como se ve, en esta parte, la acción de reforma de testamento es una consecuencia del principio de la intangibilidad cuantitativa de la legítima.

Pero esta acción tiene por objeto que se reforme el testamento a favor del legitimario que ha sido perjudicado en su legítima. Una vez que se dicte sentencia acogiendo la acción de reforma entonces será necesario concluir la forma respecto de cómo ella se cumplirá. En efecto, si bien es cierto que esta acción debe necesariamente restituir el patrimonio que falta al legitimario, debemos analizar la forma en que ella se reintegra.

Ello no ha sido analizado mayormente por la doctrina chilena. El estudio que se hace en este punto se refiere más bien a la naturaleza de la acción a ejercer, siendo unánime la opinión de que se trata de una acción de carácter personal.[228] Y al tratarse de una acción personal, como señalan los DOMÍNGUEZ *"viene a significar la reclamación de un crédito del legitimario en contra de quien con su asignación perturba,*

[226] No se trata de hacer un estudio acabado de esta acción, sino sólo de demostrar en qué consiste la protección de la legítima y si incide o no en el principio de la intangibilidad.

[227] Aunque también opera cuando a un legitimario se le ha injustamente desheredado, e incluso para proteger a un asignatario de la cuarta de mejoras cuando ella ha sido dispuesta a favor de una persona que no tiene esa calidad en conformidad a la ley.

[228] Así, DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 1.116; SOMARRIVA, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 448; ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., p. 503-504; RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 2, p. 85.

disminuyéndola, la respectiva legítima o mejora, según los casos".[229] Luego, acá surge la duda respecto de si esta acción, como tiene el carácter de personal, se debería ejercer en contra del patrimonio de los otros legitimarios y no en los bienes hereditarios que recibieron.

El problema se presenta por el objeto que persigue esta acción. Así los DOMÍNGUEZ señalan, que esta acción tiene además el carácter de patrimonial, y por lo tanto persigue *"la adecuada integración de su asignación forzosa"*.[230] Y ya hemos visto que al ser en principio la legítima *pars hereditatis*, y en razón del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, dicho reintegro se debería realizar con bienes hereditarios. Pero ello podría atentar contra la naturaleza personal de la acción. Por lo tanto, una interpretación armónica de estas reglas nos podrían llevar a la conclusión que al tener la acción de reforma naturaleza personal, nos encontraríamos frente a una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, en sentido que el reintegro de ella se realizará con bienes distintos a los hereditarios, lo que conlleva también nuevamente un cuestionamiento a la naturaleza *pars hereditatis* de la legítima.

Pero también hemos señalado que la legítima puede ser concebida desde un punto de vista formal, esto es, como un derecho que tiene el legitimario sobre ella. Si ello es cierto, entonces el legitimario tiene derecho a una cuota de la herencia, ya que los legitimarios son herederos. Luego, los legitimarios tendrían el carácter de herederos forzosos y la atribución la hace la ley.

De esta forma, la legítima tendría el carácter de *pars hereditatis*. Ello podría ser así en la sucesión intestada, pero en la testada es el causante quien hace la atribución. No se puede excluir la voluntad del testador en el otorgamiento de la legítima. Si el llamamiento lo hiciera la ley, con prescindencia de la voluntad del causante, entonces la acción de reforma del testamento no tendría razón de ser. Como señalan los DOMÍNGUEZ (en caso de que el llamamiento lo hiciera la ley) *"la voluntad del causante estaría*

[229] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 1.116.
[230] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 1.116.

excluida de la legítima y, en caso de que el testamento contrariase el llamamiento legal, el legitimario no tendría una acción de reforma del testamento, sino un derecho a reclamar directamente, como comunero por disposición legal, la cuota que le corresponde".[231] Estamos entonces, frente a otro caso de tensión, en cuanto a la naturaleza de la legítima se trata.

II.- La preterición.

El art. 1.218 se refiere a ella señalando que *"El haber sido pasado en silencio un legitimario, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima".* El sólo hecho de omitir al legitimario en el testamento no necesariamente constituye un caso de preterición, ya que su legítima podría haber sido enterada con asignaciones a título singular o mediante donaciones, lo cual se encuentra permitido en nuestro derecho sucesorio. De tal manera, sólo habrá preterición para un legitimario cuando de algún modo no le haya sido enterada la legítima. En dicho caso, entonces, al legitimario se le considerará como un heredero en su legítima, esto es, se le considerará como un asignatario a título universal.

A diferencia de lo que ocurre cuando al legitimario no se le otorga lo que por ley le corresponde y goza de la acción de reforma de testamento, el preterido fue silenciado en dicho testamento. Pero la acción que se le concede no es de nulidad del mismo. El testamento no tiene ningún vicio y es perfectamente válido.

La situación no es la misma en el derecho comparado. Así, el Código Civil argentino, en su art. 3715 disponía que *"La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en la línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o que nazcan, muerto el testador, anula la institución del heredero…".* Luego, la preterición invalidaba el testamento, y por consiguiente, se aplicaban las reglas de la sucesión intestada, con lo cual, los derechos del legitimario quedaban incólumes. Pues bien, la

[231] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 924.

norma fue modificada por Ley N° 17.711, señalando que la preterición *"no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagada las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido".* Con esta reforma entonces, la acción de preterición deja de ser una acción de nulidad.

La situación fue idéntica en el derecho español. Siguiendo los precedentes romanos y castellanos, la preterición generaba la nulidad del testamento. Como consecuencia de ello, se aplicaban las reglas de la sucesión intestada. El Código civil español en el art. 814 contenía una regla muy similar a la del Código Argentino, en el sentido de que la preterición *"anulará la institución de herederos…".* Sin embargo, esta disposición fue modificada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la cual se distinguen diversas situaciones, con diferentes consecuencias. Así, la preterición intencional *"no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias"*. En cambio, si la preterición es errónea en el caso de los hijos o descendientes, puede generar la nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial si fueron preteridos todos ellos, o sólo la institución de herederos, en caso de ser omitido alguno de ellos.

En Chile, la ley interpreta la voluntad del causante en el sentido de otorgarle lo que por ley le corresponde. Como señalan los DOMÍNGUEZ *"La ley entiende que el testador, si hubiera querido excluir al legitimario, lo habría desheredado".*[232] Por lo tanto, como el legitimario fue olvidado, la ley suple dicho silencio del causante, estableciendo que se instituya al legitimario como heredero en su legítima. Como es heredero, puede ejercer todos los derechos que en esa calidad le asisten.

Aquí podría presentarse un problema respecto de la acción que le corresponde al preterido para hacer valer sus derechos. Se ha sostenido que como al legitimario preterido se le considera como una institución de heredero en su legítima, no debe ejercer la acción de reforma de testamento. Esta acción sólo le compete al legitimario al

[232] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit, t.2, p. 1.078.

cual se le otorgaron menores derechos que los que por ley le corresponden. Así entonces, la acción a ejercer por el preterido es la acción de petición de herencia.[233]

Pero también se ha señalado que la acción a ejercer es la de reforma del testamento. Así, RODRÍGUEZ estima que *"El testamento del causante, junto con preterir al legitimario, contiene disposición de bienes que lesionan la legítima rigorosa, en cuyo caso deberá deducir acción de reforma de testamento para que sea considerado heredero en su legítima".*[234] Una sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO falló en el mismo sentido.[235]

Pero aquí la situación es distinta que la que se señaló a propósito de la acción de reforma de testamento. El supuesto para el ejercicio de esa acción consistía en que al legitimario se le había conferido menos de lo que por ley le corresponde con cargo a su legítima, pero lo cierto es que había una manifestación del testador en ese sentido.

En el caso de la preterición podría incluso sostenerse que al haberse omitido al legitimario en el testamento, y considerarse a éste como heredero en su legítima, no entran a operar las reglas de la sucesión testada, sino las de la sucesión intestada. En este sentido se han pronunciado algunos autores españoles. Así, ROCA SASTRE ha señalado que *"en el caso de preterición intencional u omisión involuntaria de legitimarios, éstos son herederos, pero no a título de legítima, sino de herencia ab intestato".*[236] De seguir esta tesis, no puede existir acción de reforma de testamento, simplemente porque en dicha parte no hay testamento y en consecuencia, la forma en que el preterido ejercerá sus derechos es a través de la acción de petición de herencia.

Este argumento no nos satisface plenamente, fundamentalmente por razones de orden histórico. Si bien, Bello en materia sucesoria siguió la legislación española, cuyo

---

[233] Ver: SOMARRIVA, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 455; ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., p. 515.

[234] RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 2, p. 55.

[235] CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, 29 de octubre de 2009, Rol N° 883-2009, *Westlaw* CL/JUR/2748/2009.

[236] ROCA, "Naturaleza…", art. cit., p. 191. De la misma forma DÁVILA, "Herederos…", art. cit., p. 665 y VALLET, Limitaciones…, ob. cit., p. 780. Pero recordar que a la fecha de publicación de estos trabajos, la preterición en España originaba la nulidad del testamento.

origen se encontraba en el derecho romano,[237] MERELLO estima que en este punto se siguió al Código Austriaco.[238] Pero sí esta posición es más armónica con la consideración de la legítima como *pars bonorum* y no *pars hereditatis*. De seguir esta última tesis, habría que considerar a la legítima desde un punto de vista formal, esto es, como derecho, concluyendo que es la ley la que hace una atribución legal y directa de la legítima, que a decir de los DOMÍNGUEZ *"difícil sería concebir la necesidad de la regla sobre preterición, porque si es la ley la que directamente llama a la legítima, ninguna importancia tendría que el testador instituyese o no al legitimario"*.[239]

La calificación de la acción a ejercer tendrá importancia, de partida porque las reglas que gobiernan a las acciones personales son diferentes de la de las acciones reales. Pero además, hay diferencias sustanciales entre la acción de reforma de testamento y la de petición de herencia, particularmente en el caso de la prescripción de ella.

III.- El desheredamiento.

Es bastante dudoso que se pueda incluir al desheredamiento como una forma de proteger a la legítima. Incluso podría considerarse que es un contrasentido, pues

---

[237] GUZMÁN, Derecho privado…, ob. cit., t. 2, p. 481, señala que *"Puesto que el testamento en que figura un hijo preterido resulta nulo, la consecuencia es la apertura de la sucesión intestada, por lo que el afectado consigue la cuota que le corresponda en dicha herencia, junto con los demás herederos de su misma clase".*

[238] MERELLO ARECCO, Italo, "Preterición. Sobre las fuentes que influyen en el art. 1218 del CCCh.", *Revista chilena de historia del Derecho,* 1984, pp. 171-183. El autor indica en p. 179 que la norma de la preterición no tiene un origen romano-castellano, que producía la apertura de la sucesión intestada. Ello se generaba porque en caso de preterición se producía la nulidad del testamento. El actual derecho civil español seguía estos postulados hasta la reforma del año 1981, que hace la distinción según la preterición es o no intencional. En este punto, Bello habría seguido el Código de Austria, que como señala el autor *"la preterición no produce ni la nulidad total del testamento ni la nulidad de la institución de heredero, como ocurría en la legislación romano-castellana; en otras palabras, no hay apertura de la sucesión intestada, puesto que el testamento sólo se rectifica a fin de permitir la entrada del silenciado, cuya cuota se construye a costa de los instituidos".*

[239] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 924-925.

mediante el desheredamiento justamente se pretende privar al legitimario de todo o de parte de su legítima.

En principio existiría una aparente facilidad con la cual se pudiera desheredar a un legitimario, realidad que no es tal, y ello trae como consecuencia que frecuentemente la libertad de disponer que tenga el causante se vea más restringida. Lo anterior se produce porque los requisitos para que opere la desheredación son demasiados estrictos, no por el hecho del otorgamiento del testamento, que constituye el supuesto básico para desheredar, ni tampoco porque en él se deban indicar las causales por la cual se está desheredando a un legitimario, sino más bien por las estrictas causales que se señalan y por la prueba de la causal.

Pero el hecho de que el legislador haya establecido causales tan estrictas para poder desheredar a un legitimario es otro pilar de su protección sucesoria. Como bien señalan los DOMÍNGUEZ *"hay aquí una protección de la legítima en cuanto la ley cuida que el desheredamiento no pueda ser arbitrario y esté rectamente motivado"*.[240] Por ello las causales para desheredar son taxativas. Si no lo fueran, el causante buscaría cualquier excusa para poder desheredar a un legitimario. Con ello ampliaría su libertad de disposición, con el objeto de beneficiar a otro legitimario, o en caso de carecer de ellos, para dejarle sus bienes a otras personas.

Y también se justifica que se deba acreditar la causal, puesto que de no existir esa posibilidad, el causante, amparándose en cualquier causal, podría desheredar a un legitimario, y así lograr el objetivo descrito en el párrafo anterior.

En el derecho comparado la institución del desheredamiento tiene bastante relevancia, particularmente en aquellos países que tienen una mayor libertad para testar, y es muy común que lo hagan justamente para privar de derechos en la sucesión a ciertas y determinadas personas. En los Estados Unidos es común ver casos en los cuales se priva de sus derechos hereditarios a los descendientes del causante, cuando ellos no han

[240] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 1080.

contribuido al cuidado del causante. Situación que es cada vez más frecuente en consideración con la esperanza de vida en ese país.

En todo caso, en esos países, la libertad testamentaria también tiene ciertos límites que se vinculan justamente con la desheredación. Entre esas limitaciones se encuentra la llamada *"doctrina de la presión indebida"*, que permite al tribunal poner una disposición testamentaria a un lado cuando el beneficiario o una parte relacionada interfiere sustituyendo la voluntad competente del testador con su propio deseo. En todo caso, en general esta doctrina sólo se aplica cuando el beneficiario no es pariente del testador. Si la asignación se deja al cónyuge o un pariente del causante, el tribunal en muchos casos considera que se está en presencia de un legado, descartándose por lo tanto, la doctrina de la presión indebida.[241]

También se sostiene que otra protección que tienen los descendientes del causante en caso de desheredación es la disponibilidad de un juicio por jurado en una causa de derecho sucesorio. Como indica TATE *"En jurisdicciones que permiten el juicio por jurado en los pleitos por un testamento, los descendientes desheredados tienen la oportunidad de testificar ante un jurado sobre el comportamiento maquinador del beneficiario no emparentado. Los miembros del jurado podrían compadecer al hijo desheredado y declarar presión indebida o falta de capacidad mental, si el juicio llega incluso a esa fase. En algunos casos, el beneficiario no emparentado llegará a un acuerdo, por temor a que el jurado le dé todo al hijo"*.[242]

En consecuencia, en un sistema jurídico moderno, que contenga un sistema de legítimas podría indirectamente ampliarse la libertad de testar, estableciendo causales más amplias para poder desheredar a un legitimario, especialmente en caso de atentados a la persona o bienes del causante. En ese sentido, se fortalecería seguramente mayormente la familia estando vivo el causante, pues, aunque sea por temor al

[241] TATE, "Caregiving and the Case…", art. cit., p. 143.
[242] TATE, "Caregiving and the Case…", art. cit., pp. 143-144.

desheredamiento, los legitimarios le prestarían una mayor protección al causante, mientras se encuentre vivo.

5.- LAS AGRESIONES A LA LEGÍTIMA.

Debido a los límites que presenta la libertad de testar es que en muchas ocasiones se recurre a diversas figuras con el propósito de burlar las asignaciones forzosas, particularmente la legítima, en orden a que el causante pueda disponer de todo su patrimonio con total libertad.

Estos negocios pueden celebrarse con total apego a la legislación actual, aunque también se puede recurrir a actos fraudulentos para perjudicar la legítima. Así, en Chile es muy frecuente que se recurra a la celebración de contratos simulados para burlar la legítima. Pero también es posible que se recurra a figuras societarias, sea para burlar la legítima pero además para perseguir otros fines, especialmente de carácter tributario. Es por ello que es necesario referirnos a algunas situaciones que se encuadran en nuestra legislación positiva en forma lícita y otras a las cuales la doctrina comparada ha llamado *"fraude a la legítima".*

I.- La simulación.

Mediante la simulación el causante puede obtener una mayor libertad en cuanto a su facultad para disponer de sus bienes. En la práctica es común que bajo la apariencia de una compraventa, por ejemplo, se disfrace una verdadera donación, sea para beneficiar a otro legitimario, sea para beneficiar a un tercero extraño a la sucesión del causante.

En todo caso, el hecho de que la simulación se utilice para burlar las asignaciones forzosas, ya había sido anunciado al dictarse por ejemplo, el Código Civil francés. PORTALIS, en su discurso preliminar ya indicaba que *"si se prohíbe o se restringe demasiado la facultad de testar, las liberalidades disfrazadas y las simulaciones*

reemplazarán los testamentos, e incluso en las familias más honestas se producirán los más horribles fraudes".[243]

Se trata de un verdadero *"fraude a la legítima",* que es definido por ZANNONI como *"toda maniobra que, bajo la cobertura de un negocio jurídico que ostenta legitimidad formal, se concluye con miras a eludir las normas imperativas relativas a la legítima, en perjuicio, es obvio, de sus destinatarios: los herederos legitimarios"*.[244] Por ello, aún cuando la acción de simulación no se encuentra regulada sistemáticamente con el objeto de proteger a la legítima, lo cierto es que puede transformarse en un instrumento eficaz para evitar lesiones a los derechos de los legitimarios.

En principio, el causante en vida puede disponer libremente de sus bienes, sea mediante un acto oneroso (ej. una compraventa), sea mediante un acto gratuito (ej. una donación). La diferencia entre ambas clases de actos es que sólo en este último caso el legislador da protección a los legitimarios, mediante la acción de inoficiosa donación, y la colación, que tienen por finalidad restablecer los derechos que le corresponden a los legitimarios en la sucesión con el objeto ellos no sean afectados.

No ocurre lo mismo con los actos onerosos. El causante en vida tiene absoluta libertad para disponer de sus bienes a título oneroso, ya que si bien se está desprendiendo de un bien, lo cierto es que como contrapartida recibe dinero u otro bien, lo cual ingresará a su patrimonio y por lo tanto, los eventuales derechos de sus legitimarios no se verán afectados, porque sus cuotas se enterarán simplemente con otros bienes.

Pero lo cierto es que muchas veces se recurre a un negocio oneroso simulado para perjudicar los derechos de los legitimarios. Esta simulación puede ser absoluta o relativa. En este último caso se recurre generalmente a una compraventa para ocultar un acto gratuito, como la donación. Así, el causante en vida beneficia a otro legitimario o a

---

[243] PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés* (Traducc. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel), Valparaíso, Edeval, 1978, p. 109.

[244] ZANNONI, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 211.

un tercero, sin obtener contraprestación alguna, lo cual genera un perjuicio a la legítima futura de los llamados a esta asignación.

Por ello entonces, se entrega la acción de simulación a los legitimarios que se vean perjudicados en sus derechos a fin de que pidan y se declare la nulidad del negocio aparente, con el objeto que declare la existencia del negocio real (el gratuito), y en definitiva se trata de ejercer las acciones tendientes a que se restablezcan sus derechos en la sucesión a título de legítimas.

Respecto de la simulación en lo que a la legítima se refiere es necesario hacer algunos comentarios:

a.- Clases de simulación. Hay que distinguir según se trate de una simulación absoluta o una simulación relativa:

i.- En cuanto a la simulación absoluta. Según CÁMARA, hay simulación absoluta *"cuando las partes no quieren en realidad concluir ningún negocio, deseando solamente la declaración y no sus derivaciones, sus consecuencias: fingitur contractus et re vere nihil fit"*.[245] En este caso no hay ningún negocio oculto, y el celebrado sólo tiene por objeto perjudicar (en nuestra materia de estudio) a los legitimarios.

Así entonces, se celebrará un negocio ficticio y que conlleva una disminución en el patrimonio del causante, y por consiguiente, un atentado en cuanto al monto de lo que por legítima llevará cada uno de los asignatarios. En este caso, los legitimarios, siempre que tengan la calidad de herederos, ejercerán la acción de simulación correspondiente, pidiendo la nulidad del negocio celebrado por el causante y por el efecto propio de la nulidad, que se restituyan las partes al estado anterior a la celebración del negocio, generándose las restituciones mutuas (art. 1687 del Código Civil) y por consiguiente, aumentando el patrimonio del causante en donde harán valer sus derechos en la sucesión.

[245] CÁMARA, Héctor, *Simulación en los actos jurídicos*, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 87.

Se ha señalado que los casos de simulación absoluta generan la inexistencia del negocio y por consiguiente *"no rige aquí el principio de que "nadie puede ir contra sus propios actos", y, en consecuencia, tienen acción para impugnarlos lo mismo las partes que sus herederos, ya que éstos se subrogan en los derechos y acciones de su causante"*.[246]

ii.- La simulación relativa. PAILLAS señala que *"en la simulación relativa existe un acto jurídico verdadero, hay el propósito de producir efectos jurídicos, pero ese acto verdadero las partes lo disfrazan con la apariencia de otro distinto"*.[247] Es el ejemplo que hemos descrito anteriormente, cuando bajo la apariencia de una compraventa, en realidad se está celebrando una donación.[248] El negocio oneroso celebrado no está sujeto

[246] DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, "Intangibilidad de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, t. 1, fasc., 1, 1948, p. 50. En el mismo sentido NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, "La donación de inmueble encubierta como compraventa", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 606, 1991, p. 1837.

[247] PAILLAS, Enrique, *La simulación. Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p.21.

[248] Así, FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961, pp. 240-241, señala diversas formas por las cuales las partes se valen de una donación disfrazada para lesionar la legítima. Así indica que *"El contrato que más suele emplearse en la venta con precio fingido, donationis causa non exacturus. La venta puede ir acompañada de la reserva de usufructo o de un gravamen de renta vitalicia, modalidades que tienen verdadera realidad y afectan con plena eficacia la donación oculta. Sin embargo, las circunstancias del caso pueden revelar claramente la verdadera naturaleza del acto. La posición de cada una de las partes, las relaciones de afecto existentes entre las mismas, la imposibilidad del supuesto adquirente de disponer de la cantidad representada por el precio, etc., etc., demostrarán, en su caso, que se trata de una enajenación gratuita. La donación puede vestir también el ropaje de un arrendamiento, si la merced no existe en realidad y el arrendatario obtiene el disfrute gratuito de la cosa arrendada. Además, una donación puede tomar la forma de sociedad, si la aportación es puramente fingida y la finalidad del contrato está en conferir un beneficio a alguno de los socios. Lo mismo diremos de la transacción. Si lo que se da en ella como equivalente se entrega, no para terminar o prevenir una contienda judicial, sino por puro ánimo de liberalidad, tendremos también una donación disfrazada. La donación puede ocultarse igualmente bajo la forma de la división. Así ocurre cuando la cuota que se atribuye al supuesto dividente se le da con carácter de gratuidad y no como asignación del derecho indiviso que corresponde al condómino. Son muy numerosas las donaciones ocultas bajo la forma de un reconocimiento de deuda que no proviene de obligación anterior, sino que crea una nueva animo donandi. Son también frecuentes las liberalidades bajo la forma de pago, recibo falso y liberación".*

a ninguna limitación. En cambio, el gratuito (donación) está sujeto a varias condiciones para que produzca efectos. Por ejemplo, debe ser insinuada; no debe afectar las legítimas de los llamados a esa asignación; si de hecho se afectan, los legitimarios tienen varias acciones para proteger sus derechos, como la acción de reforma de testamento, la acción de inoficiosa donación o la colación. De ahí entonces que es tan importante determinar si el negocio por el cual el causante se desprendió de sus bienes es o no susceptible de nulidad a través de la acción de simulación.

b.- Acción a ejercer. Si la simulación es absoluta, se ha señalado que la acción a ejercer es la de nulidad absoluta porque falta voluntad seria de querer obligarse[249], aun cuando también se ha sostenido que falta el objeto[250] y aún se habría omitido la causa, o ella sería ilícita en el contrato.[251]

---

[249] DIEZ DUARTE, Raúl, *Contrato simulado*, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1995, p.88.

[250] Así se ha entendido por la doctrina. Sobre este punto ver PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "Cuestiones teórico-prácticas de la simulación", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 191, 1992, p. 16 y ss.

[251] En una sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de fecha 28 de Septiembre de 2009, Rol N° 10017-2006, caratulada "Brañas Muga, Julia Isabel contra Loyola Fuentes, Agustín Heriberto", *Westlaw*, CL/JUR/1508/2009, sobre nulidad absoluta de cuatro contratos de compraventa celebrados por el causante con uno de sus hijos, el Tribunal indicó en el considerando quinto que *"…son contratos que carecen de un acuerdo real y serio de voluntades, por lo mismo no existe consentimiento, causa real y lícita en relación con la parte vendedora, quien verdaderamente ha tenido en cuenta el motivo o antecedente defraudatorio indicado, además, carece de objeto pues resulta del todo evidente que no ha recibido el precio pactado y se supone, pagado. Por su parte, la compradora concurre a la celebración con la misma causa ilícita, los mencionados contratos tienen un objeto aparente y no real, sin que esta parte justificara de modo alguno, haber tenido la disponibilidad de dinero suficiente, legal y tributariamente demostrable, para pagar las sumas que configuran el precio que se acordó en cada uno de los cuatro contratos celebrados"*. Por su parte, el considerando sexto señala *"Que los hechos descritos precedentemente, constituyen un acuerdo de voluntades destinado a engañar y perjudicar los derechos hereditarios del otro hijo vendedor y –o del otro hermano del comprador (sic), mediante el forjamiento de cuatro contratos en que las partes concurren al mismo, conscientemente expresan o declaran un contenido que no corresponde a la realidad. Contratos que, proceden ser calificados de simulados, por lo mismo, según se ha dicho, que les afecta una causa ilícita, careciendo todos ellos de objeto y consentimiento, todo lo que impide reconocerles efectos jurídicos de conformidad con lo dispuesto en el*

Ahora bien, si la simulación es relativa la situación es más discutible en cuanto a la causal para pedir la nulidad, aunque en términos generales se ha sostenido que la acción a ejercer es la de nulidad absoluta del negocio simulado,[252] aunque en algunos casos específicos se podría ejercer también la acción de nulidad relativa.[253] La situación es distinta respecto del negocio disimulado, ya que podría ser revocado, anulado, dependiendo el caso.

c.- Oportunidad para el ejercicio de la acción. Una vez que el negocio objeto de simulación se celebró, es necesario determinar la oportunidad por la cual las partes interesadas en la declaración de nulidad pueden ejercer la acción. Pareciera no existir duda alguna de que la acción se puede ejercer después de la muerte del causante.[254] Pero también se ha planteado la posibilidad de que dicha acción se ejerza con anterioridad a ella.

Veremos ambas posibilidades, comenzando por esta última.

i.- La acción de nulidad se puede ejercer en vida del causante. El art. 1.683 del Código Civil indica que puede ejercer la acción de nulidad absoluta *"todo el que tenga interés en ello…".* Si es la acción de nulidad absoluta la que se ejercerá, es necesario entonces determinar si puede o no el legitimario ejercer dicha acción en vida del causante, esto es, será necesario precisar si el legitimario tiene el interés exigido por la norma citada para que pueda pedir la nulidad absoluta del negocio celebrado por el causante que aun no muere.

---

artículo 1681 del Código Civil y lleva a esta Corte a revocar, en esta parte, la sentencia del juez a quo y acoger la demanda…".

[252] PEÑAILILLO, "Cuestiones…", art. cit., p. 18 y ss.

[253] DIEZ, *Contrato*…, ob. cit., p. 90.

[254] Aunque como veremos, esta opción no está libre de dificultades.

No vamos a entrar en el estudio del alcance de la expresión *"interés"* para alegar la nulidad absoluta,[255] pero si es interesante analizar una característica de este interés exigido, y la forma en que incide en la materia objeto de nuestro estudio. Así, este interés para alegar la nulidad absoluta debe ser *"cierto",* y por lo tanto, debe excluirse cualquier interés eventual en la declaración de nulidad absoluta.

Y justamente en este punto es necesario analizar si el legitimario puede, en su propio interés, ejercer la acción de nulidad absoluta mientras el causante aún vive. Se trata de una acción de nulidad absoluta que podría ejercerse por un tercero ajeno al contrato.[256] Sin embargo, para que el legitimario como tercero pueda ejercer la acción de nulidad absoluta del contrato celebrado por el causante debe tener un interés propio, el cual debe cumplir con las condiciones que se han señalado, y particularmente con la certeza en el interés para alegar la nulidad.

Así, se ha señalado que al legitimario se le reconoce su calidad de tal en vida del causante. Ello no ha sido objeto de discusión por la doctrina, y se da como argumento los arts. 1167, 1182, 1186, 1187, 1193, 1197, 1198, 1200, 1204, 1226 y 1463 del Código Civil. Pero en base a estas mismas normas, la Jurisprudencia ha aceptado que un legitimario pueda accionar de nulidad absoluta respecto de un contrato celebrado por el causante, estando éste aún vivo. Así, la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, en sentencia de 5 de agosto de 2004 acogió una acción de nulidad absoluta de un contrato de renta vitalicia entablada por legitimarios del causante estando éste vivo, señalando que *"no es posible que una calidad o condición jurídica, legalmente reconocida y consagrada, como es la del legitimario en vida de otra persona que le debe la legítima, esté vacante o exenta de efectos jurídicos, pues la ley no es un simple ejercicio literario vacío de consecuencias, sino la expresión de la voluntad soberana de la nación. En tales condiciones, y sin perjuicio de reconocer que el régimen jurídico de los legitimarios*

[255] Ver por todos: DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Todo el que tenga interés en ello (Sobre el art. 1683 del Código Civil chileno y el interés para alegar la nulidad absoluta)", en: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2008, pp. 541-559.

[256] Sobre la posibilidad de ejercer la acción de nulidad absoluta por un tercero no contratante, véase: CORRAL TALCIANI, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, Abeledo Perrot, 2010, p. 105 a 123.

varía según la persona que debe la legítima se encuentra vivo o fallecido, pues sólo en este último caso se reviste plenamente de todos los atributos que la ley consagra, es cierto que antes de la muerte de esta última existe un vínculo legal intersubjetivo, que genera intereses jurídicos (considerando 13°)". Y en el considerando 15° expresa que *"todo lo dicho permite concluir que efectivamente existe una relación jurídica entre el legitimario y quien debe la legítima, aún en vida de este último, y que en virtud de dicho vínculo, cuyo origen es legal, hay un interés jurídico comprometido del primero, en los actos que ejecute o celebre el segundo, por decir precisamente relación con el patrimonio del que debe la legítima; ese interés, atendido el sentido del régimen que gobierna la legítima, ciertamente es de contenido patrimonial, y ha servido de base suficiente para impetrar la demanda de este juicio"*.[257]

Hay algunos autores que también aceptan la posibilidad que un legitimario pueda tener la posibilidad de ejercer la acción de nulidad absoluta de un contrato en vida del causante, particularmente por los perjuicios que podría sufrir el legitimario de no otorgarle tal posibilidad, considerando que éste posee un interés legítimo en la declaración de nulidad absoluta, aun cuando no se tenga un derecho subjetivo y que debe ser objeto de protección legal.[258]

---

[257] CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 5 de Agosto de 2004, Rol. 3.219-99 (sentencia no publicada). En contra de esta sentencia se interpusieron sendos Recursos de Casación en la forma y en el fondo, los cuales fueron declarados inadmisibles, por resolución de 16 de noviembre de 2004, Rol Corte Suprema 276-04, pronunciada por la Primera Sala del máximo Tribunal.

[258] Así VARAS BRAUN, Juan Andrés, "El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil", *Revista Actualidad Jurídica*, N° 9, 2004, p. 204 indica que *"resulta evidente que un hijo tiene el nítido interés en suceder hereditariamente a su padre o madre, y que tal interés es legítimo (de hecho, es tan legítimo que la ley chilena fuerza a éstos a efectuarle una asignación mínima), aunque no pueda decirse que tenga un derecho subjetivo a tal herencia incorporado a su patrimonio; y resulta igualmente evidente que ese interés, por ser legítimo, debe ser objeto de protección legal. Si una persona favorece ilegítimamente a uno de sus legitimarios, burlando directa o indirectamente la ley por medio de la celebración de uno o más negocios jurídicos, no se divisan razones poderosas para que el potencial perjudicado no pueda discutir esa violación legal ante los tribunales por medio de la acción de nulidad absoluta, sino hasta la muerte del causante".*

Sobre lo indicado precedentemente hay que hacer una precisión. Es cierto que el Código Civil en diversas disposiciones reconoce la calidad de legitimario en vida del causante. Sin embargo, ello no es suficiente argumento para concluir que los legitimarios puedan ejercer la acción de nulidad absoluta respecto de un contrato celebrado por el causante estando éste con vida, por las siguientes razones:

Primera: es cierto que se reconoce la legítima en vida del legitimario, con lo cual éste podría tener un interés legítimo en ejercer la acción de nulidad absoluta. Sin embargo, ya se ha señalado que este interés además debe ser cierto. No basta con tener un interés eventual como sería el caso del legitimario. Así se ha sostenido por DOMÍNGUEZ,[259] CORRAL[260] y ABELIUK y ZÚÑIGA.[261] También una reciente sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS.[262]

Segunda: la naturaleza de la legítima. Hemos planteado el problema de determinar la naturaleza de la legítima, en orden a entender que ella es *pars hereditatis* o *pars bonorum*. No existe duda que el legitimario tiene derecho a la legítima, entendiendo ésta desde un punto de vista de su cuantía, y respecto de ella incluso hemos sostenido que es intangible cuantitativamente. Pero también hemos señalado que la legítima, en cuanto a su contenido puede ser enterado de diversas formas. Así, podría pagarse con legados, donaciones e incluso se pueden designar bienes con los cuales se puede completar.

Ello nos lleva a examinar el contenido de la legítima sólo al momento de la apertura de la sucesión, esto es, una vez que el causante haya fallecido. En consecuencia,

---

[259] DOMÍNGUEZ, "Todo el que tenga interés…", art. cit., p. 549.

[260] CORRAL, *Contratos y daños*…, ob. cit., p. 113.

[261] ABELIUK MANASEVICH, René; ZÚÑIGA TREJOS, Alex, "Informe en Derecho sobre la posibilidad de los legitimarios de impugnar por vía de nulidad un contrato celebrado por la persona que se pretende suceder, mientras ésta aún está con vida", *Revista Jurídica Leyes & Sentencias*, N° 121, 2011, p. 185.

[262] CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS de 29 de diciembre de 2008, caratulada "Miguel Ángel Jutronich Ivanovich con Ganadera Rancho Sutivan Limitada", Rol N° 131-2008, *Legal Publishing*, N° 41465, cons. 5°.

solo en ese momento es posible determinar si la legítima fue o no violada, y por consiguiente, si merece o no protección.

Tercera: además, como señala Domínguez *"no basta ostentar la calidad de legitimario en vida del causante, pues es menester además que esa calidad se mantenga al momento de la apertura de la sucesión. El legitimario tiene esa calidad en vida del causante, sujeto a la condición que siga teniendo esa calidad al fallecer el causante"*.[263] Por ejemplo, con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil se acepta como causal de terminación del matrimonio al divorcio. Mientras un matrimonio está vigente, al cónyuge se le considera legitimario, pero no es posible que se le proteja a través de la posibilidad de ejercer la acción de nulidad, pues puede ocurrir que dicho cónyuge nunca llegue a tener la calidad de asignatario del causante, pues se puede terminar el matrimonio por divorcio antes de que muera el cónyuge que celebró el contrato que se trata de impugnar. Por lo demás, puede que el legitimario no llegue nunca a suceder al causante, sea porque fue desheredado, sea porque le sobrevino una causal de indignidad o incapacidad o porque simplemente repudió su asignación.

Cuarta: El hecho de que no se pueda ejercer la acción de nulidad absoluta por un legitimario en vida del causante, no significa dejarlo en desprotección. El hecho de que se reconozca su calidad de tal en vida del *de cujus* justamente tiene por objeto protegerlo para después de la muerte de aquél.[264]

Y es por ello que producida la muerte del causante, el legislador le da una serie de instrumentos para proteger su legítima, como la posibilidad de ejercer la acción de

[263] DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Comentarios de Jurisprudencia. La legítima existe en vida del causante. Ello confiere al legitimario interés para alegar la nulidad absoluta de una acto del futuro causante", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 214, 2003, p. 196.
[264] CORRAL, *Contratos y daños*…, ob. cit., p. 113.

reforma de testamento, la acción de inoficiosa donación, la formación de los acervos imaginarios e incluso como veremos, la acción de nulidad absoluta por simulación.

ii.- La acción de nulidad ejercida después de la muerte del causante. En principio no habría inconvenientes en que la acción de nulidad se pueda ejercer por los legitimarios con posterioridad a la muerte del causante. Precisamente son ellos los más interesados en que se declare la nulidad del negocio en que intervino el fallecido.

Los legitimarios pretenden, debido a los efectos que genera la nulidad, que los bienes que forman parte del patrimonio del causante se incrementen. Por ello una sentencia indicó que *"Entre las personas más interesadas en que se declare judicialmente la nulidad de un acto o contrato ejecutado por una persona, se encuentran sus herederos, a quienes importa mucho que el patrimonio de su causante no sufra mermas, que a la larga redundarían en perjuicio de ellos, pues la cuantía de la herencia disminuiría"*.[265] No obstante aquello, el tema en análisis requiere de algunas precisiones.

Primera: respecto del plazo para ejercer de la acción. Es una gran dificultad con la cual se pueden presentar los legitimarios del causante que celebró el contrato que ahora se trata de anular. El plazo para demandar la nulidad absoluta prescribe en 10 años desde la celebración del contrato. Como es bastante discutible que los legitimarios puedan ejercer en vida la acción de nulidad absoluta, puede presentarse la situación en que el causante falleciera con posterioridad a los 10 años desde la celebración del negocio.

En tal caso, la acción estaría prescrita y por consiguiente, no podría operar la nulidad del negocio en cuestión. La solución sería pedir la declaración de inexistencia del negocio por falta de voluntad, ya que se ha señalado que no tiene plazo de

[265] CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de septiembre de 1958, *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* T. 58, segunda parte, Sec. 2°, 1961, p. 40 (cons. 52).

prescripción. En todo caso, no hay que olvidar que la tesis de la inexistencia es bastante discutible que opere en Chile, y la doctrina mayoritaria niega tal posibilidad, sin perjuicio de la autorizada opinión de Claro Solar, quien la acepta a lo menos teóricamente.[266]

Segunda: el interés para ejercer la acción de nulidad absoluta. Al momento en que se opte por ejercer la acción de nulidad absoluta, de vital importancia será determinar si el legitimario está ejerciendo dicha acción en el interés del causante o en su propio interés. Aquí nuevamente hay que traer a colación el problema de la naturaleza jurídica de la legítima, ya que si consideramos que los legitimarios son siempre herederos, entonces, ningún problema se produce respecto de la titularidad para ejercer la acción de nulidad absoluta, sea que se ejerza en el interés del causante, sea que se ejerza en el propio interés del legitimario.

En cambio, si los legitimarios no necesariamente son herederos, entonces no podrán ejercer la acción de nulidad absoluta como continuadores de la persona del causante y sólo lo podrán ejercer en su propio interés (a título personal y no como herederos), presentándose el problema de si se cumplen o no los requisitos de tal interés para ejercer la acción de nulidad. Veamos:

* Acción de nulidad absoluta ejercida en el interés del propio causante. De acuerdo a los arts. 951 inc. 2° y 1097 del Código Civil, los herederos son los continuadores de la persona del causante y lo representan en todos sus derechos y obligaciones recíprocas. En esa calidad, si el causante pudiendo en vida ejercer la acción de nulidad no lo hizo, es posible impetrar dicha acción.

Como señala Domínguez *"Es la acción de éste la que pone en movimiento, por lo cual los requisitos de procedencia de ella han de examinarse en la persona del*

[266] Ver por todos: CLARO, *Explicaciones*…, ob. cit., vol. 6, pp. 580-585.

causante y no en la del heredero".[267] Y justamente aquello le puede generar dificultades al legitimario para ejercer la acción, debido a que existe una gran limitación para ejercer la acción de nulidad por una de las partes, ya que se excluye de la titularidad de la acción al que *"ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba…"*, esto es, se encuentra limitado por el principio del *"nemo auditur".*

La jurisprudencia en este sentido ha sido vacilante. Así, una antigua sentencia de la CORTE SUPREMA señalaba que *"si bien esta clase de nulidad puede reclamarla o alegarla todo el que tenga interés en ello, la ley no concede este derecho al que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, por lo cual si don José Bobadilla que intervino en el contrato nulo de 4 de julio de 1899 estaba impedido de pedir su nulidad también lo está el demandante que sólo invoca su interés de heredero como hijo legítimo de aquél, como lo expresa en su demanda"*.[268] Sin embargo, también se ha resuelto en el sentido contrario, esto es, que el hecho que el causante haya sabido o debía saber el vicio que invalidaba el negocio no se transmite a los herederos, por considerarse una sanción personal a quien celebró el negocio.[269]

---

[267] DOMÍNGUEZ, "Todo el que tenga interés…", art. cit., p. 556.

[268] CORTE SUPREMA, 30 de septiembre de 1927, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 25, Sec. 1°, 1928, p. 390. En el mismo sentido CORTE SUPREMA, 19 de diciembre de 1931, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 29, Sec. 1°, 1932, p. 250; CORTE SUPREMA, 27 de octubre de 1934, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 32, Sec. 1°, 1935, p. 100; CORTE SUPREMA, 24 de octubre de 1938, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 36, Sec. 1°, 1939, p. 295. Más recientemente, CORTE SUPREMA, 15 de junio de 2004, "Miranda con Espejo", Rol N° 2957-2003, *Legal Publishing* N° 30313; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 6 de noviembre de 2007, "Labraña con González", Rol N° 3350-2003, *westlaw* CL/JUR/2420/2007.

[269] Así, voto de minoría, en sentencia de la CORTE SUPREMA de 27 de octubre de 1934, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Sec. 1°, 1935, p. 110, que indica que *"la prohibición impuesta a ciertas personas constituye un principio de derecho estricto, cuya aplicación no puede extenderse más allá de los términos literales en que se haya establecida y, por lo mismo, no diciendo la ley en parte alguna que tal prohibición de alegar la nulidad absoluta pasa al heredero del que ejecutó el acto o celebró el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, no es posible hacerla extensiva a él sin desnaturalizar los términos perfectamente claros del precepto en cuestión"*. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de septiembre de 1958, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Sec. 2°, 1961, p. 40, que

La opinión de la doctrina en este sentido tampoco es pacífica. Por ejemplo, DOMÍNGUEZ estima que *"si la acción deducida es la que viene al heredero como continuador, le afecte el principio nemo auditur, puesto que si éste impedía la acción al causante, no puede deducirla el heredero como tal".*[270] Anteriormente, BARRIGA sostuvo una opinión contraria, señalando que *"Tal es el principio que establece nuestro Código Civil, que, considera al heredero como el continuador de la persona del difunto pero solo y exclusivamente para representarlo en sus derechos y obligaciones transmisibles y mal puede comprenderse entre esos derechos y obligaciones a la inhabilidad para alegar la nulidad absoluta que no constituye ni derecho ni obligación, sino una incapacidad o inhabilidad para ejercitar una acción".*[271] Pero lo cierto es que si el causante no tenía la acción, porque lo afectaba el *nemo auditur*, estimamos que dicha acción nunca entró al patrimonio del causante. Como nunca entró a dicho patrimonio, entonces nada se transmite a los herederos, pues como bien se ha indicado, el art. 1097 indica que el heredero sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, derechos y obligaciones en los cuales no se encuentra esta acción de nulidad.

---

indica que *"hay casos en que el interés que puede invocarse no es propio del heredero, es decir, no provienen originariamente de su calidad personal, sino que lo derive de su causante, que celebró el acto o ejecutó el contrato, el cual, como parte en él, tiene interés en que se declare la nulidad absoluta del negocio jurídico, y transmite este interés a su heredero. Las inhabilidades no se transmiten ni se transfieren, porque son personalísimas, y porque su objeto es sancionar a la persona que ejecutó el acto inmoral. Por lo tanto, la prohibición del artículo 1683, como inhabilidad que es, no se transmite a los herederos del causante"* (cons. 52); CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 29 de noviembre de 1960, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 57, Sec. 2°, 1960, p. 104.

[270] DOMÍNGUEZ, "Todo el que tenga interés…", art. cit., p. 558.

[271] BARRIGA ERRÁZURIZ, Gonzalo, en una nota a la sentencia ya citada de la CORTE SUPREMA de 27 de octubre de 1934, Revista de Derecho y Jurisprudencia, 32, Sec. 1°, 1935, p. 102. En el mismo sentido RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 218-220; ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, t. 1, 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 560; CORRAL, *Contratos y daños*…, ob. cit., p. 111.

* Acción de nulidad absoluta ejercida en el propio interés del legitimario. En principio no habría obstáculo para que el legitimario pueda ejercer la acción de nulidad absoluta en su propio interés. Los requisitos y las condiciones para impetrar la acción deben analizarse en la propia persona del legitimario. Por lo tanto, en este caso no existe el problema analizado precedentemente respecto a la transmisión del nemo auditor.

El legitimario no concurrió a la celebración del negocio impugnado ni tampoco está ejerciendo la acción de nulidad como continuador de la persona del causante. Incluso los requisitos del interés se analizarán en atención a la persona del legitimario. Sin embargo, una interpretación de ese tipo debe ser matizada. Es cierto que se está aduciendo su propio interés, pero el efecto que genera la declaración de nulidad lo va a beneficiar en su calidad de heredero.[272] En efecto, lo que se busca con la declaración de nulidad absoluta del negocio es precisamente que los bienes vuelvan al patrimonio del causante, lo cual incrementará la porción de bienes que le corresponde como legitimario.

Pero aquí nuevamente puede presentarse un problema. Para ejercer la acción de nulidad absoluta se requiere tener interés, el cual además de ser cierto, debe ser actual. Justamente este requisito también ha sido objeto de cuestionamiento, sea en la doctrina, sea en las soluciones dadas por la jurisprudencia, particularmente si se requiere o no que exista ese interés al momento de la celebración del negocio, o si basta con que exista al momento de ejercer la acción.

Una sentencia de la CORTE SUPREMA de 10 de Junio de 2010 rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto por un legitimario que solicitaba la nulidad absoluta de un contrato de compraventa celebrado por el causante, aduciendo justamente la falta

[272] Por ello, DOMÍNGUEZ, "Todo el que tenga interés…", art. cit, p. 558, expresa que *"Admitimos que el heredero tenga su propia acción de nulidad, siempre que la funde en un interés personal que no provenga precisamente de la circunstancia de ser heredero. Tiene que invocar un interés que no radique en el hecho de que, por ser tal, con la nulidad vería aumentar su patrimonio heredado o impediría la disminución de éste con la nulidad del negocio en el cual habría participado el causante sabiendo o debiendo saber el vicio que le invalidaba. Si el interés que invoca, aunque personal, es el que proviene por ser heredero, no se observa cómo podría lógica y moralmente admitirse que esa misma calidad le sirva para distanciarse de la máxima y, al mismo tiempo, para fundar el derecho a la acción".*

de interés en el ejercicio de la acción, el cual debía existir al momento de la celebración del contrato y no después de la muerte del causante.[273] En el mismo sentido otras sentencias.[274] Algunos autores llegan a la misma conclusión. Así, ALESSANDRI, en su memoria de prueba indicaba que *"de la necesidad de que este interés nazca precisamente del vicio que origina la nulidad, se deriva, como consecuencia lógica, que el interés en alegarla debe existir al tiempo de producirse la nulidad, es decir, en el*

[273] CORTE SUPREMA, 10 de Junio de 2010, Rol N° 8130-2008, caratulado "Vallejos Uribe, Ada contra Sucesión Odilia del Rosario Uribe Herrera y otro", *Westlaw* CL/JUR/3280/2010. En dicho fallo, en su considerando décimo quinto se indica que *"…es útil tener presente que, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 1683 del Código Civil, la sanción civil de la nulidad se encuentra supeditada a la existencia de un interés por parte de quien la reclama; lo que significa que el mencionado interés constituye un presupuesto esencial para la procedencia de la acción correspondiente y es el primer párrafo de la citada norma el que estatuye quiénes se encuentran habilitados para instar por la declaración de nulidad absoluta de un acto o contrato. Semejante interés debe tener carácter patrimonial, ha de ser acreditado y existir al tiempo de producirse el vicio al que adscribe la pretensión anulatoria, esto es, debe ser coetáneo y no posterior a su advenimiento"*. Por su parte, en considerando décimo sexto se señala que *"…teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto artículos 1181 y siguientes del Código Civil, la legítima es una asignación forzosa y preferente, constituida por una cuota de bienes de un difunto y que la ley reconoce la calidad de legitimario de una persona desde el momento en que nace alguna de las relaciones de parentesco que la vincula con quien será su causante, según lo previsto en el artículo 1182 del Código Civil, no cabe confundir el momento en que se determina la calidad de heredero "lo que tendrá lugar al abrirse la sucesión, seguida de la delación de la herencia" con la oportunidad en que se adquiere la calidad de legitimario pues, aunque participa del estatus de heredero, su régimen jurídico se rige por prescripciones que exceden la situación jurídica de este último; siendo de relevancia para el asunto sub judice que sólo al fallecer la persona que debe la legítima, surgirán en plenitud los atributos que la ley consagra a quien sea su legitimario; mientras que, durante la vida de aquélla, existirá entre ambos una relación de la cual dimanan intereses jurídicos, mas no de la entidad de los que se precisan para incoar la nulidad de autos, esto es, el que habría de concurrir en pos de obtener que se deje sin efecto un negocio celebrado por aquel pariente del demandante, en virtud del cual, se enajena un inmueble que, por ende, no llegará a integrar el activo de la futura comunidad hereditaria que nacerá a la vida jurídica con la muerte del causante vendedor, como sucedió en el presente caso"*.

[274] CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, 14 de junio de 2007, Rol N° 225-2007, *sentencia no publicada*, caratulada "Alberdi con Farre", considerando sexto; CORTE SUPREMA, 3 de junio de 2010, Rol N° 7417-2008, *sentencia no publicada*, caratulada "Pizarro con Pizarro", considerando décimo segundo.

momento en que se comete la violación de ley que trae como consecuencia la nulidad absoluta del acto".[275]

Sin embargo, existen opiniones y soluciones jurisprudenciales distintas, que indican que el interés para alegar la nulidad absoluta sólo se exige al momento de ejercer la acción. Así, el propio ALESSANDRI, en la última edición de su obra, sostiene que *"este interés exista al tiempo de ejercerse la acción de nulidad y, conforme a la jurisprudencia más reciente, no sería necesario que tal interés hubiese existido al tiempo de celebrarse el contrato o de ejecutarse el acto nulo"*.[276] Hay algunas sentencias que apuntan en el mismo sentido. Por ejemplo, la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, en sentencia de 15 de diciembre de 1995 indicaba que *"el interés que exige la ley debe existir al tiempo de deducir la acción y debe ser un interés de contenido pecuniario…"* (considerando 8°). Y agregaba: *"Que la circunstancia de ser la demandante heredera del vendedor y estimar lesionados sus derechos hereditarios por el contrato de compraventa que impugna, demuestra el interés actual de la actora, que le permite instar en esta causa"* (considerando 9°).[277] Esta última solución se aleja un tanto de las reglas sobre nulidad, que tiene por objeto dejar sin efecto un negocio por un defecto originario, esto es, que el vicio exista al momento de la celebración del mismo. Sin embargo, parece ser la interpretación que protege en mayor medida los derechos de los legitimarios frente a negocios celebrados por el causante en perjuicio de sus derechos. De seguir la otra tesis, se fomenta el fraude a la legítima, desde el momento en

---

[275] ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1949, p. 553. Esta idea la repite en la segunda edición de este libro, Ediar editores, Santiago, 1985, p. 554. En el mismo sentido DOMÍNGUEZ, "Todo el que tenga …", art. cit., p. 553.

[276] ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, t. 1, 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 524. Ignoramos el motivo del cambio de opinión.

[277] CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 15 de diciembre de 1995, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 92, secc. 2°, 1995, p. 152. Esta solución no es nueva, porque antiguamente se había fallado de la misma manera. En ese sentido, CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, 5 de agosto de 1935, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 34, Sec. 2°, 1937, p. 30; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de septiembre de 1958, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 58, Sec. 2°, 1961, p. 41 (cons. 52).

que los legitimarios carecerán del interés actual exigido por el art. 1183 del Código Civil para ejercer la acción de nulidad absoluta.

Tercera: ¿Basta sólo con ejercer la acción de nulidad absoluta?

Habrá que distinguir según si la simulación sea absoluta o relativa. Si es absoluta, basta con ejercer la acción de nulidad del negocio simulado. Ahora bien, si es relativa, pueden presentarse diversas alternativas:

1° Que se ejerzan dos acciones: la acción de nulidad del negocio simulado y la acción que corresponda respecto del disimulado. Ej. Se puede ejercer la acción de nulidad absoluta de la compraventa simulada y la acción de inoficiosa donación. Incluso es posible ejercer, además de la acción de nulidad absoluta del contrato simulado, la acción de nulidad absoluta de la donación por falta de insinuación.[278] Así lo señalada la doctrina comparada.[279]

También se puede dar la situación en que se ejerza la acción de nulidad a título de heredero, pero la acción protectora de la legítima a título propio. No existe impedimento para ello, ya que se trata de dos acciones absolutamente independientes entre sí.[280]

2° Que se ejerza derechamente la acción protectora de la legítima, ello en atención al art. 1444 del Código Civil, ya que el acto simulado degenera en otro diferente, como sería la

[278] La CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO en sentencia de 10 de Julio de 1985, caratulada "Diaz, María contra Quijano, Mario", *Westlaw* CL/JUR/11/1985, sobre simulación de contrato de compraventa que encubría una donación, señaló que *"en la especie, la donación encubierta, ínsita en contrato simulado, carece de insinuación y, por ende sería nula, en los términos que señala el artículo 1401 del Código Civil".*

[279] Así lo sostiene NÚÑEZ, "La donación de inmueble…", art. cit., pp. 1823-1825; LACRUZ VERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, t. 1, vol. 3, 3° edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 184.

[280] DIEZ, *Contrato*…, ob. cit. p. 97.

donación. Incluso, tratándose de una donación entre vivos, se podría pedir nulidad de la misma donación, por falta de insinuación.

II.- La creación de sociedades.

En Chile es posible que el causante celebre sociedades para burlar las asignaciones forzosas, en particular a las legítimas, atentando contra su intangibilidad. La forma que habitualmente se puede apreciar es aquella en que el causante constituye una sociedad con uno o más de sus hijos, lo cual puede generar diversas modalidades. Así, es posible que el causante celebre sociedad sólo con alguno o algunos de sus hijos, excluyendo a los demás. En Chile existe libertad para crear este tipo de sociedades, y es más, el Estado ha promovido el emprendimiento a través de la creación de empresas con carácter societario.

La forma en que se vulnera la legítima se produce al aportar por el causante los bienes a dicha sociedad, teniendo él o los hijos socios participaciones menores en dicha empresa. Pero el problema aumenta, toda vez que el causante, socio de la sociedad, durante la vigencia de ésta pudiera ceder derechos o acciones a los hijos socios, con lo cual disminuiría su participación, y aumentaría la de los hijos en la sociedad.

Al fallecer el causante, todos los herederos no van a poder adquirir esos bienes aportados, pues ellos ya ingresaron a la sociedad. Sin perjuicio de ello, tendrán derecho a que se dividan entre todos los herederos las acciones o derechos que el causante tenía en la sociedad. Aquí se van a encontrar con el problema, pues es posible que no obstante tener derechos en tal sociedad, no vayan a poder participar en la administración, pues los otros herederos, que a la sazón también eran socios, mantendrán el control sobre la misma, con lo cual sus derechos como legitimarios se verán perjudicados.

Por ejemplo. El padre celebra una sociedad con dos hijos. Los otros dos no ingresan a la sociedad. La cónyuge, madre de los cuatro hijos está fallecida. El padre hace un aporte en inmuebles que constituye un 80% de sus derechos en la sociedad.

Cada uno de los hijos socios aporta real o aparentemente un 10%. Durante la vigencia de la sociedad el padre cede acciones y derechos a sus hijos socios, de tal manera que su participación ahora es de un 40%. Luego, ahora cada hijo tiene un 30% de los derechos en la sociedad. Muere el padre. Si no dejó la cuarta de mejoras ni la cuarta de libre disposición, los derechos en la sociedad del causante de deben dividir por los 4 hijos. Por lo tanto, los hijos que no tenían participación en la sociedad tendrán ahora en ella un 10% cada uno, y los otros dos que si eran socios, un 40% cada uno.

Por lo tanto, la legítima de los hijos no socios se verá afectada y ellos tendrán que someterse a la decisión de la mayoría en materia de administración de la sociedad, esto es, los hijos socios, que tendrán una mayor participación en la sociedad. Quizás le quedaría a los legitimarios no socios la opción de vender sus acciones y poder recaudar, a objeto de poder tener libertad para disponer del dinero que producto de la venta se pudiera generar, pero a su vez se generaría el problema de quién les compraría esas acciones.

Es muy difícil que un tercero adquiera, pues la participación en la sociedad es baja. Sólo quedaría la opción que compre uno de sus hermanos socios, pero por el precio que él fijará, lo cual puede nuevamente redundar en una violación a su derecho como legitimario. El desarrollo doctrinario sobre esta materia es abundante en el derecho argentino.[281]

III.- La venta de nuda propiedad con reserva de usufructo.

Se trata de otra forma a la que habitualmente se recurre para que en forma *"lícita"*, se burlen las asignaciones forzosas. El dominio otorga las facultades de usar, gozar y disponer. Pero además, la propiedad separada del goce constituye lo que se

[281] Sobre la vulneración de la legítima a través de la constitución de sociedades en el derecho argentino ver: PÉREZ LASALA, José Luis; MEDINA, Graciela, *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, 2° edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2011, pp. 155-178; ORLANDI, Olga, *La legítima y sus Modos de Protección*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 291308; LO PETE, *Acciones protectoras…,* ob. cit., pp. 221-243.

denomina mera o nuda propiedad. En Chile, es posible que sólo se transfiera la nuda propiedad, quedando el tradente en calidad de usufructuario del bien, y el adquirente como dueño de la nuda propiedad. Por lo tanto, el usufructuario es propietario de su derecho de usufructo, pero como reconoce dominio ajeno, es mero tenedor de la cosa.

El usufructo es temporal, es decir, puede estar sujeto a un plazo o a una condición, pero en todo caso, tal como lo señala el art. 770 del Código Civil, dura a lo más, toda la vida del usufructuario, por lo tanto, es posible otorgar un usufructo con carácter vitalicio. Tal como indica el art. 765 del Código Civil, tiene una duración limitada, al cabo del cual, pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad.

En Chile es común que se celebren estos tipos de negocios, y en ella es generalmente el causante quien obrará como vendedor. Él es dueño del bien y transfiere sólo la nuda propiedad, reservándose el usufructo vitalicio sobre el bien (para que también quede protegido mientras vida). Puede actuar como comprador cualquier persona, generalmente aquel a quien se le quiere dejar el bien para después de su muerte, y que producto del establecimiento de la legítima, no podría disponer a su entera libertad del referido bien.

A la muerte del causante, la propiedad plena se consolida a favor del adquirente de la nuda propiedad, lo cual es perfectamente lícito. Seguramente pudiera ser reclamado por los otros legitimarios a través de acciones de simulación, de la forma indicada precedentemente, con todos los problemas que verificamos, aunque también es posible que en el caso que el precio pactado sea muy bajo, pueda rescindirse la venta por lesión enorme.[282]

Pero ello tiene otra incidencia, porque los bienes, una vez que se consolida la plena propiedad por la muerte del causante no van a ingresar a la masa hereditaria. Ello trae dos consecuencias económicas. Por una parte la partición será mucho más simple (y

[282] Así, en sentencia de la CORTE SUPREMA de 29 de Septiembre de 2011, ROL N° 10.173-2010, (sentencia no publicada), caratulada "Uribe y Otro con Aravena", se acogió un recurso de Casación en el Fondo, y declaró la rescisión de una venta de la nuda propiedad, con reserva de usufructo, pues, el precio pactado era muy inferior al justo precio.

de menor costo al no tener que practicar inscripciones en el Registro del Conservador) pero por otra, se libera del pago del impuesto a las herencias, ya que ese impuesto grava la masa hereditaria, y como consecuencia de que los bienes no forman parte de la herencia, ningún impuesto sobre esos bienes van a pagar.

Título Quinto. LA MEJORA COMO ASIGNACIÓN FORZOSA.

La mejora constituye una particular institución por las características propias que posee y la forma en que es concebida, tanto en el derecho nacional, como en el comparado.

Y es que quizás no hay una institución tan peculiar como la mejora. Ya en su instauración presenta algunas curiosidades dignas de destacar. Pero además, el estudio de esta asignación permite la calificación de todo un sistema sucesorio. Así, en los sistemas en los cuales la libertad de testar se encuentra restringida, puede o no haber mejora. Y en los que la hay, no necesariamente se concibe de la misma manera. De ahí entonces que resulte necesario precisar la forma en la cual fue consagrada en nuestra legislación.

1.- EL CONCEPTO DE MEJORA.

El diccionario de la Real Academia de la lengua española señala que mejorar es adelantar, acrecentar algo, haciéndolo pasar a un estado mejor.

Aun cuando el Código Civil no define la mejora, su significado no es lejano al señalado precedentemente. En efecto, se entiende que una persona ha sido mejorada (para efectos sucesorios) cuando se le otorga en el testamento más de lo que por ley le corresponde. Ahora bien, este aumento en la cuantía que llevará un asignatario, a través de una mejora puede tener una visión amplia o restringida.

En una mirada amplia, se entiende que una persona es mejorada cuando además de la legítima, lleva otras asignaciones, las cuales se pueden computar con cargo a la cuarta de mejoras o a la cuarta de libre disposición.

En cambio, desde un punto de vista restringido, una persona es mejorada cuando el causante dispuso en su favor de la cuarta de mejoras. En Chile se ha seguido la tesis restrictiva[283], aunque ello no siempre fue así.

Por ello es necesario referirnos a la forma como fue concebida la mejora en nuestra legislación.

2.- LA CONCEPCIÓN DE LA MEJORA EN LA EVOLUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

A diferencia de la legítima, la mejora es una asignación forzosa típicamente española. Se duda que fuera conocida en Roma[284] y ello trae como consecuencia que algunas legislaciones no la consagraran. ALBALADEJO, quizás el autor que más se ha dedicado a su estudio indica que *"La mejora es una institución típicamente castellana, que, introducida por Chindasvisto, aparece acogida en el Liber Iudiciorum, en su versión romance, el Fuero Juzgo, y, asimismo, en diversos Fueros municipales, habiendo sido regulada detalladamente, con gran abundancia de preceptos, una docena de leyes, en las de Toro. Cuerpo jurídico, éste, que es el que, en nuestro Derecho histórico más atención, con diferencia respecto de cualquier otro, le dedicó"*.[285] Con todo, en los antecedentes del derecho civil español, la mejora es concebida como una parte de la legítima que el causante puede disponer a favor de los descendientes con el objeto de favorecerlo por sobre los demás legitimarios.[286]

---

[283] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 942.

[284] Sobre un posible origen romano de la mejora, un buen resumen se encuentra en: ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La mejora a favor de los nietos*, Edisofer, Madrid, 2003, pp. 19-23.

[285] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, p. 18.

[286] Sobre el origen de la mejora ver: ROMERO VIEITEZ, Manuel, *La mejora*, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1936, pp. 27-121; LACOSTE, Jorge, *La mejora*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1913, pp. 1-208; ALBALADEJO, *La mejora*, ob. cit., pp. 18-21; DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., pp. 957-961; SALINAS ARANEDA, Carlos, "Notas sobre los orígenes de la cuarta de mejora en nuestra legislación civil", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, II, 1977, pp. 143-146; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 475-

En Chile, la legislación española rigió hasta la entrada en vigencia de nuestro Código Civil, que incluso mantiene como asignación forzosa a la mejora, pero es necesario detenerse y precisar que en realidad, la noción de mejora que introdujo Bello es bastante diferente a los antecedentes expuestos.

Lo primero que hay que advertir es que Bello no era partidario de introducir en Chile como asignación forzosa a la mejora. Si no era partidario de la legítima, con mayor razón consideraba que la mejora no debía tener cabida en nuestra legislación, por cuanto limitaba aún más la libertad de testar.

De hecho, en los proyectos de Código Civil no se consagraba la mejora como asignación forzosa, de manera que la parte de libre disposición para el causante equivalía a la mitad de la herencia. La mejora fue incorporada como asignación forzosa por la Comisión revisora en 1853. No obstante aquello, en los proyectos anteriores se hacía referencia a la mejora, pero concebida de manera diferente. Así por ej., el proyecto 1841-1845, en su art. 9 inc. 3° indicaba que *"Imputadas a la cuota de bienes de que el difunto pudo disponer libremente todas las donaciones i todas las asignaciones testamentarias, ya a los lejitimarios* ***a título de mejora****, ya a favor de personas o de causas extrañas, todo lo que reste acrecerá a la lejítima rigorosa".*

El proyecto de 1853, antes de su revisión en su art. 1357 estipulaba que *"Todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un descendiente lejítimo que tenía entonces la calidad de lejitimario, se imputarán a su lejítima y deberán traerse a colación; a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora. Se llama mejora toda donación imputable a la cuota de bienes de que*

485, que además se refiere a la forma en que fue concebida la mejora en diversas legislaciones americanas.

un testador puede disponer a su arbitrio, i de que dispone efectivamente a favor de un lejitimario".[287]

En consecuencia, los proyectos del Código Civil conocieron la mejora, pero concebida de una manera diferente de la legislación española, pues no se la incluyó como parte de la legítima.[288] Pero aun más, se aleja bastante de lo que para nosotros constituye la mejora. En realidad, los proyectos del Código Civil indicados, consideraron a la mejora en una noción amplia, esto es, eran asignaciones que el causante destinaba para favorecer a una determinada persona, pero con cargo a la cuarta de libre disposición.[289]

La versión final del Código Civil que entró en vigencia en 1857 introdujo a la mejora como asignación forzosa. Sin embargo, como ya lo hemos adelantado, ella se alejó de la manera como fue concebida por CHINDASVINTO.

En efecto, no fue considerada como una parte de legítima, sino como una asignación forzosa independiente de ella y con estatuto propio, no obstante que muchas de las normas referidas a la legítima, se aplican también a la mejora, particularmente en lo que dice relación con su protección.

Hay eso si algunas similitudes: así, la cuantía está previamente determinada (en nuestro caso una cuarta parte de la herencia). Pero quizás lo más relevante es que con esta asignación forzosa ha de beneficiarse a los descendientes del causante. De esa forma fue concebida por la legislación española y así también se consagró en nuestro Código Civil. El art. 1167 N° 4 establecía que era asignación forzosa *"la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos".* De manera que no importaba si el descendiente era hijo, nieto o bisnieto. Todos ellos eran asignatarios de mejoras.

---

[287] Se ha señalado por SALINAS, "Notas sobre los orígenes…", art. cit., p. 154, que esta definición de mejora era incompleta, ya que sólo se refería a las donaciones imputables, aun cuando también era necesario incluir a los legados.

[288] Así lo reconoce LACOSTE, *La mejora*, ob. cit., p. 321.

[289] Sobre el origen de la cuarta de mejoras en Chile ver: SALINAS, "Notas sobre los orígenes…", art. cit. pp. 146-157.

Incluso podía mejorarse a un nieto cuyo padre vive.[290] Ello lo justifica ALBALADEJO, señalando entre otras razones que se puede mejorar a un nieto viviendo el padre por el especial afecto del causante respecto del nieto que mejora y también por el especial rechazo hacia el hijo padre del nieto.[291]

3.- LA MEJORA EN EL DERECHO COMPARADO.

Podría pensarse que todos los países que contienen un sistema de legítimas o de freno a la libertad de testar contempla a la mejora. Ello está lejos de la realidad. Así, y analizando desde la óptica del derecho nacional podemos encontrar tres sistemas distintos. Se encuentran algunos sistemas que no contemplan la mejora, como francés, donde no conocieron en su regulación sucesoria la legislación española. LACOSTE indica que *"En la historia del derecho francés no se ven huellas de una institución parecida á las mejoras legitimarias del derecho sucesorio español. Esta afirmación podemos hacerla de una manera categórica, á pesar de las neblinas que todavía existen en la evolución histórica del derecho sucesorio francés"*.[292] Como consecuencia de ello, algunos sistemas sucesorios que siguieron al Code tampoco contienen la regulación de la mejora. Un ejemplo cercano lo encontramos en el Código Civil argentino, aun cuando recientemente se ha discutido por la doctrina argentina la posibilidad de incorporar esta figura a su legislación.[293]

---

[290] Cuestión debatida en el derecho español. Ver por todos: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "La mejora del nieto", *Actualidad civil*, N° 36, 1997, pp. 937-949; ÁLVAREZ, *La mejora*…, ob. cit., pp. 43-56.

[291] ALBALADEJO, *La mejora*, ob. cit., p. 116.

[292] LACOSTE, *La mejora*, ob. cit., p. 323.

[293] Así, el 10 de Noviembre de 1992 se realizó una mesa redonda del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en el que se discutió sobre la posibilidad de incorporar la mejora en el derecho argentino. Ver: ZANONNI, Eduardo; VIDAL, Carlos; LÓPEZ, Roberto, "Posibilidad de incorporar la mejora al derecho argentino", *Revista del Notariado*, N° 834, 1993, pp. 632-644.

Existen otras legislaciones que la contienen, pero formando parte de la legítima, como en España y Puerto Rico, y aquellas que la consagran como una asignación forzosa autónoma, como Colombia y Ecuador.[294]

4.- El estado actual de la mejora en Chile.

Como se ha señalado, la regulación de la cuarta de mejoras ha sido modificada en varias oportunidades en nuestra legislación, pero no respecto del *quantum* (siempre corresponderá a una cuarta parte de la herencia), sino en cuanto a los beneficiarios con esta asignación. Así, el Código Civil que entró en vigencia en nuestra legislación consideró que eran asignatarios de cuarta de mejoras los descendientes legítimos. La Ley N° 10.271 agregó a los hijos naturales y sus descendientes legítimos, la Ley N° 18.802 incorpora como asignatarios de mejora al cónyuge sobreviviente y finalmente, la Ley N° 19.585 hace lo propio con los ascendientes del causante.

De tal forma, actualmente, tal como lo señala el art. 1167 N° 4 del Código Civil, son asignatarios de la cuarta de mejoras los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente.

5.- La cuantía de la mejora.

La cuantía de la mejora equivale a una cuarta parte de la herencia. Pero para que proceda la formación de la cuarta de mejoras es necesario que haya legitimarios. Si no los hay, el causante puede disponer libremente de la totalidad de sus bienes. Por ello la Ley N° 19.585 dejó un error manifiesto en el art. 1184 del Código Civil, cuando en su inc. 2° señala que *"No habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio".* Como señala Domínguez *"El defecto de*

[294] Sobre los sistemas sucesorios que contienen a la mejora como asignación forzosa, ver el título primero de la primera parte.

redacción se debe a que se intercaló simplemente la mención al cónyuge y a los ascendientes en la redacción antigua, en la que si no había descendientes legítimos que pudieran suceder, efectivamente la mitad de la herencia pasaba a ser de libre disposición pues desaparecía la cuarta de mejoras y sólo quedaban como legitimarios los ascendientes".[295] En consecuencia, habiendo legitimarios se forma la cuarta de mejoras, de la cual podrá disponer el causante respecto de los beneficiarios con dicha asignación.

Es cierto que se puede disponer de ella sólo respecto de los beneficiarios que previamente haya establecido la ley, sin embargo, el causante puede hacer la distribución que quiera entre ellos. Así, el art. 1.195 inc. 1° dispone que *"De la cuarta de mejoras puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus descendientes, su cónyuge y sus ascendientes; podrá asignar a uno o más de ellos toda la dicha cuarta con exclusión de los otros".* Por lo tanto, perfectamente podría dejar toda la mejora a un solo asignatario. O bien, distribuirla entre todos ellos por partes iguales o por partes distintas. Por ello se ha señalado que en esta modificación realizada por la Ley N° 19.585 por una parte se amplía la libertad de testar y se restringe por otra. Se amplía, porque hay una mayor cantidad de posibles beneficiarios con esta asignación. Se restringe, porque al haber alguno de estos beneficiarios, el causante sólo podrá disponer libremente de una cuarta parte de sus bienes.[296]

6.- PERSONAS A LAS CUALES SE LES PUEDE ASIGNAR LA MEJORA.

Dentro de esta asignación encontramos diferentes posibles asignatarios, pero a diferencia de la legítima, donde la cuantía que le correspondía a cada legitimario estaba previamente establecida por la ley, en cuanto a la mejora la situación cambia radicalmente.

---

[295] DOMÍNGUEZ, "Las reformas…", art. cit., p. 76.

[296] Así lo sostienen RODRÍGUEZ, Instituciones…, ob. cit., vol. 1, p. 357; MARTINIC GALETOVIC, María Dora, "Las asignaciones forzosas y la libertad de testar", *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, t. 1, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 484.

Ahora bien, en cuanto a los beneficiarios con la cuarta de mejoras, éstos son casi idénticos con los asignatarios de legítimas. La ley indica que ellos son los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente.[297] La única precisión que es necesario destacar es respecto de los primeros.

En efecto, en la mitad legitimaria son asignatarios los hijos, personalmente o representados por su descendencia. Es decir, en esta materia opera el derecho de representación, y por lo tanto, los nietos por ej., sólo sucederán al causante en el caso que falte su padre o madre. Luego no hay una sucesión directa respecto de ellos.

En cambio, en lo que a la cuarta de mejoras se refiere, son beneficiarios los descendientes. El Código Civil no hace distinción alguna, de manera que el causante puede disponer de dicha asignación con total libertad respecto de cualquiera de sus descendientes. Perfectamente puede dejar la mejora a un nieto, incluso a un bisnieto.

7.- CARACTERÍSTICAS DE LA MEJORA.

a.- Constituye una asignación forzosa.

Como tal, está sujeto a diversas formas de protección.

b.- Requiere de manifestación expresa del testador.

La mejora no se presume. Ella no opera en la sucesión intestada. De tal manera, para que haya lugar al otorgamiento de la mejora, es necesario que ella conste en un testamento. Pero incluso podría ocurrir que ella se designe en otro acto auténtico, como en aquel que contenga una donación. Incluso la ley permite que se designe en otro acto posterior.

Lo que importa es que se establezca con total claridad que se está disponiendo de una asignación a título de mejora. Así se desprende de los arts. 1198 inc. 1° y 1203. De lo contrario, dicha porción acrece la mitad legitimaria, según lo señala el art. 1191. En

[297] En cuanto al cónyuge sobreviviente, rige acá lo que se señaló a propósito de sus derechos sucesorios en situaciones de crisis matrimonial.

consecuencia, de acuerdo a las reglas enunciadas y siguiendo a RODRÍGUEZ esta característica se resumiría de la siguiente manera *"si el causante ha hecho a un legitimario un legado o una donación revocable o irrevocable, se imputará a su legítima, a menos que en el testamento, en la escritura respectiva o en un acto posterior auténtico aparezca que el legado o donación se hizo a título de mejora; si la donación o legado se hace a una persona que no es legitimario no se imputará jamás a mejora, salvo que así lo haya manifestado el testador expresamente en el testamento o en la respectiva escritura de donación"*.[298]

Se ha señalado que esta regla contendría dos excepciones en las cuales se presume por la ley la intención de mejorar. Se trataría de casos de *"mejora tácita"*.[299]

i.- La primera se encontraría en el art. 1203 inc. 2°, cuando señala que *"Si el difunto hubiere declarado expresamente por acto entre vivos o testamento ser su ánimo que no se imputen dichos gastos a la legítima, en este caso se considerarán como una mejora"*.

ii.- La segunda sería la descrita en el art. 1193 inc. 1°, que indica que *"Si lo que se ha dado o se da en razón de legítimas excediere a la mitad del acervo imaginario, se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse en la proporción que corresponda entre los legitimarios".*

c.- La mejora puede, en principio, admitir modalidades o gravámenes.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de las legítimas, donde se prohíbe la posibilidad que se sujete a modalidad o gravamen, en el caso de la mejora, en principio ello se encuentra permitido. Así, el art. 1195 inc. 2° indica que *"Los gravámenes impuestos a los partícipes de la cuarta de mejoras serán siempre en favor del cónyuge, o de uno o más de los descendientes o ascendientes del testador".*

[298] RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 1, p. 364.
[299] RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 1, p. 365.

Por lo tanto, las modalidades o gravámenes se permiten siempre y cuando no se lesionen los derechos de los asignatarios de mejoras, ya que al ser una asignación forzosa, no pueden ser objeto de lesión alguna. En consecuencia, en virtud de este principio se impide que se pueda gravar o imponer una modalidad sobre la mejora a favor de un tercero, ya que con ello se estaría atentando a la asignación en su calidad de asignación forzosa. Lo que se permite es imponer este gravamen o la modalidad respecto de otro asignatario de la mejora.[300]

d.- La mejora es susceptible de un pacto sobre sucesión futura.

De acuerdo al art. 1463 del Código Civil, los pactos sobre sucesión futura adolecen de objeto ilícito. Esta regla presenta una calificada excepción en el art. 1204, que permite el pacto de no mejorar. Este pacto se celebra entre el causante y un legitimario. En él, el causante se obliga a no disponer de la cuarta de mejoras. Si el causante dispone de ella, la persona con quien celebró el pacto tiene derecho a que los asignatarios de dicha cuarta le enteren lo que le habría correspondido de haberse cumplido el pacto.[301]

[300] Buenos ejemplos sobre la aplicación de esta característica en ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., pp. 429-431.

[301] Sobre el pacto de no mejorar ver: RODRÍGUEZ, *Instituciones*…, ob. cit., vol. 1, pp. 366-371 (aunque el autor la denomina "Promesa de no disposición de la cuarta de mejoras"); SOMARRIVA, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, pp. 430-432; ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., pp. 432-436; DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 1, pp. 42-43; RAMOS, *Sucesión*…, ob. cit., p. 130.

SEGUNDA PARTE

LA REVISIÓN DEL SISTEMA DE ASIGNACIONES FORZOSAS EN CHILE

Título Primero. LA NECESIDAD DE REVISIÓN DEL SISTEMA SUCESORIO CHILENO.

El derecho se encuentra en constante evolución, y por ello diversos países han adaptado sus legislaciones, tomando en cuenta nuevas realidades económicas, sociales y culturales de cada país. Por ejemplo, en Chile la mujer casada en el régimen de sociedad conyugal, hasta el año 1989 era relativamente incapaz. Muy discutido también fue el establecimiento de igualdad de derechos de todos los hijos, la cual se incorporóa nuestro sistema con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585. Hoy las personas, en su gran mayoría siquiera se atreven a plantear una diferencia entre hijos matrimoniales o no matrimoniales. Tuvieron que pasar casi 150 años para que incorporara en nuestro país el divorcio con disolución de vínculo. Cada vez es más frecuente que se presenten conflictos de ley en el espacio en materia sucesoria, generándose conflictos que pueden ser solucionados por el Derecho Internacional Privado.[302]

Pero lo cierto es que el derecho sucesorio, como lo hemos relatado en varios pasajes de este trabajo, no se ha modernizado. Las modificaciones que se han hecho al Código Civil en materia hereditaria responden a adaptaciones del Derecho de Familia, pero no ha habido una revisión particular de esta materia, tan relevante para la sociedad civil.

[302] Ver : SIMO SANTOJA, Vicente, *Derecho Sucesorio Comparado. Conflictos de leyes en materia de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1968, pp. 95-370.

Por otra parte, la sucesión por causa de muerte puede ser testada e intestada. Las reglas sobre asignaciones forzosas se vinculan íntimamente con la sucesión testada, pues el testamento es la forma que se utiliza para que el causante disponga de sus bienes para después de su muerte. En Chile, las personas no utilizan mayoritariamente esta vía. Puede deberse a que no hay una cultura jurídica para que las personas dispongan de sus bienes a través de testamento. Contratos de Compraventa se celebran todos los días y en todo momento, pero no ocurre lo mismo con el otorgamiento del testamento.

Pueden existir elementos de carácter social, como por ejemplo que las personas que otorgan su testamento están de una u otra manera, pensando en su propia muerte. También se puede agregar que la forma testamentaria es algo complejo. La necesidad de que deban intervenir testigos en el otorgamiento del testamento, implica que muchas veces el causante no tiene la suficiente confianza para que otras personas conozcan su decisión sucesoria. Se agrega también que Chile es un país que aun no alcanza el pleno desarrollo, por lo que los bienes que el causante tiene en propiedad no existen en abundancia. Luego, la posibilidad real de que el causante pueda disponer de sus bienes a través del testamento es baja.

Estadísticamente, la cantidad de testamentos que se otorgan en Chile es baja. Si consideramos que la cantidad de personas que muere en Chile es cercana a los 100.000 por año, la cantidad de testamentos que se otorga es baja. Así, en el año 2011 se otorgaron 5.798; el 2010, fueron 5.437 las personas que testaron; el 2009 se inscribieron 6.081 testamentos. Ello demuestra que la forma testamentaria no es utilizada en general por los chilenos.[303]

Pero ciertamente, a nuestro entender, uno de los grandes problemas para que el causante pueda disponer de sus bienes a través del testamento es la escasa libertad para disponer de sus bienes, lo cual implica que el causante va a recurrir a otras figuras,

[303] Para revisar estadísticas sobre número de defunciones y número de testamentos otorgados en Chile, visitar el sitio web del Servicio de Registro Civil www.registrocivil.cl

reconocidas por el Derecho, a objeto de disponer de sus bienes, tal como lo indicamos anteriormente a propósito de la simulación.

En conclusión, la legítima en la forma concebida actualmente no responde a los principios por la que fue creada. Es necesario adecuar su estatuto a las necesidades reales de la sociedad y en especial de la familia, y si bien, una alternativa puede ser eliminarla como asignación forzosa, otra puede consistir en otorgarla para los casos en que efectivamente los miembros de la familia estén en un estado de necesidad. Eso se logra avanzando hacia una concepción alimenticia de la legítima, que no tiene otro fundamento que mantener su concepción protectora, pero solo para aquellos que lo necesiten.

Por ello es preciso afirmar, que el establecimiento de un nuevo sistema sucesorio le daría mayor vigorosidad a nuestro sistema jurídico. Proliferarían la cantidad de testamentos (que es la vía para disponer de bienes por causa de muerte); disminuirían la cantidad de negocios simulados que se celebran para burlar el sistema de asignaciones forzosas y se daría protección sucesoria efectivamente a las personas que realmente lo necesitan.

Pero además, no necesariamente todas las personas van a acudir a esta forma sucesoria. En la gran mayoría de los casos la sucesión en Chile no será testada, sino que seguirá siendo intestada, aplicándose los órdenes de sucesión que estimamos se encuentran plenamente justificados.

En el Derecho Comparado se ha avanzado hacia una mayor libertad de disposición del causante, y en una focalización diferente de la protección sucesoria. Ello se refleja en que ciertos países han adoptado decisiones como aumentar la parte de libre disposición; reducir el número de legitimarios; mejorar la posición del cónyuge sobreviviente (sea concediéndole la calidad de legitimario o estableciendo otras clases de derechos); desde el punto de vista económico se ha propiciado la mantención del patrimonio del causante, estableciendo nuevos pactos sucesorios o bien, estableciendo la

restitución de lo excesivamente donado a otro legitimario o a un tercero, mediante el pago en metálico.

Por el contrario, en nuestro país, si bien se ha mejorado la posición del cónyuge sobreviviente, los otros ítems descritos más arriba, o no han variado o incluso son más rígidos desde la entrada en vigencia de nuestro Código Civil. La parte de libre disposición se mantiene en una cuarta parte de la herencia. Pero incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585 existían hipótesis en que el causante podía disponer libremente de la mitad de la herencia, situación que hoy no es posible; los legitimarios han aumentado; los asignatarios de la cuarta de mejoras han aumentado; no se han establecido nuevos pactos sucesorios y, por último, en general se ha sostenido que la restitución de lo excesivamente donado no se puede pagar en metálico.

Consideramos, por lo tanto, que es necesario proceder a efectuar una revisión del sistema de asignaciones forzosas, considerando una revisión de los principios que inspiraron su establecimiento, con el objeto de proponer un régimen sucesorio que se adapte a los requerimientos actuales de la sociedad. Como ha indicado FERRARA *"A medida que un pueblo se desarrolla y sus relaciones se hacen más extensas y complicadas, el derecho, que permanece fijo e inmóvil, resulta pronto inadecuado para regular aquel conjunto de relaciones variadas"*.[304]

En todo caso, la revisión del sistema sucesorio chileno no constituye una propuesta novedosa. Cada vez es más común apreciar que hay autores que reconocen que el sistema sucesorio chileno requiere de una modernización, impensado por algunos autores a comienzos del siglo XX.

Quizás quien con mayor vehemencia rechazaba establecer un sistema de mayor libertad de testar, y quien era un férreo defensor de la legítima era JOSÉ CLEMENTE FABRES. Así señalaba que *"Si hubiéramos de omitir las legítimas, veríamos con impasibilidad e indiferencia que un padre vicioso preferiría a los hijos adulterinos, mientras que los legítimos gemían en la miseria; veríamos que un padre caprichoso o*

[304] Ferrara, *La simulación*…, ob. cit., p. 89.

sin conciencia, preferiría sin razón plausible a uno de los hijos sobre los demás; veríamos que un padre débil o estúpido era dominado por el hijo más astuto o perverso y que le absorbía toda su fortuna; veríamos que el afecto a una segunda mujer haría perecer en la miseria a los hijos del primer matrimonio; veríamos que un padre lleno de vanidad, por dar lustre a su familia, reunía toda su fortuna en uno sólo de sus hijos; y veríamos por fin las mil extravagancias que resultan naturalmente de los vicios, del desorden de las pasiones, de la falta de inteligencia, de energía, etc., etc."[305]

Sin embargo, en la misma época también existían ciertos defensores del sistema de libertad de testar. Así, CLARO SOLAR indicaba que "*el sistema de la libertad de testar es preferible por ser más conforme al derecho y a la naturaleza de las relaciones familiares, a la vez que el más justo porque permite al padre de familia tomar en consideración lo que más conviene al desarrollo económico de ella; dejando la administración de parte de sus bienes encomendada por tiempo prudencial a aquel o aquellos de sus hijos, cuando éstos son varios, que hayan dado pruebas de mejor discernimiento y dedicación al trabajo y de mejor conducta en la vida; pero no estimamos que la libertad de testar deba ser absoluta, y sin restricción alguna, sino que debe ser limitada en cuanto sea necesario a asegurar por parte de los padres el cumplimiento de las obligaciones que tienen en orden a la alimentación y educación y establecimiento de los hijos"*.[306] En el mismo sentido ROBUSTIANO VERA señalaba *"si un padre de familia tiene en vida facultad para celebrar toda clase de contratos respecto de sus bienes, es forzoso admitir también el derecho de disponer de ellos con igual plenitud por acto que tenga su cumplimiento después de la muerte i que se llama testamento"*.[307]

A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX se elaboraron varias memorias de prueba que apuntaban a criticar el sistema de asignaciones forzosas y a proponer una

[305] FABRES, José Clemente, Instituciones de Derecho Civil Chileno, t. 2, Imprenta y librería Ercilla, Santiago, 1902, p. 319.
[306] CLARO, *Explicaciones*…, t. 14, p. 247.
[307] VERA, Robustiano, *Conviene establecer en Chile la Libertad de Testar i en caso contrario qué limitaciones ha de tener*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1900, p. 13.

mayor libertad de disposición del causante, como son los trabajos de RAFAEL CAÑAS,[308] JERÓNIMO DE LAMA Y OSSA,[309] ARTURO BERTÍN,[310] ALBERTO RUIZ DIEZ[311] y ALFREDO MUJICA.[312]

---

[308] CAÑAS, Rafael, *Libertad de Testar*, Memoria de prueba para optar el grado de licenciado en leyes i ciencias políticas, Imprenta i encuad de Rodrigo Donoso i Ca., Santiago, 1897, p. 23, quien indica que *"Muchos tachan la libertad de testar de injusta i de falta de equidad, que quebranta la igualdad que debe existir entre los hijos, permitiendo dejar el todo a uno de ellos i a los demás los deshereda i deja en condiciones desventajosas. Mas, esta desigualdad que el padre hace, es mas bien aparente que efectiva, i depende del concepto que nosotros tenemos de aquello en que consiste la verdadera igualdad. Consideramos que se falta a ella i en consecuencia a la justicia, cuando no se da a cada uno de los hijos una parte o porción del haber del padre i consideramos violados aquellos principios de justicia distributiva que ordena dar a cada cual lo que le pertenece. Pero la justicia en el seno de la familia, es no la igualdad material aparente sensible, sino la desigualdad que es la igualdad esencial, la igualdad interna, cuando la diversidad de condiciones por el sexo, la edad, la salud, la fortuna en los negocios, las costumbres, etc., la reclaman, por manera que donde no hai libertad en la distribución no puede realizarse la justicia. Por consiguiente, la libertad de testar permitiendo al padre hacer la verdadera justicia distributiva, establece la justicia en el seno de la familia i lejos de ser falta de equidad, es mas justa que cualquiera otra, que restrinje (sic) este derecho".*

[309] DE LAMA Y OSSA, Jerónimo, *La supresión de las asignaciones forzosas a favor de los hijos como elemento de progreso social*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Santiago, Imprenta Mejía de Alberto Poblete Garín, Santiago, 1903, pp. 7-8, que señalaba que *"Sostienen algunos que las asignaciones forzosas deben subsistir para que no se extingan las familias.- ¡Qué base tan deleznable se señala a una institución tan fundamental! Según esas teorías, sólo las familias ricas pueden perpetuarse; y la humanidad, en consecuencia, está llamada a una disolución inevitable y rápida. Ningún medio más seguro para conservar la familia que obligar a los hijos a ser hombres trabajadores. Prepararlos para las luchas de la vida, acostumbrarlos al trabajo, ponerlos en la necesidad de trabajar; alejarlos de las tentaciones y peligros que rodean a los jóvenes, hacerlos, en una palabra, hombres de bien: he allí el secreto de la perpetuación de las familias. El joven así educado será, en todo tiempo, elemento de progreso social, tendrá amor al trabajo y aprenderá a vencer los obstáculos y dificultades que surgen a menudo en la lucha por la existencia. El hombre educado en esa escuela formará un hogar modesto pero honrado; hallará en el seno de su familia goces más puros y más sanos que los que matan las horas disipadas del joven con fortuna. Y si quiere la ley que la riqueza vaya transmitiéndose de padres a hijos, también puede encontrarse en la libertad de testar un apoyo eficaz para la realización de ese propósito. El hijo que no esté seguro de heredar, y que se vea obligado a dedicarse al trabajo, conocerá la suma de esfuerzos y energías que necesitan desplegarse para alcanzar la fortuna; y cuando llegue, para él, la hora de poseerla, será un elemento conservador, sabrá administrar cuidadosamente los bienes que reciba, realizando de este modo los deseos justísimos del padre y los fines de la ley".*

[310] BERTÍN, Arturo, *La libertad de testar*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Imprenta Franklin, Santiago, 1912, p.

21, quien luego de justificar un sistema de libertad de testar expresa que *"Hai personas que por su condición o edad, no están en situación de afrontar la lucha por la existencia con probabilidades de éxito. Se encuentran, en primer lugar, los niños completamente inhábiles para todo trabajo i para procurarse por sí solos los medios de subsistencia i lo necesario a su educación. Es mui justo que a éstos impotentes la lei los ampare i les preste garantías; que les asegure el pan mientras llegan a la edad necesaria en que puedan ganárselo por sí solos, i para que puedan procurarse una educación conveniente. Otra clase de personas dignas de protección son las mujeres solteras o viudas cuando no tienen los bienes suficientes, atendidas sus necesidades con relación a su situación o número de hijos. I por último la clase mas digna tal vez de lástima es aquella formada por los que adolecen de algún defecto físico o moral, enfermedad grave o incurable que los imposibilita para ganarse dignamente la vida. La protección a que aquí nos referimos, se limitaría a lo cómodamente necesario, atendidos, como hemos dicho, su estado, edad, cargas, etc., pero no a una cuota fija e invariable de los bienes del testador"*.

[311] RUIZ DIEZ, Alberto, *De la Libertad de Testar*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Imprenta y Enc. Mont-Calm, Cauquenes, 1916, p. 37, el que sobre la Libertad de Testar indicaba que *"Este derecho descansa en el derecho de propiedad, derecho que existe desde los tiempos más remotos; pues, nadie puede desconocer la facultad de tiene el hombre para apoderarse y disponer arbitrariamente, de todo aquello que es el fruto de sus constantes desvelos. I este mismo derecho de disponer arbitrariamente de lo que nos ha costado nuestro trabajo, que es lo que constituye la esencia del derecho de propiedad, lo consagra categóricamente, nuestro Código Civil en su art. 582 al decir: "El dominio, (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente". Deducimos de esta disposición, como consecuencia natural, lógica y precisa, el derecho o facultad que el individuo tiene para enajenar, abandonar, destruir, y por fin, para disponer a su real antojo, por causa de muerte de todo lo suyo. Por consiguiente, admitir las Asignaciones Forzosas, que son verdaderas limitaciones de este derecho, es desnaturalizar, lesionar el principio que el artículo más arriba anotado estatuye, infringiendo así, aquel precepto que no admite réplica y que enseña que la buena doctrina es aquella que, favoreciendo una institución jurídica establecida, no vaya a perjudicar a otra. No se necesita de gran talento, para comprender que las Asignaciones Forzosas perjudican el derecho de propiedad, desde el momento que importan una verdadera limitación de él".*

[312] MUJICA B., Alfredo, *Libertad de Testar*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Imprenta Cervantes, Santiago, 1918, p. 10, que expresaba que *"Siendo suficiente que la persona manifieste su voluntad de quererse despojar por cualquier forma ya sea por testamento o donación, si no fuera transmisible la propiedad dejaría de ser perpetua. Estas facultades son inherentes a la esencia del derecho de propiedad, y no una concesión de la ley. El testamento no es más que una forma de disponer derecho de la propiedad. El padre de familia propietario al ejercitar este derecho, ejecuta lo que todos podemos hacer sobre los bienes que nos son propios; no vemos, pues en derecho qué razón haya para que el padre pase a ser incapaz para disponer libremente por testamento. Durante su vida el padre puede participar en los negocios más aleatorios como son los de bolsa, y puede perder en un solo día todos sus bienes; además puede hacer cualquier transferencia sin extralimitarse en sus facultades que lleva en sí la esencia del derecho de propiedad, ¿por qué en materia de sucesiones una persona por el hecho del matrimonio y el nacimiento de un hijo pierde la facultad de disponer a su arbitrio de lo que le es suyo?"*.

Ya, en esta época, el derecho nacional, en la pluma de prestigiosos autores, se ha planteado la necesidad de revisar el sistema sucesorio chileno, aunque en ningún caso la opinión unánime ha sido suprimir el sistema de asignaciones forzosas para reemplazarlo por un sistema de libertad de testar. En general, sólo se pretende ampliar la parte de disposición que tiene actualmente el causante. Así, los profesores DOMÍNGUEZ han indicado que *"lo que podría llevar a reformular las limitaciones a la libertad de testar, es el hecho que, en razón del aumento del promedio de vida, la herencia ya no llega, en general, a los descendientes en el momento en que inician su vida independiente, sino cuando ellos mismos están cercanos a la jubilación. La idea de una herencia destinada a ser conservada en la familia, como un patrimonio para asegurar la vida de los hijos, parece hoy inadaptada a los hechos, puesto que, en muchos casos, la herencia llega cuando la vida de los hijos ya está hecha".*[313] El propio DOMÍNGUEZ ÁGUILA, en otro estudio se pregunta *"¿Qué rol cumple, por ejemplo, la legítima, si los hijos son ya personas muy mayores con una vida formada y con un destino que ellos mismos ya se han trazado y en el que poca influencia podría tener la adquisición de algunos bienes del causante? Desde luego, ya no es necesaria para la mantención de esos hijos, porque ninguna obligación patrimonial ha de tener el padre frente a ellos".*[314]

PABLO RODRÍGUEZ, afirma que *"no obstante la arraigada tradición en esta materia, las legítimas representan una concepción sucesoral anacrónica. Estas asignaciones sólo se justifican en determinadas circunstancias de la vida de los herederos, pero no siempre, sin perjuicio de limitar considerablemente el derecho que todo individuo tiene de disponer de sus bienes como le venga en ganas. Por nuestra parte, somos partidarios de mantener en la ley nacional asignaciones forzosas de carácter fiduciario, a favor de personas que por su edad, estado o situación requieren un apoyo asistencial de los padres o de los hijos, pero, de modo alguno, a favor de personas que no lo necesitan y que con ello hacen ilusorio el derecho de disponer libremente de los bienes a favor de quien quiera el causante favorecer. Lo natural será*

[313] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 2, p. 962-963.
[314] DOMÍNGUEZ, "Los principios…", art. cit., p. 492.

que los padres sean heredados por los hijos, así como los hijos, cuando carecen de descendencia, sean heredados por los padres. Si así no ocurre es porque el de cujus ha tenido razones poderosas para preterirlos en la sucesión de su patrimonio y ello debe ser respetado".[315]

MAURICIO TAPIA, por su parte ha indicado que *"sería necesario examinar en la práctica el grado de respeto que tienen las instituciones que fuerzan la voluntad del testador, aunque respetando la protección económica de la familia más inmediata, sería igualmente consistente con los nuevos fines del derecho de familia descritos más arriba. Una libertad "controlada" de testar que permitiera, por ejemplo, la asignación de explotaciones al hijo que se interesa a ellas o que "estimulara" al descendiente díscolo a enmendarse. En síntesis, un sistema más simple y pacífico podría idearse sobre la base de las necesidades efectivas de protección de la familia: una libertad de testar de "geometría variable" cuya amplitud estuviera simplemente determinada por la presencia de familia directa (ascendientes, descendientes y cónyuge sobreviviente) y por el número de sus integrantes".*[316]

MARÍA DORA MARTINIC se pregunta si "*¿Se justifica esta institución* [las asignaciones forzosas] *en nuestro sistema sucesorio, o por el contrario, dada la forma en que se encuentra estructurada, debe ser erradicada del mismo en pos de una mayor libertad de disposición por parte del difunto?"*[317]

HERNÁN CORRAL también se pronuncia afirmando que *"un buen incentivo para testar sería ampliar la libertad del testador para asignar sus bienes. Podría pensarse, por ejemplo, en suprimir la llamada cuarta de mejoras, y dejar una mitad de la herencia para los legitimarios y la otra mitad para la libre disposición del testador".*[318]

---

[315] RODRÍGUEZ, *Instituciones…,* ob. cit., vol. 1, p. 307.

[316] TAPIA, *Código Civil…,* ob. cit., p. 201.

[317] MARTINIC, "Las asignaciones forzosas…", art. cit., p. 486.

[318] CORRAL TALCIANI, Hernán, "Por la democratización del testamento", en: *Diario El Mercurio* de 27 de Septiembre de 2008, cuerpo B, 2008, p. 10.

MARÍA SARA RODRÍGUEZ también ha propuesto una modificación al sistema de asignaciones forzosas, en base a que con las diversas modificaciones al sistema sucesorio se ha limitado aun más la libertad de testar. Así señala que *"Para remediar esta situación propongo la derogación de la cuarta de mejoras. Esto liberaría la mitad de la herencia para mejoras y disposiciones de libre voluntad; devolviendo a la legítima su proporción clásica de la mitad de la herencia. Propongo asimismo la transformación de la legítima de los ascendientes en una legítima alimenticia; y la equiparación del cónyuge a los demás legitimarios que concurren con él en cuanto a las imputaciones de deben hacerse a lo que lleva en la herencia, igual como sucede con los demás legitimarios".*[319]

Que duda cabe que la realidad de nuestro país ha cambiado desde que entró en vigencia el Código Civil hasta ahora. En materia económica se ha pasado de un sistema fundado básicamente en la explotación de la tierra a una de carácter industrial. La formación de empresas es propiciada y fomentada por el Estado, dándose facilidades a personas naturales y jurídicas para su creación.

Desde el punto social, la esperanza de vida ha aumentado considerablemente, llegando a los hombres a 75 y a las mujeres a los 80 años. La sociedad ha envejecido. Son muchos los casos en que los nietos ya tienen su patrimonio formado a la muerte de su abuelo o abuela.

La protección a través de la seguridad social ha avanzado a través de varias reformas, que tienden a proteger al adulto mayor, especialmente a aquellos que están en edad de jubilar.

La familia ha cambiado. Se ha establecido la igualdad de los derechos en todos los hijos. Se incorporó el divorcio con disolución de vínculo. Ha crecido el número de familias no matrimoniales.

[319] RODRIGUEZ PINTO, María Sara, "Contracción de las asignaciones forzosas. Una reforma urgente al sistema sucesorio chileno", *Estudios de Derecho Civil V*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 433.

Todos estos cambios hacen repensar si nuestro sistema sucesorio responde a nuestra realidad actual, o por el contrario, si es necesario adaptarlo, con el objeto de avanzar hacia una mayor libertad de disposición del causante. En ese sentido, en los siguientes títulos analizaremos el sistema sucesorio chileno, pero relacionando con diferentes disciplinas, instituciones y principios, que nos ayudarán a dilucidar esta interrogante.

Título Segundo. LAS ASIGNACIONES FORZOSAS Y SU RELACIÓN CON LA ECONOMÍA.

Si bien gran parte del análisis de la legítima y su relación con la economía también se puede desprender del estudio del derecho de propiedad, hay algunos aspectos que no pueden dejar de llamar la atención.

Un aspecto importante a considerar es que en un sistema de legítimas, al obligar al causante a dejar a los legitimarios lo que por ley le corresponde, en el caso que ellos sean varios, naturalmente que se va a producir un fraccionamiento de la propiedad. Al contrario, en un sistema de libertad de testar, el causante puede dejar la o la propiedad a la persona que elija, manteniendo siempre la posibilidad de que distribuya, si lo quiere, los bienes entre quien desee.

Como indica RAMS *"La libertad de testar es una consecuencia directa de la libertad civil que responde a la necesidad misma de conservar el patrimonio como base económica de preservación de la familia; por ello, no puede confundirse con una manifestación de la indivisión del patrimonio familiar ni con una versión atenuada – o no tanto – de la sucesión sálica. Es, más bien, un medio proporcionado para la conservación del haber y poder de la casa (éste es además su origen), pues no hay entre medio y finalidad históricos una relación de exclusividad como algunos erróneamente han visto en ella. Habilita tanto para mantener indiviso el patrimonio familiar llamando a un único sucesor, como para dividirlo entre varios, pues se trata de una verdadera libertad de disponer mortis causa y no de un modo de disponer como si de la transmisión post mortem de un mayorazgo se tratase".*[320] Por lo tanto, el sistema sucesorio no sólo se puede ligar necesariamente con la familia del causante, o con los principios de propiedad individual que inspiran al Código Civil, sino que también se

[320] RAMS ALBESA, Joaquín, "Libertad Civil, libertad de testar. (Notas para su formulación)", *Estudios de Deusto*, vol. 39/1, 1991, p. 83.

puede vincular con otras disciplinas, como por ejemplo, su análisis desde un prisma económico. A ello nos referiremos en las líneas que siguen.

1.- LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR.

Donde con mayor frecuencia se pueden generar tensiones por un sistema sucesorio rígido y la economía es el caso de la denominada empresa familiar. No son pocos los casos en que al fallecimiento del causante, éste deje una empresa. Podría ocurrir que varios legitimarios no quisieran seguir adelante con el negocio familiar, y por lo tanto optarían por ponerle término, fraccionándose dicha empresa por su terminación, lo que puede generar diversos efectos no sólo económicos, sino también sociales. Supongamos a modo de ejemplo que ese negocio era un supermercado familiar. Se tendrían que despedir a los trabajadores.

Lo cierto es que en Chile no se ha legislado sobre este tema. Tampoco ha sido debatido en la doctrina, salvo la constatación de este problema por parte de ORTUZAR, quien indica que "*Nuestra visión –y no podía ser de otra manera- es que el sistema legal chileno desconoce la empresa familiar como tal y, a la muerte del fundador –de no mediar una anticipación lícita- se transformará en una comunidad destinada a seguir la misma suerte del creador, es decir, su extinción o división"*.[321]

Por el contrario, en el caso que el causante dueño de la empresa familiar tuviere libertad de testar, lo más probable es ella continúe funcionando, ahora a cargo de una o varias personas, sean o no parientes del causante. Se vela aquí por una continuación de la empresa familiar. Por ello se ha indicado por MAGARIÑOS que *"las legítimas incluso las colectivas resultan un grave escollo para el desarrollo de la actividad económica y social. Este exige una amplia libertad, necesaria para integrar en la empresa a personas idóneas, sean o no parientes del empresario individual, y para poder*

[321] ORTUZAR SANTA MARÍA, Álvaro, "Algunas reflexiones sobre familia, empresa y sucesión", *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri,* Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1996, p. 302.

comprometer en la marcha de la actividad profesional o empresarial a ciertas personas a través de pactos sucesorios, cuya posibilidad se impone también como complementaria a la libertad de testar".[322]

2.- LA PARTICIÓN DE BIENES COMO OBSTÁCULO A LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA FAMILIAR.

Uno de los grandes inconvenientes que se presentan en Chile para darle continuidad a la empresa familiar la constituyen las reglas de partición de bienes.

I.- El principio de la imprescriptibilidad de la acción de partición.

El art. 1317 establece el principio que *"ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión"*. Por lo demás, la partición podrá siempre pedirse, y la única posibilidad de no proceder a ella es que se haya celebrado un pacto de indivisión entre los comuneros, el cual no puede durar, en todo caso, más de 5 años, dejando en todo caso el Código la posibilidad de renovar este período.

La circunstancia que un comunero pueda pedir la partición siempre, se traduce en que la acción de partición sea imprescriptible. Ello entonces hace que la continuidad de la empresa se vea de alguna manera afectada por la posibilidad de que se pueda pedir la partición en cualquier momento. Excepcionalmente pudiese mantenerse la empresa familiar en el caso que no obstante, habiendo ejercido la acción de partición, esta empresa le fuese adjudicada a uno de los comuneros. En caso contrario, la empresa tendrá que dividirse entre los comuneros, lo cual puede llevar a la terminación de dicha empresa.

II.- El testador no puede imponer la indivisión.

[322] MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, "La libertad de testar", *Revista de Derecho Privado*, Septiembre-Octubre, 2005, pp. 21-22.

Ello es una facultad que le corresponde sólo a los comuneros a través del llamado *"pacto de indivisión"*. El hecho de que el testador no pueda imponer la indivisión fue criticado por CLARO SOLAR, quien aduciendo motivos de carácter económico, optaba por establecer la posibilidad que el causante pudiera estipular la indivisión. Así, como Senador de la República planteó una moción, indicando que el testador pudiera ordenar una indivisión hasta por diez años, que fundaba en el siguiente sentido: *"La reforma, a medida que vaya penetrando en nuestras costumbres hará patente sus buenos resultados; pero ella sólo resuelve a medias el problema social que hemos bosquejado y, sin alterar profundamente los principios de nuestra legislación, creemos que podría avanzarse algo más en el mismo camino, dando al testador, que será generalmente el padre de familia, la facultad de establecer la indivisión forzada de todo o de una parte de los bienes que deja al morir para prevenir los resultados perjudiciales de una partición o división inmediatas, cuando la fortuna se halle talvez (sic) comprometida por deudas que la gravan o los negocios a que dedicó su actividad en vías de realización y de producir todos los resultados por él esperados"*.[323] Esta moción parlamentaria no fue aprobada, y en definitiva, la redacción del art. 1317 no sufrió modificación alguna.

III.- La designación de bienes por parte del testador.

Una fórmula que se podría explorar, pero que no fue el objetivo que tuvo don ANDRÉS BELLO, sería que se indique a la empresa como bien para el pago de la legítima, de acuerdo a lo que dispone el art. 1197 del Código Civil. Pero ello supone que el causante tenga otros bienes suficientes para satisfacer el derecho de los demás legitimarios, lo cual se aleja de nuestra realidad social y económica, porque seguramente, las empresas familiares manejadas por personas naturales en Chile, son

[323] CLARO SOLAR, Luis, "Proyecto de reforma del Código Civil", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N°1, 1915, p.10.

una por persona, pues, si tienen más negocios, generalmente se recurre a la fórmula societaria.

3.- LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA EN EL DERECHO COMPARADO.

En otras legislaciones, la continuidad de la empresa familiar también ha sido abordada desde el punto de vista legislativo. El art. 841 del Código Civil español contiene una fórmula que apunta en este sentido, al indicar que *"El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios".* El problema se va a generar, tal como lo indica MALDONADO, *"en patrimonios de escaso volumen, en los que el caudal del causante está constituido sólo por la explotación, el crédito legitimario puede constituir una carga excesiva para el adjudicatario, y en la práctica dificulte el mantenimiento de las explotaciones como unidad".*[324]

En el derecho francés, uno de los objetivos de la modificación al sistema sucesorio francés del año 2006 fue de carácter netamente económico, lo cual se manifiestó en la reforma a la acción de reducción de liberalidades, fundamentalmente en dos aspectos:

a.- Por una parte, en el caso que el causante efectúe liberalidades excesivas, los herederos reservatarios que se sientan perjudicados con ella podrán ejercer la acción de reducción de liberalidades, pero a diferencia de lo que ocurría anteriormente, la restitución se hará en valor, y no en especies, como ocurría antes de la modificación, y sea que las liberalidades se hubieran hecho a otros herederos o a terceros, según se desprende del art. 924 del Código Civil francés.

[324] MALDONADO RAMOS, Ignacio, "Consideraciones sucesorias y societarias en torno a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 632, 1996, p. 122.

Ello hace que el causante pueda disponer de su empresa a favor de una persona, sea reservatario o sea un tercero, y así que se conserve la empresa familiar, puesto que ella no se extinguirá, al contrario, se mantendrá, pues la única carga que tendrá el adquirente será pagar en dinero la indemnización correspondiente a los otros reservatarios, no atentando así contra la reserva hereditaria.

Ello dice directa relación con lo que se analizó anteriormente respecto de la naturaleza de la legítima, pues en el caso que estemos en un sistema en donde la naturaleza de ella sea *pars hereditatis*, hay más fraccionamiento de la propiedad que en un sistema de legítima con naturaleza *pars bonorum* o *pars valoris bonorum*, pues, en cuanto a la restitución de lo excesivamente donado o legado, se podría hacer en metálico, lo cual plantea beneficios de carácter económico. Uno de esos beneficios podría justamente ser perseguir la continuación de la empresa familiar.

b.- Pero además, en Francia se estableció un nuevo pacto de sucesión futura, en el art. 929 que establece el mismo efecto, esto es, la no terminación de la empresa familiar. Así, el causante puede celebrar un pacto sucesorio con alguno de sus hijos, a objeto que estos renuncien por anticipado a la acción de reducción de liberalidades.[325]

Por lo tanto, de celebrarse el pacto, si el causante después deja más de lo que le corresponde a un reservatario o a un tercero, el asignatario que renunció a la acción no podrá ejercerla. Así se persigue también un objetivo de carácter económico, pues el causante pudo haber dejado una empresa familiar a una persona que afecte los derechos del reservatario. Pues, si éste renunció a la acción, entonces no podrá pedir después que le restituyan lo excesivamente otorgado, permitiéndose así, el mantenimiento de la empresa familiar.

Pero el establecimiento de este pacto sucesorio ha sido criticado por algunos autores, particularmente porque se estima que va en contra de los principios

[325] Ver : CATALA, Pierre, "La loi du 23 juin 2006 et les coonnes du temple", *Droit de la famille*, N° 11, 2006, p. 7 ;

tradicionales del derecho francés. Así, MALAURIE se pregunta *"¿no vamos a volver a la antigua Francia, con un restablecimiento convencional del derecho de primogenitura y los privilegios de masculinidad o de una orden del corán?"*[326]

4.- LA ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL DE LA EMPRESA FAMILIAR.

En nuestro sistema sucesorio, el derecho de atribución preferencial es un derecho de carácter hereditario para el cónyuge sobreviviente, según se indica en el art. 1337 N° 10 del Código Civil. Al recaer sobre la vivienda familiar y el mobiliario que lo guarnece, carece de contenido económico.

Pero la función de la atribución preferencial no sólo puede encontrarse en materia hereditaria (como una forma de protección a algún asignatario), sino también puede tener una función económica, que se va a vislumbrar precisamente a la muerte de una persona. Ello se puede dar en el caso que dos o más personas sean dueñas de una empresa. Al morir dicha persona, sus derechos pasarán a sus herederos, entonces se puede generar la división de esa empresa. Para mantener dicho negocio se puede adjudicar preferencialmente la parte de la empresa al otro titular, a objeto de mantener su unidad, siempre y cuando el beneficiario pague la indemnización correspondiente.

En el derecho francés, el fundamentos de la atribución preferencial es netamente económico. [327] Así, el art. 831 del Código Civil indica que *"El cónyuge sobreviviente o todo heredero copropietario puede pedir la atribución preferencial por vía de división, a cargo de compensación, de toda o parte de empresa agrícola, comercial, industrial, artesanal o cuota indivisa de tal empresa, hasta formada para una parte de bienes de la que ya era propietario o copropietario antes de la muerte, a la explotación en la cual participa o efectivamente participó"*. Si bien, con ello se puede proteger al cónyuge sobreviviente, lo cierto es que la institución fue creada con un carácter económico. Esto se funda en que el cónyuge sobreviviente en el derecho francés no era considerado

[326] Malaurie, "La réforme…", art. cit., p. 1731.
[327] Ver GRIMALDI, *Droit Civil*…, ob. cit.,p. 866.

heredero reservatario. Por lo tanto, mal podía otorgársele un derecho de atribución preferencial, en pago de sus derechos hereditarios. Lo que ocurría es que se le otorgaba esa atribución preferencial sobre el hogar común en el caso que sea copropietario con su marido o mujer, o bien, en la liquidación del régimen matrimonial.

5.- El sistema económico y la limitación a la facultad de disposición.

Es importante también destacar el rol que juega la economía en un determinado sistema jurídico. La economía y el derecho se encuentran íntimamente ligados y deben constituir un todo coherente y armónico. En este sentido, Chile optó por un sistema de libertad económica, donde ésta juega un rol fundamental tanto a nivel interno como externo, y donde el rol del Estado es sólo subsidiario.

Este sistema tiene base en la Constitución Política de la República, en virtud de la cual existe libertad para adquirir toda clase de bienes (art. 19 N° 23), se garantiza el derecho de propiedad (art. 19 N° 24), se establece la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (art. 19 N° 22) y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 N° 21).

Por lo tanto, se produce una especie de contraste entre el sistema económico chileno y el régimen de asignaciones forzosas. Por una parte, la Constitución establece las más amplias libertades en materia económica, y por otra, el Código Civil, en su sistema sucesorio, establece limitaciones a la libertad para disponer por causa de muerte. Como se pregunta Domínguez *"¿Por qué habría de admitirse, incluso con protección constitucional, la libertad contractual, lo que implica la libertad dispositiva de los bienes en vida, la libre circulación de los bienes, la libertad de empresa, sin ninguna consideración familiar y no obstante mantenerse la limitación a la libertad para la disposición de los bienes para después de la vida, allí donde esa limitación ya no tiene sentido ni razón?"*[328]

[328] Domínguez, "Los principios…", art. cit., p. 494.

Por otra parte, a la época de dictación del Código Civil, la producción económica se basaba principalmente en la explotación del suelo, particularmente agrícola. Basta sólo con apreciar la importancia que BELLO le dio a la propiedad raíz, lo que se aprecia fundamentalmente en la transferencia de la propiedad inmueble, al requerir negocio solemne (art. 1801 inc. 2) y además tradición mediante inscripción conservatoria (art. 686). Pero la preeminencia de la propiedad raíz continúa hasta que comienza a generarse una economía de carácter industrial. Como apunta Peñailillo *"el progreso de la industria ha originado la producción de muchos bienes muebles (instrumentos electrónicos, medios de trasporte, objetos de propiedad intelectual, etc.), cuyo valor puede llegar a superar el de los inmuebles"*.[329]

Y con estos antecedentes, el legislador nunca ha efectuado modificaciones al Código Civil en materia sucesoria considerando el sistema económico del país. Como se ha indicado, las modificaciones al régimen de asignaciones forzosas se han generado como consecuencia de alteraciones fundamentalmente al derecho de familia, y han contribuido a restringir aun más la libertad de testar, al incorporar como asignatario de legítimas o mejoras a otras personas que las indicadas en el Código Civil de 1857.

Sin embargo, tenemos conocimiento de un proyecto de ley que planteaba para Chile la absoluta libertad de testar, y que justamente tenía un fundamento económico.

La sesión 23° ordinaria de 4 de Agosto de 1892 da cuenta de una moción presentada por los Diputados NICOLÁS GONZÁLEZ y CARLOS RISO-PATRÓN, por la cual proponían el establecimiento de un régimen de libertad absoluta de testar. Luego de recordar la opinión de Bello sobre el sistema sucesorio chileno, y en particular sobre las legítimas, justifican el proyecto indicando que *"Tiempo es ya que nos desprendamos de estas preocupaciones, que sacudamos esta vergüenza de 35 años y que con ello abramos las puertas del país al establecimiento de las empresas industriales que hoy no pueden prender en Chile porque la liquidación tiene que venir forzosamente a la muerte del*

[329] PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 38.

fundador sin que la voluntad de éste pueda impedirlo de ninguna manera, si tiene legitimarios."

Y más adelante señalaban que *"Con la libertad de testar, el padre puede hacer la partición por sí mismo, evitando los gastos consiguientes y puede dejar sus pequeñas propiedades en manos del que mejor pueda atenderlas y compensando a los otros con pensiones que sin perjudicar a la industria son un auxilio poderoso para el que se dedique a profesiones liberales u otras carreras contra los vaivenes de la fortuna o en los días de desgracia. Pero en el desarrollo que damos a nuestra idea no hemos olvidado que es justo atender al alimento congruo de los hijos en todo tiempo. Por eso, al suprimir las legítimas, dejamos subsistente la obligación de proveer a la congrua alimentación de sus hijos o ascendientes desvalidos, por medio de pensión alimenticia".*[330]

Se trataba de un proyecto de libertad de testar, con base netamente económica, pues descansa sobre la necesidad de fortalecer la "empresa industrial", que muchas veces se termina por causa de la partición, en relación con los derechos de los legitimarios. En todo caso, el proyecto no desprotegía a los legitimarios, pues hacía una modificación completa a los arts. 1167 y siguientes del Código Civil, a objeto de asegurarles la porción alimenticia a quienes tenían derecho a ella.

Por ejemplo, el tenor del art. 1167 cambiaba por el siguiente: *"El testador está obligado a hacer asignaciones alimenticias a favor de las personas a quienes debe por ley alimentos; estas asignaciones se suplen cuando el testador no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones expresas"*. Y la forma en que se protegía esta asignación alimenticia, era estableciendo a favor de los alimentarios la acción de reforma del testamento, mediante una modificación al art. 1172, que hubiera pasado a indicar que *"Los asignatarios de alimentos a quienes el testador haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la acción de reforma dentro de los cuatro años contados desde el día en que*

[330] Sesión 23° ordinaria de 4 de Agosto de 1892, Boletín, Cámara de Diputados, pp. 308-309.

tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de asignatarios de alimentos".[331] Como se puede apreciar, la protección de los alimentarios era efectiva, pues se le otorgaba esta acción.

Lamentablemente este proyecto de ley, tal como se deja constancia en sesión 24° ordinaria de 6 de Agosto de 1892, pasó a la Comisión de Legislación y Justicia,[332] pero no hay constancia de su discusión posterior.

[331] Sesión 23° ordinaria de 4 de Agosto de 1892, Boletín, Cámara de Diputados, p. 310.
[332] Sesión 23° ordinaria de 4 de Agosto de 1892, Boletín, Cámara de Diputados, p. 326.

Título Tercero. LAS ASIGNACIONES FORZOSAS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

1.- EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO FUNDAMENTO DE LA LIMITACIÓN SUCESORIA.

La relación que existe entre el derecho de propiedad y la protección de la familia hace imperioso analizar el sistema sucesorio desde ambos prismas. En aquellos países donde la propiedad individual constituya un principio fundamental, el sistema sucesorio cederá en beneficio de una mayor libertad de disposición, y lo inverso se dará en aquellos sistemas en que la protección de la familia representa un valor fundamental.

Y esta relación entre propiedad y familia se vislumbra con toda claridad en nuestro sistema sucesorio. Es curioso que las reglas sobre sucesión por causa de muerte no fueran incorporadas ni en el libro I, de las Personas, en donde se contienen las reglas relativas a la familia; ni tampoco en el libro II, destinado al derecho de propiedad, como sí existe en otras legislaciones, como el Código Civil francés. Las normas sobre sucesión por causa de muerte se ubican después de las reglas sobre familia y propiedad, en un libro propio, el III, y como elegantemente indica DOMÍNGUEZ BENAVENTE *"es más bien la coronación del derecho de propiedad como del Derecho de Familia, que son sus supuestos necesarios"*.[333]

Analizar el fundamento del sistema sucesorio desde esta doble óptica nos puede dar algunas luces de lo que debería ser el sistema sucesorio contemporáneo, donde se dé cabida a una mayor libertad de disposición, sin dejar de proteger a la familia.

2.- EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.

[333] DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, "Introducción al derecho sucesorio en el Código Civil", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción,* N° 98, 1956, p. 562.

Cualquier discusión que se pueda plantear respecto de una revisión del sistema sucesorio, debe necesariamente vincularse con los principios que inspiran el derecho de propiedad de un país. Así, seguramente en aquellos países con sistemas económicos socialistas, donde el Estado es propietario de los bienes de producción, quedando para los particulares la propiedad sobre los bienes de consumo, el derecho hereditario no tiene tanta relevancia, pues lo que pertenece individualmente a cada persona es escaso, y poco y nada puede disponer, sea en vida o para después de su muerte.

No ocurre lo mismo en aquellos países que tienen como pilar, un sistema basado en la propiedad individual. En esos Estados la distinción entre bienes de producción y bienes de consumo sólo se hace para efectos teóricos o doctrinarios. En estos sistemas, la persona tiene libertad para adquirir toda clase de bienes, y también libertad para disponer de ellos. Las limitaciones para disponer, por lo tanto, son escasas.

Nuestro país contempla un sistema basado en la propiedad individual. Así, el art. 582 indica que las limitaciones a la propiedad son establecidas por la ley o por el derecho ajeno. Fuera de estas restricciones, es posible disponer libremente de los bienes que una persona tenga en propiedad.

Esta ausencia de otras limitaciones se manifiesta para disponer de los bienes por actos entre vivos, como por actos por causa de muerte, pero hay diferencia entre ellos.

Así, salvo las limitaciones indicadas en el art. 583 del Código Civil, mientras el dueño de un bien está vivo, puede celebrar cualquier clase de actos de disposición sobre esos bienes, con total libertad. Así podrá vender, donar, permutar bienes de su propiedad, sin ninguna limitación.

La situación es diferente tratándose de la disposición de bienes por causa de muerte. Existen casos en que el causante podrá libremente disponer de todos sus bienes, sin limitaciones de ninguna clase. Ello se ve nítidamente cuando el causante no tiene legitimarios. En ese caso, puede disponer libremente de todo su patrimonio a través del testamento. O bien, cuando teniendo legitimarios, ellos hayan sido desheredados. También en el caso que los legitimarios no puedan suceder al causante porque les ha

sobrevenido alguna causal de indignidad para suceder. En todos estos casos, el causante podrá disponer de sus bienes libremente a través del testamento.

Ahora bien, incluso habiendo legitimarios, el causante puede disponer libremente de todo su patrimonio. En Chile no se siguió un sistema de reservas en donde la ley asegura a los herederos reservatarios una cuota de la herencia, como sí ocurre en Francia y los países en donde su sistema sucesorio deriva de esa fuente.

En Chile se siguió un sistema de asignaciones forzosas, constituida fundamentalmente por la legítima, en donde en principio el causante es libre para disponer de sus bienes, y esas disposiciones pueden tener pleno valor. En ese caso, el testamento no adolece de un vicio de nulidad. Lo que ocurre es que los legitimarios que se vean perjudicados en su derecho a la legítima pueden ejercer las acciones en protección de sus derechos como legitimarios, como por ejemplo, la acción de reforma de testamento.

En estos casos entonces se vislumbra la relación entre el derecho de propiedad y la sucesión por causa de muerte, pues cuando se trata de disponer de bienes por causa de muerte, las asignaciones forzosas y en especial la legítima se transforman en un elemento distorsionador de la libertad de disposición de una persona, pues en el caso de existir legitimarios, no obstante la libertad inicial de que el causante dispone, dicha libertad se ve inhibida por la existencia de las asignaciones forzosas, que en todo caso también encuentran sólidos fundamentos en cuanto a su consagración como límite a la libertad de testar, fundado principalmente en el principio de la protección de la familia legítima según se verá.

3.- El Derecho de Propiedad. Su regulación en el Código Civil.

El art. 582 del Código Civil define el dominio o propiedad.[334] Se ha señalado que son tres las grandes facultades que confiere el derecho de propiedad: la de uso, la de goce y la de disposición. Esta última, es la que dice directa relación con el sistema sucesorio, pues ella se vincula con el carácter absoluto que presenta el derecho de propiedad.

En doctrina se señala que esta facultad tiene dos acepciones, una material y una jurídica.[335] Nos interesa la acepción jurídica.

ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODÁNOVIC sostienen que son cuatro los requisitos para que se pueda ejercer la facultad de disposición:

- Capacidad de disposición;

- Titularidad del derecho que se trata;

- Aptitud del derecho para ser objeto de la disposición.

- Ausencia de un agente legítimo y extraño que obste al acto de disposición.[336]

Por lo tanto, cuanto una persona cumpla con estos requisitos o aptitudes, puede ejercer libremente su facultad de disposición.

Y es aquí donde encontramos el conflicto con el sistema de asignaciones forzosas. La facultad de testar no es otra cosa que otorgar a su titular la posibilidad de ejercer el derecho a disponer libremente de sus bienes. Si el causante pudo en vida disponer de la totalidad de su patrimonio de acuerdo a la ley, también tendría que poder disponer de sus bienes para después de su muerte, ya que a través del testamento existe una prolongación de su derecho de propiedad. Así es como SÁNCHEZ ROMÁN señala que

---

[334] "El dominio (que se llama también propiedad) es un derecho real sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno".

[335] Según PEÑAILILLO, *Los bienes*, ob. cit., p. 137, la disposición material de la cosa consiste en que el dueño puede modificar o destruir la cosa. La disposición jurídica de la cosa consiste en que el dueño puede celebrar negociaciones con terceros respecto de la cosa, gravarla con prendas, hipotecas u otras limitaciones y, en fin, enajenándola.

[336] ALESSANDRI, Arturo; SOMMARRIVA, Manuel; VODÁNOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos reales*, t. 1, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago, 2005, p. 56.

"el ius disponendi no se circunscribe solamente a lo actual, sino que atiende a lo futuro, fundamento y materia, también del derecho de propiedad, y que de ningún modo más consciente serán cumplidos que por manifestación expresa de la voluntad del difunto, por ser quien mejor conoce ese conjunto de deberes que deja a su muerte pendientes de cumplimiento".[337]

4.- EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DE HERENCIA EN EL DERECHO COMPARADO.

En otras legislaciones, el derecho de propiedad se encuentra reconocido constitucionalmente, particularmente en aquellos países en que se reconoce a la propiedad individual como un derecho fundamental. Ello si se analiza desde el punto del titular de bienes particulares.

Aspecto distinto es determinar si el heredero tiene propiedad sobre su herencia, considerado como universalidad jurídica y no como titular de bienes individuales. Acá la situación es distinta, ya son reducidos los países que reconocen constitucionalmente este derecho a los herederos.

Un ejemplo de ello lo constituye la Constitución de España de 1978, que en su art. 33 reconoce tanto el derecho de propiedad como el de herencia. Luego, si la libertad de testar emana del derecho de propiedad, ella se encontraría reconocida constitucionalmente. En cuanto a la herencia, si se reconoce como derecho, entonces podría concluirse que las legítimas, desde un punto de vista constitucional, se encuentran plenamente justificadas.

Sin embargo, hay autores que estiman que la legítima en España no tiene rango constitucional, no obstante lo que indica el art. 33 de la Constitución. Así, VAQUER indica que *"A esa conclusión coadyuva el hecho de que en los territorios donde rige el*

[337] SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil VI. Derecho de Sucesiones*, Impresores de la Real Casa, Madrid, 1910, p.720.

Fuero de Ayala la libertad de testar sea ilimitada, o que en Navarra la legítima tenga un rango meramente formal".[338] Por lo tanto, si la legítima tuviera jerarquía constitucional, las disposiciones de esos derechos forales serían inconstitucionales.

Pero lo que interesa analizar es si la libertad de disposición, considerado como un atributo del dominio tiene o no rango constitucional. Si no lo tiene, las asignaciones forzosas se encuentran plenamente justificadas. Ahora bien, si se considera que la facultad de disposición tiene rango constitucional, es perfectamente posible discutir si las legítimas se pueden justificar como limitación a la facultad de disposición.

Así, por ejemplo, llama la atención el caso de la Constitución Alemana que en su art. 14 consagra a nivel constitucional a la libertad de testar, como un derecho individual del causante y de sus sucesores. Sin perjuicio de ello, el BGB establece una legítima a favor de los descendientes, padres, cónyuge e incluso a la pareja del causante. Podría entonces pensarse que dicha legítima tiene el carácter de inconstitucional, por ser contrario a lo que indica el art. 14 de la Constitución. Aun cuando no tenemos el texto de la sentencia, hay algunos trabajos que hacen referencia a una resolución del Tribunal Constitucional de Alemania que afirmó la constitucionalidad de la legítima como límite a la libertad de testar, fundándose en la protección del matrimonio y la familia.[339]

En Argentina, por su parte, ya hay voces que han planteado la inconstitucionalidad de las restricciones a la libertad para disponer de los bienes por causa de muerte. Así, en el derecho argentino ya lo ha sostenido AZPIRI[340], y recientemente se ha publicado una tesis doctoral, en la cual el autor MARCELO SALOMÓN ha indicado que *"la regulación contenida en el Código Civil en cuanto a la extensión*

---

[338] VAQUER ALOY, Antoni, "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *Revista para el análisis del derecho*, N° 3, Universidad de Lleida, www.indret.com, 2007, pp. 12-14.

[339] Ver: FERNÁNDEZ HIERRO, María; Fernández Hierro, Marta, "Panorama legislativo actual de la libertad de testar", *Boletín JADO*, Bilbao, N° 19, 2010, pp. 49-50; VAQUER, "Reflexiones sobre…", art. cit., pp. 12-14; PARRA, María Ángeles, "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, N° 1, 2009, p. 7; RÖTHEL, *El derecho de sucesiones…,* ob. cit., p. 52.

[340] AZPIRI, Jorge Osvaldo, "Planificación Sucesoria y Legítima", en *Planificación patrimonial y sucesoria*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2012, p. 126.

establecida para las cuotas de legítima hereditaria, constituye una previsión legislativa inconstitucional por cuanto afecta en su esencia y contenido primordial la garantía de la propiedad reconocida por la Carta Magna, al absorber una parte sustancial del haber hereditario, restringiendo correlativamente las facultades dispositivas del testador respecto de sus bienes".[341]

También se ha indicado, para el derecho argentino, que el estatuto de la legítima atenta contra otros derechos constitucionales, aparte del derecho de propiedad, como el derecho de testar, que se encuentra vinculado con el derecho de propiedad y el derecho de igualdad. Sobre este punto, ALICIA CASTILLO ha indicado que *"Se ha argumentado que con el sistema de legítima se busca garantizar la igualdad de los herederos. Esta afirmación nos lleva a preguntarnos hasta qué punto, entregando partes iguales a los herederos, se garantiza la igualdad entre ellos. No basta con considerar que los herederos se encuentren en el mismo grado de parentesco. El único elemento constitutivo de igualdad que el legislador ha tenido en cuenta para determinar las alícuotas de la herencia legítima es el biológico, es decir, los lazos de sangre. Resulta necesario atender otras cuestiones, como la edad de los herederos, su situación económica y social, sus cargas de familia y si padecen de algún tipo de discapacidad. Al descuidarse estos aspectos, no se logra materializar una igualdad real".*[342]

5.- EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS COMO LIMITACIÓN A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN POR CAUSA DE MUERTE.

Hay otro elemento a considerar, toda vez que en la Constitución Política de la República, el derecho de propiedad tiene rango de garantía constitucional, asegurada a

[341] SALOMÓN, Marcelo J., *Legítima hereditaria y constitución nacional. Examen constitucional de la herencia forzosa,* Alveroni Ediciones, Córdova, 2011, p. 467.

[342] CASTILLO, Alicia V., "La legítima. Análisis desde la óptica de la familia actual, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales", *Revista del Notariado*, N° 908, Abril-Junio, 2012, pp. 58-59.

todas las personas en el art. 19 Nº 24, protegida por el Recurso de Protección y por el art. 19 Nº 26, es decir, que los límites no pueden afectar el derecho en su esencia.

Aún más, esta garantía se encuentra protegida por tratados internacionales, que en conformidad al art. 5 inc. 2º de la Constitución tienen rango constitucional. Así, encontramos la Convención Americana de Derechos Humanos, denominado Pacto de San José de Costa Rica", el cual, en su art. 21 consagra el derecho de propiedad privada, señalando que *"Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social"*.[343] En el mismo sentido la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 17 que dispone *"Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente".*

En consecuencia, vislumbramos una tensión -justificada o no- que se da entre las normas sobre asignaciones forzosas, reguladas por el Código Civil, y la garantía constitucional del derecho de propiedad.

La Constitución no hace referencia ni a la libertad de testar ni a la sucesión por causa de muerte. Pero uno de los pilares sobre lo cual descansa las garantías constitucionales es el derecho de propiedad. En efecto, el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad se encuentra en el art. 19 N° 24, que establece que la Constitución asegura a todas las personas *"El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales".* Aún más, esta garantía se encuentra protegida por tratados internacionales, que en conformidad al art. 5 inc. 2º de la Constitución tienen rango constitucional, como ya lo indicamos.

Si bien, nadie puede ser privado del dominio o de alguna de las facultades que derivan de él, sino en virtud de expropiación, lo cierto es que la propia Constitución permite establecer limitaciones (o mejor dicho restricciones) tanto a la propiedad, como a alguna de las facultades, siempre y cuando deriven de su función social. Y el establecimiento de las asignaciones forzosas, consecuentemente, no alcanza a privar de la facultad de disposición, sino sólo establecen una restricción a aquella facultad, lo cual

[343] Decreto Nº 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, D.O. de 5 de Enero de 1991.

es perfectamente constitucional, siempre y cuando, la referida restricción derive de la función social de la propiedad.[344] En ese contexto es posible preguntarse si las asignaciones forzosas y particularmente la legítima y la mejora quedan incluidas en el concepto de la función social a objeto de poder limitar la libertad que tiene el causante para disponer de sus bienes. Ello no es del todo claro.

Primero porque la Constitución no define qué se entiende por función social de la propiedad.[345] Sólo se limita a indicar algunas circunstancias que configuran esa función social, a saber los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental, circunstancias que tienen el carácter de taxativas.[346]

Pero además, en segundo lugar, no es claro si las asignaciones forzosas pueden quedar encuadradas dentro de alguno de los elementos que configuran la función social de la propiedad.

Consideramos que en ningún caso se puede considerar que las asignaciones forzosas queden incorporadas como limitaciones a la facultad de disposición que se funden en la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. Tampoco creemos que la limitación sucesoria que imponen las asignaciones forzosas pueda incluirse dentro de la expresión *"intereses generales de la nación"*. Como sostiene EVANS *"No puede transformarse el concepto intereses*

---

[344] VARAS BRAUN, Juan Andrés, "Limitaciones a la propiedad: una perspectiva civil", *La constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 156.

[345] Sobre la función social de la propiedad, ver: RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, "El principio constitucional de la función social de la propiedad", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 84, 1987, pp. 57-73. El autor define a la función social de la propiedad, en p. 64 como *"una limitación impuesta al ejercicio de un derecho, con el fin de asegurar que la colectividad reporte de ese manejo la satisfacción de determinadas necesidades"*.

[346] BANDA VERGARA, Alfonso, "Medio ambiente y función social del dominio", *Revista de Derecho Universidad Austral*, número especial dedicado a Derecho y Medio Ambiente, 1998, p. 67.

generales de la nación en un pozo sin fondo, donde caben todas las restricciones que el legislador quiere imponer a la propiedad".[347]

Desde ese punto de vista, podría discutirse una presunta inconstitucionalidad de las asignaciones forzosas en nuestro país. No lo creemos así, puesto que en todo caso, la justificación de las asignaciones forzosas como límite a la facultad de disposición podría encuadrarse en el art. 1 de la Constitución, que establece que *"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad".* En efecto, es la protección de la familia, que se encuentra consagrada en el art. 1° de la Constitución la que permite justificar la limitación a la libertad de disposición del causante a través de la legítima. Ello ya lo ha señalado CORRAL, al sostener que *"Las asignaciones forzosas, en cuanto no suprimen completamente ese derecho sino que lo restringen sobre la base de un valor constitucional como el de la familia, deben ser consideradas justificadas".*[348]

6.- EL FUNDAMENTO DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS BASADO EN LA PROPIEDAD FAMILIAR.

Es seguramente este el punto en donde la relación entre la familia y la propiedad se ve fielmente reflejada, y que justifica la existencia de las asignaciones forzosas como limitaciones a la libertad de causante.

En efecto, la justificación de todo el sistema hereditario, y particularmente de la consagración de las asignaciones forzosas radica en que se produce entre los miembros del grupo familiar una especie de copropiedad familiar. Todos los miembros de la familia han contribuido a formar el patrimonio de la familia. Por ello, a la muerte del causante, en el caso que haya estado casado, y en régimen de sociedad conyugal, el cónyuge sobreviviente entra a participar de la mitad de los gananciales que generó tal sociedad, como tendremos la oportunidad de apreciar.

---

[347] EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, t. 3, 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 235.

[348] CORRAL, *La vivienda*…, ob. cit., p. 167.

De la misma manera, los hijos comunes han contribuido a formar el patrimonio de su padre o madre. Como tal, es coherente entonces que al fallecer su padre o madre, los hijos adquieran parte del patrimonio de sus padres, a título de asignaciones forzosas, en especial de la legítima, como participación del aporte de ellos a la formación del patrimonio familiar. LAFAILLE indicaba que *"en aquellos tiempos el trabajo doméstico estaba muy desarrollado y la familia venía a formar una verdadera cooperativa, en la que el jefe era un productor autónomo ayudado por todos los miembros de la colectividad. Bien se podía decir que cuando fallecía el padre, lo que dejaba a los hijos era el producto del esfuerzo común"*.[349]

Este principio es plenamente aplicable en el caso que estemos en presencia de hijos matrimoniales. Son ellos, junto al cónyuge sobreviviente quienes formaron el patrimonio familiar. De ahí entonces que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585 los hijos legítimos prefirieran a los ilegítimos, desde un punto de vista hereditario.

Hoy, con la igualación de derechos hereditarios de todos los hijos, no es posible justificar la existencia de las asignaciones forzosas, y en especial de la legítima, en la copropiedad familiar, desde el momento en que en general los hijos no matrimoniales no han ayudado a formar parte del patrimonio de su padre o madre.

Incluso hoy es posible que el hijo nunca haya conocido a sus padres. Es más, puede ocurrir que un hijo no haya sido reconocido en vida de ese padre o madre, y eventualmente pudiera tener derechos como legitimario, al abrirse la posibilidad de reclamar la filiación no matrimonial a los herederos del presunto padre. En este caso el causante en vida nunca supo de la existencia del hijo, y el presunto hijo por su parte, nunca haya conocido la identidad de aquel, de manera que la legítima como asignación forzosa, desde el punto de vista del principio de la existencia de la copropiedad familiar

[349] LAFAILLE, Héctor, *Curso de Derecho Civil. Sucesiones*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1932, p.144.

no presenta justificación, ya que ese hijo nunca ayudó a formar el patrimonio de su padre.[350]

Pero además, en muchos casos es posible que el padre o la madre hayan tenido varios bienes antes de contraer matrimonio, o incluso antes de tener hijos. En estos casos puede que los hijos o el cónyuge sobreviviente nunca hayan ayudado a formar ese patrimonio familiar, y sin embargo concurrirán a la sucesión del causante como asignatarios forzosos. Como indica CLARO SOLAR *"no es admisible que el derecho natural del propietario pueda ser abolido por la sola circunstancia de que el propietario llegue a ser padre de familia, pues la paternidad vendría a constituir así una especie de caducidad, una interdicción de derechos que habrían permanecido completos si el propietario no se hubiere casado y no hubiera tenido hijo alguno legítimo"*.[351]

Este principio es reconocido en materia de régimen matrimonial de sociedad conyugal, pues en el caso de que uno de los cónyuges tuviera bienes anteriores al matrimonio, la ley los considera como bienes aportados, e ingresan al haber propio de cada cónyuge, sin importar si son bienes muebles o inmuebles. El mismo principio opera en el régimen de participación en los gananciales. La pregunta es ¿Por qué no se utilizó el mismo principio tratándose de la sucesión por causa de muerte?

Por otra parte, en un sistema de asignaciones forzosas, al establecerse por la ley cual es la parte de la herencia que le corresponde a un asignatario, se ve mermada la posibilidad efectiva de que ellos puedan ayudar a formar el patrimonio familiar. Por el contrario, de ampliarse la libertad de disposición del causante, quizás se podría estimular la cooperación y el esfuerzo de los hijos para con su padre o madre, lo que podría generar un mayor afecto entre los miembros de la familia. Ellos, al momento de disponer

[350] Sobre el tema de la posibilidad de reclamar la paternidad en contra de los herederos del presunto padre se puede consultar: CORRAL TALCIANI, Hernán, "Acciones de filiación: Legitimación y conflictos de interés", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 225-226, 2009, pp. 69-89; RAMOS PAZOS, René, "Legitimación pasiva de los herederos en un juicio de reclamación de filiación", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 214, 2003, pp. 59-63.

[351] CLARO, *Explicaciones*…, ob. cit., t. 15, p. 249.

de su patrimonio, no dudarían en beneficiar a aquellos hijos que aportaron a la formación de ese patrimonio.

La crítica a esta tesis en el derecho nacional no es nueva. Ya en un escrito de ROBUSTIANO VERA se indicaba que *"Se dice que existe una co propiedad con la familia i que a los herederos se deben estimar como condueños en los bienes que adquiera el padre, los cuales deben recibir su cuota después de la muerte de su causante. Para nosotros este argumento es un absurdo, ni capaz de lejitimar semejante teoría i para convencerse de ello no hai mas que estudiar la organización actual de las familias i se verá entonces que la tal co propiedad no existe ni es posible que pueda existir bajo ningún concepto. Si tal teoría se aceptara, ella daría entonces un derecho perfecto desde el comienzo de la familia i en tal caso el jefe de ella estaría limitado en sus facultades administrativas i se vería restrinjido en su modo de obrar no tan solo por sus hijos sino también por sus ascendientes, cuando faltaren aquellos i por el cónyuge, el cual sí que realmente es socio i tiene expectativa a ciertos derechos".*[352]

Incluso se podría cuestionar la tesis de la copropiedad familiar en un país *"en vías de desarrollo"* como Chile. En efecto, la tesis de la copropiedad familiar implica que dicha familia tenga bienes, lo cual puede no siempre ser así. De partida, al parecer este sistema está justificado si de grandes o medianas fortunas se trata. Pero en un país donde la distribución de la riqueza es una materia que ha sido controvertida, la tesis de la copropiedad familiar también merece reparos. En efecto, en muchos casos el origen del patrimonio es individual y no familiar. Se forma producto del propio trabajo individual del causante y no del que se recibe como consecuencia de haberlo heredado.

7.- EL FIDEICOMISO TÁCITO COMO FUNDAMENTO DEL SISTEMA DE ASIGNACIONES FORZOSAS.

[352] VERA, *Conviene establecer*…, ob. cit., p. 18.

Es otro argumento que se ha dado para mantener un sistema de asignaciones forzosas. Consiste en que todo aquello que se hereda de ascendiente, se recibe con el mandato de transmitirlo a los descendientes. La adquisición de bienes al causante es entonces a título gratuito. Los ascendientes no solo han transmitido sus derechos al causante, sino también para los herederos de éste, formando una cadena que se prolonga hasta el infinito. El causante no sería otra cosa que un simple depositario o mandatario, y por lo tanto, no recibiría bienes en propiedad.

El punto debatible es que las adquisiciones de bienes no sólo se producen gratuitamente, pues también es posible que el causante haya adquirido bienes a título oneroso, esto es, *"los ha adquirido de su propia industria"*.[353] Quienes siguen esta tesis del fideicomiso tácito se hacen cargo de este problema, aduciendo que cuando se celebran negocios que implican un desprendimiento patrimonial, lo hacen porque han sido sus padres y ascendientes quienes han contribuido a su formación personal y espiritual, inculcándole valores y dándole la educación, que constituyen factores primordiales para que se desenvuelva de buena manera en la vida cotidiana. Bastaría ello para que haya una retribución del causante.

No hay buenas razones para que esta tesis funde la limitación a la libertad de disposición a través de las asignaciones forzosas. Así, SÁNCHEZ ROMÁN ha señalado que *"Mejor sería, y esto no obsta a la esencia de la libertad de testar, el que se reconociera en los hijos y en la familia respecto de los bienes, contra el olvido por el padre o jefe de ella de sus deberes naturales para con aquéllos y ésta, medios o recursos subsidiarios para hacerlos efectivos contra los abusos de la libertad de testar. Son dos cosas muy distintas: el ius dispondendi del padre propietario y testador, y los deberes de los padres y derechos de los hijos, que no cabe confundir bajo la fórmula única de las legítimas, por ser diferente su naturaleza, además de tal vez insuficiente o, por lo general, excesiva y nunca adecuada y ajustada a los deberes y derechos respectivos. En suma, que de las razones invocadas por los adictos a la teoría del fideicomiso tácito no se desprende la*

[353] VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar", *Anuario de Derecho Civil*, t. 19, fasc. 1, 1966, p. 27.

necesidad de restringir la libre testamentifacción activa, y, lo que es más, aun reconociendo tal necesidad, nunca justificaría una restricción como la que supone el sistema de legítimas".[354]

[354] SÁNCHEZ, *Estudios de*…, ob. cit., t. 2, p. 742.

Título Cuarto. LAS ASIGNACIONES FORZOSAS Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.

Como hemos tenido la oportunidad de indicar, las normas que regulan la sucesión por causa de muerte derivan de dos institutos básicos, cuales son, el derecho de propiedad y el derecho de familia. Y justamente se ha justificado el establecimiento de las asignaciones forzosas como un medio de protección de los miembros de la familia del causante.

En este título se revisará por lo tanto el estado de la protección de la familia como justificante al sistema de asignaciones forzosas.

1.- El principio de protección de la familia legítima.

Los Códigos decimonónicos, y en particular el chileno, recogieron como principio en materia hereditaria el de protección de la familia legítima, alejándose de la tradición anglosajona en la cual se le da mayor prevalencia al interés individual por sobre el interés familiar. Por ello se acepta en nuestra legislación civil el establecimiento de límites a la libertad de disposición del causante a través de las asignaciones forzosas, que justamente son el soporte de la protección de la familia, pues de no respetarse por el causante los límites a dicha libertad, se le otorga un eficaz instrumento a los asignatarios forzosos para que se modifique el testamento a su favor, y se le entere lo que por ley le corresponde, a través de la llamada *"acción de reforma de testamento"*.

Pero si el causante no otorga testamento, la familia tiene una protección mayor, por cuanto entrarán a operar las reglas de la sucesión intestada, presumiendo la ley la voluntad del causante. La consecuencia de la protección familiar en la sucesión intestada se da, a lo menos, en la determinación de los sucesores, porque al entrar a operar los órdenes de sucesión, el legislador establece un orden de prelación entre ellos, partiendo por los descendientes, siguiendo con los ascendientes y terminando con los colaterales,

consagrándose la idea de que *"el amor desciende, luego asciende y por último se extiende".*[355]

Ahora bien, cuando hacemos referencia a la familia como institución protegida, debemos limitarla a la *"familia legítima",* esto es, a aquella que tiene su origen en el matrimonio. Se protege por lo tanto no sólo al cónyuge sobreviviente, sino también a los hijos que nacieron dentro de ese matrimonio, a los cuales se les llama *"hijos legítimos".*

Se excluyen por lo tanto de la protección hereditaria las llamadas *"familias no matrimoniales"*, quedando disminuidos en sus derechos por una parte los *"hijos ilegítimos"* o *"hijos naturales",* y por otra parte *"los concubinos".*

En nuestro país, a la época de la dictación del Código Civil esta protección de la familia legítima en materia hereditaria se manifestaba en tres aspectos:

a.- Respecto del cónyuge sobreviviente. El viudo o viuda, en principio, no es considerado heredero, no obstante que se reconoce su derecho en la sucesión de su consorte, al concurrir por su porción conyugal. Por ello, tratándose de la sucesión intestada, en la versión original del Código Civil se establecía en el art. 988 que *"Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos; sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al marido o mujer sobreviviente".* Sí podía ser considerado heredero cuando concurría en el segundo orden de sucesión regular. Por su parte, el art. 1167 reconoce como asignación forzosa a la *"porción conyugal"*, como una asignación distinta de la legítima y la mejora y que sólo la tenía el cónyuge sobreviviente.

Por lo tanto, se excluye de toda protección sucesoria al concubino sobreviviente, quien no es considerado como asignatario ni en las reglas de la sucesión intestada, y menos como asignatario forzoso, aplicándose la célebre frase acuñada por Napoleón, en el sentido de que *"como los concubinos ignoran la ley, la ley los ignora a ellos".*

[355] DOMÍNGUEZ; DOMÍNGUEZ, *Derecho*…, ob. cit., t. 1, p. 122.

b.- En cuanto a la elección de los sucesores. Quizás éste sea el aspecto en donde con mayor nitidez se presenta la protección de la familia legítima en materia hereditaria. El legislador, al establecer el orden en el cual iban a suceder los asignatarios, privilegió a los hijos legítimos por sobre los hijos ilegítimos y naturales, lo que se demuestra especialmente en la sucesión intestada, al preferir en el primer orden de sucesión a los hijos legítimos, excluyendo a todo otro asignatario.

Pero también se demuestra la inclinación del legislador por proteger a los hijos legítimos en las normas sobre asignaciones forzosas, especialmente en las reglas sobre legítimas, en que sin perjuicio de incluir a los hijos legítimos y a los hijos naturales en el art. 1182, en el art. 1183 indica que *"los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada"*, con lo cual recobran aplicación esas normas, estableciendo una preferencia hacia los hijos legítimos por sobre los hijos ilegítimos o naturales.

Finalmente, en la cuarta de mejoras también se demuestra la predilección del legislador hacia los hijos legítimos, por cuanto a la dictación del Código Civil, sólo podían ser asignatarios de esta cuarta, según el art. 1184 inc. 2° los descendientes legítimos. Se excluían por lo tanto como asignatarios de la cuarta de mejoras a los descendientes ilegítimos.

c.- En la determinación de las cuotas que corresponden a los asignatarios. El principio se manifestaba en que al concurrir hijos legítimos del causante con hijos naturales, los primeros se beneficiaban en desmedro de los segundos. Así, por ejemplo, según el art. 989 si a la herencia concurrían ascendientes legítimos, cónyuge sobreviviente e hijos naturales, la herencia se dividía en cinco partes, tres para los ascendientes legítimos, uno para el cónyuge y una última parte para todos los hijos naturales, principio que era plenamente aplicable en materia de asignaciones forzosas.

Así, en la legítima tenía plena aplicación el citado art. 1183, aplicándose por lo tanto las reglas de la sucesión intestada. Por su parte, en la cuarta de mejoras la situación

era aún más clara, porque cuando no concurrían descendientes legítimos, no sólo los naturales no tenían derecho a esa porción, sino que la cuarta no se formaba, pudiendo el causante disponer libremente de la mitad de la herencia. En ese caso el causante gozaba, en consecuencia, de una mayor libertad para disponer de sus bienes por causa de muerte.

No debe creerse que estas diferencias sólo operaban en Chile. En el derecho comparado hay legislaciones que se estructuran sobre el mismo principio de dar prevalencia a los hijos legítimos por sobre los hijos naturales o ilegítimos. En Francia por ejemplo, el Código de Napoleón en su versión original también establecía diferencias en cuanto a la porción que llevaba el hijo natural, desmedrado respecto del legítimo, teniendo derecho a sólo un tercio de la cuota que le hubiere correspondido de ser un hijo legítimo.[356]

2.- EL ESTADO ACTUAL DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA LEGÍTIMA.

La evolución normativa en materia hereditaria, y en particular respecto de las reglas sobre asignaciones forzosas reflejan que el principio de protección de la familia legítima, tal como fue conocida al momento de la entrada en vigencia del Código Civil, hoy merece ciertas observaciones y se concibe de una manera distinta. Seguramente el punto de inflexión se ha producido con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, que estableció la igualdad de derechos incluso en materia hereditaria, para todos los hijos, cualquiera sea el origen de la filiación. Por ello se la indicado por la profesora Domínguez que *"La protección especial de la familia legítima, como se ha resaltado anteriormente, ha quedado virtualmente suprimida mediante la igualación de los derechos conferidos a los antiguos hijos legítimos y naturales, hoy de los hijos de*

[356] Un resumen de la evolución de los derechos hereditarios de los hijos en el derecho civil francés, véase en: CARBONNIER, Jean, *Droit et passion du droit. Sous la V° République*, Flammarion, Paris, 1996, pp. 262-268 ; MAZEAUD ; MAZEAUD ; CHABAS, *Lecons de droit…,* ob. cit., t. 4, pp. 187-190 ; CATALA, Pierre, "Successions et régimes matrimoniaux", *Les systèmes de droit contemporains XII. Le droit français*, t. 2, L.G.D.J., Paris, 1960, pp. 61-69 ; VIALLETON, H., « Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France, depuis le code civil », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Librairie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 584-588.

filiación determinada, esto es, matrimoniales y no matrimoniales, finalmente efectuada por la Ley 19.585".[357]

Pero si bien se ha producido una igualdad entre los derechos de todos los hijos del causante, la protección de la familia matrimonial no se ha extinguido totalmente, pues el legislador ha querido darle en materia hereditaria una importante protección al cónyuge sobreviviente, según ya lo hemos indicado, suprimiendo la porción conyugal, pero mejorándole sus derechos en la sucesión intestada, incorporándolo como legitimario y como asignatario de la cuarta de mejoras, y concediéndole un derecho de adjudicación preferencial sobre la vivienda familiar y los muebles que lo guarnecen.

Sin perjuicio de lo anterior, las reglas que regulan el derecho de familia se encuentran en constante revisión por parte de la doctrina. La sociedad evoluciona y comienzan a generarse movimientos en pos de exigir ciertos y determinados derechos. Ello no escapa a la familia y, por consiguiente, se quiere avanzar no tan solo a la protección de la familia matrimonial, sino también hacia la familia no matrimonial, pero donde el sujeto protegido ya no son los hijos no matrimoniales, sino que el concubino.

Si se avanza en reformas que le otorgan derechos a los concubinos, que se plasman en materia hereditaria, es posible preguntarnos ¿Qué queda de la protección sucesoria fundada en la familia legítima?¿Se justifican las asignaciones forzosas como limitaciones a la facultad de disposición?¿Si se otorgan derechos hereditarios a los concubinos no se restringe aun más la libertad de testar? A la luz del análisis de los posibles derechos hereditarios de los concubinos, trataremos de dar respuesta a estas interrogantes.

3.- EL CONCUBINATO Y LOS PACTOS DE UNIÓN CIVIL FRENTE A LA LEGÍTIMA.[358]

[357] DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, "Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 N° 2, p. 208.

[358] Sobre las uniones de hecho un completo análisis en BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 5-139.

El Código Civil no regula las convivencias no matrimoniales. Ha sido la jurisprudencia la que ha solucionado los conflictos generados en esta materia, particularmente en los casos en que durante el concubinato se adquirieron bienes por parte de ambos concubinos. Antes de que entrara en vigencia la nueva Ley de Matrimonio Civil, al no existir divorcio con disolución de vínculo, era muy común que personas casadas tuvieran relaciones concubinarias, lo que generaba variados inconvenientes, particularmente en lo relativo a los bienes adquiridos durante esta relación.

Los grandes problemas se generaban al fallecer uno de los concubinos, pues en el caso que el causante tuviere un matrimonio anterior no disuelto, el cónyuge sobreviviente tenía la calidad de heredero o al menos concurría por su porción conyugal, y por su parte, el concubino sobreviviente, aun cuando hubiera aportado a la formación del patrimonio del causante, no adquiría derechos en la sucesión, pues no era considerado heredero. Ello hizo que en definitiva, la jurisprudencia diera algunas soluciones, a través del cuasicontrato de comunidad o de la sociedad de hecho.[359]

Pero hoy la situación ha cambiado. Ya son varias las leyes que le dan reconocimiento y algunos derechos al conviviente. Por ejemplo, el Código Procesal Penal en su art. 108 le otorga al conviviente la calidad de víctima, en los casos de muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiera ejercer los derechos otorgados por el Código, sin perjuicio que sólo los puede ejercer si no lo han hecho el cónyuge, los hijos, o los ascendientes de la víctima directa.

Las normas de seguridad social, como la Ley N° 15.386, que en su art. 24 le otorga a la madre de los hijos naturales[360] del imponente, soltera o viuda, que estuviere viviendo a expensas de éste con los demás requisitos que establece la ley, una pensión de montepío equivalente al 60% de la que le habría correspondido si hubiera tenido la calidad de cónyuge sobreviviente. O la establecida en el art. 43, en relación con el art. 45

[359] Ver sobre esta materia BARRIENTOS, *De las uniones*…, ob. cit., pp. 63-86.

[360] Aun no ha sido modificada la ley en esta parte. Debiera hacer referencia a los hijos de filiación no matrimonial.

de la Ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que le concede a la madre de los hijos naturales del trabajador fallecido una pensión de sobrevivencia de un 30% de la pensión básica que le habría correspondido a la víctima si se hubiere invalidado totalmente o de la pensión básica que perciba en el momento de la muerte. Y también el establecido en el art. 5 en relación con el art. 58 del Decreto Ley N° 3.500, por el cual se le otorga una pensión de sobrevivencia de un 36% al padre o madre del o los hijos de filiación no matrimonial del causante. Hay que precisar, eso sí, que estos beneficios se otorgan no por ostentar la calidad de concubino, sino precisamente porque es el padre o la madre de los hijos de filiación no matrimonial del causante.

Y también en materia de responsabilidad civil extracontractual desde mediados del siglo XX, existen sentencias que le han conferido al concubino la titularidad para ejercer demandas por daño moral.[361]

En otro sentido, desde hace algún tiempo se viene discutiendo sobre la posibilidad de establecer en Chile una regulación de las relaciones de carácter patrimonial de las parejas heterosexuales.[362] Más discutible es la posibilidad de legislar sobre el otorgamiento de derechos de carácter patrimonial a las parejas homosexuales. Al parecer hay una gran parte de la población que está de acuerdo con que se regulen las

[361] BARRIENTOS, *De las uniones…,* ob. cit., pp. 87-101.

[362] Cuestión que en todo caso no es nueva. Ya se refería a este problema ÁLVAREZ NÚÑEZ, Carlos, "Algunas consideraciones doctrinales, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato", *Revista de Derecho,* Universidad de Concepción, N° 143, 1968, p. 30, quien indicaba que *"Estas consideraciones demuestran la necesidad de propender a la reglamentación del concubinato. Este ordenamiento deberá estar inspirado en la idea de que no tiene por objeto el establecimiento de otra especie de matrimonio ni que se crea un nuevo estado civil –como ha acontecido en algunos textos latinoamericanos-, sino que está destinado a dar una solución en derecho a un problema social existente".*

relaciones patrimoniales de estas parejas,[363] aun cuando en la doctrina esta temática no es del todo pacífica.[364]

La discusión se ha generado no solo desde la academia, sino que también ha sido fuente de arduos debates de carácter político. En las últimas campañas a la presidencia de la República, diversos candidatos han mostrado su intención de regular en una regulación patrimonial de las uniones de hecho.

El punto a tratar es si es o no conveniente otorgar derechos sucesorios a los concubinos, y como incidiría una modificación de esa naturaleza en nuestro sistema sucesorio.

Para ello analizaremos cuatro aspectos fundamentales. Por una parte se hará una referencia a diversos proyectos de ley que se han presentado sobre esta materia. En segundo lugar se planteará la situación de las uniones de hecho como una nueva forma de familia. En seguida se dará cuenta de la situación sucesoria de las parejas de hecho en el derecho comparado. Finalmente plantearemos la conveniencia o no de conferir derechos hereditarios a las personas que tienen una convivencia no matrimonial.

I.- Proyectos de ley sobre uniones civiles.

---

[363] Ver TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Constitucionalización del derecho de familia(s) el caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", *Revista chilena de derecho privado*, N° 8, 2007, pp. 173-178.

[364] Así por ejemplo, a favor de una regulación de las parejas de hecho: TURNER SAELZER, Susan, "Uniones de hecho y su regulación legal", *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 167-176; BARRIENTOS, *De las uniones…,* ob. cit., p. 136. En contra de una regulación de las parejas de hecho: CORRAL TALCIANI, Hernán, "Familia sin matrimonio, ¿Modelo alternativo o contradicción excluyente?", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, N° 2, 1994, pp. 259-272; CORRAL TALCIANI, Hernán, "La familia en los 150 años del Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 3, 2005, pp. 436-437; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, "El acuerdo de vida en pareja y sus fundamentos: Necesidad de un debate serio", publicado el 28 de Septiembre de 2011 en: http://centrodelafamilia.uc.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1948:el-acuerdo-de-vida-en-pareja-y-sus-fundamentos-necesidad-de-un-debate-serio&catid=243:columnas&Itemid=451

Desde el año 1990 son variados los proyectos de ley que se han presentado por los Parlamentarios, con el objeto de regular las relaciones patrimoniales de quienes se encuentran unidos de hecho, sean uniones de parejas heterosexuales, sean uniones de parejas homosexuales.

Estos proyectos van desde un simple reconocimiento de la situación de hecho en que se encuentran estas parejas, a establecer un verdadero contrato entre ellas, que busquen regular los efectos patrimoniales que se pueden generar de esa convivencia. Los gobiernos chilenos no se habían ocupado de la materia, sino hasta la presentación en el año 2011 por mensaje del Presidente SEBASTIÁN PIÑERA, del proyecto de ley que regula el llamado *"Acuerdo de Vida en Pareja"*.

Sin perjuicio de ello, no todos los proyectos presentados hacen referencia a derechos sucesorios para el concubino sobreviviente.[365] Por su parte, en los proyectos que sí hacen referencia a derechos hereditarios, no todos lo regulan de la misma forma. Así, los diversos proyectos presentados se pueden clasificar de la siguiente manera:

a.- Proyectos de ley que reconocen derechos hereditarios por contrato suscrito entre personas del mismo sexo. Entre ellos se encuentran:

- Proyecto de ley de fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo.[366]

---

[365] Así por ejemplo, el Proyecto de Ley que regula los efectos patrimoniales en el concubinato, presentado el 15 de Octubre de 2003 (boletín 3377-07) por los Diputados JARAMILLO, LETELIER, MEZA, MONTES, OJEDA, PALMA, PÉREZ ARRIAGADA, PÉREZ OPAZO, SÁNCHEZ y SOTO, reconocen que en el concubinato se puede generar un cuasicontrato de comunidad que es necesario liquidar a su término. Tampoco lo establece el Proyecto de Ley que establece regulación para las uniones de hecho, ingresado por moción de los diputados ACCORSI, FARÍAS, MONTES, MUÑOZ, SOTO y VIDAL el 12 de Abril de 2006 (boletín 4153-18) no contempla en su articulado derechos sucesorios para quienes regulen su unión de hecho. También se puede mencionar el Proyecto de Ley que regula la unión civil entre personas del mismo sexo, presentado por el diputado ENRÍQUEZ-OMINAMI el 19 de Marzo de 2008 (boletín 5774-18), el cual tampoco contiene derechos de carácter hereditario para quienes celebren este pacto.

[366] Ingresado el 10 de Julio de 2003 (boletín 3283-18) por moción de los Diputados ACCORSI, ASCENCIO, HALES, BARRUETO, LEAL, PALMA, ROSSI, SAA, TOHÁ y VIDAL. En este proyecto se excluye de una regulación a uniones no matrimoniales entre personas heterosexuales. El texto del proyecto indica en el

- Proyecto de ley sobre no discriminación y a favor de la defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo.[367]

b.- Proyecto que establece un régimen legal, no convencional, para las uniones de hecho.[368]

c.- Proyectos de ley que establecen convenciones de carácter patrimonial no matrimonial entre personas de distinto o del mismo sexo:

- Proyecto de ley que crea la figura de unión civil en los gananciales.[369]

---

artículo 16 que *"el miembro sobreviviente del contrato que regula la presente ley tendrá los mismos derechos que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en el Libro III del Código Civil."* Por lo tanto, en materia de asignaciones forzosas, el sobreviviente debe ser considerado como legitimario según lo dispone el artículo 1182 del Código Civil. Pero también se le incorpora como asignatario de la cuarta de mejoras, sin perjuicio de que también sea llamado a la cuarta de libre disposición. Además tendría el derecho de atribución preferencial que otorga el art. 1337 N° 10, sin perjuicio de sus derechos en la sucesión intestada.

[367] Del 1 de Junio de 2010 (boletín 6955-07), de los Diputados ASCENCIO, JIMÉNEZ y SILVER. También limita su regulación a un contrato suscrito por dos personas del mismo sexo. En materia hereditaria se limita a indicar que el miembro sobreviviente tendrá los mismos derechos que la ley asigna al cónyuge sobreviviente.

[368] Es proyecto fue presentado por los Senadores NÚÑEZ y VIERA-GALLO el 7 de Abril de 2004 (boletín 3494-07). Esta moción instauraba un reconocimiento de la unión no matrimonial entre un hombre y una mujer, excluyendo por lo tanto, a las uniones de personas homosexuales. Pero tampoco constituía una convención. Bastaba con acreditar la convivencia a través de los medios de prueba que estableciere la ley, y probada la unión, se generaban los efectos que dicho proyecto indicaba, entre ellos la formación de una comunidad de bienes. Si bien no consideraba asignatario por causa de muerte a alguna de las personas que se encontraban en la situación descrita, el art. 6 señalaba que una vez que se terminaba la comunidad por muerte de uno de ellos, se le otorgaba al sobreviviente el derecho a que su parte en la división de bienes se le entere con preferencia mediante la adjudicación en su favor del inmueble en que resida y que sea la vivienda principal de la pareja, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que forme parte de aquélla. Pero además, si el valor de dichos bienes excediere de la parte que le corresponde, podría pedir que sobre las cosas que no se le adjudiquen en propiedad se le constituya en su favor un derecho de habitación y uso, según la naturaleza de ellos, con carácter de gratuitos y vitalicios. Es decir, se trataba de una regla muy similar a la que establece el art. 1337 N° 10 del Código Civil, con una salvedad, pues este derecho cesaría en el caso que el beneficiario contraiga nuevo matrimonio o iniciara una nueva convivencia.

[369] Del Senador BIANCHI, de 19 de Diciembre de 2007 (boletín 5623-07). Es una convención suscrita por *"dos personas".* El proyecto no distingue si la unión es heterosexual u homosexual, y lo que regula fundamentalmente es un régimen patrimonial, similar al régimen matrimonial de participación en los

- Proyecto de ley que establece el llamado pacto de unión civil.[370]

- Proyecto de ley que crea el contrato denominado Acuerdo de Vida en Común.[371]

---

gananciales. El proyecto otorga derechos hereditarios al sobreviviente de la unión civil, indicando en el art. 30 que tendrá los mismos derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente. Un punto interesante a destacar es que se establece un plazo mínimo de convivencia de tres años o dos años si tuvieren descendencia común, así como de la subsistencia de la unión al momento de la muerte del causante, para adquirir estos derechos en la sucesión. De este modo, se le reconoce entonces al sobreviviente su calidad de legitimario y de asignatario de la cuarta de mejoras, sin perjuicio de sus derechos en la sucesión intestada y eventualmente el derecho de atribución preferencial.

[370] Ingresado por moción de los Diputados ESPINOZA, ROSSI, SAA y SILVER el 27 de Octubre de 2009 (boletín 6735-07). Este proyecto fue redactado por los Profesores de Derecho Civil MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ y CARLOS PIZARRO WILSON. Se trata de un verdadero contrato suscrito sea por personas heterosexuales como por personas homosexuales. La innovación que contiene el proyecto es que toda la regulación de esta institución se incorpora al Código Civil. Así, en materia hereditaria se incorporaría el art. 1792-40, que indica que *"Si el pacto de unión civil termina por muerte de una de las partes la otra gozará de todos los derechos establecidos por la ley para el cónyuge sobreviviente".* Por lo tanto, el sobreviviente tendría la calidad de legitimario y de asignatario de la cuarta de mejoras, en materia de asignaciones forzosas, pero además podría tener los derechos que le corresponden en el primer y segundo orden de la sucesión intestada y el derecho de atribución preferencial del art. 1337 N° 10.

[371] Presentado por el Senador ALLAMAND el 29 de Junio de 2010 (boletín 7011-07). Se trata de un contrato celebrado por dos personas, para regular sus relaciones de convivencia. Entre ellas se encuentran los de carácter hereditario. A diferencia de los proyectos descritos anteriormente, que se limitaban a indicar que los contratantes sobrevivientes tendrán los mismos derechos hereditarios que se otorgan al cónyuge sobreviviente, este proyecto hace algunas precisiones, justamente a objeto de que no se entienda que este contrato equivale al matrimonio. Por esta razón se indica que en materia de sucesión intestada el sobreviviente concurrirá con los hijos del difunto y recibirá una porción equivalente a lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo. En el caso que el causante no tenga hijos, el sobreviviente concurrirá con los ascendientes de grado más próximo, caso en el cual la herencia se va a dividir en dos partes, una para el sobreviviente y la otra para los ascendientes. Si no hay hijos ni ascendientes, el sobreviviente llevará toda la herencia. La novedad se encuentra en materia de asignaciones forzosas. De partida, no incluye al contratante sobreviviente como legitimario. Pero lo designa como asignatario de la cuarta de mejoras. En definitiva, de prosperar este proyecto, la utilidad de la norma sólo se va a generar cuando el causante tenga legitimarios, pues sólo en ese caso se formará la cuarta de mejoras, y podrá asignarle en definitiva la referida cuarta, como la de libre disposición. En el caso que el causante no tenga legitimarios, no se ve utilidad a la disposición. Incluso, puede que sea perjudicial para el sobreviviente, por cuanto al no formarse la legítima, tampoco se forma la cuarta de mejoras, y el causante podrá disponer de la totalidad de la herencia, según se desprende del art. 1184 del Código Civil. Finalmente, en el caso de existir comunidad entre los otros herederos del causante con el sobreviviente, se le otorga a este último el derecho a que su cuota se le entere con preferencia mediante la adjudicación del inmueble en que haya residido con el difunto, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte de la

- Proyecto de ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja.[372]

II.- La unión civil no matrimonial. Una forma de familia.

Si se aprobare alguno de los proyectos que se encuentran en tramitación en el Congreso, podríamos encontrarnos ante tres clases de uniones. La primera, que tendría su origen en el matrimonio. Quienes celebran matrimonio tienen los derechos hereditarios que les otorga la ley, por lo tanto, al cónyuge sobreviviente se le considera legitimario y asignatario de la cuarta de mejoras.

Una segunda clase de unión, que no sería otra que el concubinato, pues se trataría de personas que no tienen ninguna intención de encontrarse vinculados por un contrato.

---

indivisión existente en virtud del acuerdo de vida en común, o del solo patrimonio del difunto. El hecho que se otorgue un derecho de atribución preferencial sobre la vivienda en que residían los contratantes del referido acuerdo no es novedoso.

[372] Ingresado por Mensaje del Presidente de la República SEBASTIÁN PIÑERA el 17 de Agosto de 2011 (boletín 7873-07). La presentación de este proyecto responde a una promesa de su campaña presidencial, en orden a reconocer derechos a las personas heterosexuales como homosexuales, que se encuentran unidas de hecho. Así, en el mensaje del proyecto se indica que *"nos ocuparemos de los dos millones de chilenos que conviven en pareja sin estar casados. Por ello, protegeremos sus derechos de acceso a la salud, a la previsión, a la herencia y a otros beneficios sociales, removiendo los obstáculos que hoy les impiden ese acceso y las discriminaciones existentes, de forma de constituir una sociedad inclusiva y acogedora y no excluyente y castigadora"*. Así, este proyecto regula los derechos hereditarios del sobreviviente en la sucesión intestada en términos similares a la propuesta entregada por el Senador ALLAMAND, esto es, concurriendo con los hijos del causante en el primer orden de sucesión en una porción igual a lo que le corresponda por legítima rigorosa o efectiva. Si concurre con los ascendientes de grado más próximo del causante en el segundo orden de sucesión, la herencia se dividirá en dos partes, una de las cuales será para los ascendientes y la otra para el contratante sobreviviente. En el caso de las asignaciones forzosas, el proyecto no le reconoce al sobreviviente la calidad de legitimario, pero sí lo incorpora como asignatario de la cuarta de mejoras. Lo dicho anteriormente a propósito del proyecto presentado por el Senador ALLAMAND, vale también en este punto. En consecuencia, el proyecto tiene una regulación similar al descrito precedentemente, pero con dos observaciones. Por una parte establece un requisito temporal para que el sobreviviente tenga derechos en la sucesión del causante. Así es como tanto en la sucesión intestada como en las asignaciones forzosas, se exige que el Acuerdo de Vida en Pareja haya tenido una vigencia mínima de un año a la fecha de la muerte del causante, para que el sobreviviente tenga derechos en la sucesión del contratante muerto. Finalmente, el proyecto no considera un derecho de atribución preferente sobre el inmueble que sirve de residencia a la pareja ni sobre los bienes que lo guarnecen.

En este último caso, no hay mucho que agregar en materia hereditaria, pues a lo que puede optar el concubino es a la cuarta de libre disposición, pues no se encontraría dentro de los posibles asignatarios de la legítima ni tampoco de la cuarta de mejoras.

Finalmente, se encontraría la unión que deriva del acuerdo no matrimonial. Este es el caso que nos merece atención en el evento de aprobarse alguno de estos proyectos que otorgan derechos hereditarios a quienes celebran un pacto de unión civil. Sea que se le considere legitimario o asignatario de la cuarta de mejoras, lo que hay que analizar es si se justifica o no que se proteja al sobreviviente de un contrato no matrimonial a través de los derechos hereditarios. En definitiva, una cosa es que se le reconozcan derechos patrimoniales por el hecho de celebrar este pacto, y por otra, si se justifica el otorgamiento de derechos hereditarios.

En ese sentido, uno de los argumentos que se han entregado a objeto de que se le concedan derechos patrimoniales (y entre ellos derechos hereditarios) a quienes celebren estos pactos, se funda básicamente en el concepto de familia que establece la Constitución Política de la República.

La Carta Fundamental indica que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Al respecto se discutía si la familia a la cual hace referencia la Constitución era únicamente la que provenía del matrimonio,[373] o también quedaban incorporadas otras clases de familias, como por ejemplo la unión concubinaria.[374] Por lo demás, una serie de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, establecen la necesidad de garantizar la no discriminación de ninguna especie.[375]

---

[373] Ver por ej. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Familia y Derecho*, Santiago, Colección Jurídica Universidad de los Andes, Santiago, 1994, pp. 27- 30.

[374] Ver por ej. FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Persona, Pareja y Familia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 70-72.

[375] Así se puede citar al art. 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; al art. 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 24; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 2; la Carta Democrática Interamericana en su art. 4.

Por ello, este dilema hoy al parecer se encuentra aclarado. Así, RAMOS indica categóricamente que *"cualquier duda que pudiera haber existido sobre el tema ha quedado definitivamente disipada con la dictación de la Ley N° 19.947, que estableció el divorcio en Chile. El artículo 1° de esta ley expresa que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia". El hecho de que la disposición diga que "el matrimonio es la base principal de la familia" demuestra que puede existir una familia que no se funda en el matrimonio, la que también debe gozar de la protección constitucional".*[376] En el mismo sentido BARRIENTOS.[377]

En el derecho español, tomando en cuenta la misma discusión respecto de si la alusión a la Familia que hace la Constitución de 1978 integra a la familia que no deriva del matrimonio, ha hecho sostener en un interesante trabajo de SUSANA ESPADA, que *"Esta vinculación entre el fundamento constitucional del Derecho de sucesiones y la garantía, también constitucional, de protección de la institución familiar en sentido amplio (art. 39 CE), resulta indispensable para legitimar el reconocimiento de efectos sucesorios a la pareja de hecho. Los miembros de la pareja de hecho pueden crear un hogar familiar y constituir un grupo constitucionalmente protegido".*[378]

Lo anterior podría tener asidero tratándose de una unión no matrimonial entre personas heterosexuales. Pero ¿Constituye familia la unión homosexual? De ser eso efectivo ¿Se encuentra protegida por la Constitución?

Recordemos que uno de los deberes del Estado es dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta. Como bien indica BARRIENTOS *"Ni la doctrina ni la jurisprudencia chilenas, por regla general, han adoptado una determinada posición frente a esta última cuestión, es decir, a lo tocante a precisar si las uniones de hecho*

---

[376] RAMOS, *Derecho…,* ob. cit., t. 1, pp. 12-13.

[377] BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Derecho de las personas. El derecho matrimonial*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 32.

[378] ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 216.

entre personas de un mismo sexo son capaces de formar jurídicamente una familia y, en tal caso, si estarían, también, cubiertas por la noción constitucional de familia del artículo 1° de la Constitución Política de la República".[379] Pero desde el punto de vista de algunos parlamentarios, el concepto de familia se extiende a las personas que mantienen una unión homosexual. Así, uno de los proyectos a los cuales hicimos referencia, denominado *"Proyecto de Ley de fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo"*[380] expresa en su art. 1° que *"La presente ley protege la existencia legal de la familia constituida entre personas del mismo sexo, cuyos miembros, que cumplan los requisitos establecidos por la ley, deseen acogerse al régimen patrimonial por ella previsto, durante su vigencia y con motivo de su disolución".*

III.- La regulación de derechos hereditarios que se confieren a las partes de una unión civil en el derecho comparado.

La discusión sobre la regulación de derechos sucesorios a favor de personas homosexuales no es nueva en derecho comparado. Desde luego, aquellos países que otorgan derechos sucesorios al cónyuge sobreviviente y que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, en definitiva otorgan derechos hereditarios al sobreviviente homosexual. Así ocurre en Holanda, en virtud de la ley Bill de diciembre de 2000. En España se abrió la posibilidad de que personas del mismo sexo celebraran matrimonio, a través de la entrada en vigencia de la Ley 13/2005 del 1 de Julio de 2005. O en Argentina, por la entrada en vigencia de la Ley N° 26.618, promulgada el 21 de Julio de 2010, que modificó el Código Civil y que permite a las personas del mismo sexo contraer matrimonio.

Distinta es la situación de la regulación de derechos hereditarios a las partes de una unión civil. Hay varias legislaciones que han establecido estatutos propios a objeto

[379] BARRIENTOS, *Derecho de las personas*…, ob, cit, p. 35.
[380] Boletín 3283-18.

de regular los derechos patrimoniales que se derivan de una unión de hecho.[381] En Argentina la discusión no era nueva, pues algunos autores abogaban por el otorgamiento de derechos hereditarios a favor de personas homosexuales. Así, MEDINA indica que *"si aceptamos que la sucesión ab intestada del cónyuge se funda en la presunción del vínculo afectivo que se deduce de la vida en común, el afecto, la solidaridad y la asistencia mutua, no hay razón que justifique no reconocer similares derechos al conviviente homosexual, ya que la comunidad de vida es similar en ambos casos. No parece razonable ni justo que por el hecho de no poder casarse los bienes del conviviente fallecido, que incluso pueden haber sido adquiridos durante la convivencia y con participación de ambos, en ausencia de parientes sean atribuidos al Estado y no a la persona con quien se vivió y se tuvo un mayor vínculo afectivo".*[382]

En la legislación española no se ha regulado de manera general respecto de los derechos sucesorios para el conviviente sobreviviente. El Código español no lo contempla, sin perjuicio que algunas legislaciones forales si contienen algunas disposiciones, estableciendo derechos a favor del sobreviviente de una unión de hecho.[383] Parte de la doctrina también aboga por una regulación de los derechos sucesorios a favor de dichas personas,[384] aun cuando también han recibido críticas de algunos juristas, como PANTALEÓN, quien ha indicado que *"perfectamente razonable es*

[381] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte", Derecho privado europeo, Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 1206-1207.

[382] MEDINA, Graciela, *Uniones de hecho homosexuales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 354.

[383] Entre ellos Navarra, Baleares, el País Vasco y Galicia, que les otorgan los mismos derechos que al cónyuge sobreviviente. Ver: ESPADA, *Los derechos sucesorios…,* ob. cit., pp. 248-280.

[384] REBOLLEDO VARELA, Ángel, "La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación", *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 29-31; NIETO ALONSO, Antonia, "Uniones extramatrimoniales: derechos sucesorios y atribuciones post mortem de naturaleza familiar y social", *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 103-180.

que carezca de derechos legitimarios quien no carga con los deberes propios del matrimonio".[385]

Pero es quizás el Código Civil francés el que merece un comentario especial. En efecto, con la entrada en vigencia de la modificación al *Code* por Ley N° 99-944 de 15 de noviembre de 1999, se introdujo el título décimo tercero al libro I, denominado *"Del pacto civil de solidaridad y del concubinato"*, que regula dos instituciones. Por una parte el concubinato, y por la otra crea el denominado *"Pacto Civil de Solidaridad"*, también llamado PACS.

En el Capítulo II de este título, que contiene sólo un artículo, el 515-8, define el concubinato como *"una unión de hecho, caracterizada por una vida común, presentando un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o de un mismo sexo, que viven en pareja"*. Por lo tanto, la ley no hace más que reconocer una unión no matrimonial, pero que no se sujeta a una regulación, pues no constituye matrimonio, ni tampoco forma parte de este PACS.

Entonces, la novedad se encuentra en la regulación de este pacto civil de solidaridad, que se encuentra incorporado en el Capítulo I del título décimo tercero. Así, el art. 515-1 define el PACS como *"un contrato celebrado entre dos personas físicas mayores, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común"*. Pero el PACS no es del todo diverso del concubinato, pues como dice GRIMALDI *"no debe presentarse como una alternativa al concubinato: no se trata de pareja o concubino. El PACS presupone un concubinato, que tiene por finalidad precisa organizar: se puede ser concubino pareja o concubino no pareja. A los concubinos corresponde optar entre el PACS y el no derecho."*[386]

Sin perjuicio de ello, el PACS francés se acerca más a una regulación de la unión civil desde una esfera contractual a una familiar. De partida, se aleja de efectos

[385] PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Compañero/compañera (D. Civil)", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 1161.

[386] GRIMALDI, Michel, "Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français", *Répertoire du notariat Defrénois*, N° 11, 2003, p. 816.

personales propios de la unión en pareja. Por ejemplo, no existe entre los contratantes el deber de fidelidad propio del matrimonio, ni tampoco modifica el estado civil de los mismos. Pero si genera importantes consecuencias patrimoniales, como el aporte de ayuda material mutua, algunas prestaciones de seguridad social entre ellos, y quizás lo más importante, los bienes que se adquieran durante la vigencia del PACS genera una comunidad que es necesario liquidar y adjudicar al término del contrato.

Lo que no regula son derechos hereditarios para el contratante sobreviviente. Si el cónyuge sobreviviente no tenía la calidad de heredero reservatarios, con mayor razón no lo tiene el contratante sobreviviente, desde que el Código Civil francés le da a este pacto la calidad de contrato y sólo para organizar la vida en común. Y así incluso se dejó en claro en la tramitación del proyecto, tal como lo indica LE GUIDEC, al señalar que *"En sus disposiciones fundamentales de derecho civil, no se le refiere de ninguna manera a una transmisión cualquiera y legal de la parte difunta a la parte superviviente, es decir, a una vocación sucesoria. Al contrario, la idea que había sido emitida en el momento de los trabajos preparatorios, tumultuosos de la ley del 15 de noviembre de 1999 había sido categóricamente rechazada".*[387]

IV.- Conveniencia o no de conferir derechos hereditarios a las personas que tienen una convivencia no matrimonial.

Distinta es la situación de analizar la conveniencia de conferir asignaciones forzosas a las personas unidas de hecho, sean heterosexuales u homosexuales, a través de un acuerdo no matrimonial que regule la situación patrimonial que genera esa convivencia. Los diversos proyectos de ley que hemos mencionado avanzan hacia ese objetivo, aun cuando se ha señalado por algunos que no constituyen una regulación de

[387] LE GUIDEC, Raymond, "Le PACS et la transmission des biens entre concubins", *Des concubinages. Droit interne. Droit international. Droit comparé. Á Jacqueline Rubellin-Devichi*, París, Litec, 2002, p. 133.

un nuevo tipo de familia, que no generan un nuevo estado civil, y que más bien regulan aspectos de carácter patrimonial.

No obstante lo anteriormente expuesto, somos de la idea que la legislación civil no debe regular derechos sucesorios de las parejas unidas de hecho tal como lo indican los proyectos de ley enunciados. Por lo demás, no es cierto que las personas unidas a través de un acuerdo no matrimonial ellos no puedan tener derechos sucesorios. El causante le puede dejar la cuarta de libre disposición. Pero además, puede ocurrir que el causante no tenga legitimarios. En ese caso, puede disponer de la totalidad de sus bienes para su conviviente.

Creemos que en ningún caso se les debieran otorgar los derechos sucesorios que hoy ostenta el cónyuge sobreviviente. Y respecto de los proyectos que admiten al sobreviviente como asignatario de la cuarta de mejoras, lo cierto es que no se advierte mayor utilidad a la disposición.

No se está argumentando en orden a ser contrarios a una regulación de los aspectos patrimoniales de las parejas de hecho, sólo planteamos nuestra negativa a la incorporación de ellos como asignatarios forzosos.

Si se le considerara como legitimario se atenta contra el fundamento del establecimiento de la legítima. Al momento de dictarse el Código Civil, sólo eran legitimarios, los hijos, personalmente o representados pos su descendencia legítima y sus ascendientes. Incluso el cónyuge sobreviviente jamás fue considerado legitimario, y estaba correcto que no lo fuera, considerando que era una persona extraña a la familia.

El objeto de la legítima era proteger a los hijos legítimos. La introducción del cónyuge sobreviviente como legitimario no fue otra cosa que una concesión legislativa por el hecho de conceder igualdad de derechos a todos los hijos. Por lo tanto, una forma de favorecer indirectamente a los hijos matrimoniales por sobre los no matrimoniales desde un punto de vista sucesorio fue incorporar al cónyuge sobreviviente como legitimario. Así, el hijo matrimonial iba a suceder al padre y a la madre unidos por el matrimonio. Por lo tanto, en una asignación como la legítima, no se ve razón de

incorporar al unido de hecho como legitimario. Ello sería considerarlo de la misma forma que el cónyuge sobreviviente, con lo cual se daría motivo para indicar que estos pactos constituirían un matrimonio de segunda clase.

Es más, si revisamos el derecho comparado nos vamos a encontrar, por ej. con el PACS francés, que no concede derechos sucesorios al sobreviviente. Ello se justifica ampliamente. Si por lo menos hasta la reforma del derecho sucesorio francés del año 2006 el cónyuge sobreviviente no era considerado heredero reservatario, con mayor razón no puede tener esta calidad el contratante sobreviviente. Ello no cambia con la reforma del año 2006, aun cuando el cónyuge sobreviviente viene a tener la calidad de heredero reservatario, pero siempre y cuando se cumplan algunos requisitos, bastante exigentes.

Tampoco estamos de acuerdo con que el sobreviviente sea asignatario de la cuarta de mejoras. En nuestro derecho sucesorio, la cuarta de mejoras en una institución cuestionada en cuanto a su otorgamiento.

Recordemos que BELLO no era partidario de introducirla y que nació como una forma de favorecer a los descendientes del causante y fundamentalmente como una forma de beneficiar a los nietos del *de cujus*. Pero en nuestro país, las modificaciones sobre la materia han hecho que se transformen en asignatarios de esta asignación forzosa casi exactamente los mismos asignatarios de legítimas.

Lo que sí se podría configurar es el establecimiento de un derecho de atribución preferencial sobre la vivienda del concubino fallecido, a favor del sobreviviente, pero producto de la liquidación de la comunidad de bienes que se hubiera formado durante la vigencia del pacto. Así, en la parte que le correspondería al sobreviviente, se le podría adjudicar preferentemente el inmueble donde tenían vida en común y los bienes muebles que lo guarnecen.

Pero además, si argumentamos a favor del establecimiento de una mayor libertad de disposición para el causante, la regulación de derechos hereditarios a favor del sobreviviente apunta en sentido contrario, puesto que aumentarían los asignatarios

forzosos, sean legitimarios o asignatarios de la cuarta de mejoras, lo que implica que desde un punto de vista de la libertad de disposición, ella se encontraría aun más restringida.

En ese sentido, el problema de la protección sucesoria de las parejas de hecho se solucionaría aumentando la libertad de disponer del causante, sea eliminando alguna asignación forzosa, o disminuyendo la cantidad de asignatarios establecidos por la ley.

Pero además creemos que hay que sincerar el debate. La necesidad de una regulación de las parejas de hecho heterosexuales se justificaba cuando en nuestro país no existía el divorcio con disolución de vínculo. Al no poder poner término al matrimonio por acuerdo de los cónyuges, quizás era conveniente regular una unión de personas que no querían o no podían contraer el vínculo matrimonial. Hoy en cambio, el divorcio con disolución de vínculo existe y, por lo tanto, es posible que las personas contraigan matrimonio, sabiendo que se puede poner término a él por mutuo acuerdo. Las propias personas divorciadas pueden volver a contraer matrimonio.

Por lo tanto, creemos que la discusión se reduce a la unión de personas del mismo sexo. Son ellos los que abogan por un estatuto que regule su situación patrimonial. Pero estas personas en muchos casos no tienen legitimarios, por lo que tendrían absoluta libertad para disponer de sus bienes. Así, el causante podría dejarle la totalidad de sus bienes a su pareja. En el estado actual de nuestra legislación, VARAS propone que *"Sin perjuicio de una eventual regulación general de la convivencia, una pequeña modificación de las normas del Derecho Sucesorio puede producir un interesante espacio de libertad para solteros sin hijos, que les permitiría favorecer a su conviviente, y que no perjudicaría mayormente a nadie. d) Tal modificación menor consiste simplemente en suprimir a los ascendientes como legitimarios o, al menos, como asignatarios forzosos de mejoras, manteniéndolos como alimentarios, como ya se ha hecho en ordenamientos comparados".*[388]

[388] VARAS BRAUN, Juan Andrés, "Uniones de hecho y derecho sucesorio (libertad de testar para solteros sin hijos)", *Revista de Derecho Universidad Austral,* Vol. 23, N° 2, 2010, p. 21.

Título Quinto. VISIÓN CRÍTICA DE LOS ASIGNATARIOS FORZOSOS EN EL DERECHO SUCESORIO CHILENO.

Un aspecto que merece ser analizado es determinar el alcance del verdadero deber u obligación que tiene el causante con sus asignatarios forzosos. Reconocemos que no se puede dar una respuesta simple, por cuanto si bien la estructura de las asignaciones forzosas no ha variado, con la salvedad de la porción conyugal, la situación de los legitimarios y asignatarios de la cuarta de mejoras no es la misma que la que existía a la época de la entrada en vigencia del Código Civil. Al establecerse la igualdad de derechos de todos los hijos, sean matrimoniales o no matrimoniales, y al concederse derechos hereditarios al cónyuge sobreviviente, esta situación requiere de una revisión.

En efecto, otro fundamento que se daba para el establecimiento de las asignaciones forzosas radicaba en que el causante tenía un deber de otorgar esta asignación a los hijos, que provenía del derecho natural. Este deber incluso estaba consagrado en las Siete Partidas.[389] GARCÍA GOYENA, defendiendo esta postura, indicaba que *"Los padres y madres, que han dado la existencia natural, no deben tener la libertad de hacerles perder arbitrariamente la existencia civil bajo una relación tan esencial como la de los bienes, o fortuna; y aunque queden libres en el ejercicio de su derecho de propiedad, deben también llenar los deberes que les impone la paternidad para con los hijos y con la sociedad. El padre ha contraído no sólo con aquellos, sino también con ésta la obligación de conservarles los medios de subsistencia proporcionados a su fortuna"*.[390]

La pregunta que nos podemos plantear, por lo tanto, es si el deber que tiene el causante es hacer heredero al asignatario; o bien, el causante tendrá una obligación distinta, que consiste en otorgarle al asignatario lo necesario para su subsistencia.

---

[389] Ley 17 del título I de la partida sexta, que señalaba que *"E a esta parte legítima dizen en latín, parte debida jure naturae"*.

[390] GARCÍA GOYENA, Florencio, en VALLET, "Significado jurídico…", art. cit., p. 28.

a.- Si se concluye que el deber del causante es hacer herederos a los asignatarios, entonces las asignaciones forzosas, tal como están estructuradas encuentran plena justificación. La función que tendrían las asignaciones forzosas sería hacer al heredero partícipe de los bienes quedados al fallecimiento del causante. En todo caso, algunos autores que justifican el sistema de asignaciones forzosas en la forma indicada, también han planteado algunos reparos, proponiendo una disminución de la cuantía de dichas asignaciones, o bien, revisando el elenco de personas que debieran ser titulares de este derecho.

En España, por ejemplo, ENCARNA SERNA ha sostenido que *"la reforma que se propone iría encaminada principalmente a adecuar la legislación del Código civil a las realidades sociales actuales y sobre todo a acomodar las normas que regulan las legítimas de los hijos y descendientes a nuevos modelos familiares. Por ello no se sugiere una desaparición de la legítima de los hijos y descendientes, no solo por las razones expuestas anteriormente en el trabajo, sino también porque como ya se ha señalado los padres, en gran medida, quieren dejar sus bienes a sus hijos. Ahora bien, sí creo necesaria la reducción de su cuantía y flexibilizar su regulación".*[391] Y en mismo sentido opina VAQUER, al indicar que *"Si se quiere otorgar un mayor peso a la libertad de testar del causante, habrá que reducir las cuotas, que recordemos que en España fluctúan, tras la realización de las pertinentes operaciones de cálculo de relictum y donatum, entre un cuarto y las cuatro quintas partes (del valor) de la herencia. Las legítimas más largas debieran reducirse por lo menos a la mitad de la herencia, y donde la legítima es menor podría mantenerse el cuarto, que en tiempos recientes no parece haber planteado grandes debates; igualmente, las cuotas legitimarias de los descendientes podrían reducirse en caso de la institución como heredero del cónyuge".*[392]

[391] SERNA MEROÑO, Encarna, "Los derechos sucesorios de los hijos en los nuevos modelos familiares", *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 261.

[392] VAQUER, "Reflexiones sobre…", art. cit., p. 14.

b.- Si se estima que el causante tiene un deber distinto, que consiste en conceder al asignatario lo necesario para su subsistencia, necesariamente el sistema de asignaciones forzosas requiere ser revisado. Por lo demás, hay que considerar algunos factores que hoy permiten dar sustento a una revisión de los derechos hereditarios de los actuales legitimarios.

En ese sentido, con el objeto de justificar esta posición, el examen se centrará en el análisis de cada uno de los asignatarios forzosos, planteando la justificación o no de su inclusión como tal, y en el caso que se crea que deben conservar esa calidad, determinar el alcance de sus derechos en la sucesión del causante.

1.- El análisis de los derechos de los descendientes como asignatarios forzosos.

La institución de las asignaciones forzosas, especialmente la legítima y la mejora fueron establecidas como un medio de protección a ciertos parientes del causante, en particular a los hijos y sus descendientes. Pero como se ha resaltado, las modificaciones que se han efectuado al derecho sucesorio chileno provienen de reformas al derecho de familia, que está en constante evolución y que han propendido a establecer igualdad de derechos de los descendientes o a otorgar derechos al cónyuge sobreviviente.

Creemos que hay otros factores a considerar a la hora de revisar los derechos de los descendientes como asignatarios forzosos. Los analizaremos a continuación.

I.- La esperanza de vida como fundamento de la revisión de derechos de los descendientes.

A la época de dictación del Código Civil la esperanza de vida en Chile era baja. Quizás por ello, y con el objeto de no dejar en la desprotección a los hijos, que generalmente eran menores de edad, Bello optó por este sistema de asignaciones forzosas. Pero ha habido grandes cambios en esta materia que implicarían una revisión

del sistema de asignaciones forzosas. En efecto, en un estudio del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) del año 2009 se concluyó que la esperanza de vida en Chile es de 75,74 años para los hombres y de 81,19 años para las mujeres.

Si tomamos sólo este promedio, y considerando que a lo más un hombre y una mujer puedan tener hijos llegados los 45 años, al fallecer éstos, sus propios hijos bordearían como mínimo los 35 o 40 años de edad. Entonces la pregunta que es necesario plantear es si las asignaciones forzosas en la forma regulada en el Código Civil, responden o no a una eficaz protección de los hijos.

Si el fundamento de las asignaciones forzosas y especialmente la legítima, era proteger a la familia, especialmente a los hijos, entonces es bastante cuestionable que dicha asignación forzosa hoy día cumpla esa función. Este argumento se ha planteado por la doctrina, para revisar el sistema sucesorio chileno. El profesor DOMÍNGUEZ se preguntaba *"¿el sistema sucesoral, que hemos resumido en sus principios básicos, responde a esa y a lo que esa misma sociedad considera hoy como cuestiones o principios fundamentales? Hay ciertas realidades que no es posible ignorar. El promedio de vida de los chilenos es hoy cercano a los 80 años. De aquí resulta que, en la generalidad de los casos, cuando fallece el padre de familia, sus hijos ya son personas no sólo mayores, sino ellos mismos cercanos a tercera edad, con su vida hecha, bien o mal y con hijos a su vez, nietos del causante, en pleno desarrollo".*[393]

Por lo demás, que la esperanza de vida se encuentre en estos límites hace que los propios legitimarios, en algunos casos, ya no piensen en una eventual herencia. Como indica CONDOMINES *"Al perder la herencia casi toda su importancia para el eventual heredero, el trabajo ha pasado a primer plano. Ya apenas se ven rentistas, puesto que el vivir de renta implica la previa titularidad del dominio, o por lo menos de derechos amplios de disfrute sobre una masa de bienes, sobre un patrimonio recibido a título gratuito o acumulado después de un larguísimo período de actividad personal; y es*

[393] DOMÍNGUEZ, "Los principios…", art. cit., p. 491.

evidente que ello entraña dificultades que pueden calificarse de insalvables".[394] Como los derechos de los descendientes como asignatarios forzosos, en la mayoría de los casos llegarán cuando ellos tengan su patrimonio formado, el interés que ellos tienen en la herencia del causante no tiene un objetivo de protección, sino de aumentar su patrimonio.

Por otra parte, en muchos casos son los propios hijos quienes buscan oportunidades para formar su propio patrimonio. Por opción gran parte de los jóvenes chilenos quieren ingresar a la Universidad, a algún Instituto Profesional o a un Centro de Formación Técnica, para formarse como profesionales y ejercer un trabajo, seguramente independiente de su padre o madre, buscando la formación de su propio patrimonio. MAGARIÑOS sostiene que *"Los hijos ya no trabajan en el taller u oficio de sus padres, de cuya dedicación resultaban lógicas las expectativas hereditarias respecto de los bienes a cuya conservación o adquisición habían contribuido"*.[395] Es más, era común que los hijos antes que contrajeran matrimonio, seguían viviendo con sus padres, lo que en cierta medida importaba una protección de los padres. Pero hoy lo normal es que el hijo apenas tenga un trabajo remunerado o un negocio propio se *"independiza"* de sus padres, formando su propio hogar, con el objetivo también de no confundir los patrimonios de ambos.

II.- La protección de los hijos menores a través de las asignaciones forzosas, en especial la legítima.

Considerando lo anteriormente expuesto creemos que la legítima es un eficaz medio de protección sucesoria, pero que debiera quedar limitado sólo a los hijos o descendientes menores. Si bien en nuestro país los alimentos constituyen una asignación forzosa independiente, actualmente carecen de una gran aplicación práctica.

[394] CONDOMINES, Francisco de A., "Crisis del Derecho Sucesorio", *Anuario de Derecho Civil*, t. 23, fasc., 4, 1970, p. 704.
[395] MAGARIÑOS, "La libertad…", art. cit., p. 21.

Eventualmente se pudiera otorgar a los ascendientes del causante en el caso que éste tenga otros legitimarios, operando el primer orden de sucesión intestada, pero respecto de los hijos dicha modalidad, al menos teórica, pudiese parecer poco utilizable, pues los descendientes van a llevar todo o parte de la legítima o la mejora, cubriendo por lo tanto, el eventual estado de necesidad del hijo.

La forma más simple a través de la cual se podría dar protección a los descendientes menores sería suprimir la legítima y la mejora a favor de estos asignatarios, dejando únicamente la asignación forzosa alimenticia. Ya MONTESQUIEU indicaba que *"La ley natural ordena a los padres que alimenten a sus hijos, pero no les obliga a hacerles sus herederos"*.[396] El deber de los padres por lo tanto es alimentar a sus hijos y no enriquecerlos.

Pero ello implicaría un total alejamiento de nuestra tradición jurídica, que estableció un sistema de asignaciones forzosas fundado en la legítima y la mejora. Ello implicaría pasar a un sistema de absoluta libertad de testar.

Por ello, quizás una alteración del fundamento de la legítima y la mejora nos llevaría a una revisión del sistema sucesorio chileno, con el objeto de darle un mayor dinamismo, aumentando la libertad de disposición del causante, pero dándole protección a quienes efectivamente lo necesitan. Dentro de estas personas incluimos a los hijos o descendientes menores.

Creemos que a la legítima hay que darle un fundamento que se aleje de la tesis de la solidaridad y la copropiedad familiar, acercándose más bien a una de carácter alimenticia. En ese sentido se podría mantener a la legítima como una asignación hereditaria forzosa, pero limitada a los hijos menores de edad, y extendiéndola a los hijos mayores, en el evento de que se encuentren estudiando alguna profesión u oficio. Puede servir como base, las limitaciones de edad establecidas en el art. 332 inc. 2° del

[396] MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes* (Traducc. de BLÁZQUEZ, Mercedes y DE VEGA, Pedro), Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 568.

Código Civil, esto es, que se otorguen a los descendientes hasta los 21 años de edad, o hasta los 28 años en el caso que se encuentren estudiando una profesión u oficio.

La modificación del fundamento de la legítima no es nueva en el derecho comparado. Así, el Código de Luisiana, a través de una modificación del año 1995 ha colocado tope de edad a los descendientes como herederos reservatarios, estableciendo que son herederos reservatarios *"los descendientes del primer grado quienes, al momento de la muerte del causante, tienen veintitrés años o menos o los descendientes del primer grado de cualquier edad quienes, debido a su incapacidad mental o enfermedad física, son permanentemente incapaces de cuidado de sus personas o administración de sus estados en el momento de la muerte del causante".* Como se puede apreciar, la modificación del Código de Luisiana cambia totalmente el fundamento de la reserva hereditaria. Con anterioridad a la reforma, la reserva tenía base netamente hereditaria. Si hay un sistema donde el fundamento de esta asignación, dice directa relación con la propiedad, es el derecho francés, de donde se extrajo esta disposición para el Código de Luisiana. Y justamente acá se les coloca un tope de edad a los herederos reservatarios para que puedan ser titulares de esa asignación.

III.- La protección sucesoria de los hijos discapacitados.

Lo dicho respecto de los derechos hereditarios de los hijos menores requiere ser matizado, estableciendo una importante excepción de concesión de derechos sucesorios a hijos mayores, en el caso que ellos no puedan desenvolverse por si mismos, por afectarle alguna discapacidad. En efecto, los hijos del causante que pueden valerse por sí mismos deberían tener derecho a la legítima hasta que obtengan un título profesional o hasta los 28 años como indica nuestra legislación. Pero no podemos imponer esta limitación tratándose de hijos discapacitados del causante. Ellos sí requieren de la protección de la legítima, por toda la vida de ser necesario.

Si consideramos que la legítima debe quedar limitada a las personas que se encuentran en un estado de invalidez u otra enfermedad que impida a una persona

desarrollarse por sí misma, es necesario que el derecho los proteja, sin importar la edad, a través de esta asignación forzosa. Como indica MAGARIÑOS *"la obligación de alimentos no puede quedar al albur de las vicisitudes de los hijos durante toda su vida. Sin embargo, si durante la vida del padre o madre fallecidos algún hijo hubiere quedado discapacitado, y éste convivía con él, que atendía sus necesidades, el progenitor en tal caso no puede desentenderse de su minusvalía, privándole de toda participación en la herencia, dejándole en manos de la asistencia pública".*[397]

En materia de discapacidad, nuestro país va avanzando de manera lenta pero sostenida. Así, se ha dictado la Ley N° 19.284 sobre *"Plena integración social de personas con discapacidad",* del 14 de Enero de 1994. Pero actualmente hay una ley que establece mayores garantías para los discapacitados, la Ley N° 20.422 que establece *"Normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad"*, de 10 de Febrero de 2010.

Además, nuestro país ha firmado dos tratados internacionales sobre la materia. La primera, llamada *"Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad"*, publicada en Diario Oficial el 20 de junio de 2002, y la segunda llamada *"Convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo"*, del 17 de septiembre de 2008. En todo caso, ninguno de estos cuerpos regulan materias relacionadas con la sucesión por causa de muerte, ni tampoco con el derecho de alimentos. Quizás en Chile no sea necesario establecerla, pues se aplican las reglas generales y podría estimarse que es suficiente protección.

Pero creemos firmemente que en una eventual reforma a la sucesión por causa de muerte, el derecho hereditario de los discapacitados debe tener una visión primordial, tal como ha ocurrido en otras legislaciones.

En España por ejemplo, por Ley 41/2003 de 18 de Noviembre de 2003 se modificó el Código Civil, estableciendo una excepción a la intangibilidad cuantitativa de

[397] MAGARIÑOS, "La libertad…", art. cit., p. 29.

la legítima para favorecer a los discapacitados. En efecto, en virtud de esta intangibilidad, la legítima no puede estar sujeta a gravamen alguno. Sin embargo, con la entrada en vigencia de esta ley, el principio se ve afectado de la siguiente manera. El art. 813 del Código Civil español indica que *"El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley".* Pero el inc. segundo agrega que *"Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados".* Por lo tanto, en esta regla se establece la excepción al principio de la intangibilidad de la legítima.

Por su parte, el art. 808 del mismo Código establece la cuantía de la legítima de los hijos y descendientes, que alcanza a las dos terceras partes de la herencia, pudiendo disponerse de una de esas dos partes como mejora. Pero la modificación establecida por esta ley agrega que *"Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos".* Por lo tanto, se establece una clara protección a favor del hijo o descendiente legitimario discapacitado, pues, en virtud de esta sustitución fideicomisaria es posible que se le llegue a otorgar hasta la totalidad de la herencia como fiduciarios, y al momento de fallecer éste, dichos bienes recién pasarán a los otros legitimarios. Y es posible que se llegue a otorgar la totalidad de la herencia al discapacitado, primero porque el código indica que el gravamen pesa sobre la legítima estricta. Pero también puede recaer sobre la mejora, pues ella es susceptible de gravamen. Y la parte de libre disposición siempre ha podido ser gravada.

Como se puede apreciar, por una parte se beneficia a los hijos o descendientes legitimarios discapacitados, pero por otra, se perjudica a los demás legitimarios, pues no

podrán gozar de sus derechos en la sucesión del causante, sino hasta la muerte del fiduciario.[398]

Otra forma de protección de personas discapacitadas se podría extraer del derecho civil cubano. En efecto, el Código Civil de Cuba de 1987 reconoce la figura de los *"herederos especialmente protegidos"*, que en el caso de concurrir, llevan una cuota en la herencia del causante que limitan la libertad de testar. En efecto, el art. 492.1 establece que *"la libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos"*. Ellos son los hijos o los descendientes del causante, en caso de haber premuerto aquellos; el cónyuge sobreviviente y los ascendientes. Ahora bien, para que a esas personas se les considere herederos especialmente protegidos es necesario que cumplan con dos requisitos. El primero de ellos es que no estén aptos para trabajar. Y el segundo, que dependan económicamente del causante.

Así entonces, aun cuando no lo dice directamente el Código cubano, es posible proteger a las personas discapacitadas. Estos requisitos se han desarrollado por la vía jurisprudencial, a falta de explicación por el Código. En ese sentido, PEREZ GALLARDO, respecto de los requisitos que establece el Código indica que *"si bien se vinculan con la figura de los discapacitados, no logran entronizar la discapacidad per se como elemento sine qua non de la tuición dispensada por el legislador cubano, en tanto que un número cada vez más limitado de discapacitados serían beneficiarios de esta condición, en la misma medida en que la política de empleo que el Estado promociona para viabilizar su inserción laboral resulte más eficaz, por cuanto menos probabilidad tendrán estos de ser protegidos en el orden sucesorio, al desvanecerse los*

[398] Sobre esta reforma al Derecho Español, véase: GÓMEZ GÁLLIGO, Javier, "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 687, 2005, pp. 11-29; COBACHO GÓMEZ, José Antonio, "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 359-377; TORRES GARCÍA, Teodora; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, "La legítima en el Código Civil (II)", *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 89-93.

requerimientos objetivos que el Código Civil predica de los sujetos beneficiarios de la especial protección".[399]

El Código de Luisiana, con la modificación del año 1995 contiene una excepción al límite de edad para conceder la legítima a los descendientes del causante, en virtud de la cual, no se considerará la edad de los descendientes con derecho a reserva en el caso de los descendientes que tengan incapacidad mental o enfermedad física, o que permanentemente están al cuidado de personas. Y es lógico que así sea, porque la modificación da un giro al fundamento de la reserva hacia un carácter alimenticio. La protección sucesoria, por lo tanto, es de carácter alimenticio, y la reserva sólo se otorga a quienes se encuentran en un estado de necesidad de protección, a través de esta asignación.

El proyecto de Código Civil argentino de 1998, si bien no hacía diferencias en cuanto a los derechos que les corresponderían a los hijos del causante entre sí, alteraba la intangibilidad de la legítima, con el objeto de dar protección a los hijos discapacitados del causante. Así el art. 2397 indicaba que *"el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, no son válidos. Pero puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aun cuando excedan de la porción disponible, por acto entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces, el que puede durar hasta que cese la incapacidad".* Esta idea se repite, pero incluso con mayor nitidez en el actual proyecto de nuevo Código Civil Argentino de 2012, el cual en su art. 2448 propone una "Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de UN TERCIO (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en

[399] PÉREZ GALLARDO, Leonardo, "En pos de necesarias reformas al Derecho Sucesorio en Iberoamérica", *El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Editoriales Temis, Ubijus, Reus y Zavalia, 2010, pp. 54-55.

relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".

Todo lo anterior permite sostener que existe una clara tendencia en el derecho comparado de conceder una mayor protección sucesoria, a las personas que realmente lo necesitan. Adherimos a este planteamiento. No se ve razón para mantener una legítima a favor de personas que no requieren de protección. Ella debiera estar limitada a los asignatarios que necesariamente lo requieran, por lo que debiera enterarse sea a descendientes menores de edad, o bien a los que siendo mayores, no puedan desenvolverse completamente de manera individual al padecer de una discapacidad total o parcial.

Una tendencia en la doctrina comparada es avanzar hacia una legítima de carácter alimenticia. Ya se pronunció positivamente PANTALEÓN, quien claramente sostiene que *"En mi opinión –ya se comprende-, las excesivas legítimas del Código Civil deberían ser sustituidas por legítimas de alimentos".*[400] CALATAYUD propone un nuevo sistema sucesorio, en el cual pretende el *"establecimiento de un derecho de alimentos a cargo de la herencia y a favor de los descendientes del causante. Los alimentos serían el verdadero cuerpo de los derechos forzosos, de ahí, la necesidad de que su regulación fuera clara y precisa".*[401] CÁMARA indica que *"La vinculación de la legítima a las necesidades reales de sus titulares y una mayor libertad de testar pueden llevar a garantizar mejor la protección de la familia. Si no su eliminación radical, al menos su flexibilización puede conseguir ese objetivo".*[402] MAGARIÑOS sostiene respecto de la protección de la familia a través de la sucesión por causa de muerte que *"debe traducirse en un derecho de alimentos por vía legal sucesoria, limitando la libertad de testar, dada la funcionalidad social y familiar que en este caso sí, claramente,*

[400] PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Legítimas de alimentos", *Escritura pública*, Consejo General del Notariado, N° 21, 2003, p. 13.
[401] CALATAYUD SIERRA, Adolfo, "Consideraciones acerca de la libertad de testar", *Academia Sevillana del Notariado*, t. 9, Sevilla, 1995, p. 251.
[402] CÁMARA, "¿Derecho Europeo…", art. cit., pp. 1224-1225.

desempeña tal limitación".[403] PÉREZ postula que *"Las legítimas suprimidas podrían ceder su lugar a atribuciones patrimoniales con finalidad asistencial a favor de las personas necesitadas y dependientes del causante a las cuales su muerte deja desistidas".*[404]

En uno de los últimos trabajos publicados sobre la materia, BARRIO GALLARDO por ejemplo, ha sostenido que *"Hoy el instituto debería encaminarse hacia el cumplimiento de una función neta y exclusivamente asistencial, existir, a modo de prestación con cargo al caudal hereditario sólo en aquellos casos en que sea realmente imprescindible; fuera de ellos, lo lógico es permitir que el dueño, muy probablemente ya anciano, emplee todos sus recursos habidos y por haber en asegurarse una vejez digna en las postrimerías de la vida o, en su caso, permitirle disponer de sus bienes como mejor le parezca, especialmente sabiendo que ya ha cumplido antes de morir más que sobradamente, en casi todos los casos, con sus obligaciones y responsabilidades como padre (y a veces también como abuelo"*.[405]

2.- LOS ASCENDIENTES COMO TITULARES DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS.

Si el fundamento de la protección sucesoria se basa en la protección de la familia, no se ve razón para mantener una asignación forzosa de legítima o mejora a favor de los ascendientes. Ello no quiere decir que los ascendientes deben dejarse en la absoluta desprotección. Lo que se quiere indicar es que quizás a los ascendientes ya no es necesario protegerlos a través de la legítima o mejora, en su fundamento actual. Por ejemplo, MARÍA SARA RODRÍGUEZ propone una reducción cualitativa de la legítima de los ascendientes, indicando que *"sugiero que esta legítima se asimile a lo que históricamente fue la porción conyugal. Es decir, una legítima con carácter alimenticio.*

---

[403] MAGARIÑOS, "La libertad…", art. cit., p. 27.

[404] PÉREZ GALLARDO, Leonardo, "En pos de necesarias reformas al Derecho Sucesorio en Latinoamérica (II)", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Julio-Septiembre, 2008, p. 498.

[405] BARRIO GALLARDO, Aurelio, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 460-461.

Esta solución no deja de proteger a los descendientes, respetando a la vez la facultad de disponer de un causante sin descendencia, ni cónyuge".[406]

Pero tampoco debe desconocerse la realidad social de nuestro país. En efecto, lo común será que los ascendientes del causante ya estén fallecidos al morir aquel, por lo que una asignación forzosa de este tipo beneficiaría a un pequeño porcentaje de personas. No hay que olvidar también, que la vocación sucesoria del ascendiente como asignatario de la legítima es subsidiaria, pues concurre sólo a falta de los hijos del causante o de sus descendientes por derecho de representación, aplicándose el segundo orden de la sucesión intestada.

Por lo tanto, la posibilidad de que el ascendiente concurra como asignatario forzoso en la práctica se da cuando el causante no tiene hijos. Así concurrirá como legitimario, en forma conjunta con el cónyuge sobreviviente si lo hay; o bien por la totalidad de la legítima cuando no lo haya. Y otro caso en el cual el o los ascendientes podrían concurrir directamente en una asignación forzosa se produciría cuando el causante lo haya instituido como asignatario de la cuarta de mejoras.

Lo anterior implica que abogamos, de *lege ferenda*, en suprimir a los ascendientes como asignatarios de la legítima y de la mejora, idea que por lo demás no es nueva en nuestro país. Recientemente, JUAN ANDRÉS VARAS se pronuncia por una modificación al sistema sucesorio chileno, indicando que *"El estado actual de cosas debiera, me parece, corregirse legislativamente, cambiando el estatus normativo de los ascendientes. Idealmente, creo que tal corrección debiera establecer a los ascendientes sólo como alimentarios, y no como legitimarios (aunque conservando su calidad de sucesores abintestato, por cierto), y desde luego, no como asignatarios de cuarta de mejoras. Con eso, se produciría un espacio mayor de ejercicio de la autonomía privada para los ciudadanos en general…"*.[407] Concordamos absolutamente con esta opinión. No es que se quiera dejar en la absoluta desprotección a los ascendientes. Lo que se

[406] RODRIGUEZ, "Contracción de las asignaciones…", art. cit., p. 431.
[407] VARAS, "Uniones de hecho…", art. cit., p. 19.

pretende es, partiendo de un aumento de la cuantía de libre disposición del causante, darles una verdadera protección, otorgándoles un derecho de alimentos que efectivamente satisfaga sus necesidades. Por lo demás, el causante hijo no es el único que está obligado a suministrar alimentos a sus ascendientes, puesto que estos últimos pudieran tener otros hijos o ascendientes a los cuales acudir, en el caso que se encuentren en estado de desamparo.

En algunas legislaciones se ha avanzado en este sentido. El Código Civil francés incluía como asignatario de la reserva hereditaria a los ascendientes. Pero la reforma del año 2006 dispuso la supresión de los derechos de ellos como herederos reservatarios. No se trata de una reforma menor, puesto que genera una distorsión de los principios que inspiran el derecho sucesorio francés basado en la solidaridad familiar. Como indica BRENNER *"A partir de ahora, entre los parientes, solamente los descendientes tienen derecho a legítima, de modo que ya no es posible explicar esta institución secular por la idea de la solidaridad familiar. A menos que se admita que ésta, a partir de ahora, ya no tiene significado sino en un sentido. Los padres deberían dejar a sus hijos un mínimo de derecho, pero no tendrían derecho, recíprocamente, a ninguna garantía, si llegaren a sobrevivirles; de hecho, no se les otorga ni siquiera un derecho alimentario"*.[408]

3.- EL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE Y SUS DERECHOS COMO ASIGNATARIO FORZOSO.

Como se ha indicado anteriormente, la incorporación del cónyuge sobreviviente como asignatario de la mitad legitimaria y de la cuarta de mejoras es nueva en nuestro derecho sucesorio. En todo caso, el derecho comparado también ha avanzado en esa dirección. En efecto, no son pocas las legislaciones que le conceden la calidad de legitimario.

Pero respecto del cónyuge sobreviviente hay que analizar si la actual protección es suficiente, o bien requiere también de una revisión. Consideramos que el cónyuge

[408] BRENNER, "La reforma…", art. cit., p. 13.

sobreviviente debe ser protegido. Tal como se ha indicado respecto de la revisión de los derechos de los descendientes, en donde se toma en consideración la esperanza de vida para argumentar a favor de una disminución de los derechos de ellos, el mismo argumento se puede dar, pero en sentido contrario, para justificar la protección sucesoria del viudo o viuda.

Ello porque justamente una forma de poner término al matrimonio es la muerte del marido o de la mujer. El matrimonio se contrae para toda la vida, y tomando en consideración la esperanza de vida, es posible que a la muerte de uno de los cónyuges, el otro (que generalmente será la mujer) también se encuentra en una edad avanzada, quizás desvalido, y por lo tanto, requiere de una protección justificada por el derecho.

Lo que sí es necesario plantear es si el otorgamiento de derechos hereditarios al cónyuge sobreviviente es o no la forma adecuada de protegerlo. Estimamos que la calidad de legitimario y de asignatario de la cuarta de mejoras debe ser revisada. Lo que se persigue es que el cónyuge sobreviviente tenga protección jurídica, pero no que incremente su patrimonio. Por ello, para determinar la extensión de esa protección hay que considerar otros factores, como el régimen matrimonial; los derechos que concede la seguridad social; la duración del matrimonio, entre otros, los cuales los iremos desarrollando en esta parte.

I.- Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente y el régimen matrimonial.

En nuestro país, no se ha abordado la incidencia del régimen matrimonial en el otorgamiento de derechos hereditarios a favor del cónyuge sobreviviente, no obstante la estrecha relación que puede existir entre ellos, ya que como dice un prestigioso autor *"Sucesiones y regímenes matrimoniales componen el derecho patrimonial de la familia"*.[409]

[409] CATALA, "Successions et régimes…", art. cit., p. 59.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que cualquier debate que se genere respecto de la vocación sucesoria del cónyuge sobreviviente y en particular de su calidad de legitimario, debe ser analizado a la luz del régimen matrimonial. Como indica CÁMARA *"La interacción del Derecho familiar en el sucesorio cobra, además, toda su dimensión en el carácter indisociable que el régimen económico matrimonial tiene en relación con la herencia de un de cuius casado. No sólo la liquidación del régimen matrimonial disminuirá el patrimonio disponible mortis causa, en los supuestos de gananciales y participación, sino que cuanta mayor sea la protección que un ordenamiento jurídico dispense a un cónyuge viudo a través de esta liquidación del patrimonio conyugal, menor suele ser su protección sucesoria y viceversa. De ahí que las necesidades de protección del cónyuge se cubran en unos sistemas mediante el régimen legal de la liquidación de la economía conyugal, y en otros mediante la legítima"*.[410]

En todo caso, los sistemas sucesorios no han considerado en gran medida el régimen matrimonial a objeto de conceder derechos sucesorios al cónyuge sobreviviente, o al menos, no en forma tan nítida, como lo sería el caso del Código Civil de Venezuela, que en su art. 883 le concede la calidad de legitimario al cónyuge sobreviviente *"que no esté separado legalmente de bienes".* Por lo tanto, si el régimen matrimonial es de separación de bienes, al cónyuge sobreviviente no se le va a considerar como legitimario.

En Chile, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, se ha indicado por gran parte de la doctrina, que el cónyuge sobreviviente resulta fuertemente beneficiado, desde un punto de vista de los derechos hereditarios de su marido o mujer, ya que si bien eliminó la porción conyugal como asignación forzosa, otorgó al cónyuge sobreviviente la calidad de heredero, concurriendo en el primer orden de sucesión intestada, como legitimario; y además, como asignatario de la cuarta de mejoras (aunque ese derecho se le otorgó anteriormente con la entrada en vigencia de la Ley N° 18.802). Y además, se le

[410] CÁMARA, "¿Derecho europeo…", art. cit., p. 1199.

concede un derecho de adjudicación preferencial sobre el inmueble de propiedad del causante y que constituya la vivienda principal de la familia.

Ello no quiere decir que antes de la entrada en vigencia de esas leyes no se protegiera al cónyuge sobreviviente. Lo que ocurría era que el supérstite sólo concurría a la herencia de su marido o mujer por su porción conyugal. El Código Civil chileno contenía dentro de las asignaciones forzosas a la porción conyugal, en el N° 2 del art. 1167. Se definía en el art. 1172 como *"aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación"*. Se puede ver entonces, que por una parte esta porción conyugal era un derecho de carácter sucesorio, pues sólo se enteraba una vez que el causante fallecía.

Pero el hecho de tener dicho carácter no transformaba al cónyuge sobreviviente en heredero. Incluso, tratándose de la sucesión intestada, el cónyuge sobreviviente sólo se transformaba en heredero cuando concurría en el segundo orden de la sucesión regular, pues cuando concurría con los descendientes legítimos en el primer orden de la sucesión regular, sólo lo hacía por su porción conyugal.

El cónyuge sobreviviente por lo tanto, se encontraba protegido desde un punto de vista de los derechos sucesorios de su consorte, pues se le otorgaban sea que no tuviere bienes, sea que los que tuviere no sean de tanto valor, pues el art. 1176 le otorgaba un derecho de complemento a título de porción conyugal. Si bien, la porción conyugal surgía con la muerte de uno de los cónyuges, no era una asignación hereditaria. Es más, constituía una baja general de la herencia. Incluso se sostenía que tenía naturaleza alimenticia, a lo menos hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 10.271.

Sin perjuicio de ello, en pocas ocasiones se enteraba la porción conyugal, puesto que el régimen matrimonial al que se acudía por los cónyuges era el de sociedad conyugal. Ello generaba que al momento de disolverse el matrimonio había que liquidar la sociedad conyugal, y por lo tanto, el cónyuge sobreviviente recibía los gananciales producto de esa liquidación. Ello traía como consecuencia que se consideraba que el

cónyuge sobreviviente no quedaba en un estado de carecer de lo necesario para su manutención y por lo tanto, dicha asignación forzosa tenía una escasa aplicación práctica, quizás sólo limitada a algunos casos en que el régimen matrimonial era el de separación de bienes.

Por lo tanto, si el motivo por el cual al cónyuge sobreviviente se le confirió la calidad de legitimario se fundó en la escasa protección sucesoria que tenía, entonces es necesario verificar si en todos los casos que el matrimonio termina por la muerte de uno de los cónyuges, efectivamente el sobreviviente queda en estado de desprotección. Para ello entonces cobra relevancia el régimen matrimonial en el cual se encuentran casados.

Se analizará por lo tanto, la incidencia de los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente, en relación con los diversos regímenes matrimoniales.

a.- Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente y el régimen de sociedad conyugal. Se trata del régimen legal en el sistema económico del matrimonio chileno. A falta de pacto expreso en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes o al momento del matrimonio, el régimen patrimonial será el de sociedad conyugal.

Ahora bien, durante la vigencia del matrimonio se distinguen tres patrimonios: el de la sociedad conyugal, el patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer. Sin embargo, la incidencia de la sociedad conyugal y su relación con los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente sólo es posible determinarlos al término del matrimonio, pues solo en ese momento se va a generar una comunidad entre los cónyuges, y más precisamente, entre el cónyuge sobreviviente y los otros herederos del fallecido, y por lo tanto hay que proceder a su liquidación, el cual, una vez efectuada, generará un acervo líquido o partible, que se debe dividir por mitades entre los cónyuges (en este caso entre el cónyuge sobreviviente y los demás herederos), según lo indica el art. 1774 del Código Civil.

En ese sentido, ¿Bastaría con la parte de gananciales que le corresponden al cónyuge sobreviviente para que se entienda protegido después de la muerte del causante? Estimamos que sí. Si el fundamento de establecer la legítima se basaba en una especie de copropiedad que se generaba entre los padres y los hijos, con mayor razón si el cónyuge sobreviviente ayudó a formar el patrimonio social, y al término del régimen recibe su parte de gananciales, no se ve por qué podría recibir otra porción de bienes, ahora a título hereditario.

Como bien expone RODIERE *"no cabe duda que si A…, miembro del grupo, casado con B…, ha podido, junto a la masa hereditaria que él posee –o que administra como miembro de la agrupación- constituir una clase de bienes personales, su cónyuge B… no tendrá opción alguna a la primera masa, pero deberá tenerla a la segunda. En efecto, si él no ha tenido parte alguna en la formación de la fortuna transmitida, él, por el contrario, ha cooperado a la formación de la fortuna adquirida, y es esta la razón por la cual en las legislaciones todavía apegadas al recuerdo de la copropiedad familiar, se excluye al cónyuge de la sucesión de los bienes aportados, pero se le reconoce una opción importante a las ganancias"*.[411] En definitiva, este régimen matrimonial de sociedad conyugal puede dar cierta seguridad al cónyuge sobreviviente, y así, mientras más sean los bienes comunes, mayor protección tendrá el cónyuge sobreviviente, puesto que al producirse la partición, éste será propietario de la mitad de los bienes comunes.[412]

En todo caso, si el temor que se genera es que formada la comunidad de bienes entre el cónyuge sobreviviente y los otros herederos del causante, no haya acuerdo en la partición, y producto de ello se quisiera sacar a remate el o los bienes hereditarios, se podría establecer un derecho de atribución preferencial a favor del cónyuge sobreviviente, sobre el inmueble que sea o haya sido la residencia principal de la familia y los muebles que guarnecen el hogar, pero no con cargo a su porción hereditaria, sino con cargo a los gananciales que se generan al término de la sociedad conyugal. Así

[411] RODIÈRE, René, "Evolución comparativa de los derechos sucesorales del cónyuge sobreviviente", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 35, 1938, p. 17.
[412] MERVILLE, "La réforme du statut…", art. cit., p. 2160.

entonces, se aseguraría al cónyuge sobreviviente su derecho a vivir en que era la vivienda principal de la familia, así como de los muebles que lo guarnecen, sin perjuicio de otros derechos que pudieren otorgársele.

Esta idea por lo demás no es nueva. Ya se discutió sobre ella en la tramitación de la Ley N° 19.585. Así, en el primer informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados se proponía agregar un numeral 11 al art. 1337 en el siguiente sentido *"Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o una u otra, se enteren o solucionen, con preferencia, atribuyéndole el usufructo del patrimonio familiar aunque no haya sido determinado judicialmente, conforme con el art. 147, incluso, en el caso de que sus derechos hereditarios sean inferiores a su valor"*.[413]

En similares términos, el segundo informe de la misma Comisión, agregando la misma regla N° 11 al art. 1337 señalaba *"Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o la una y la otra, se enteren o solucionen, con preferencia, atribuyéndole la propiedad u otro derecho real sobre el inmueble que es o fue residencia principal de la familia y sobre los bienes que lo guarnecen. Si el valor de dichos bienes excede el valor de los derechos a los que se imputa, el cónyuge sobreviviente dispondrá de un usufructo gratuito y vitalicio por el saldo, mientras permanezca en estado de viudez"*.[414]

Más clara era una indicación de los Senadores DIEZ y LARRAÍN que proponían agregar al art. 1337 el siguiente número 11: *"El cónyuge sobreviviente en régimen de sociedad conyugal tendrá derecho a que su cuota de gananciales se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece. Si el valor de dichos bienes excede la cuota de gananciales del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad*

[413] Historia de la Ley N° 19.585, p. 137, documento disponible en www.bcn.cl
[414] Historia de la Ley N° 19.585, p. 226, documento disponible en www.bcn.cl

se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas. Estos derechos durarán mientras permanezca en estado de viudez. Las adjudicaciones preferentes, sea en propiedad o en derechos de uso y habitación, podrán exceder el valor de la cuota hereditaria que corresponda al cónyuge cuando éste se avenga a pagar en numerario la diferencia a los demás partícipes de la sucesión".[415]

Sin embargo, esta idea no prosperó, manteniendo el derecho de atribución preferencial, pero no sobre los gananciales, sino sobre el inmueble que sea del patrimonio del causante, para pagarse en él la cuota hereditaria del cónyuge sobreviviente. Ahora bien, una interpretación distinta sobre la solución legislativa la entrega ELORRIAGA, quien dando una serie de argumentos se inclina por sostener que *"parece más convincente concluir que el derecho contemplado en la regla décima del artículo 1337 no sólo puede hacerse valer por el cónyuge sobreviviente en la liquidación de la herencia quedada a la muerte de su marido o mujer, sino que también en la liquidación de la sociedad conyugal que entre ellos pudiera haber existido. De hecho, bien podría ocurrir que la sociedad conyugal no hubiera terminado por la muerte de uno de los cónyuges, sino que por otra de las causas del artículo 1764, falleciendo uno de los cónyuges después de esta disolución pero antes de la liquidación. En tal evento los derechos de la regla décima del artículo 1337 igual benefician al cónyuge sobreviviente, cosa que evidentemente no acontecería, si viviere el otro cónyuge".*[416]

El derecho comparado no está ajeno a esta solución. Seguramente el caso español es el más claro. Así, el art. 1406 indica que *"Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber: n° 4. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual".* Y el art. 1407, que indica que *"En los casos de los números 3.° y 4.° del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al*

[415] Historia de la Ley N° 19.585, pp. 727-728, documento disponible en www.bcn.cl
[416] ELORRIAGA, *Derecho…,* ob. cit., p. 778.

haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero". O el Código Civil francés, que le otorga un derecho de atribución preferente al cónyuge sobreviviente cuando concurre con otros herederos copropietarios, según lo indica el art. 831. Hay por cierto, otros países que establecen un derecho de atribución preferencial en sede hereditaria.[417]

b.- Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente y el régimen de participación en los gananciales. Este régimen matrimonial fue incorporado al Código Civil por la Ley N° 19.335 de 23 de septiembre de 1994. Como indica Corral *"es un régimen patrimonial que busca superar los inconvenientes y aunar las ventajas de los dos modelos extremos de comunidad y de separación de bienes".*[418] Y así es como tal como lo indica el art. 1792-2, los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo. En esta parte se ve entonces, que se asimila, a lo menos en cuanto a la administración de los bienes, al régimen de separación.

Ahora bien, una de las causales de término del régimen de participación en los gananciales es el indicado en el art. 1792 N° 1, esto es, por la muerte de uno de los cónyuges. Es en este momento, que tal como lo indica el art. 1792 N° 2 *"se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y éstos tienen derecho a participar por mitades en el excedente".* Es en esta parte entonces en que este régimen tiene elementos de la sociedad conyugal, pero ello no es del todo exacto, pues en este último se genera una comunidad que hay que liquidar y adjudicar, en cambio, nada de eso ocurre en el régimen de participación en los gananciales. En este régimen sólo se genera

[417] Una descripción de diversos sistemas que contemplan el derecho de atribución preferencial, sea con cargo a gananciales, sea con cargo a la porción hereditaria en CORRAL, *La vivienda familiar…,* ob. cit., pp. 48-50; ELORRIAGA, *Derecho*…, ob. cit., pp. 759-762.

[418] CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales. La reforma de la ley n° 19.335, de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 113.

un crédito de participación en los gananciales del cual será titular aquel de los cónyuges que producida la compensación, no quedara con bienes.

Luego, si el régimen termina por la muerte de uno de los cónyuges pueden darse dos situaciones:

i.- Que los herederos del causante tengan el crédito de participación en los gananciales que lo pueden hacer valer contra el cónyuge sobreviviente. En este caso este último resulta bastante protegido, pues fue el cónyuge que tenía un patrimonio más importante que el otro. No se ve razón para que pueda tener otra protección, ahora sucesoria.

ii.- Por el contrario, que sea el cónyuge sobreviviente que tenga el crédito de participación en los gananciales y que lo puede hacer valer en contra de los herederos del causante. En ese caso, con el crédito de participación en los gananciales se tiende a que ambos cónyuges se encuentren en igualdad de condiciones desde un punto de vista patrimonial. Si además del crédito, al cónyuge sobreviviente se le concede la calidad de legitimario, en los términos actuales, entonces goza de una sobre protección por sobre los otros legitimarios.

El crédito de participación en los gananciales y su concordancia con las asignaciones forzosas se relacionaban en el poco tiempo que convivió con la porción conyugal. Es así como el art. 1176 inc. 2° ordenaba que el crédito de participación en los gananciales debía imputarse a la porción conyugal. Como indica CORRAL *"Se asimila así el crédito de participación en los gananciales en caso de sociedad conyugal, y de este modo el crédito de participación es incompatible con la asignación forzosa de la porción conyugal. Si el crédito es superior al valor de la porción conyugal teórica, el cónyuge nada tendrá por concepto de porción conyugal; si el crédito es de menor valor, sólo podrá reclamar la porción conyugal complementaria".*[419]

[419] CORRAL, *Bienes familiares*…, ob. cit., p. 182.

Por lo tanto, si mientras coexistía el régimen de participación en los gananciales con la porción conyugal había una incidencia del primero en la segunda ¿Por qué no habría de relacionarla hoy día a objeto de determinar la mejor protección para el cónyuge sobreviviente?

c.- Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente y el régimen de separación de bienes. Como lo indica el art. 159 del Código Civil, en este régimen, los cónyuges administran con plena independencia el uno del otro, los bienes que tenían antes del matrimonio y los que adquieren durante éste, a cualquier título. Pero además, en el caso de separación de bienes durante el matrimonio, la administración comprende los bienes que se obtengan producto de la liquidación de la sociedad conyugal o del régimen de participación en los gananciales, según sea el caso.

Quizás sea este el régimen en donde de un punto de vista hereditario se generen mayores complicaciones en cuanto a la protección del cónyuge sobreviviente para después de la muerte del consorte, pues actualmente sólo gozaría de su parte en la legítima. Pero también hay que considerar que la circunstancia de que se encuentren separados de bienes en la mayor parte de los casos se generó por la voluntad de ambos cónyuges de administrar con independencia sus bienes. Si ellos decidieron esa administración separada y que no se mezclen sus propios bienes, es cuestionable que al tiempo de la muerte de uno de ellos, el otro tenga alguna protección desde el punto de vista sucesorio.

Por lo demás, desde el punto de vista del fundamento de la legítima, considerada como una emanación de la copropiedad familiar, cada cónyuge formó su propio patrimonio, sin interferir el uno respecto del otro, y viceversa, por lo tanto, bien podría indicarse que no es posible que el cónyuge sobreviviente suceda al otro en calidad de legitimario. Ni siquiera podría participar de gananciales, puesto que en este régimen, ellos no se conocen.

De no existir la legítima a favor del cónyuge sobreviviente, y en aquellos casos en que el inmueble en que residía la familia era de propiedad del *de cujus*, se presentarían los mayores problemas respecto de la protección del supérstite. En ese caso habría que explorar una solución a través de una asignación de carácter alimenticia para él, de manera que no quede en el abandono. Ello, considerando además, que la esperanza de vida hoy es alta, y que posiblemente, en la mayoría de los casos, a la muerte del causante, el cónyuge sobreviviente también se encontraría en estado de desvalido.

Pero hay que considerar también que la realidad social del país no es la misma de hace 20 o 30 años atrás. En efecto, dentro del matrimonio, quien se podría ver más afectado con la muerte de uno de los cónyuges es la mujer. Es a la mujer sobreviviente a la cual se le quería dar protección, primero porque la esperanza de vida en ellas es más alta, y por otra, porque en muchos casos era dueña de casa, no tenía un trabajo remunerado, y en consecuencia, la posibilidad de que pudiera adquirir bienes era escasa. Pero hoy, por cifras estadísticas que entrega el propio gobierno, en el año 2010, la tasa de desempleo de las mujeres fue de un 9,6%; su tasa de ocupación de un 41%; y la tasa de participación de un 45,3%.[420]

Con la alta inserción de la mujer en el campo laboral existen mucho más posibilidades de que sean dueñas de un inmueble, que al morir su consorte, podrían seguir ocupando. En nuestra opinión, estas circunstancias también han contribuido a que los cónyuges hoy opten con mayor frecuencia por este régimen. Siempre se ha sostenido que el régimen de sociedad conyugal es el que beneficia a la mujer casada en sociedad conyugal. Pero con los datos aportados anteriormente, se puede concluir que hoy más que nunca, se está optando por otros regímenes matrimoniales, especialmente por el de separación de bienes. Así, si en el año 2006 un 37, 12% de los cónyuges optaba por el

[420] Fuente: Nueva encuesta nacional de empleo, del Instituto Nacional de Estadísticas, INE.

régimen de separación de bienes y el año 2011 llegó a un 43,48%, es decir, más de un 6% en relación a hace cinco años.[421]

En consecuencia, creemos que cualquier discusión que se genere sobre la vocación hereditaria del cónyuge sobreviviente debe necesariamente tomar en consideración el régimen matrimonial.

II.- La protección sucesoria del cónyuge sobreviviente y la seguridad social.

La seguridad social concede una serie de fórmulas que protegen al cónyuge sobreviviente. Así, en el sistema de capitalización actualmente vigente del Decreto Ley N° 3.500, con la reforma del año 2008, es beneficiario el cónyuge sobreviviente, quien tiene derecho a una pensión de sobrevivencia, en la medida que haya contraído matrimonio con él o la causante a lo menos con seis meses de anterioridad al fallecimiento o tres años, si el matrimonio se verificó siendo él o la causante pensionada de vejez o invalidez, pensión que corresponde a un 60 o 50 por ciento de la pensión de referencia del causante, según tengan o no hijos.

La ley de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales también concede una pensión de sobrevivencia para el cónyuge sobreviviente que en general, si es mayor de 45 años, tiene una pensión vitalicia equivalente al 50% de la pensión básica que estaba percibiendo el causante al momento de fallecer si estaba pensionado, o de un 50% de la pensión básica que le hubiere correspondido si hubiera sido inválido total.

Y si fuera cónyuge sobreviviente menor de 45 años, recibe una pensión por el mismo monto, pero con carácter temporal, por el plazo de un año, con alguna prórroga en caso que tengan hijos comunes.

III.- El derecho de alimentos como protección del cónyuge sobreviviente.

[421] Fuente: Servicio Nacional de Registro Civil. http://www.registrocivil.cl/f_estadisticas_enfoque_de_genero.html

En el derecho comparado es variable la concesión de derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente. En general se le ha concedido la calidad de legitimario. Lo que varía es la parte de la herencia que le corresponde. También existen diversas formas de llamar al cónyuge sobreviviente. En algunas legislaciones, como Chile, concurren junto con los descendientes del causante en el primer orden de sucesión intestada, y con los ascendientes en el segundo orden. En otras, como Francia, la vocación sucesoria del cónyuge sobreviviente sólo se genera a falta de descendientes. Es posible encontrar también legislaciones que le conceden un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar

Pero también hay legislaciones que le conceden un derecho de alimentos al cónyuge sobreviviente. Se trata de legislaciones propias del common law, aunque también se ha reconocido en los países latinoamericanos que establecen una absoluta libertad de testar.[422] En Inglaterra, desde que entró en vigencia la ley de sucesión de 1975, que establece una provisión para la familia y los dependientes del causante, se consagra el concepto de *"mantenimiento"*. Ese es el objetivo que persiguió el legislador para proteger a la familia del causante, que no sólo se refiere a los descendientes del causante, sino que justamente pretendió dar una mayor protección al cónyuge sobreviviente. Incluso este derecho lo tiene el cónyuge desheredado, para pedir que se le conceda una cantidad de bienes para su manutención, con cargo a la herencia del causante.[423]

Por lo tanto, además de todos los factores que se han considerado para conceder derechos hereditarios a favor del cónyuge sobreviviente, creemos que la vía de protección de este asignatario es la de los alimentos. Si bien, se ha entendido que la compensación económica que se le concede al cónyuge más débil, en caso de nulidad y

[422] Estos sistemas fueron descritos en el título primero de este trabajo, en la primera parte.

[423] Una buena descripción del derecho de alimentos del cónyuge sobreviviente en Inglaterra en: MILLER, "Libertad de testar…", art. cit., pp. 69-72 y en: ANDERSON, Miriam, "Hacia una flexibilidad del fenómeno sucesorio: el problema de la legítima y la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada", *Planificación patrimonial y sucesoria*, Heliasta, Buenos Aires, 2012, pp. 140-145.

divorcio no constituye alimentos, una figura de ese tipo, con carácter alimenticio, se puede conceder al cónyuge sobreviviente.

Por lo demás, al igual que la nulidad y el divorcio, la muerte pone término al matrimonio, y en estos casos se previó la protección del cónyuge más débil a través de la compensación económica. Ahora, al morir el causante, el cónyuge sobreviviente podría tener este derecho con carácter alimenticio, incluso tomando en consideración todos o algunos de los factores que expresamente establece el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil.

IV.- Los derechos del cónyuge sobreviviente frente al derecho de adjudicación preferencial.

La historia de la Ley N° 19.585 nos relata que en la discusión parlamentaria, este derecho de atribución preferencial se otorgaba, ya sea con cargo a los gananciales que se generaban producto de la terminación del régimen de sociedad conyugal,[424] o bien, por la comunidad hereditaria, pero lo cierto es que el texto aprobado dejó establecido que este derecho se paga en relación a la cuota hereditaria del cónyuge sobreviviente.

Según lo indicado, la cuota hereditaria se entera mediante la adjudicación en propiedad de la vivienda familiar y del mobiliario que lo guarnece. Sin embargo, puede ocurrir que la cuota hereditaria sea inferior al valor del inmueble que constituye la vivienda principal de la familia y del mobiliario que lo guarnece. En ese caso, el inciso segundo del numeral 10 del art. 1337 establece que *"Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios".*

[424] En la segunda parte de esta tesis haremos referencia a la discusión parlamentaria que se generó a propósito del otorgamiento de este derecho al cónyuge sobreviviente.

La legítima y la mejora constituyen una limitación a la libertad de disposición, y en cierta medida, este derecho de atribución preferencial cuando la modalidad de adjudicación es conceder un derecho de habitación y uso sobre la vivienda familiar y el mobiliario que lo guarnece, también lo es.

En Chile, el principio el causante tiene libertad para disponer de todos sus bienes por causa de muerte. La limitación se establece por el establecimiento de las asignaciones forzosas, y particularmente de la legítima. Pues bien, acá nos encontramos con otra limitación a la libertad de disposición, pues el derecho de atribución que tiene el cónyuge sobreviviente, en este caso, atenta ya no solo contra la libertad de disposición que tiene el causante a través del testamento, sino que también perjudica a los otros herederos del causante, pues, al establecerse un derecho de habitación y uso sobre estos bienes, con carácter gratuito y vitalicio, difiere el goce de los demás herederos.

a.- El derecho de atribución preferencial atenta la libertad de testar del causante. Como ya lo indicamos, el causante tiene en principio libertad para disponer de todos sus bienes por causa de muerte. Esta libertad cede en caso que tenga legitimarios, puesto que en ese caso, la mitad de sus bienes debe dejarlos a esos asignatarios. Pero también en Chile, en virtud del art. 1184, y por las reformas que sucesivamente se han generado, de inmediato se forma la cuarta de mejoras, dejando solo una cuarta parte de los bienes del causante para la libre disposición.

Además, por el establecimiento de este derecho de atribución preferencial, en la modalidad de derecho de habitación y uso, se extiende de una u otra manera los derechos del cónyuge sobreviviente, pues al tener estos derechos las calidades de ser gratuitos y vitalicios, se van a extinguir sólo con la muerte del cónyuge sobreviviente.

Si bien el mandato de conferir este derecho de atribución preferencial está entregado al partidor por regla general, también constituye una limitación al propio testador, particularmente cuando es él quien efectúa la partición. Pero además, como bien indica COURT *"este derecho de adjudicación preferente constituye, respecto del*

testador, una limitación a la facultad que acuerda el artículo 1197 para señalar las especies en que haya de hacerse el pago de una legítima".[425] Y no solo eso, siguiendo a CORRAL *"el legislador no sólo viola el principio de igualdad, sino que además hace lo que prohíbe al testador: imponer un gravamen a la legítima de los descendientes o ascendientes según los casos".*[426]

b.- El derecho de atribución preferencial atenta contra el derecho de los demás legitimarios.

Uno de los principios sobre los cuales descansa el derecho sucesorio chileno es el de la igualdad que debe existir entre todos los herederos, el cual inspiraba particularmente todo el estatuto de la partición de bienes. Como indica PEÑAILILLO *"el principio tiende a lograr entre los herederos una igualdad en orden a que los bienes específicos que a cada uno correspondan por su derecho en la sucesión sean idénticos, o al menos semejantes a los que reciban los otros, correspondiendo bienes desiguales sólo cuando esa identidad o semejanza no sea posible".*[427] Si la cuota que le corresponde al cónyuge sobreviviente en la sucesión intestada y en la legítima ya presentaban excepciones al principio de la igualdad en materia sucesoria, lo cierto es que es con el derecho de atribución preferencial, donde en nuestra opinión mayor alteración se genera respecto de este principio.

Y esta alteración se dará en dos sentidos. Por una parte se reservará al cónyuge sobreviviente la vivienda principal de la familia y el mobiliario que lo guarnece, quedando sólo el residuo para la repartición respecto de los demás herederos. Pero también se genera una segunda tensión, esta vez, en cuanto al momento en que cada asignatario recibirá los bienes que eran objeto de la partición.

---

[425] COURT, "El derecho de adjudicación…", art. cit., p. 147.

[426] CORRAL, *La vivienda familiar…,* ob. cit., p. 147.

[427] PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "El principio de la igualdad en el derecho sucesorio", *Revista de Derecho,* Universidad de Concepción, N° 143, 1968, p. 71.

En efecto, si a la herencia concurre el cónyuge sobreviviente con otros herederos, el primero se pagará una vez terminada la partición, mediante la adjudicación de la vivienda familiar y el mobiliario que lo guarnece, mediante el otorgamiento de un derecho de uso y habitación. En cambio, los derechos de los demás herederos estarán diferidos hasta que dicho cónyuge sobreviviente muera, pues su derecho de atribución preferencial tiene carácter de vitalicio.

Ello genera un atentado grave contra la legítima de los demás asignatarios de esta porción. Esta situación ha sido objeto de numerosas críticas por parte de algunos autores. Así, CAPRILE después de hacer referencia a los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente indica que *"¿Qué sentido tiene la regla abstracta si ésta será alterada cada vez que el cónyuge sobreviviente pueda invocar en su favor los derechos de uso o habitación gratuitos y vitalicio? En ese sentido se vulnera la igualdad en valor, puesto que el cónyuge sobreviviente, al beneficiarse de los derechos de uso o habitación gratuitos y vitalicios, recibirá más de lo que el legislador le había asignado en abstracto al determinar su cuota, en perjuicio de sus coherederos"*.[428] Por ello, CORRAL propone de *lege ferenda* que *"propiciamos que la gratuidad absoluta que rige la adjudicación preferente de la ley chilena sea modificada para establecer, como regla general, que en el caso de superar los derechos reales el valor de la cuota hereditaria del cónyuge, éste deba compensar a la sucesión la diferencia en dinero"*.[429]

Esto último ya fue discutido en el Congreso en la tramitación de la Ley N° 19.585. Así, en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se hacía referencia a *"el perjuicio que podrían recibir las legítimas de los descendientes al otorgarse gratuitamente el usufructo"*.[430] Por ello, la Comisión, al fundar la regla indica que *"se permitió que las adjudicaciones preferentes, sean en propiedad o en uso y habitación, excedan el valor de la cuota hereditaria, pero siempre que el cónyuge pague la diferencia en dinero a los demás partícipes de la*

[428] CAPRILE, "El derecho de adjudicación…", art. cit., p. 53.
[429] CORRAL, *La vivienda familiar…,* ob. cit., p. 149
[430] Historia de la Ley N° 19.585, p. 463.

sucesión".[431] Así, la referida Comisión, en sesión de 20 de Noviembre de 1996 aprobó el siguiente texto al respecto *"Las adjudicaciones preferentes, sea en propiedad o en derechos de uso y habitación, podrán exceder el valor de la cuota hereditaria que corresponda al cónyuge cuando éste se avenga a pagar en numerario la diferencia a los demás partícipes de la sucesión".*[432] Sin embargo, esta idea no fue recogida por la ley.[433]

c.- El divorcio con disolución de vínculo y los derechos de los hijos de un anterior matrimonio, frente al derecho de adjudicación preferencial. Hasta antes de la entrada de la Ley N° 19.947, en Chile no existía el divorcio con disolución de vínculo. El divorcio que se regulaba, no ponía término al matrimonio.

Con el establecimiento del divorcio vincular, en ocasiones es posible que el causante haya contraído nuevamente un matrimonio, dejando hijos de un matrimonio anterior. En ese caso, se pueden alterar los derechos hereditarios de hijos de matrimonios diferentes, perjudicando especialmente a los hijos de un matrimonio anterior y siempre que los bienes del causante se hayan adquirido antes o durante la vigencia del primer matrimonio. Ello podría ser así en el caso de que al segundo cónyuge se le conceda derecho de adjudicación preferencial, en sus dos modalidades.

i.- Si el derecho de adjudicación se concede mediante la atribución en propiedad del inmueble que sirva de vivienda principal de la familia y de los muebles que lo guarnecen, los hijos del primer matrimonio se ven afectados, pues puede que incluso el primer cónyuge haya aportado lo necesario para la adquisición de dichos bienes, y sin embargo ellos serán adjudicados en propiedad a una persona que no tuvo participación en la formación de aquel patrimonio, que integra dichos bienes adjudicados.

---

[431] Historia de la Ley N° 19.585, p. 463.

[432] Historia de la Ley N° 19.585, p. 523.

[433] Sobre este punto, véase, CORRAL, *La vivienda familiar…,* ob. cit., pp. 85-86; NASSER OLEA, Marcelo; CORRAL TALCIANI, Hernán, "Historia del establecimiento de la regla 10° del artículo 1337 del Código Civil", *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, N° 4, 2000, pp. 99-100.

Pero además, a la muerte del segundo cónyuge quienes sucederán en esos bienes adjudicados preferentemente son los herederos de aquel, esto es, eventualmente quienes llevarán dichos bienes son los hijos del segundo matrimonio del causante, quienes tampoco habían contribuido a la formación del patrimonio de ese causante. Esta situación no sólo rompe con el principio de igualdad que debe existir en materia hereditaria, sino que además es contraria al principio de co-propiedad familiar, inspirador del sistema de legítimas, imperante en nuestra legislación.

ii.- Si se le concede el derecho de adjudicación mediante el otorgamiento de un derecho de habitación y uso con carácter de gratuito y vitalicio al segundo cónyuge también podría generar una tensión entre los derechos de los hijos de distintos matrimonios. No se ve por qué razón los hijos del matrimonio anterior no pudieren tener derechos sobre los bienes que fueron la vivienda principal de la familia, especialmente si su padre o madre ayudó a la formación de ese patrimonio.

En cambio, sí tendrá ese derecho el segundo cónyuge (ahora sobreviviente), por el sólo hecho de haber contraído matrimonio y haber vivido en dicho inmueble. Ello indirectamente favorece a los hijos del nuevo matrimonio, quienes podrán participar del goce de dichos derechos que tiene su padre o madre.

d.- El derecho de atribución preferencial y el fundamento de la legítima. Como se ha indicado en otra parte de este trabajo, el fundamento de la legítima radica en que entre el causante y los legitimarios habría una especie de copropiedad familiar. Si los legitimarios concurrieron a la formación de la fortuna del causante, es lógico que a su muerte, parte de dicho patrimonio se pueda repartir entre los legitimarios. Ello ya generaba una tensión con relación al cónyuge sobreviviente y su calidad de legitimario. El problema aumenta, toda vez que el art. 1337 N° 10 no establece el requisito de

permanecer en estado de viudez respecto del cónyuge sobreviviente, no obstante que ello fue planteado en la discusión parlamentaria.[434]

Y hubiera sido conveniente que el requisito se hubiera establecido, pues así, se podrían evitar atentados al fundamento de la sucesión, particularmente cuando se adjudica el inmueble en propiedad. Así por ejemplo, fallecido el causante, se le otorga el derecho de atribución preferente al cónyuge sobreviviente, luego, se hace dueño del inmueble. Este último contrae nuevas nupcias. Al tiempo muere el cónyuge sobreviviente. La persona con quien contrajo nuevas nupcias el cónyuge sobreviviente también tiene derecho a que la vivienda familiar se le adjudique en propiedad, junto con el mobiliario que lo guarnece, o a que se le otorgue un derecho de habitación o uso con carácter gratuito y vitalicio.

Pero lo cierto es que la persona con quien contrajo matrimonio el cónyuge sobreviviente nunca contribuyó a formar el patrimonio del causante. Ello genera un atentado al fundamento de la legítima, que seguramente el legislador nunca tuvo en consideración a la hora de no incorporar el requisito de viudez dentro del art. 1337 N° 10.

V.- Visión crítica del cónyuge sobreviviente como legitimario.

Como se ha indicado, a la entrada en vigencia del Código Civil, el cónyuge sobreviviente no era considerado legitimario, ni tampoco formaba parte de los asignatarios de la cuarta de mejoras. Sólo concurría a las asignaciones forzosas por su porción conyugal y tampoco gozaba de un derecho de atribución preferencial sobre la vivienda familiar y el mobiliario que lo guarnece. Ello originaba que en muchas ocasiones, el cónyuge quedaba en la más absoluta desprotección, producto de rencillas con los demás miembros de la familia del causante.

[434] Sobre este punto, véase, CORRAL, *La vivienda familiar…,* ob. cit., pp. 86-87; NASSER; CORRAL, "Historia del establecimiento…", art. cit., pp. 100-101.

Y es precisamente con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585 que le concedió la calidad de legitimario y le otorgó el derecho de atribución preferencial sobre la vivienda familiar y el mobiliario que lo guarnece, sin dejar de mencionar que ya con la entrada en vigencia de la Ley N° 18.802 se le había otorgado la calidad de asignatario de la cuarta de mejoras, que el cónyuge recibe un tratamiento privilegiado en nuestro sistema sucesorio, lo que se traduce en que es un asignatario sumamente protegido, seguramente muy superior a los derechos que se le confieren en otros sistemas sucesorios. Sobre estos tópicos es necesario hacer las siguientes observaciones:

a) La introducción del cónyuge sobreviviente como legitimario perjudica los derechos de los demás legitimarios. Ya hemos indicado en diversas ocasiones, que el cónyuge sobreviviente, a la entrada en vigencia del Código, no tenía la calidad ni de legitimario ni de asignatario de la cuarta de mejoras, y sólo concurría a la herencia por su porción conyugal, que en muchas ocasiones no se pagaba en forma completa, ni tampoco su complemento, pues habitualmente el régimen de bienes del matrimonio era la sociedad conyugal.

Sin embargo, primero con la Ley N° 18.802 que le dio al cónyuge sobreviviente la calidad de asignatario de la cuarta de mejoras, y la Ley N° 19.585 que le confirió el estatus de legitimario, la protección sucesoria del cónyuge sobreviviente ha quedado plasmada. Ello sumado a que en su calidad de legitimario, en ningún caso puede llevar menos de una cuarta parte de la legítima, lo transforma en un asignatario sumamente protegido. Quizás lo único que lo perjudica es que al tener ahora la calidad de legitimario, según lo indica el art. 1182 inciso final, ahora tendría la calidad de heredero, y como tal, responde por las deudas del causante.

Pero además, la protección sucesoria del cónyuge sobreviviente es más evidente por lo que indica el art. 988, disposición que no obstante encontrarse entre las normas de la sucesión intestada, se aplica en la legítima, por expreso mandato del art. 1183. Esta disposición indica que *"El cónyuge sobreviviente recibirá una porción que, por regla*

general, será equivalente al doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo…"[435] Por lo tanto, la reforma en esta materia tuvo, como indica MARTINIC, el siguiente propósito: *"mejorar los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente, lo que redunda, como se verá, en una disminución de los derechos hereditarios de todos los hijos, sean de filiación matrimonial, sean de filiación no matrimonial"*.[436]

Ello parece ser lo más criticable de la reforma, ya que por una parte se le confieren diversos derechos sucesorios al cónyuge sobreviviente, pero por otro se disminuyen los derechos de los demás, particularmente respecto de los descendientes. Muñoz señala que los derechos del cónyuge sobreviviente parecen *"algo sobredimensionado, por cuanto de alguna manera, disminuye la porción que le corresponde a los hijos, lo que podría ser interpretado como una suerte de compensación o contrapeso introducido por los legisladores –quizás si consciente o inconscientemente- frente a la plena igualdad que se consagra respecto de los derechos de los hijos, cuestión que, por cierto, no estaba en el ánimo del Ejecutivo cuando planteó la mejoría al cónyuge sobreviviente"*.[437] Pero además perjudica los derechos de los demás legitimarios, en el caso que se le otorgue al cónyuge sobreviviente un derecho de atribución preferencial sobre la vivienda familiar y el mobiliario que lo guarnece, en la modalidad de derecho de habitación y uso, con carácter de gratuito y vitalicio, según lo indicamos, sin perjuicio del beneficio que además le entrega el art. 1193, sobre la preferencia que tiene para el pago de su legítima.[438]

---

[435] Así RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999", *Revista Actualidad Jurídica*, N° 7, 2003, p. 233;

[436] MARTINIC, "Modificaciones introducidas…", art. cit., p. 170.

[437] MUÑOZ, "Aspectos sucesorios…", art. cit., p. 143.

[438] En efecto, el art. 1193 indica que *"Si lo que se ha dado o se da en razón de legítimas excediere a la mitad del acervo imaginario, se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse en la proporción que corresponda entre los legitimarios"*. Pero la protección se demuestra en el inciso segundo, que indica que *"Si lo que se ha asignado al cónyuge sobreviviente no fuere suficiente para completar la porción mínima que le corresponde en atención a lo dispuesto en el artículo 988, la diferencia deberá pagarse también con cargo a la cuarta de mejoras"*.

b) La introducción del cónyuge sobreviviente como legitimario disminuye la libertad de testar. Las limitaciones a la libertad de testar a través de modificaciones legales pueden ser aumentadas o disminuidas. Ellas se pueden generar de diversas maneras. Una de ellas es eliminando alguna asignación forzosa. Por ejemplo, si se eliminara la cuarta de mejoras, en Chile el causante tendría la mitad de su patrimonio para disponer libremente. En la legislación comparada, seguramente para mantener los principios que inspiran un determinado sistema sucesorio, no se ha optado por esta vía.

Pero otra alternativa que se podría explorar para aumentar la libertad de testar, es disminuir la cantidad de potenciales asignatarios de una determinada asignación forzosa. Es la vía que experimentó el derecho francés, por la modificación del Código Civil en materia de sucesiones, al eliminar como herederos reservatarios a los ascendientes, en el art. 916.

Pero lo cierto es que en nuestro país, al contrario de la tendencia en el derecho comparado en orden a aumentar la libertad de testar por esta vía, las modificaciones al sistema sucesorio han ido consolidando uno con carácter rígido, donde la libertad del causante para disponer libremente de sus bienes se encuentra fuertemente limitado, incluso más que lo que era a la entrada en vigencia del Código Civil. Sólo a modo de ejemplo, lo que se ha hecho respecto de la mejora no tiene precedentes en el derecho comparado, pues, al ir incorporando paulatinamente otros asignatarios de estar parte de la herencia hace que actualmente, esta asignación siempre se forme. En efecto, al dictarse el Código Civil, sólo eran asignatarios de la cuarta de mejoras los descendientes legítimos. Luego, si ellos no existían, no se formaba tal cuarta, quedando entonces a la voluntad del causante disponer libremente de la mitad de la herencia.

Hoy en día, no existe posibilidad alguna de que el causante pueda disponer libremente de la mitad de la herencia. Al igualarse los derechos de todos los hijos, establecerse que son asignatarios de legítimas y mejoras a los ascendientes, e incorporar al cónyuge sobreviviente como asignatario de legítimas y mejoras, esta última siempre

se va a formar, pues coinciden casi exactamente los asignatarios de legítimas con los asignatarios de mejoras, y así entonces procederá la división de la herencia en cuatro partes, tal como lo indica el art. 1184 inc. final. Asimismo, si no existen descendientes con derecho a suceder, ascendientes y cónyuge sobreviviente, en verdad, a diferencia de lo que indica el art. 1184 inc. 2, el causante tiene libertad para disponer de todo su patrimonio.

Como consecuencia entonces, la incorporación del cónyuge sobreviviente como legitimario ha limitado aún más la libertad de testar del causante, como bien ha sido apuntada por la doctrina.[439]

c) Justificación de la vocación sucesoria del cónyuge sobreviviente como legitimario. El cambio de paradigma en la protección sucesoria. Pero no obstante lo indicado precedentemente, respecto de que la tendencia en el derecho comparado es aumentar la libertad de disposición del causante, no es menos cierto que también existe la de la dar una mayor protección sucesoria al cónyuge sobreviviente, y desde ese punto de vista, las modificaciones al Código Civil van en la línea correcta.

Sin embargo, la protección sucesoria del cónyuge sobreviviente se puede generar de diversas maneras. Por ejemplo, mediante el otorgamiento del derecho de atribución preferencial.

Pero también es posible que se le incorpore como legitimario. Sobre este punto es necesario indicar que las legislaciones no consideraron al cónyuge sobreviviente como asignatario de la legítima. Además, el fundamento de la legítima se encuentra en la copropiedad familiar, entendiéndose por tal, la que provenía de la línea descendiente, y de la cual, por consiguiente, no formaba parte el cónyuge sobreviviente, por considerarlo un extraño a la familia, y no tener la calidad de pariente.

[439] MARTINIC, "Modificaciones introducidas…", art. cit., p. 184; DOMÍNGUEZ, "Las reformas…", art. cit, p. 87; PARDO DE CARVALLO, Inés, "La reforma del derecho sucesorio por la ley 19.585", *Revista de Derecho,* Universidad Católica de Valparaíso, N° 20, 1999, p. 117.

Sin perjuicio de lo anterior, la incorporación del cónyuge sobreviviente como legitimario se ha ido generalizando, e incluso sosteniendo por las diferentes legislaciones, particularmente europeas, como por ejemplo, Alemania, Austria e Italia.[440] El caso francés es particular, puesto que en la reforma del derecho de sucesiones en la Ley 2006-728 de 23 de Junio de 2006, por una parte eliminó a los ascendientes como herederos reservatarios, pero al mismo tiempo, instituyó al cónyuge sobreviviente como asignatario de la reserva. Claro, no concurre junto con los descendientes del causante, pero lo hace a falta de ellos. Así, el art. 914-1 indica que "Las liberalidades, por actos entre vivos o por testamento, no podrán exceder los tres cuartos de los bienes si, a falta de descendiente, el difunto deja un cónyuge superviviente, no divorciado".[441]

Es el camino que también adoptó nuestro legislador mediante la dictación de la Ley N° 19.585, donde incorporó al cónyuge sobreviviente como legitimario. En todo caso, en el mensaje presidencial en que se presentó el proyecto de ley, al cónyuge sobreviviente no se le consideraba legitimario, y sólo concurría en la sucesión intestada en el segundo orden junto con los ascendientes del causante.[442] La incorporación del supérstite como legitimario sólo se viene a plantear en el primer informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, pero en todo caso concurriendo junto con los hijos del causante y por partes iguales, eliminándose por su parte la asignación forzosa de porción conyugal.[443] Lo anterior es confirmado en el segundo informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados.[444]

---

[440] Sobre la situación del cónyuge sobreviviente en el derecho europeo, CÁMARA, ¿Derecho europeo…, art. cit., pp. 1200-1206.

[441] Sobre la modificación al régimen sucesorio del cónyuge sobreviviente el el derecho civil francés ver: GRIMALDI, "Présentation de la loi…", art. cit., p. 2554 ; BRENNER, "La reforma de las sucesiones…", art. cit., pp. 14; BRENNER, Claude, "Le nouveau visage de la réserve héréditaire", *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, Presses universitaires D'aix-Marseille, 2008, pp. 39-42 ; DELFOSSE, Alain; PENIGUEl, Jean-Françoise, *La réforme des successions et des libéralités*, Litec, Paris, 2006, pp. 150-151.

[442] Historia de la Ley N° 19.585, p. 10.

[443] Historia de la Ley N° 19.585, p. 107-108.

[444] Historia de la Ley N° 19.585, p. 224-225.

Es en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en que el Senador Fernández propone que la cuota que le corresponda al cónyuge sobreviviente sea el doble de cada hijo, como una forma de favorecer indirectamente a los hijos matrimoniales, proposición acogida por la unanimidad de los senadores miembros de la Comisión.[445] Lo anterior es evudente en el informe de la referida Comisión,[446] y se confirma en el segundo informe de ella.[447] La redacción actual de la norma fue fijada por un informe complementario de la Comisión.[448]

Además, nuestro país otorgó el derecho del cónyuge a su legítima de la misma forma como concurren los demás legitimarios, evitando otras fórmulas como el otorgamiento de un derecho de usufructo en pago de sus derechos.

De manera entonces que hoy en día en Chile el cónyuge sobreviviente es un asignatario sobreprotegido. Seguramente uno de los fundamentos de la reforma en esta materia fue hacer una concesión a favor de las familias fundadas en el matrimonio, pues indirectamente, los hijos matrimoniales podrían heredar a ambos cónyuges.

Pero por otra parte, no hay que desconocer que otro fundamento, tal vez más relevante de la reforma, fue dar una protección sucesoria de carácter asistencial al cónyuge sobreviviente. Ello se puede desprender del informe complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, al indicar que *"La Comisión decidió reforzar los derechos que corresponderán al cónyuge sobreviviente, para cubrir aquellos casos en que podría encontrarse una situación desmedrada, tal vez a una edad en que le sea muy difícil procurarse medios de subsistencia".*[449] O en la discusión en Sala del Senado, al aprobar el proyecto de ley, cuando en el informe del Presidente de la Comisión, el Senador HERNÁN LARRAÍN, sobre el mejoramiento de los derechos del cónyuge sobreviviente indica que *"a modo de*

[445] Historia de la Ley N° 19.585, p. 453.
[446] Historia de la Ley N° 19.585, p. 554-555.
[447] Historia de la Ley N° 19.585, p. 896-898.
[448] Historia de la Ley N° 19.585, p. 1068-1070.
[449] Historia de la Ley N° 19.585, p. 1031.

mejorar al cónyuge sobreviviente, estatuyó que la porción será la cuarta parte de la herencia o la cuarta parte de la mitad legitimaria, como mínimo. Podrá aplicarse la regla del doble de la legitimaria, pero sólo en caso de que lo que reciba sea superior a estas dos limitaciones. Por lo tanto, el cónyuge tendría un piso que le aseguraría una situación económica estable".[450]

Y este carácter asistencial al cónyuge sobreviviente también se demuestra mediante el otorgamiento del derecho de atribución preferencial sobre la vivienda familiar y el mobiliario que lo guarnece. Se establece con nitidez que el objetivo era proteger al cónyuge sobreviviente, de los problemas que se podían establecer con la partición, incluso si con esta modificación se llegara a perjudicar a los otros legitimarios del causante, particularmente cuando este derecho se otorgaba a través de un derecho de habitación y uso con carácter de gratuito y vitalicio, como lo indicamos anteriormente. Así se planteó también en la discusión parlamentaria.

Por lo tanto, al momento de discutirse la modificación de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente, nunca se tomaron en consideración los fundamentos de la sucesión por causa de muerte. Lo que se pretendió fue mejorar los derechos hereditarios del supérstite, frente a la desprotección que se entendía tenía. Tampoco se tomó en consideración el régimen matrimonial, que como lo hemos indicado precedentemente, debe ser considerado a objeto de determinar los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente, en un sistema sucesorio moderno, ya que mientras mayores sean los derechos que le corresponden al cónyuge sobreviviente, como consecuencia de la liquidación del régimen matrimonial, menores debieran ser los derechos que le corresponden en la sucesión de su marido o mujer, y viceversa.

En consecuencia, se puede concluir que el fundamento actual de la legítima del cónyuge sobreviviente en el derecho chileno no es de carácter hereditario, sino asistencial, que debería devenir en una regulación de carácter alimenticio. En todo caso, se trata de una propuesta que en otras latitudes no es nueva, ya que con especial brillo la

[450] Historia de la Ley N° 19.585, p. 1087.

defendió en la década del treinta del siglo pasado RENÉ RODIÈRE,[451] y recientemente RÉMY, al indicar que *"habría que cambiar el mismo fundamento de la reserva y su función. Soñamos con darle un fundamento alimentario"*.[452]

[451] RODIÈRE, "Evolución comparativa…", art. cit., pp. 13-32.

[452] REMY, Philippe, "Les droit du conjoint survivant dans le projet de réforme des successions", *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage a Gérard Cornu*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, p. 390.

CONCLUSIONES.

1.- Si se analizan las diferentes legislaciones, podemos encontrar tres grandes sistemas sucesorios, en lo que dice relación con la libertad de disposición del causante. Por una parte encontramos el sistema de libertad de testar; por otra parte sistemas que no contemplan libertad de testar y que imponen restricciones a la facultad de disposición; y, por último, el sistema de acumulación hereditaria forzosa.

2.- Chile siguió un sistema de restricción a la libertad de testar, mediante el establecimiento de las llamadas "asignaciones forzosas", que incluían dentro de ellas a la porción conyugal, los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, la legítima y la cuarta de mejoras. Se aleja por lo tanto del sistema sucesorio francés, siguiendo la legislación española, especialmente las partidas.

3.- Respecto de los alimentos como asignación forzosa se puede indicar que sólo tienen esa calidad los alimentos que se deben por ley, pues los alimentos voluntarios se pagan con cargo a la cuarta de libre disposición. Aun cuando el Código Civil indica que los alimentos que se deben por ley son asignaciones forzosas, actualmente hay voces que no lo califican como tal, sino que los consideran como una simple deuda hereditaria.

4.- La legítima como asignación forzosa, es la limitación o restricción a la libertad de disposición por excelencia. Sobre la legítima se estructura todo el sistema sucesorio chileno.

5.- La naturaleza jurídica de la legítima no es una materia debatida en la doctrina nacional. Siempre se ha considerado que la legítima es parte de la herencia (pars

hereditatis), fundamentalmente por lo que establece la propia definición de legítima que la considera como una cuota de la herencia, y porque además se indica que los legitimarios son herederos. Sin embargo, la noción de legítima como pars hereditatis puede criticarse, por cuanto esa noción es propia del derecho francés, y no del sistema español. En este último sistema se ha discutido el punto, existiendo autores que afirman que la legítima es pars bonorum o pars valoris. Y como nuestra legislación siguió el sistema español, y por otras instituciones que se revisaron, podemos concluir que nuestro país se acerca más a estas últimas posturas.

6.- Respecto de los legitimarios, se puede indicar que nuestro país ha avanzado en el otorgamiento de sus derechos hereditarios en una doble dirección. Por una parte ha igualado los derechos como legitimarios de todos los hijos, no haciendo ninguna diferencia entre hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales. Y por otra parte, respecto del cónyuge sobreviviente, si bien eliminó como asignación forzosa a la porción conyugal, lo protege de manera preferente, al otorgarle la calidad de legitimario, incluirlo en el primer orden de sucesión intestada y finalmente, concederle un derecho de adjudicación preferencial sobre la vivienda principal de la familia, y los muebles que guarnecen el hogar. Los ascendientes mantienen sus derechos como legitimarios, pero con carácter subsidiario a los hijos del causante.

7.- La legítima como asignación forzosa es protegida por la ley. De ahí que surge el principio de la intangibilidad de la legítima, tanto cuantitativa como cualitativa. Así, desde un punto de vista cuantitativo a la legítima se le protege mediante el establecimiento de la formación de los acervos imaginarios, la preferencia para su pago, la imposibilidad de que pueda estar sujeta a modalidades, la prohibición de pactos sobre sucesión futura sobre ella y la imposibilidad del testador para tasar los bienes con los cuales se va a pagar la legítima.

Ahora bien, desde un punto de vista cualitativo, a la legítima se le protege mediante el establecimiento de su pago con bienes hereditarios, mediante la acción de inoficiosa donación y las reglas sobre imputación de la legítima, entre otras.

También existen otros medios de protección de la legítima, como la acción de reforma del testamento, la preterición y el desheredamiento.

8.- No obstante los diversos medios que franquea la ley para proteger a las asignaciones forzosas, y en especial a la legítima, como ésta constituye un freno o límite importante a la libertad para disponer por causa de muerte, las personas burlan esta asignación forzosa, generando ciertas agresiones a ella. Dentro de las formas que se utilizan se encuentra la celebración de negocios simulados, la creación de sociedades y la venta de nuda propiedad con reserva de usufructo.

9.- La cuarta de mejoras como asignación forzosa tiene su origen en la legislación española, específicamente en el período de los visigodos, y es atribuida a Chindasvinto. Sin embargo, en España la mejora constituye una parte de la legítima. En cambio, en Chile, la mejora llega a una cuarta parte de la herencia, y constituye una asignación forzosa distinta e independiente de la legítima, sin perjuicio que muchas reglas, especialmente en cuanto a su forma de protección, le son aplicables.

En todo caso, la mejora fue una asignación que se creó con el objeto de dar protección a los descendientes del causante. En Chile, el objetivo que perseguía era el mismo. Sin embargo, hoy esta asignación merece ser criticada, porque se aleja absolutamente de los fundamentos de su instauración, por cuanto en Chile, después de diversas modificaciones legales, se incluye como beneficiarios de esta asignación a los ascendientes del causante y al cónyuge sobreviviente, lo que ha significado una limitación aun mayor de la libertad de disposición.

10.- Existen una serie de elementos que nos permiten afirmar que el sistema sucesorio chileno, en lo que a la libertad para disponer de los bienes del causante por causa de muerte se refiere, necesita de una revisión. El testamento, que es el negocio jurídico que permite la disposición de bienes por causa de muerte, no es un instrumento que tenga una gran utilización hoy día, y ha cedido frente a otros que se encuentran incorporados en el sistema jurídico, pero para otros fines, dando lugar a su utilización para burlar las asignaciones forzosas, mediante la celebración de negocios simulados.

11.- Parte de la doctrina nacional también es partidaria de una modificación al sistema sucesorio, sea aumentando la libertad de disposición (ej. eliminando la cuarta de mejoras), o bien disminuyendo los posibles asignatarios de legítimas (ej. terminando con la legítima de los ascendientes y disminuyendo la de los descendientes).

12.- Desde un punto de vista económico, un aumento de la libertad de testar implicaría evitar el fraccionamiento de la empresa familiar. En efecto, actualmente, si el causante es titular de una empresa familiar, lo normal será que a su muerte dicha empresa se termine, por cuanto, al no haber acuerdo entre los herederos sobre la forma de continuar la misma, se hará inevitable proceder a su terminación mediante la partición. Ello puede significar no sólo la terminación de la empresa familiar, sino que se podrían generar efectos económicos de carácter secundario, no menos importante, como cesantía para los trabajadores de dicha empresa.

Por ello en el derecho comparado se ha avanzado hacia la mantención de la empresa familiar, no obstante el fallecimiento del causante dueño de ella. Por ejemplo, en Francia se ha establecido un derecho de adjudicación preferente sobre la empresa familiar; o un nuevo pacto sobre sucesión futura de renuncia a la acción de reducción, lo que implica que el causante podrá dejarle la empresa familiar a otro asignatario, sin que el renunciante puede reclamar sus derechos en dicha empresa; y finalmente, la posibilidad de que en caso de que el causante haga donaciones excesivas a un

asignatario, el perjudicado pueda obtener la restitución en dinero y no en bienes hereditarios.

13.- Las asignaciones forzosas también muestran cierta tensión con el derecho de propiedad. En efecto, mientras el causante está vivo es libre y soberano para celebrar cualquier tipo de negocios sobre sus bienes. Sin embargo, cuando quiere utilizar la forma testamentaria, sólo puede disponer de una cuarta parte de sus bienes.

Por otra parte, la Constitución Política de la República le ha otorgado al derecho de propiedad la calidad de garantía constitucional, en su art. 19 N° 24. Pero además, nadie puede ser privado del dominio o de alguna de sus facultades inherentes, sino en virtud de expropiación; ni tampoco se pueden establecer limitaciones a la propiedad o sus facultades, salvo que se funden en la función social de la propiedad. Lo cierto es que la justificación de las asignaciones forzosas como restricciones a la facultad de disposición no la encontraremos en esa disposición, sino más bien el art. 1° nuestra carta fundamental, al indicarse que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

14.- El principio de protección de la familia legítima era el pilar sobre el cual descansaba el sistema sucesorio chileno. En efecto, el establecimiento de las asignaciones forzosas tuvo por objeto la protección de los hijos legítimos del causante. Por ejemplo, ello se demostraba en la propia regulación de las asignaciones forzosas. Los hijos legítimos excluían a todos los demás legitimarios. Incluso llevaban el doble que los hijos naturales. El cónyuge sobreviviente por su parte, tenía derecho a su porción conyugal.

Pero este principio hoy no puede ser considerado como el fundamento del sistema sucesorio. Se ha establecido, por la Ley N° 19.585, la igualdad de derechos de todos los hijos, matrimoniales y no matrimoniales, los que se extienden en materia sucesoria. Por su parte, el cónyuge sobreviviente es un asignatario que goza de plena protección. No obstante, al parecer la sociedad aboga por un reconocimiento legal de

familias que no tienen su origen en el matrimonio. En ese sentido se ha planteado la posibilidad de incorporar como asignatario al concubino.

Una reforma de ese tipo pondría término al principio de protección de la familia legítima como antecedente de la regulación de la sucesión por causa de muerte, lo que debiera traducirse en una amplitud en la libertad de disposición para el causante.

15.- Los derechos hereditarios de los asignatarios forzosos requieren de una revisión. Las condiciones sociales y económicas de los asignatarios forzosos han evolucionado, y ya no pueden ser analizados con los ojos del legislador del año 1857.

16.- Respecto de los descendientes se puede indicar que sus derechos como asignatarios forzosos merecen ser analizados. La esperanza de vida llega hoy a los 80 o 75 años para las mujeres y hombres respectivamente. Por lo tanto, en la generalidad de los casos, cuando muera el causante, sus hijos ya tendrán su patrimonio formado. En ese sentido es necesario preguntarse si la protección sucesoria debe llegar a aquellos que no lo requieren.

Distinta es la situación de los hijos menores o aquellos que siendo mayores tienen una discapacidad que les impide desarrollarse en forma normal. Sin duda que ellos son los sujetos que deben ser los beneficiarios de la protección sucesoria a través de las asignaciones forzosas.

Ello implica entonces alterar en cierta medida el fundamento de las asignaciones forzosas, avanzando hacia una legítima con naturaleza alimenticia para otorgarla sólo a los que la necesitan. El derecho comparado ha apuntado en esa dirección, como ejemplificamos con el Código de Luisiana, mediante la reforma al Código Civil en el año 1995, y antes, el Código Civil de Cuba, mediante el establecimiento de los “herederos especialmente protegidos”.

17.- En el caso de los ascendientes también se puede plantear su eliminación como asignatarios forzosos. Como indicamos, estadísticamente es poco probable que al morir el causante, éste tenga ascendientes con derecho a suceder. En el caso que los tuviera, estimamos que la protección sucesoria a través de las asignaciones forzosas no es eficaz, porque incluso, sus derechos en el caso de la legítima sólo operan en el caso que el causante no tenga hijos o descendientes con derecho a suceder. Por ello estimamos que los ascendientes del causante sólo deberían ser titulares de una asignación alimenticia.

18.- El cónyuge sobreviviente se encuentra excesivamente protegido en materia hereditaria. Po ello estimamos que ellos se le deben otorgar sólo en el caso que se encuentre en estado de desprotección. Por ello, creemos que para conferir vocación sucesoria al cónyuge sobreviviente se deben considerar, entre otros factores, el régimen matrimonial en el cual se encuentran casados o los eventuales derechos que concede la seguridad social.

La estadística a la cual hemos acudido en muchos pasajes de este trabajo, en lo relativo a la esperanza de vida también debe ser consultada en esta materia. En efecto, al morir el causante puede que el cónyuge sobreviviente también se pueda encontrar en una edad avanzada. Por ello se requiere otorgar una protección, por ejemplo, concediéndole un derecho de adjudicación preferente sobre la vivienda familiar, pero no con cargo a la herencia del causante, sino que con cargo a los derechos que pudiese tener en la liquidación del régimen matrimonial.

En todo caso, al igual que como lo hemos indicado respecto de la situación de los descendientes y de los ascendientes, creemos que siempre el cónyuge sobreviviente debe ser titular del derecho de alimentos, en los casos que lo necesite.

19.- Finalmente, el establecimiento de una mayor libertad de testar no implicaría una total desprotección de la familia. Las estadísticas demuestran que el testamento no es un

instrumento jurídico muy utilizado. Por lo que en la mayoría de los casos se aplicarían las reglas sobre sucesión intestada, que debiera mantener la presunta voluntad del causante, en orden a concederles derechos hereditarios a personas más cercanas, como los hijos, los cónyuges o sus ascendientes.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

ABELIUK MANASEVICH, René, *La filiación y sus efectos*. t.2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

ABELIUK MANASEVICH, René; ROJAS BESOAÍN, Olga; TASSO FUENTES, Mireya, *Estudio crítico de la jurisprudencia del Código Civil,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1955.

AGUIRRE VARGAS, Carlos, *Obras jurídicas*, Imprenta Gutenberg, Santiago, 1891.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La mejora*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003.

ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1949.

ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, Ediar Editores, Santiago, 1985.

ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, t. 1, 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

ALESSANDRI, Arturo; SOMMARRIVA, Manuel; VODÁNOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos reales*, t. 1, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago, 2005.

ALLEGRE, M. Le Chanoine, *Liberté de tester et le Code Civil*, Delhomme et Briguet, Éditeurs, Paris, 1892.

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La mejora a favor de los nietos*, Edisofer, Madrid, 2003.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, LegalPublishing, Santiago, 2009.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Derecho de las personas. El derecho matrimonial*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago, 2011.

BARRIO GALLARDO, Aurelio, *La evolución de la libertad de testar en el "Common Law" inglés*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

BARRIO GALLARDO, Aurelio, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012.

BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de derecho civil*, Vol. 3, Imprenta Cervantes, Santiago, 1921.

BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de derecho civil*, Vol. 5, Editorial Nascimiento, Santiago, 1931

BELLO LÓPEZ, Andrés, *Código Civil de la República de Chile*, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, 1955.

BERTÍN, Arturo, *La libertad de testar*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Imprenta Franklin, Santiago, 1912.

BORDA, Guillermo, *Manual de Sucesiones*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

CAFFARENA DE JILES, Elena, *¿Debe el marido alimentos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal?*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1947.

CÁMARA, Héctor, *Simulación en los actos jurídicos*, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1958.

CAÑAS, Rafael, *Libertad de Testar*, Memoria de prueba para optar el grado de licenciado en leyes i ciencias políticas, Imprenta i encuad de Rodrigo Donoso i Ca., Santiago, 1897.

CARBONNIER, Jean, *Droit et passion du droit. Sous la V° République*, Flammarion, Paris, 1996.

CATALA, Pierre, *Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité économique*, Recueil Sirey, París, 1955.

CATALA, Pierre, *La réforme des liquidations successorales*, Repertoire du notariat defrenois, 3° edition, Paris, 1982.

CATALA DE ROTON, Marie-Claude, *Les successions entre époux*, Economica, Paris, 1990.

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 13, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Familia y Derecho*, Santiago, Colección Jurídica Universidad de los Andes, Santiago, 1994.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Adopción y filiación adoptiva*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *La vivienda familiar en la sucesión del cónyuge*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales. La reforma de la ley N° 19.335, de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, Abeledo Perrot, 2010.

COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva ley de filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

DELFOSSE, Alain; PENIGUEl, Jean-Françoise, *La réforme des successions et des libéralités*, Litec, Paris, 2006.

DE LAMA Y OSSA, Jerónimo, *La supresión de las asignaciones forzosas a favor de los hijos como elemento de progreso social*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Santiago, Imprenta Mejía de Alberto Poblete Garín, Santiago, 1903.

DE PINA, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano. Bienes- Sucesiones*, vol. II, Porrúa, México, 2005.

DIEZ DUARTE, Raúl, *Contrato simulado*, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1995.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*, 2° edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Derecho Sucesorio*, 3° edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Derecho Sucesorio*, 2° edición actualizada, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2010.

ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, t. 3, 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

FABRES, José Clemente, Instituciones de Derecho Civil Chileno, t. 2, Imprenta y librería Ercilla, Santiago, 1902.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2006.

FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Persona, Pareja y Familia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

FORGEARD, Marie-Cécile; CRONE, Richard; GELOT, Bertrand, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*, Defrénois, Paris, 2007.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, *La legítima en el Código Civil*, 2° edición, Colegios Notariales de España, Madrid, 2006.

GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Instituciones de Derecho Civil común y foral*, t. 3, vol. 2, Bosch, Barcelona, 2007.

GRIMALDI, Michel, en *Droit civil. Successions*, 6° édition, Litec, Paris, 2001.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio*, Porrúa, México, 2006.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, t. 3, Vol. 3, (Traducc. CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Santiago), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950.

JUBAULT, Christian, *Droit civil. Les successions*. Les libéralités, Montchrestien, Paris, 2005.

KERRIDGE, Roger, PARRY & CLARK, *The law of succession*, eleventh edition, Sweet & Maxwell, 2002.

LACOSTE, Jorge, *La mejora*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1913.

LACRUZ VERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, t. 1, vol. 3, 3° edición, Dykinson, Madrid, 2005.

LACRUZ VERDEJO, José Luis, *Elementos de derecho civil. Familia*, t. 4, 4° edición, Dykinson, Madrid, 2005.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. Sucesiones*, t. 5, 3° edición, Dykinson, Madrid, 2007.

LAFAILLE, Héctor, *Curso de Derecho Civil. Sucesiones*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1932.

LO PRETE, Octavio, *Acciones protectoras de la legítima*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

MALAURIE, Philippe, *Les successions. Les libéralités*, 3° édition, Defrénois, Paris, 2008.

MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François, *Leçons de droit civil*. *Successions-Libéralités*, Tome IV, Deuxième volumen, 5° édition, Montchreisten, Paris, 1999.

MEDINA, Graciela, *Uniones de hecho homosexuales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.

MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes* (Traducc. de BLÁZQUEZ, Mercedes y DE VEGA, Pedro), Alianza Editorial, Madrid, 2003.

MUJICA B., Alfredo, *Libertad de Testar*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Imprenta Cervantes, Santiago, 1918.

ORLANDI, Olga, *La legítima y sus Modos de Protección*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

PAILLAS, Enrique, *La simulación. Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

PÉREZ LASALA, José Luis; MEDINA, Graciela, *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, 2° edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2011.

PÉREZ LASALA, José Luis, *Curso de Derecho Sucesorio*, 2° edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

PEYRARD, Georges, *Le conjoint survivant. Etude critique de sa situation patrimoniale*, Thése pour le Doctorat en Droit, Lyon, Université Jean Moulin, 1975.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, George., *Tratado práctico de Derecho Civil*. t. 2, Cultural, Habana, 1946.

PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés* (Traducc. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel), Valparaíso, Edeval, 1978.

QUIROGA BRUNNER, Jorge, *De los alimentos como asignación forzosa*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria, Santiago, 1958.

RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

RAMOS PAZOS, René, *Sucesión por causa de muerte*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Las siete partidas del rey don Alfonso el sabio. Cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, tomo III, partida quarta,quinta, sexta y séptima, De orden y a expensas de S.M. Madrid en la imprenta Real, Madrid, 1807.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones. Común y foral*, T. 2, 4° edición, Dykinson, Madrid, 2009.

ROCA SASTRE, Ramón; PUIG BRUTAU, José, *Estudios de Derecho Privado*, vol. 2. Sucesiones, Aranzadi, Pamplona, 2009.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, t. 2, Bosh, Barcelona, 1997.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Estudio Crítico de la Porción Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada en la Legislación Chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1961.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, volumen 2, 3° edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano. Sucesiones.* T. IV, Porrúa, México, 2006.

ROMERO VIEITEZ, Manuel, *La mejora*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

ROSEY, Pierre-Francois, *De la transmissibilité de l'obligation alimentaire aux héritiers du débiteur*, Thèse pour le doctorat, Imprimerie veuve Paul Berthier, Dijon, 1923.

RÖTHEL, Anne, *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*, Bosch, Barcelona, 2008.

RUIZ DIEZ, Alberto, *De la Libertad de Testar*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Imprenta y Enc. Mont-Calm, Cauquenes, 1916.

SALOMÓN, Marcelo J., *Legítima hereditaria y constitución nacional. Examen constitucional de la herencia forzosa,* Alveroni Ediciones, Córdova, 2011.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil VI. Derecho de Sucesiones*, Impresores de la Real Casa, Madrid, 1910.

SCHAULSOHN, Jorge, *La transmisión de bienes en el derecho sucesorio norteamericano (Un estudio comparado con el derecho chileno)*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 1987.

SIMO SANTOJA, Vicente, *Derecho Sucesorio Comparado. Conflictos de leyes en materia de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1968.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Evolución del Código Civil chileno (Homenaje al centenario de su promulgación)*, Santiago, Editorial Nascimiento, 1955.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho Sucesorio* (Versión de ABELIUK, René), Séptima edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

STITCHKIN BRANOVER, David, *Derecho Sucesorio,* T. 4, Edugal, Santiago, 1961.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, Tomo I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

VERA, Robustiano, *Código Civil de la República de Chile*, T. 4, Imprenta de "el correo", Santiago, 1895.

VERA, Robustiano, *Conviene establecer en Chile la Libertad de Testar i en caso contrario qué limitaciones ha de tener*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1900.

VERNET, Prosper, *Traité de la quotite disponible*, A. Maresq et E. Dujardin, Paris, 1855.

VODANOVIC, Antonio, *Derecho de Alimentos*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1994.

ZANNONI, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2008.

ZANON MASDEU, Luis, *El divorcio en España: Ley de 7 de julio de 1981*, Acervo, Madrid, 1981.

ARTÍCULOS:

ABELIUK MANASEVICH, René; ZÚÑIGA TREJOS, Alex, "Informe en Derecho sobre la posibilidad de los legitimarios de impugnar por vía de nulidad un contrato celebrado por la persona que se pretende suceder, mientras ésta aún está con vida", *Revista Jurídica Leyes & Sentencias*, N° 121, 2011, pp. 147-183.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "La mejora del nieto", *Actualidad civil*, N° 36, 1997, pp. 937-949.

ALFANDARI, Elie, "Droits alimentaires et droits successoraux", *Mélanges offerts à René Savatier*, Librairie Dalloz, Paris, 1965, pp. 1-21.

ÁLVAREZ NÚÑEZ, Carlos, "Algunas consideraciones doctrinales, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato", *Revista de derecho, Universidad de Concepción*, N° 143, 1968, pp. 5-31.

ÁLVAREZ NÚÑEZ, "Una misma persona no puede ser reconocida como hijo de su padre en forma voluntaria y judicialmente, a la vez", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 209, 2000, pp. 29-33.

ANDERSON, Miriam, "Una aproximación al derecho de sucesiones inglés", *Anuario de Derecho Civil*, T. 59, Fasc. 3°, 2006, pp. 1243-1281.

ANDERSON, Miriam, "Hacia una flexibilidad del fenómeno sucesorio: el problema de la legítima y la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada", *Planificación patrimonial y sucesoria,* Heliasta, Buenos Aires, 2012, pp. 127-172.

AZPIRI, Jorge Osvaldo, "Planificación Sucesoria y Legítima", en *Planificación patrimonial y sucesoria,* Heliasta, Buenos Aires, 2012, pp. 121-126.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, en "Atribución preferente de la vivienda familiar: posibles objeciones de constitucionalidad", en *Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar, Cuadernos de extensión jurídica,* Universidad de los Andes, 2000, pp. 161-173.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "Una comparación entre el sistema sucesorio del code y el Código civil chileno en sus versiones originales", en: *Cuadernos de Extensión Jurídica*, 9, 2004, pp. 117-141.

BARRÍA PAREDES, Manuel, "La muerte de uno de los cónyuges pendiente el juicio de divorcio", *Estudios de Derecho Civil IV,* Legal Publishing, 2009, p. 159-171.

BEABRUN, Marcel, "Le nouvel ordre public successoral. Réflexions autor des réformes de 2001 et de 2006", *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-L.G.D.J, Paris, 2009, pp. 1-16.

BEIGNIER, Bernard, "La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques. Le droit des successions, entre droits de l'homme et droit civil", *Droit de la famille,* 7° année, N° 2, février, 2002, pp. 4-11.

BAILLON-WIRTZ, Nathalie, "Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? ", *Droit de la famille,* espécial, 2006, pp. 8-13.

BANDA VERGARA, Alfonso, "Medio ambiente y función social del dominio", *Revista de Derecho Universidad Austral,* número especial dedicado a Derecho y Medio Ambiente, 1998, pp. 55-86.

BRENNER, Claude, "Le nouveau visage de la réserve héréditaire", *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, Presses universitaires D'aix-Marseille, 2008, pp. 33-50.

BRENNER, Claude, "La reforma de las sucesiones del 23 de junio de 2006. Ley n.° 2006-728 de junio de 2006", en: *Jornadas colombianas. Las transformaciones del derecho civil francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 9-23.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, "Consideraciones acerca de la libertad de testar", *Academia Sevillana del Notariado,* t. 9, Sevilla, 1995, pp. 243-264.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte", Derecho Privado Europeo, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 1185-1233.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, en "El derecho de adjudicación preferente: comentario del artículo 1337 N° 10 del Código Civil", *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 7, 1999, pp. 37-62.

CASTILLO, Alicia V., "La legítima. Análisis desde la óptica de la familia actual, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales", *Revista del Notariado*, N° 908, Abril-Junio, 2012, pp. 51-60.

CASEY, Jérôme, "Commentaire de la réforme du droit des successions (1° partie) ", *Revue Juridique Personnes & Famille*, N° 10, 2006, pp. 6-11.

CASEY, Jérôme, "Commentaire de la réforme du droit des successions (2° partie) ", *Revue Juridique Personnes & Famille*, N° 11, 2006, pp. 6-11.

CASEY, Jérôme, "Commentaire de la réforme du droit des successions (3° partie) ", *Revue Juridique Personnes & Famille*, N° 12, 2007, pp. 6-11.

CASTÁN VÁSQUEZ, José María, "Sucesión forzosa y sucesión contractual", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 127, 1964, pp. 3-101.

CATALA, Pierre, "Successions et régimes matrimoniaux", *Les systèmes de droit contemporains XII. Le droit français*, t. 2, L.G.D.J., Paris, 1960, pp. 59-102.

CATALA, Pierre, "La loi du 23 juin 2006 et les coonnes du temple", *Droit de la famille*, N° 11, 2006, pp. 5-7.

CLARO SOLAR, Luis, "Proyecto de reforma del Código Civil", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N°1 a 10, 1915, pp. 1-25.

COBACHO GÓMEZ, José Antonio, "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 359-377.

CONDOMINES, Francisco de A., "Crisis del Derecho Sucesorio", *Anuario de Derecho Civil*, t. 23, fasc., 4, 1970, pp. 701-710.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "Familia sin matrimonio, ¿Modelo alternativo o contradicción excluyente?", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, n° 2, 1994, pp. 259-272.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "La familia en los 150 años del Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 3, 2005, pp. 429-438.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "¿Puede ser la separación personal una alternativa al divorcio? Un análisis de la reciente ley chilena de matrimonio civil", *Gaceta Jurídica*, N° 320, 2007, pp. 57-66.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "Por la democratización del testamento", en: *Diario El Mercurio* de 27 de Septiembre de 2008, cuerpo B, 2008.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "Acciones de filiación: Legitimación y conflictos de interés", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 225-226, 2009, pp. 53-90.

COURT MURASSO, Eduardo, "El derecho de adjudicación preferente en la nueva regla 10° del artículo 1337 del Código Civil", en: *Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar, Cuadernos de extensión jurídica*, Universidad de los Andes, N° 4, 2000, pp. 141-160.

CUADRADO PÉREZ, Carlos, "Distribución de toda la herencia en legados", *Actualidad Civil*, España, N° 25, 2002, pp. 827-850.

DAGOT, Michel, "Le conjoint survivant, héritier réservataire ? ", *Recueil Dalloz*, N° 7, 1974, pp. 39-41.

DAURIAC, Isabelle, "La renonciation anticipé à l'action en réduction", *Recueil Dalloz*, N° 37, pp. 2574-2576.

DÁVILA GARCÍA, Julián, "Herederos y legitimarios", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N 185, Madrid, 1943, pp. 661-670.

DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, "Intangibilidad de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, t. 1, fasc., 1, 1948, pp. 46-77.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 204, 1998, pp. 73-95.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Comentarios de Jurisprudencia. La legítima existe en vida del causante. Ello confiere al legitimario interés para alegar la nulidad absoluta de una acto del futuro causante", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 214, 2003, pp. 194-197.

DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, "Los principios del Derecho sucesorio en el "Código Civil" de Bello y su estado actual", *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 475-494.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Todo el que tenga interés en ello (Sobre el art. 1683 del Código Civil chileno y el interés para alegar la nulidad absoluta)", en: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2008, pp. 541-559.

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, "Introducción al derecho sucesorio en el Código Civil", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción,* N° 98, 1956, pp. 561-596.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, "Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 N° 2, pp. 205-218.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, "El acuerdo de vida en pareja y sus fundamentos: Necesidad de un debate serio", publicado el 28 de Septiembre de 2011 en: http://centrodelafamilia.uc.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1948:el-acuerdo-de-vida-en-pareja-y-sus-fundamentos-necesidad-de-un-debate-serio&catid=243:columnas&Itemid=451

DUPEYROUX, Jean-Jacques, "La transmissibilité passive des obligations alimentaires", Recueil Dalloz, 1959, pp. 71-76.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, "La situación sucesoria del cónyuge sobreviviente", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito*, t. 2, Edizioni dell'Orso, Alessandria, pp. 451-476.

FERNÁNDEZ HIERRO, María; Fernández Hierro, Marta, "Panorama legislativo actual de la libertad de testar", *Boletín JADO*, Bilbao, N° 19, 2010, pp. 17-80.

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier, "La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 687, 2005, pp. 11-29.

GRIMALDI, Michel, "Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français", *Répertoire du notariat Defrénois*, N° 11, 2003, pp. 813-824.

GRIMALDI, Michel, "Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités", *Recueil Dalloz*, N° 37, 2006, pp. 2551-2555.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La doble naturaleza de deuda hereditaria y asignación hereditaria forzosa de los alimentos debidos por ley a ciertas personas", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 2, 2008, pp. 311-339.

LE BALLE, Robert, "Réflexions sur la réforme de la quotité disponible entre époux", *Études Juridiques offertes á Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 253-264.

LE GUIDEC, Raymond, "Le PACS et la transmission des biens entre concubins", *Des concubinages. Droit interne. Droit international. Droit comparé. Á Jacqueline Rubellin-Devichi*, París, Litec, 2002.

LE GUIDEC, Raymond, "La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités", *La Semaine Juridique*, N° 30, 2006, pp. 1489-1494.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, "La libertad de testar", *Revista de Derecho Privado*, Septiembre-Octubre, 2005, pp. 3-30.

MALAURIE, Philippe, "La réforme des successions et des libéralités", *Répertoire du Notariat Defrénois*, N° 22, 2006, pp. 1719-1735.

MALDONADO RAMOS, Ignacio, "Consideraciones sucesorias y societarias en torno a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 632, 1996, pp. 119-127.

MARTINIC GALETOVIC, María Dora, "Modificaciones introducidas al régimen sucesorio por la Ley n° 19.585", *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta*, N° 5, 1999, pp. 169-184.

MARTINIC GALETOVIC, María Dora, "Las asignaciones forzosas y la libertad de testar", *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, t. 1, LexisNexis, Santiago, 2005.

MERELLO ARECCO, Italo, "Preterición. Sobre las fuentes que influyen en el art. 1218 del CCCh.", *Revista chilena de historia del Derecho*, 1984, pp. 171-183.

MERVILLE, Anne-Dominique, "La réforme du statut du conjoint survivant par la loi N° 2001-1135 du 3 décembre 2001. Le conjoint est-il un membre à part entière de la famille?", *La semaine Juridique*, Édition Générale, N° 49, 4 décembre 2002, pp. 2159-2163.

MILLER, Gareth, "Libertad de testar en el "common law", *Estudios de Deusto*, vol. 39/1, 1991, pp. 65-74.

MIROW, Matthew C., "Andrés Bello, sucesiones, y el Código Civil francés de 1804", *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, t. 1, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 177-191.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Andrea, "Aspectos sucesorios de la reforma", *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley n° 19.585*, Universidad de Chile, 1999, pp. 133-161.

NASSER OLEA, Marcelo; CORRAL TALCIANI, Hernán, "Historia del establecimiento de la regla 10° del artículo 1337 del Código Civil", *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, N° 4, 2000, pp. 83-103.

NAVAS NAVARRO, Susana, "Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción. Aproximaciones desde el Derecho de sucesiones catalán)", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, pp. 41-74.

NIETO ALONSO, Antonia, "Uniones extramatrimoniales: derechos sucesorios y atribuciones post mortem de naturaleza familiar y social", *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 103-180.

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, "La donación de inmueble encubierta como compraventa", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 606, 1991, pp. 1811-1855.

ORTUZAR SANTA MARÍA, Álvaro, "Algunas reflexiones sobre familia, empresa y sucesión", *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1996, pp. 302-307.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Compañero/compañera (D. Civil)", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 1161.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Legítimas de alimentos", *Escritura pública*, Consejo General del Notariado, N° 21, 2003, p. 13.

PARDO DE CARVALLO, Inés, "La reforma del derecho sucesorio por la ley 19.585", *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, N° 20, 1999, pp. 111-121.

PARRA, María Ángeles, "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, N° 1, 2009, pp. 1-80.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, "La naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, t. 38, fasc. 4, 1985, pp. 849-907.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, "La naturaleza de la legítima. Nota final", *Anuario de Derecho Civil*, t. 39, fasc. II, 1986, pp. 571-579.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "El principio de la igualdad en el derecho sucesorio", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 143, 1968, pp. 45-56.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "Cuestiones teórico-prácticas de la simulación", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 191, 1992, pp. 8-28.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, "La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 679, Septiembre-Octubre de 2003, pp. 2866-2876.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo, "En pos de necesarias reformas al Derecho Sucesorio en Iberoamérica", *El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, Editoriales Temis, Ubijus, Reus y Zavalia, 2010, pp. 11-92.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo, "En pos de necesarias reformas al Derecho Sucesorio en Latinoamérica (II)", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Julio-Septiembre, 2008, pp.495-533.

PONSARD, André, "La loi du 3 juillet 1971 sur le rapport à succession, la réduction pour atteinte à la reserve et les partages d'ascendants", *Recueil Dalloz Sirey*, 1973, pp. 1-37.

RAMOS PAZOS, René, "Análisis crítico de la ley n° 19.585", *Revista de Derecho Universidad Austral*, n° 10, 1999, pp. 125-134.

RAMOS PAZOS, René, "Legitimación pasiva de los herederos en un juicio de reclamación de filiación", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 214, 2003, pp. 59-63.

RAMS ALBESA, Joaquín, "Libertad Civil, libertad de testar. (Notas para su formulación)", *Estudios de Deusto*, vol. 39/1, 1991, pp. 75-92.

REBOLLEDO VARELA, Ángel, "La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación", *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 23-41.

REMY, Philippe, "Les droit du conjoint survivant dans le projet de réforme des successions", *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage a Gérard Cornu*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, pp. 377-414.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, "El principio constitucional de la función social de la propiedad", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 84, 1987, pp. 57-73.

ROCA, María Encarnación, "Configuración jurídica de la legítima en el derecho catalán", *Revista Jurídica de Cataluña*, N°1, 1971, pp. 7-56.

ROCA SASTRE, Ramón, "Naturaleza jurídica de la legítima", *Revista de Derecho Privado*, N° 324, 1944, pp. 185-209.

RODIÈRE, René, "Evolución comparativa de los derechos sucesorales del cónyuge sobreviviente", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 35, 1938, pp. 13-32.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999", *Revista Actualidad Jurídica*, N° 7, 2003, pp. 219-240.

RODRIGUEZ PINTO, María Sara, "Contracción de las asignaciones forzosas. Una reforma urgente al sistema sucesorio chileno", *Estudios de Derecho Civil V*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, pp. 423-433.

SALINAS ARANEDA, Carlos, "Notas sobre los orígenes de la cuarta de mejora en nuestra legislación civil", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, II, 1977, pp. 143-157.

SERNA MEROÑO, Encarna, "Los derechos sucesorios de los hijos en los nuevos modelos familiares", *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 237-261.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Constitucionalización del derecho de familia(s) el caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8, 2007, pp. 155-199.

TATE, Joshua, "Caregiving and the Case for Testamentary Freedom", descargado del sitio de la *Social Science Research Network Electronic Paper Collection*: http://ssrn.com/abstract=1112522, visitado el 1 de junio de 2011, pp. 128-193.

TORRES GARCÍA, Teodora; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, "La legítima en el Código Civil (II)", *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 87-152.

TURNER SAELZER, Susan, "Uniones de hecho y su regulación legal", *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 167-176.

UGARTE VIAL, Jorge, "Protección de la legítima contra los legados de cuerpo cierto", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 2, 2007, pp. 251-288.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Apuntes de Derecho sucesorio", *Anuario de Derecho Civil*, t.4, fasc. II, 1951, p. 421 a 532.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar", *Anuario de Derecho Civil*, t. 19, fasc. 1, 1966, pp. 3-44.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas", *Anuario de Derecho Civil*, t. 25, fasc. I, 1972, pp. 3-151.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, t. 39, fasc. I, 1986, pp. 3-68.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, t. 39, fasc. III, 1986, pp. 833-849.

VAQUER ALOY, Antoni, "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *Revista para el análisis del Derecho*, N° 3, Universidad de Lleida, www.indret.com, 2007, pp. 1-25.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, "Limitaciones a la propiedad: una perspectiva civil", *La constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 143-165.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, "El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil", *Revista Actualidad Jurídica*, N° 9, 2004, pp. 197-206.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, "Uniones de hecho y derecho sucesorio (libertad de testar para solteros sin hijos)", *Revista de Derecho Universidad Austral*, Vol. 23, N° 2, 2010, pp. 9-22.

VIALLETON, Henri, ″Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve″, *Revue Trimestrielle de droit civil*, n° 39, 1941, pp. 1-39.

VIALLETON, H., ″Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France, depuis le code civil″, *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Librairie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 577-594.

VIGNEAU, Daniel, "Les nouvelles règles de dévolution successorale", *Recueil Dalloz*, N° 37, 2006, pp. 2256-2258.

VILLAVICENCIO, Víctor, "De las Asignaciones Forzosas", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 85, 1953, pp. 353-362.

ZANONNI, Eduardo; VIDAL, Carlos; LÓPEZ, Roberto, "Posibilidad de incorporar la mejora al derecho argentino", *Revista del Notariado*, N° 834, 1993, pp. 632-644.

SENTENCIAS:

CORTE DE CONCEPCIÓN, 10 de Marzo de 1885, *Gaceta de los Tribunales*, N° 355, 1885, p. 192;

CORTE DE TEMUCO, 30 de julio de 1937, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 37, segunda parte, secc. 2°, 1940, p. 21;

CORTE SUPREMA, 10 de Agosto de 1954, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 51, segunda parte, secc. 1°, 1954, p. 407.

CORTE DE SANTIAGO, 29 de septiembre de 1922, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 23, segunda parte, secc. 2°, 1926, p. 39.

CORTE DE CONCEPCIÓN, 12 de noviembre de 1937, *Gaceta de los Tribunales*, N° 98, 1938, p. 464.

CORTE SUPREMA, 16 de abril de 1906, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 3, segunda parte, secc. 1°, 1906, p. 300.

CORTE SUPREMA, 23 de Mayo de 1950, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 47, segunda parte, secc. 1°, 1950, p. 213-214.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 2 de noviembre de 2009, *LegalPublishing* N° 42951.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 18 de Noviembre de 2009, *westlaw*, CL/JUR/3999/2009.

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, 21 de Septiembre de 2009, westlaw, CL/JUR/1245/2009.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 22 de agosto de 2006, *sentencia no publicada*, Rol N° 2559-2006, caratulada "Tardón con Vega".

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, 29 de octubre de 2009, *Westlaw*, CL/JUR/2748/2009.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 28 de Septiembre de 2009, *Westlaw*, CL/JUR/1508/2009.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 5 de Agosto de 2004, Rol. 3.219-99, sentencia no publicada, caratulada "León con León".

CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS, 29 de diciembre de 2008, *Legal Publishing*, N° 41465.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de septiembre de 1958, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 58, Segunda parte, Sec. 2°, 1961, p. 40.

CORTE SUPREMA, 30 de septiembre de 1927, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 25, Sec. 1°, 1928, p. 390.

CORTE SUPREMA, 19 de diciembre de 1931, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 29, Sec. 1°, 1932, p. 250.

CORTE SUPREMA, 27 de octubre de 1934, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 32, Sec. 1°, 1935, p. 100.

CORTE SUPREMA, 24 de octubre de 1938, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 36, Sec. 1°, 1939, p. 295.

CORTE SUPREMA, 15 de junio de 2004, *Legal Publishing* N° 30313.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 6 de noviembre de 2007, *westlaw* CL/JUR/2420/2007.

CORTE SUPREMA, 27 de octubre de 1934, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Sec. 1°, 1935, p. 110.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de septiembre de 1958, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Sec. 2°, 1961, p. 40.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 29 de noviembre de 1960, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 57, Sec. 2°, 1960, p. 104.

CORTE SUPREMA, 10 de Junio de 2010, *Westlaw* CL/JUR/3280/2010.

CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, 14 de junio de 2007, Rol N° 225-2007, sentencia no publicada, caratulada "Alberdi con Farre".

CORTE SUPREMA, 3 de junio de 2010, Rol N° 7417-2008, sentencia no publicada, caratulada "Pizarro con Pizarro".

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 15 de diciembre de 1995, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 92, secc. 2°, 1995, p. 152.

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, 5 de agosto de 1935, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 34, Sec. 2°, 1937, p. 30.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de septiembre de 1958, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 58, Sec. 2°, 1961, p. 41.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 10 de Julio de 1985, *Westlaw* CL/JUR/11/1985.

CORTE SUPREMA, 29 de Septiembre de 2011, ROL N° 10.173-2010, sentencia no publicada, caratulada "Uribe y Otro con Aravena".

ÍNDICE

PORTADA……..1

AGRADECIMIENTOS…….3

INTRODUCCIÓN……....5

PRIMERA PARTE
EL SISTEMA DE ASIGNACIONES FORZOSAS. SU ESTADO ACTUAL

Título Primero. LOS SISTEMAS SUCESORIOS……9

1.- EL SISTEMA DE LIBERTAD DE TESTAR……..12
2.- SISTEMAS QUE NO CONTEMPLAN LA LIBERTAD DE TESTAR……..18
I.- Sistema de distribución forzosa……19
II.- Sistemas de freno o de libertad restrictiva de testar……20
3.- EL SISTEMA DE ACUMULACIÓN HEREDITARIA FORZOSA……...26

Título Segundo. EL SISTEMA SUCESORIO CHILENO……..27

1.- EL SISTEMA ELEGIDO EN EL CÓDIGO CIVIL ORIGINARIO……..27
2.- MODIFICACIONES AL SISTEMA DE ASIGNACIONES FORZOSAS……...30
3.- EL SISTEMA IMPERANTE EN CHILE……...31
4.- ENUMERACIÓN DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS……...33

Título Tercero. LOS ALIMENTOS COMO ASIGNACIÓN FORZOSA……..35

1.- REGULACIÓN DE LOS ALIMENTOS…….35
2.- CLASIFICACIÓN DE LOS ALIMENTOS…….36
3.- LOS ALIMENTOS COMO ASIGNACIÓN FORZOSA. SU ALCANCE……...36
4.- LÍMITES DE LA ASIGNACIÓN LEGAL ALIMENTARIA……...37
5.- EXTENSIÓN QUE SE LE DEBE DAR A LA EXPRESIÓN "ALIMENTOS QUE SE DEBEN POR LEY". EL PROBLEMA DE LA TRANSMISIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA…….38
I.- Respecto del derecho a pedir alimentos, es intransmisible……39
II.- En lo relativo a la obligación de otorgar alimentos……..40

6.- MONTO, FORMA DE PAGO Y DURACIÓN DE LOS ALIMENTOS COMO ASIGNACIÓN FORZOSA……..……50
7.- CASOS DE PERSONAS QUE TENIENDO TÍTULO LEGAL PARA EXIGIR ALIMENTOS, EL LEGISLADOR LES HA PRIVADO DE ESTE DERECHO……...52
I.- Situación contemplada en el art. 203……..…52
II.- Situación del art. 324 inc. final…….53
8.- LOS ALIMENTOS QUE SE DEBEN POR LEY ¿SON REALMENTE UNA ASIGNACIÓN FORZOSA? …….54
9.- LOS ALIMENTOS VOLUNTARIOS……..55

Título Cuarto. LAS LEGÍTIMAS COMO ASIGNACIONES FORZOSAS……57

CAPÍTULO PRIMERO. "Concepto de Legítima. Naturaleza jurídica y Clasificación"……..58
1.- EL CONCEPTO DE LEGÍTIMA……...58
2.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA……..59
3.- EL ORIGEN DE LA LEGÍTIMA……...59
I.- La legítima romana…….59
II.- La reserva germánica…….63
4.- LA NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO…….65
I.- En cuanto al origen histórico de la norma……..66
II.- Legítima formal (legítima como derecho). Legítima material (legítima como contenido)……67
5.- CLASES DE LEGÍTIMAS EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO……...79
I.- La legítima rigorosa…….80
II.- La legítima efectiva……80

CAPÍTULO II. "Los legitimarios en el Código Civil Chileno"……...…83
1.- LOS HIJOS COMO LEGITIMARIOS……..83
I.- Cuantía de los derechos de los hijos como legitimarios……...84
II.- Formas de sucesión de los hijos como legitimarios……...……85
2.- LOS ASCENDIENTES COMO LEGITIMARIOS……...89
I.- Cuantía de los derechos de los ascendientes como legitimarios……..90
II.- La situación de los ascendientes como legitimarios en el derecho comparado……..91
III.- Pérdida de los derechos de los ascendientes como legitimarios……...91
3.- EL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE COMO LEGITIMARIO……94
I.- Cuantía de los derechos del cónyuge sobreviviente como legitimario…….95
II.- El cónyuge sobreviviente como legitimario en el derecho comparado……..96
III.- Las crisis matrimoniales y los derechos del cónyuge sobreviviente como legitimario...……..98

IV.- El derecho de atribución preferencial del cónyuge sobreviviente y su calidad de legitimario……...……109
V.- Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente y la porción conyugal…….110

CAPÍTULO III. "La protección de la legítima en el Código Civil"……...……...113
1.- EL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA……..113
2.- LA INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA DE LA LEGÍTIMA……114
I.- La protección de la legítima……...……115
3.- LA INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA……..122
I.- Principio general. La legítima debe concretarse con bienes hereditarios……..…...123
II.- Situaciones especiales……..……124
4.- OTROS MEDIOS DE DEFENSA DE LA LEGÍTIMA…….133
I.- La acción de reforma de testamento……...……...134
II.- La preterición……...…….136
III.- El desheredamiento……..……..139
5.- LAS AGRESIONES A LA LEGÍTIMA……..……142
I.- La simulación……..……...142
II.- La creación de sociedades……..……..160
III.- La venta de nuda propiedad con reserva de usufructo……..…….161

Título Quinto. LA MEJORA COMO ASIGNACIÓN FORZOSA……..165

1.- EL CONCEPTO DE MEJORA……...165
2.- LA CONCEPCIÓN DE LA MEJORA EN LA EVOLUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL…….166
3.- LA MEJORA EN EL DERECHO COMPARADO……..169
4.- EL ESTADO ACTUAL DE LA MEJORA EN CHILE……170
5.- LA CUANTÍA DE LA MEJORA……170
6.- PERSONAS A LAS CUALES SE LES PUEDE ASIGNAR LA MEJORA……171
7.- CARACTERÍSTICAS DE LA MEJORA…….172

SEGUNDA PARTE
LA REVISIÓN DEL SISTEMA DE ASIGNACIONES FORZOSAS EN CHILE

Título Primero. LA NECESIDAD DE REVISIÓN DEL SISTEMA SUCESORIO CHILENO……..175

Título Segundo. LAS ASIGNACIONES FORZOSAS Y SU RELACIÓN CON LA ECONOMÍA……..187

1.- LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR…….188
2.- LA PARTICIÓN DE BIENES COMO OBSTÁCULO A LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA FAMILIAR……189
I.- El principio de la imprescriptibilidad de la acción de partición……189
II.- El testador no puede imponer la indivisión……..189
III.- La designación de bienes por parte del testador…….190
3.- LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA EN EL DERECHO COMPARADO……..191
4.- LA ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL DE LA EMPRESA FAMILIAR……..193
5.- EL SISTEMA ECONÓMICO Y LA LIMITACIÓN A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN……...194

Título Tercero. LAS ASIGNACIONES FORZOSAS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD……..199

1.- EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO FUNDAMENTO DE LA LIMITACIÓN SUCESORIA……..……...199
2.- EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE……..199
3.- EL DERECHO DE PROPIEDAD. SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL…….201
4.- EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DE HERENCIA EN EL DERECHO COMPARADO……..……203
5.- EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS COMO LIMITACIÓN A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN POR CAUSA DE MUERTE……..……205
6.- EL FUNDAMENTO DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS BASADO EN LA PROPIEDAD FAMILIAR……..……..208
7.- EL FIDEICOMISO TÁCITO COMO FUNDAMENTO DEL SISTEMA DE ASIGNACIONES FORZOSAS……..……..211

Título Cuarto. LAS ASIGNACIONES FORZOSAS Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA…….……..215

1.- EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA LEGÍTIMA…….……215
2.- EL ESTADO ACTUAL DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA LEGÍTIMA……...218
3.- EL CONCUBINATO Y LOS PACTOS DE UNIÓN CIVIL FRENTE A LA LEGÍTIMA..……...219
I.- Proyectos de ley sobre uniones civiles……..222
II.- La unión civil no matrimonial. Una forma de familia…….……226
III.- La regulación de derechos hereditarios que se confieren a las partes de una unión civil en el derecho comparado……229
IV.- Conveniencia o no de conferir derechos hereditarios a las personas que tienen una convivencia no matrimonial……..……232

Título Quinto. VISIÓN CRÍTICA DE LOS ASIGNATARIOS FORZOSOS EN EL DERECHO SUCESORIO CHILENO…….…….237

1.- EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LOS DESCENDIENTES COMO ASIGNATARIOS FORZOSOS……239
I.- La esperanza de vida como fundamento de la revisión de derechos de los descendientes……..239
II.- La protección de los hijos menores a través de las asignaciones forzosas, en especial la
legítima……...……241
III.- La protección sucesoria de los hijos discapacitados……...……243
2.- LOS ASCENDIENTES COMO TITULARES DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS……..249
3.- EL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE Y SUS DERECHOS COMO ASIGNATARIO FORZOSO……251
I.- Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente y el régimen matrimonial…….252
II.- La protección sucesoria del cónyuge sobreviviente y la seguridad social……...……263
III.- El derecho de alimentos como protección del cónyuge sobreviviente……...……263
IV.- Los derechos del cónyuge sobreviviente frente al derecho de adjudicación preferencial…...…….…….265
V.- Visión crítica del cónyuge sobreviviente como legitimario…….271

CONCLUSIONES……..…….……281

BIBLIOGRAFÍA…….289

ÍNDICE……...…….…….309