



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**LA LIBERTAD DE TESTAR Y SUS LÍMITES: HACIA UNA REFORMA DE LAS
ASIGNACIONES FORZOSAS**

**Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

AUTORA: VALENTINA JAVIERA SUAU COT
PROFESORA GUÍA: FABIOLA LATHROP GÓMEZ

Santiago, Chile

2015

A mi madre.

“El marido de tía Jose dio las gracias a los médicos, los médicos dieron gracias a los adelantos de su ciencia, la tía abrazó a su niña y salió del hospital sin decir una palabra. Sólo ella sabía a quiénes agradecer la vida de su hija. Sólo ella supo siempre que ninguna ciencia fue capaz de mover tanto, como la escondida en los ásperos y sutiles hallazgos de otras mujeres con los ojos grandes”.

Mujeres de Ojos Grandes, Ángeles Mastretta.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por el apoyo brindado en el estudio de esta extensa carrera.

A mis queridas amigas, sin las cuales no habría llegado tan lejos.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTOS.....	iii
ÍNDICE	iv
RESUMEN.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	1
1. CAPÍTULO I: SISTEMA SUCESORIO CHILENO.	5
1.1 Sistemas sucesorios.....	5
1.1.1 Sistemas de libertad de testar absoluta	7
1.1.2 Sistemas de libertad restringida.....	13
1.2 Sistema sucesorio chileno	17
1.2.1 Principios que inspiran al Derecho sucesorio chileno	18
1.2.1.1 Continuidad de la persona del causante	19

1.2.1.2	Unidad del patrimonio	21
1.2.1.3	Igualdad en el Derecho sucesorio	23
1.2.1.4	Libertad de testar restringida.....	24
1.2.1.5	Protección a la familia	25
1.2.2	Las asignaciones forzosas en el Código civil.....	28
1.2.2.1	Evolución de las asignaciones forzosas.....	29
1.2.2.2	Alimentos que por Ley se deben a ciertas personas.....	32
1.2.2.3	Legítima.....	38
1.2.2.4	Mejoras.....	42

2. CAPÍTULO II: LA NECESIDAD DE REFORMAR LAS ASIGNACIONES

FORZOSAS.....	46	
2.1	La excesiva restricción a la libertad de testar en Chile.....	46
2.2	Justificaciones tradicionales de las restricciones a la libertad de testar	49
2.2.1	La protección a la familia	49
2.2.2	La continuidad y conservación del patrimonio familiar	55
2.2.3	La solidaridad intergeneracional	57
2.2.4	El sustento de los descendientes	60
2.3	Fundamentos para eliminar restricciones a la libertad de testar.	62
2.3.2	La relación entre el Derecho sucesorio y el Derecho de familia.....	66

2.3.3	Necesidad de adaptación a los nuevos esquemas familiares	69
2.3.4	El aumento de la esperanza de vida.....	72
2.3.5	La seguridad social.....	74
2.3.6	Interés tutelado y función del Derecho sucesorio.....	77
2.3.6.1	Voluntad del causante.....	79
2.3.6.2	Interés de los familiares	81
2.3.7	El Testamento: un acto jurídico escasamente utilizado en Chile.....	82
2.3.8	Tendencias respecto a la libertad de testar en el Derecho comparado...	85
2.4	La libertad de testar y los Derechos Humanos.....	89
3.	CAPÍTULO III: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS Y PROPUESTAS DE REFORMA.....	92
3.1	Alimentos.....	93
3.1.1	Doble carácter del derecho de alimentos en materia sucesoria: Artículos 954 N° 2 y 1168 del Código Civil.	93
3.1.2	Revisión de los titulares: Coincidencia entre legitimarios y alimentarios .	96
3.1.3	La dificultad de establecer el monto de los alimentos en la sucesión.....	97
3.1.4	Propuesta: Eliminación de los alimentos como asignación forzosa.....	99
3.2	Mejoras.....	101
3.2.1	Sucesivas reformas: pérdida de fundamento.....	102

3.2.2	Coincidencia de titulares de mejora y legítima	104
3.2.3	Propuesta de reforma: Derogación de las mejoras	105
3.3	Legítima.....	106
3.3.1	Cónyuge sobreviviente	107
3.3.1.1	Estatuto preferente del cónyuge sobreviviente.....	108
3.3.1.2	Propuestas.....	112
3.3.1.2.1	Igualación cuotas legitimarias	113
3.3.1.2.2	Imputación de los gananciales a la asignación hereditaria	114
3.3.1.2.3	Pérdida de derechos en caso de abandono del hogar.	116
3.3.1.3	Situación del conviviente de hecho	119
3.3.1.3.1	Propuesta: Inclusión del conviviente de hecho como legitimario	124
3.3.1.3.2	Concurrencia del cónyuge y prueba del vínculo	125
3.3.1.3.3	Pacto de Unión Civil, algunas consideraciones sobre el proyecto de Ley.	127
3.3.2	Ascendientes y descendientes: Mantención del estatuto vigente.....	132
CONCLUSIONES		133

BIBLIOGRAFÍA..... 141

RESUMEN

El objeto de esta memoria es el análisis de las limitaciones a la libertad de testar y los argumentos plausibles tras una propuesta de reforma de las asignaciones forzosas.

El primer capítulo hace una revisión de los sistemas sucesorios en general y en particular del chileno, explicando los principios que inspiran nuestro Derecho sucesorio y exponiendo el panorama actual de las asignaciones forzosas, también estudiando su historia y modificaciones.

El segundo capítulo aborda las razones que justifican la revisión y modificación de las asignaciones forzosas, estudiando los principios, doctrina y tendencias en el Derecho comparado que sustentan dicha revisión.

Finalmente, el tercer capítulo plantea alternativas de reforma a las asignaciones forzosas, en pos de aumentar la libertad de testar de la que gozan los particulares en nuestro ordenamiento y de adecuarlas al modelo familiar imperante.

INTRODUCCIÓN

El fin de la vida es la única certeza que todos los seres humanos comparten desde el inicio. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica la muerte no implica el fin absoluto, pues si bien se dan por terminados algunos contratos y obligaciones, como sabemos la regla general es la transmisibilidad de los mismos.

Es por ello que el Derecho reglamenta las más diversas consecuencias del término de la persona natural, como el destino de su patrimonio una vez producido su deceso. La determinación de quién y en qué sucederá al causante puede ser hecha por éste o la Ley, la cual interpreta la voluntad del mismo “siguiendo el orden natural de los afectos”.

A pesar de que todo ordenamiento reconoce a las personas la facultad de testar, no todos la conceden con igual amplitud. El rango de libertad de testar se determina según la ponderación que cada Estado haga de los intereses implicados en la sucesión. Así en aquellos donde la libertad individual sea un bien jurídico más valorado, la libertad de testar será más amplia; mientras que si la protección a la familia es relevante, existirán instituciones que limitarán

dicha libertad. Por lo anterior, podemos encontrar básicamente dos modelos sucesorios: uno que consagra una libertad de testar absoluta, y otro que limita más o menos intensamente la capacidad de disponer póstumamente del patrimonio, los cuales estudiaremos en su oportunidad.

El Derecho chileno establece ciertos límites indisponibles por el testador a través de asignaciones denominadas forzosas, las cuales no pueden ser obviadas y se suplen incluso contra la voluntad expresa del causante en desmedro de las asignaciones que éste haya hecho de forma voluntaria.

Las asignaciones forzosas son el principal objeto de análisis de este trabajo, pues constituyen el límite sustantivo más intenso a la libertad de testar. En definitiva, la voluntad manifestada a través del testamento debe respetarlas so pena de no tener efectos en la parte que infrinja dichas disposiciones.

Es indudable que nuestro país ha cambiado desde la dictación del Código Civil. Dado esto, es legítimo preguntarse si sus disposiciones y principios concuerdan con la conciencia y realidad actual de los chilenos. El Derecho es un medio de organización social cuya evolución es lenta en comparación a la que experimentan las convenciones y convicciones sociales. Si la sociedad ha cambiado, los esquemas familiares también lo han hecho. Por lo anterior corresponde revisar si la regulación de las asignaciones forzosas, dada su

función protectora de la familia, coincide con las conductas de los ciudadanos que reglamenta.

Esta tesis inicia por la fuerte convicción de que el Derecho avanza detrás de la sociedad, sus modificaciones son complejas y sujetas a trámites legislativos necesarios, pero que muchas veces constituyen trabas a la adecuación de las normas con la realidad. También creemos que todo límite a la libertad y a la voluntad individual debe ser justificado y necesario. El establecimiento de restricciones en una sociedad laica debe estar basado en parámetros racionales y coherentes para todos los ciudadanos.

Las normas sucesorias son fundamentales en toda sociedad, complemento necesario de aquellas que regulan la propiedad, pues el dominio es un derecho perpetuo mas las personas tenemos una vida limitada. No es difícil imaginar los conflictos que podrían derivarse de un exiguo o inadecuado Derecho sucesorio.

Por lo señalado, estimamos que el Derecho sucesorio debe ser fiel reflejo no sólo de la tradición jurídica de un Estado sino de los esquemas afectivos que desarrollen sus ciudadanos. Es por ello que nuestro trabajo analiza tanto los aspectos jurídicos como sociales que giran en torno a la sucesión. Así no sólo discutimos la validez y extensión de las asignaciones forzosas en doctrina sino también desde la perspectiva de la población chilena.

El primer capítulo tiene un fin introductorio y un enfoque descriptivo de la regulación sucesoria, por lo cual expone tanto los sistemas existentes en el Derecho comparado como el sistema chileno; explica someramente los principios de nuestro Derecho sucesorio; la evolución de las asignaciones forzosas; y la reglamentación actual de éstas.

A continuación, analiza los fundamentos tras el establecimiento de las restricciones a la libertad de testar y aquellos que sustentarían su modificación. Dada la atribución que efectúa el Derecho a la familia del causante, también consideramos oportuno incluir dentro del análisis la situación de la institución familiar y su evolución dentro de la sociedad.

El capítulo final analiza críticamente la regulación vigente de las asignaciones forzosas y contiene nuestras propuestas de reforma de las mismas, las cuales consideran tanto los intereses individuales del causante como los de la familia y la sociedad.

1. CAPÍTULO I: SISTEMA SUCESORIO CHILENO.

El presente capítulo tiene por objetivo describir a grandes rasgos el sistema sucesorio chileno en cuanto a la libertad de testar que otorga a los particulares. En principio, expondremos los sistemas sucesorios que existen en el Derecho comparado, para después encuadrar en uno de ellos al sistema nacional. Posterior a ello, explicaremos los principios que inspiran a nuestro ordenamiento en materia sucesoria y las restricciones que impone a la autonomía de la voluntad a través de las asignaciones forzosas.

1.1 Sistemas sucesorios

Como ha señalado la doctrina, en toda sucesión convergen tres intereses, los cuales a menudo son opuestos¹. Por una parte, tenemos al causante que pretende disponer libremente del patrimonio del que es titular; por otra, el interés de su familia de que parte o todo ese patrimonio le sea adjudicado.

¹ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Domínguez Águila, Ramón. Derecho Sucesorio, volumen N°1. 3^{ra} edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 27.

Finalmente tanto SOMARRIVA UNDURRAGA² como ELORRIAGA DE BONIS³ consideran comprometido el interés de la sociedad, pues el causante adquiere los bienes que forman su patrimonio con la participación de otras personas, en virtud de ello existe en la transmisión del mismo un “interés general”. Este interés se manifiesta en la exhaustiva regulación de la materia que podemos encontrar en todo sistema jurídico.

Del conflicto de intereses enunciado surge la libertad de testar cuyo rango es decidido por cada ordenamiento jurídico a razón de la importancia que atribuya a cada uno de los intereses mencionados. A comienzos del siglo pasado, MUJICA BAEZA definió libertad de testar como “la facultad que tiene el padre de familia, más o menos absoluta de disponer de sus bienes, en favor o detrimento de sus descendientes o de todos ellos”⁴. Un concepto más actual dispone que es la “facultad que tiene el causante para disponer en la forma que desee de su patrimonio, para que esta disposición tenga efecto para después de su muerte”⁵. Mientras que la doctrina internacional ha dicho que es el derecho concedido a toda persona natural capaz para disponer libremente de su patrimonio para después de su muerte, con las limitaciones establecidas por la ley⁶.

² SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho Sucesorio, volumen N°1 (versión de René Abeliuk M). 8^{va} edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012. p. 19.

³ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. Derecho Sucesorio. Santiago, LexisNexis, 2005. pp. 7-8.

⁴ MUJICA BAEZA, Alfredo. La libertad de testar. Memoria para optar al grado de Licenciado. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de leyes y ciencias políticas. 1918. p. 12.

⁵ ELORRIAGA DE BONIS, Op. Cit., p. 372.

⁶ PÉREZ GALLARDO, León. De la autonomía de la voluntad y sus límites. [en línea]. Medellín, Colombia. p. 27.

Según el grado de libertad de testar que conceden a los particulares, la doctrina distingue en el Derecho comparado dos grandes grupos o sistemas de Derecho sucesorio: uno denominado de libertad de testar absoluta y otro de libertad de testar restringida. Por su parte, los sistemas de libertad absoluta privilegian el interés individual del causante y, por ello, imponen escasas o nulas limitaciones a su facultad testamentaria. Por el contrario, el sistema de libertad de testar restringida favorece el interés familiar y limita en mayor medida la disposición de las personas, a través de asignaciones de carácter obligatorio que el testador debe respetar, incluso en perjuicio de sus estipulaciones testamentarias expresas⁷. A continuación analizaremos cada uno de estos sistemas.

1.1.1 Sistemas de libertad de testar absoluta

En los ordenamientos jurídicos pertenecientes a este sistema, el causante es libre para disponer de sus bienes en favor de quien estime conveniente⁸. Esto

<http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPolíticas/BibliotecaDiseno/Archivos/01_Documentos/leonardoPerez.pdf> [consulta: 15 octubre 2014]

⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, Op. Cit., p. 19.

⁸ BARRÍA PAREDES, Manuel. Las asignaciones forzosas en Chile. Su estado actual y una posible revisión [en línea]. Tesis para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho, Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. p.12.

es equivalente a decir que no existen asignaciones obligatorias para el testador o que la ley no le impone distribuir su patrimonio entre ciertas personas. Este sistema tiene mayor acogida en el Derecho anglosajón o Common law, en países como Inglaterra, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda⁹, entre otros; y también en algunos países de tradición continental como México, Costa Rica, o Guatemala, por citar algunos¹⁰.

Sin embargo, es preciso aclarar que actualmente no existen en el Derecho comparado sistemas de libertad de testar absoluta propiamente tales. Una libertad de esa amplitud sólo existió durante el siglo XIX en el Derecho inglés luego de la promulgación de la *Dower Act* en 1833, ley que dejó al arbitrio del testador establecer o no esa asignación en favor de su viuda, con lo cual eliminó toda restricción a la libertad de testar del causante en el Derecho inglés¹¹. En tal época se consagró el derecho de testar como la conquista de la mayor de las libertades civiles, dando libertad plena al testador incluso cuando

<<http://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/2910/620054.pdf?sequence=1>>.

[consulta: 15 septiembre 2014]

⁹ KERRIDGE, Roger, Parry & Clark, *The law of succession*, 11^{va} edición, Sweet & Maxwell, Andover, 2002, pp. 153-207. Ver también KELLY, Daniel. *Restricting testamentary freedom: Ex ante versus ex post justifications*. *Fordham Law Review*. Volume 82. Issue 3 Article 1. p. 1133. [en línea] <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4948&context=flr>> [consulta: 13 diciembre 2014].

¹⁰ ELORRIAGA DE BONIS, Op. Cit., p. 373.

¹¹ La *Dower* era una especie de usufructo legal atribuido a la viuda sobre los bienes inmuebles del causante, destinado a proporcionarle un medio de subsistencia digno tanto para ella como para sus hijos. Esta asignación tuvo carácter obligatorio sobre los bienes raíces del difunto hasta la promulgación de la *Dower Act*, ley que dejó al arbitrio del testador conceder este derecho a su viuda. Al respecto ver BARRIO GALLARDO, Aurelio. Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón [en línea]. *Revista de Derecho Civil aragonés*, N° 17, 2011, pp. 60-61. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4055686>> [consulta: 13 diciembre 2014]

su voluntad fuese considerada “injusta” por sus familiares. Tal como expresó la doctrina de la época “*one has the right to make an unjust will, an unreasonable will, or even a cruel will*” y la jurisprudencia acogiendo el principio “*the testator’s right to be capricious*”¹². La situación actual es distinta y la libertad de testar en Inglaterra encuentra ciertos límites, así lo señala PECORA: “*Testamentary freedom is certainly not an absolute right even in English law*”¹³. Desde 1938 existen en el Derecho Inglés la llamadas *family provision*, asignaciones que los tribunales están facultados a conceder a ciertos solicitantes a razón de su vínculo familiar o económico con el causante mientras éste vivía¹⁴, según lo dispuesto actualmente en la llamada “*Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*”¹⁵. Esta Ley entrega elementos, ninguno determinante por sí sólo, para que los tribunales establezcan a su arbitrio el monto de una eventual *family provision*. Similares disposiciones se han establecido en países como Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda¹⁶. En Latinoamérica también encontramos ordenamientos adherentes a este sistema sucesorio. Por ejemplo, el Código Civil mexicano establece derechos de alimentos para las personas enumeradas en su artículo 1368 y que carezcan de bienes o si éstos no igualan

¹² BARRIO GALLARDO, Op. Cit., pp. 62-64.

¹³ PECORA, Vincent. *Inheritances, Gifts, and Expectations. Law & Literature. Volume 20, Issue 2*, 2008. p.181. [en línea] <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/lal20&id=187>> [consulta: 13 diciembre 2014].

¹⁴ Estas asignaciones no se consideran propiamente alimenticias pues el estado de necesidad del solicitante no es requisito sino uno de los tantos elementos que deben considerar los tribunales al otorgar una *family provision*.

¹⁵ Esta Ley sustituyó la *Inheritance Family Provision Act 1938*, ampliando los términos de la misma a otros beneficiarios. Ver *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* [en línea]. REINO UNIDO. The Gazette. 12 de Noviembre de 1975. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>> [consulta: 02 diciembre 2014].

¹⁶ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit. p.34.

a “la pensión que debería corresponderles” (en este caso sólo por la porción que falte para completar la pensión)¹⁷. Si bien, las asignaciones mencionadas pueden afectar las disposiciones testamentarias del causante y, por tanto, constituyen una limitación a la voluntad de testar, los Derechos pertenecientes a este sistema aún consagran una amplia libertad de testar en favor de los particulares, de ahí el nombre con el que es conocido a nivel de Derecho comparado¹⁸.

En este sistema, la libertad testamentaria es consecuencia directa del derecho de dominio del testador sobre su patrimonio¹⁹. Es por ello que aquel puede realizar la distribución que mejor le parezca e incluso no disponer de sus bienes, caso en el cual entran a regir las normas sobre sucesión intestada, bastante similares a las previstas en Derechos pertenecientes al sistema de libertad de testar restringida²⁰.

La amplia libertad de testar concedida en este sistema también se explica porque dentro de los países pertenecientes al Common law, los bienes existen

¹⁷ Código Civil Federal [en línea]. MÉXICO, Diario Oficial Federal, 24 de diciembre de 2013. p. 131. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf> [consulta: 13 diciembre 2014].

¹⁸ VAQUER ALOY., Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma a la legítima [en línea]. InDret 3/2007. p. 12. <http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf> [consulta: 15 septiembre 2014].

¹⁹ SAAVEDRA ALVARADO, Enrique. Autonomía de la voluntad y protección de la familia frente a la actual realidad sucesoria: La búsqueda de nuevos equilibrios entre dos principios fundamentales. Estudios de derecho civil II. Santiago, LexisNexis. 2006. pp. 113-114.

²⁰ THE LAW COMMISSION. Consultation Paper N° 191: Intestacy and family provision claims on death. [en línea] pp. 17-23. <www.lawcom.gov.uk/docs/cp191.pdf> [consulta: 13 diciembre 2014].

como elementos autónomos y a la muerte de su propietario no se asocian al patrimonio del causante, por el contrario conservan su autonomía²¹. Dicho de otra forma, no se contempla como principio la continuidad de la personalidad del causante por sus herederos, pues ésta finaliza con su muerte. Cuando fallece una persona, sus bienes son transmitidos según las disposiciones de la ley o del testador como entidades y no como parte de una universalidad.

La libertad de testar alcanza tanto a bienes muebles como inmuebles en la mayoría de los ordenamientos pertenecientes a este sistema sucesorio, pero no siempre fue así. En Inglaterra, por ejemplo, hasta la dictación de la *Administration of Estates Act 1925*, se distinguía entre bienes inmuebles, *real property* o *real state*, y cualquier otro tipo de bienes, *personal property*, para determinar el destino de los bienes que componían la herencia intestada, pues los primeros pasaban normalmente al hijo mayor²². La distinción según la naturaleza de los bienes de la herencia actualmente sirve para determinar la ley aplicable a la sucesión, pues la *real property* se rige necesariamente por la ley del Estado en que estén ubicados dichos bienes.

Dada la amplísima libertad del testador, éstos Derechos desconocen la institución del desheredamiento. Si el testador desea desheredar a alguien basta con omitirlo de su testamento, sin perjuicio del derecho de ciertas

²¹ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit. p.24.

²² DOMÍNGUEZ Y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., p. 25.

personas, familiares principalmente, de solicitar a los tribunales una *family provision*.

Existen argumentos tanto en defensa como crítica de este sistema. Por una parte, la cultura jurídica de estos países cree más conveniente que sea el dueño quien fije la porción y los herederos de sus bienes, siendo quien mejor conoce las necesidades de sus familiares²³. Además, se ve a la libertad de testar como un adecuado estímulo al trabajo individual de los hijos, quienes al no tener garantizada porción alguna en la herencia de sus padres se ven obligados a formar su propio patrimonio. También se piensa que favorece las relaciones familiares puesto que el comportamiento entre parientes afecta una futura asignación. Siendo posible que no le quepa derecho alguno, el eventual heredero deberá por así decirlo “ganarse su herencia”, manteniendo una relación respetuosa con el causante, quien le retribuirá su lealtad a través de una asignación testamentaria.

La principal crítica a este sistema es la eventual desprotección a la familia del causante que privaría de sustento a sus parientes al dejar su patrimonio a un desconocido²⁴. La verdad es que tal situación es poco frecuente, pues tanto en estos sistemas como en aquellos de libertad de testar restringida, lo normal es que una persona nombre como herederos a sus más próximos parientes.

²³ SOMARRIVA UNDURRAGA, Op. Cit., p. 19.

²⁴ SOMARRIVA UNDIRRAGA, Op. Cit., p. 20.

Así, MCKAYP y ROWLINGSON señalan que un 89% de las personas dejarían como herederos a sus hijos y que la segunda preferencia son los nietos²⁵, con lo cual se observa que lo normal es testar a favor de la familia.

Por lo tanto, estimamos que no existen razones para descartar *a priori* este sistema en favor de uno más restrictivo. El establecimiento de limitaciones a la libertad testamentaria no es sino una opción que cada Estado ejerce en su legislación en razón a la tradición jurídica predominante en su país.

1.1.2 Sistemas de libertad restringida

Al contrario del descrito en el apartado anterior, un sistema de libertad restringida contempla limitaciones importantes a la facultad de testamentar que varían en cada Derecho. El interés de la familia en la sucesión es protegido mediante asignaciones de carácter obligatorio, sin permitir su omisión por el causante. Ejemplos de estos sistemas lo encontramos en el Derecho francés, italiano, español y en el chileno.

²⁵ MCKAYP, Stephen, y ROWLINGSON, Karen. Attitudes to inheritance in Britain [en línea]. Bristol, The Policy Press, 2005. p. 48 <<http://www.jrf.org.uk/sites/files/jrf/1861347707.pdf>> [consulta: 22 noviembre 2014].

La extensión de tales restricciones varía bastante. Mientras algunos ordenamientos garantizan constitucionalmente el derecho a la herencia, otros establecen cuotas variables según el tipo y número de asignatarios que concurran a la sucesión. Ejemplo del primer caso lo encontramos en Alemania, que garantiza el derecho a la herencia en el artículo 14 de su Constitución Federal²⁶. Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal alemán en sentencia de 19 de abril de 2005²⁷, estableció que tanto la libertad de testar como la legítima son protegidas a nivel constitucional, por lo cual las asignaciones forzosas son un límite legítimo al derecho de propiedad, independiente de la situación de necesidad del heredero²⁸. Por su parte, el Código Civil francés establece una porción de libre disposición que varía según la existencia de ciertos asignatarios. Así, si al causante le sobrevive un hijo, puede disponer libremente de la mitad de su patrimonio; si deja dos hijos, puede disponer de una tercera parte; y, si deja tres o más hijos sólo tiene libertad testamentaria respecto a la cuarta parte de su herencia²⁹. De los ejemplos citados se observa que los ordenamientos contemplan diversos rangos de libertad testamentaria y

²⁶ Act of 11 July 2012. *Basic Law for the Federal Republic of Germany in the revised version [en línea]*. ALEMANIA. *Federal Law Gazette Part III, classification number 100-1*. 11 de julio de 2012. <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0079> [consulta: 12 diciembre 2014].

²⁷ El texto completo de la sentencia traducida al inglés está disponible en el sitio web del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Ver *Judgment of the First Senate of 19 April 2005– 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03 – [en línea]* <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2005/04/rs20050419_1bvr164400en.html> [consulta: 01 diciembre 2014].

²⁸ VAQUER ALOY, Op. Cit., p. 13.

²⁹ Ley N° 2013-404. Código Civil, Traducción al español [en línea]. FRANCIA. *Journal officiel de la République française*. 17 de mayo de 2013. <<http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrancef>> [consulta: 15 diciembre 2014].

asignaciones obligatorias para el causante. Pero es característico a todos el conferir diversos medios de resguardo o tutela de esas asignaciones, mediante cuyo ejercicio los beneficiarios pueden perseguir su cumplimiento cuando el testador no respeta la distribución mandatada por la ley. En Chile por ejemplo las acciones de reforma de testamento y de inoficiosa donación contempladas en los artículos 1216 y 1187 del Código Civil respectivamente; permiten a los legitimarios perseguir la asignación que por Ley les corresponde cuando el testador no la ha respetado³⁰.

BARRÍA PAREDES estima que dentro del sistema de libertad de testar restringida es posible agrupar a los ordenamientos en dos grupos: “uno de ellos proviene del Derecho germánico (sistema de distribución forzosa o de reserva) y el otro del Derecho romano (sistemas de legítimas o de freno o de libertad restrictiva de testar)³¹. En el primero “es la ley que asigna una cuota de la herencia a algunos parientes del causante. No hay un freno a la libertad de testar sino que un llamamiento legal del asignatario a una parte o cuota de dicha herencia”³². Mientras que “en los sistemas de freno o de libertad restrictiva de testar, la ley le ordena al causante disponer de una parte de sus bienes a favor de ciertos parientes, que se les denomina generalmente

³⁰ Instituciones semejantes existen en el Derecho Francés (Artículo 920 y siguientes del Code Civile); en el alemán (artículo 2055 y siguientes del Código Civil), entre otros.

³¹ BARRÍA PAREDES, Manuel, Op. Cit., p.18.

³² Ibid, p.19.

legitimarios”³³. La diferencia está en el contenido de la norma: en uno se distribuye la herencia, la ley hace directamente un llamamiento a determinada cuota; en el otro se ordena respetar cierta distribución al causante.

En defensa de los sistemas de libertad restringida se ha señalado que la distribución forzosa a la familia se fundamenta en la equidad, pues la fortuna acumulada por el causante en vida se debe en parte a la colaboración o apoyo de sus parientes y cónyuge, estimándose perjudicial que dicha fortuna pase a un extraño³⁴. Además, se estima que imponer cierta distribución es una efectiva forma de tutelar a personas dependientes del causante y cuyo fallecimiento deja desvalidas. Reiteramos que ningún sistema está exento de crítica o defensa. Sólo mencionaremos que el fundamento familiar del Derecho sucesorio ha perdido vigencia pues, la realidad que inspiró la legítima dista mucho de la situación actual: la esperanza de vida supera los ochenta años; la estructura de la familia es cada vez más heterogénea; existen mecanismos estatales que cubren el período de vida no productiva, etc., consideraciones que abordaremos en el capítulo segundo de esta memoria.

³³ Ibid, p.20.

³⁴ MUÑOZ OSTOICH, María Pía. Autonomía de la voluntad y libertad de testar. Memoria para optar al grado de licenciado. Talca, Chile. Universidad de Talca, Facultad de leyes y ciencias políticas. 2002. p.35.

1.2 Sistema sucesorio chileno

Una vez descrito el panorama sucesorio a nivel comparado es pertinente encuadrar a nuestro ordenamiento dentro de una de las categorías expuestas. Para la doctrina nacional nuestro Derecho corresponde a un sistema de freno o libertad restringida. Como veremos, nuestra ley establece ciertas asignaciones obligatorias para el testador que limitan intensamente su libertad ante la presencia de ciertos asignatarios denominados legitimarios. Concurriendo éstos a la sucesión, el causante debe respetar los límites legales; en palabras de SOMARRIVA UNDURRAGA: “las asignaciones forzosas significan lisa y llanamente que en nuestro país no existe libertad absoluta de testar, pues ella está limitada precisamente por estas asignaciones que el testador está obligado a efectuar”³⁵. Si bien es cierto que existe una parte de libre disposición para el testador, ella corresponde a una parte mínima de su patrimonio, generalmente sólo un 25%, por lo cual no podemos encuadrar a Chile dentro del sistema de libertad absoluta.

Antes de abordar en detalle las asignaciones forzosas que contempla nuestro Derecho en el presente, analizaremos los principios que inspiran el

³⁵ SOMARRIVA UNDURRAGA, Op. Cit., p. 355.

mismo y la evolución de tales asignaciones desde la promulgación del Código Civil.

1.2.1 Principios que inspiran al Derecho sucesorio chileno

El Derecho sucesoral chileno se inspira en diversos principios, los cuales se manifiestan en diversas normas de nuestro ordenamiento. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ enumeran los siguientes principios³⁶, dentro de los cuales incorporamos la libertad de testar restringida por ser uno de los pilares de la regulación de la sucesión en nuestro país, a saber:

- Continuidad de la persona del causante;
- Unidad del patrimonio;
- Igualdad en el Derecho Sucesorio;
- Libertad de testar restringida; y
- Protección a la familia.

³⁶ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. cit, pp.46-127. Ver también DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. Principios de derecho sucesorio en el código bello y su estado actual. Revista de Derecho / Universidad de Concepción, Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales. (Concepción, Chile). Año Lxxiii, Nos. 219-220 (Ene./Dic. 2006), pp. 219 y 233.

1.2.1.1 Continuidad de la persona del causante

En concordancia con los demás Derechos de tradición romano-continental, el Código Civil consagra como principio la continuidad de la personalidad del causante por sus herederos³⁷, produciéndose la subrogación personal respecto sus obligaciones y derechos transmisibles desde la delación de la sucesión (aunque condicionada a la posterior aceptación de la asignación). Dicho de otra forma, los herederos representan al causante, no en el sentido de quien actúa a nombre de otro, sino porque ocupan su posición en diversas situaciones jurídicas. Este principio protege a todo contratante del causante pues si la muerte pusiera fin automáticamente a todo acto celebrado por éste en vida, contratar sería una actividad demasiado riesgosa.

Este principio se explica porque los Derechos continentales adscriben a la teoría subjetiva del patrimonio, es decir, ven en este conjunto de derechos y obligaciones avaluables en dinero, un atributo de la personalidad³⁸.

Se admiten tradicionalmente dos situaciones en las cuales los herederos no continúan la personalidad del causante y por tanto constituyen excepciones al

³⁷ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., p.46.

³⁸ Ibid, p.53.

principio en estudio: derechos y obligaciones intransmisibles; y el beneficio de inventario.

Respecto a la primera excepción señalada, la regla general es que derechos y obligaciones sean transmisibles, regla que se invierte por disposición expresa de la ley, como ocurre con el derecho de usufructo o con aquellos de carácter personalísimo; o por disposición de las partes en sus actos jurídicos³⁹. En estos supuestos la muerte es un verdadero modo de extinguir derechos y obligaciones, las cuales no pasan a sus herederos.

La otra excepción es el beneficio de inventario, que según el Art. 1247 del Código Civil “consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones testamentarias y hereditarias, sino hasta la concurrencia del valor total de los bienes que han heredado”. Es decir, se permite a los herederos limitar su responsabilidad por las obligaciones del causante, aceptando parcialmente la herencia deferida. Como se sabe, los herederos suceden “ultra vires hereditatis” al causante, locución latina que significa lisa y llanamente que los patrimonios de ambos se confunden y el heredero responde de las obligaciones del causante incluso con el propio⁴⁰. Para evitar injusticias, el Código Civil otorga a los herederos la posibilidad de que acepten la herencia con "beneficio de inventario", limitando así su responsabilidad al monto de la

³⁹ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., p.57.

⁴⁰ Ibid, p. 63.

asignación que reciban del causante y extinguiendo las obligaciones que no alcancen a ser satisfechas con la herencia.

1.2.1.2 Unidad del patrimonio

El principio de unidad del patrimonio en materia sucesoria puede analizarse desde la perspectiva de los bienes y desde la legislación aplicable, perspectivas que encontramos establecidas en los artículos 981 y 955 del Código Civil respectivamente⁴¹.

Al considerar la sucesión como una unidad y no una pluralidad de masas, resulta lógico que un único proceso determine la transmisión de la totalidad del patrimonio del causante respecto a todos sus asignatarios⁴². Y, en concordancia con lo anterior, debe ser una única ley la que regule todo este proceso, que corresponde a la del último domicilio del causante.

En el Derecho comparado, la ley aplicable a la sucesión puede determinarse según los más diversos factores de conexión, los cuales pueden considerar la persona del causante (sistema personal) o la situación de los bienes que

⁴¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Op. Cit., p.219.

⁴² DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., p.102.

componen la herencia, es decir, su ubicación (sistema real). Dentro de éste último, además podemos subdistinguir un sistema real absoluto y uno relativo. El sistema real absoluto aplica a cada bien de la sucesión la legislación de su situación; mientras que el relativo aplica a los bienes muebles la ley personal del causante, y a los inmuebles la ley de su situación.

Podemos citar como ejemplo de sistema personal al Derecho italiano, cuyo Código Civil establece que la sucesión se rige por la ley del Estado al que pertenecía el causante al momento de su muerte, o sea, la de su nacionalidad⁴³. Dentro del sistema real tenemos como ejemplo al Derecho francés y al inglés⁴⁴.

Debido esta diversidad de sistemas para determinar la ley aplicable, la sucesión puede ser una materia bastante problemática y dar pie a innumerables conflictos de ley. Para intentar prevenir estos conflictos, siempre posibles, Bello estableció el artículo 955 del Código Civil, el cual somete toda la sucesión a una única ley: la del último domicilio del causante⁴⁵. A pesar de esta disposición, la concurrencia de dos o incluso más legislaciones para regular una sucesión es

⁴³ Codice civile [en línea]. ITALIA. *Gazzetta Ufficiale*, n. 79. 4 de abril de 1942.

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/home.html> [consulta: 10 diciembre 2015].

⁴⁴ Para una revisión a nivel de Derecho comparado, véase EUROPEAN NOTARIAL NETWORK y Notaries of Europe. Successions in Europe. [en línea] <<http://www.successionseurope.eu/es/home>>. [consulta: 6 diciembre 2014].

⁴⁵ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. Derecho Internacional privado. 2ª edición. Santiago, LexisNexis. 2007. pp. 177-179.

cada vez más frecuente dada la actual facilidad para trasladarse de un país a otro, por lo cual el principio de la unidad está expuesto a diversas excepciones.

1.2.1.3 Igualdad en el Derecho sucesorio

Otro de los principios fundamentales del Derecho sucesorio chileno es el de la igualdad, quizás el más más patente en nuestra legislación después de las modificaciones efectuadas por la ley N° 19.585, como veremos oportunamente.

Al igual que la unidad, este principio puede observarse desde diversos puntos de vista. Primero, se ve reflejado en que, según el artículo 982 del Código civil, en la sucesión no se atiende ni al sexo ni a la primogenitura para determinar la porción del heredero. Pero también se manifiesta en la sucesión intestada, en las asignaciones forzosas y en la formación del primer acervo imaginario, donde la ley hace un llamado en iguales términos a todos los asignatarios⁴⁶.

⁴⁶ DOMÍNGUEZ AGUILA, Op. Cit., p. 222.

1.2.1.4 Libertad de testar restringida.

El sistema nacional concede una libertad de testar restringida, pues cuando concurren ciertas personas, establece asignaciones forzosas que el causante es obligado a respetar.

El Derecho chileno no adjudica forzosamente una porción de los bienes de la herencia a estos asignatarios, sino que establece acciones e instituciones destinadas a proteger las asignaciones forzosas. La acción de reforma de testamento, establecida en el Art. 1216 del Código Civil, es el clásico instrumento que nuestro ordenamiento otorga a los legitimarios para resguardarse de eventuales infracciones a las asignaciones forzosas cometidas por el causante en su testamento. Así si el testador no respeta las legítimas, los asignatarios perjudicados pueden solicitar la reforma del testamento en la parte que menoscabe su legítima efectiva o rigorosa. Esta acción, que prescribe en 4 años, tiene la particularidad de suspenderse en favor de los menores, evitando que por su juventud sean omitidos por otros familiares. Otro medio de tutela es la formación del primer y segundo acervo imaginario, junto con su consecuente acción de inoficiosa donación, a través de la cual se compensan las liberalidades con las cuales el causante benefició a terceros o a herederos. El fundamento tras esta limitación se encuentra en el principio que a continuación analizamos.

1.2.1.5 Protección a la familia

Existe un vínculo entre el Derecho de familia y sucesorio. La libertad de testar es restringida porque se ve en el Derecho sucesorio una función protectora de la familia que se materializa a través de las asignaciones forzosas. La transmisión del patrimonio dista de ser una mera adjudicación de derechos y obligaciones pues debe servir a los fines de la institución familiar, siguiendo el orden natural de los afectos del causante en pos de la solidaridad familiar⁴⁷.

Si bien sólo es a partir de la Carta Fundamental de 1980 que existe un reconocimiento constitucional de este principio⁴⁸, lo cierto es que nuestro Derecho contempló la protección a la familia desde la dictación del Código Civil. Durante el siglo XIX y gran parte del XX, nuestra legislación sólo consideró digna de tutela jurídica a la familia legítima. Recordemos que antiguamente el Código distinguía entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos. El principio se irá expandiendo en el transcurso del siglo XX, durante el cual se incorporó

⁴⁷ DOMÍNGUEZ AGUILA, Op. Cit., p. 223-224.

⁴⁸ El artículo 1° de la Carta fundamental establece como deber del Estado proteger y propender al fortalecimiento de la familia. Ver Decreto N° 100. Fija el texto refundido de la Constitución Política de la República [en línea]. CHILE. Ley Diario Oficial. 17 de septiembre de 2005. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta: 10 marzo 2015].

paulatinamente a la familia natural dentro de la esfera de protección de la Ley, concediéndole algunos derechos en materia de alimentos y sucesión de forma subsidiaria a la familia legítima. La situación de los hijos fue totalmente igualada con la dictación de la Ley N°19.585 en el año 1998, que eliminó toda diferencia hereditaria basada en el origen de los hijos. Luego de esa modificación legal, la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial sólo tiene efectos respecto su determinación.

Como contrapeso a la igualación de todos los hijos, la citada Ley configuró una situación especialmente beneficiosa para el cónyuge sobreviviente, convirtiéndolo en un asignatario privilegiado⁴⁹. Esta situación permite hablar de una especie de subprincipio del Derecho sucesorio: la protección del cónyuge sobreviviente. En efecto, junto con los gananciales atribuidos producto de la liquidación del régimen matrimonial a la muerte del causante, el cónyuge supérstite tiene una serie de derechos adicionales dentro de la sucesión. Respecto a la sucesión abintestato, concurre junto con los hijos en el primer orden de sucesión, llevando una porción que no puede ser inferior a la cuarta parte de la herencia (artículo 998 del Código Civil); o con los ascendientes en el segundo orden, por los dos tercios del patrimonio del causante. Ya que estas reglas se aplican la mitad legitimaria, tienen un notorio efecto en la libertad de testar atribuida a las personas. En cuanto a la sucesión testamentaria, el

⁴⁹ SAAVEDRA ALVARADO, Op. Cit. p. 123. En el mismo sentido se pronuncia DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Op. Cit., p. 230.

cónyuge es legitimario y asignatario de la cuarta de mejoras. Todo lo anterior sin perjuicio del derecho de atribución preferente estipulado en el artículo 1337 N° 10 del Código Civil. Por lo cual, el estatuto del cónyuge sobreviviente en Chile se configura como el más favorable en el Derecho comparado⁵⁰.

Se ha fundamentado esta serie de derechos preferentes en la situación que enfrentan la mayoría de los viudos, especialmente las viudas. Nuestra regulación está pensada para la mujer que se casó, dedicó al cuidado del hogar sin desarrollar actividad remunerada alguna y, que al fallecer la persona de quien dependió toda su vida, quedó en una situación de desprotección que el Derecho es llamado a resolver. Esta regulación no está exenta de crítica porque la realidad familiar actual dista mucho del modelo para el cual fue concebida. Y la crítica a esta situación no sólo se debe a su obsolescencia, sino también a los efectos injustos que ocasionan en la sucesión cuando concurren varios hijos especialmente cuando concurre descendencia tanto matrimonial como, extramatrimonial, efectos que no podemos tolerar en un sistema que consagró la igualdad de los hijos.

En conclusión, si bien este principio es uno de los que ha sufrido mayores cambios desde la dictación del Código Civil, es indiscutible que permanece vigente en la actualidad. Como analizaremos en el siguiente apartado, el

⁵⁰ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., p. 127.

establecimiento de asignaciones forzosas contra la voluntad del redactor del Código civil, obedeció a la herencia española, que impuso la legítima por sobre un sistema de libertad de testar.

1.2.2 Las asignaciones forzosas en el Código civil.

La libertad de testar se ve restringida ante la existencia de asignatarios forzosos, pues, si éstos concurren a la sucesión, el causante puede disponer únicamente de la cuarta parte de su patrimonio.

El Código civil contempla en su artículo 1167 como asignaciones forzosas a: 1° los alimentos que se deben por Ley a ciertas personas; 2° las legítimas; y 3° la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes, y del cónyuge.

A continuación expondremos un breve análisis sobre la evolución de la libertad de testar en Chile, para después revisar sus límites actuales, es decir, las asignaciones forzosas.

1.2.2.1 Evolución de las asignaciones forzosas.

Bello era partidario de establecer un sistema de libertad de testar absoluta, probablemente debido a su larga permanencia en Inglaterra. Así lo expresa en el proyecto de 1853: “El establecimiento de las legítimas, no sólo es vicioso porque es innecesario (pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad), sino porque complicando las particiones, suscitando rencillas y pleito 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. 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 y de la legislación romana”⁵¹.

Por ello, la libertad de testar otorgada en un principio era mucho más amplia que la contemplada finalmente por el Código Civil. No existía la cuarta de mejoras y la legítima era una porción variable, ello permitía al testador disponer de la mitad o totalidad de su patrimonio dependiendo de la concurrencia o no de legitimarios⁵².

⁵¹ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, Op. Cit., p. 374.

⁵² OCQUETEAU MORENO, Daniel. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.585 en materia de Derecho Sucesorio. Memoria para optar al grado de Licenciado en

Si Bello tuvo reparos en cuanto a la legítima, sus aprensiones fueron aun mayores respecto a la mejora, por lo cual tampoco la contempló como asignación forzosa en el Proyecto de 1853. Esta asignación, cuyo origen está en el tercio de mejoras del Derecho Español, fue introducida por la Comisión Revisora, rebajándola de un tercio a un cuarto⁵³.

Finalmente, el Código Civil estableció en su artículo 1167 que asignaciones forzosas eran: los alimentos que por ley se deben a ciertas personas, la porción conyugal⁵⁴, las legítimas y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos⁵⁵. Con ello, restringió la libertad de testar que había contemplado Bello. Entre otras características del texto original del Código Civil, podemos citar la ausencia del cónyuge como legitimario y la estipulación de dos órdenes de sucesión, dando preferencia a la familia legítima.

Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2002, p. 14.

⁵³ MARTINIC GALETOVIC, María Dora. Las asignaciones forzosas y la libertad de testar en el derecho chileno. Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho: LexisNexis, 2005. pp. 479-480.

⁵⁴ La porción conyugal fue eliminada por la Ley N°19.585, la cual estableció al cónyuge sobreviviente como legitimario. En su origen fue una asignación de carácter alimentario pues el artículo 1172 exigía que el cónyuge que careciera de bienes o tuviera una cantidad inferior a lo que la ley estimara correspondiente. La Ley N°10.271 le quitó ese carácter alimentario y estableció su cuantía en dos legítimas rigurosas. Finalmente, la Ley N° 18.802 admitió al cónyuge como asignatario de la cuarta de mejoras, declarando que la porción conyugal era equivalente a una o dos legítimas efectivas. Ver OCQUETEAU MORENO, Daniel, Op. Cit., pp. 18-21.

⁵⁵ BARRÍA PAREDES, Op. Cit., p. 29.

Las siguientes modificaciones al Código Civil tuvieron como objetivo proteger a los descendientes naturales y al cónyuge sobreviviente, permitiendo al causante beneficiarlos de manera expresa en su testamento. La primera reforma en la materia vino con la Ley N°10.271 publicada en el Diario Oficial el 2 de Abril de 1952, ley que agregó como asignatarios de cuarta de mejoras a los hijos naturales y también a sus descendientes legítimos.

Luego, la Ley N° 18.802, publicada en el Diario Oficial el 9 de Junio de 1989, agregó como asignatario de la cuarta de mejoras al cónyuge sobreviviente, el cual antes sólo tenía derecho a su porción conyugal en caso de no contar con bienes suficientes para su mantención, semejante a los alimentos que por ley se deben a ciertas personas.

Finalmente, la Ley N° 19.585, publicada en el Diario Oficial el 26 de Octubre de 1998, reformó profundamente el sistema sucesorio en general y desde luego las asignaciones forzosas. Respecto al cónyuge sobreviviente, eliminó la porción conyugal como asignación forzosa y lo incorporó como legitimario. En cuanto a la descendencia eliminó la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos y estableció la absoluta igualdad de sus derechos hereditarios. Además, incorporó a los ascendientes como asignatarios de mejoras.

1.2.2.2 Alimentos que por Ley se deben a ciertas personas.

En nuestro ordenamiento el derecho de alimentos se regula en diversas leyes dentro de las que destacan el Código Civil, el cual contiene su regulación sustantiva y sistemática. El derecho de alimentos no está definido en la Ley, pero el Código civil nos da una idea en su artículo 323, el cual señala: “Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. Comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de veintiún años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio”. RAMOS PAZOS⁵⁶ define derecho de alimentos como “el que la ley otorga a una persona para demandar de otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de una profesión u oficio”.

Los alimentos admiten clasificaciones desde diversos puntos de vista. En primer lugar, según la fuente de la obligación pueden ser legales

⁵⁶ RAMOS PAZOS, René. Derecho de familia. 6^{ta} edición. Volumen N°2. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 525.

(reglamentados en la ley) o voluntarios (establecidos por la voluntad del hombre por contrato o testamento). Antes de la dictación de la Ley 19.585 era posible distinguir según el contenido de la obligación en alimentos necesarios, es decir, los que bastaban para el sustento del alimentario; o congruos, o sea, “los que habilitan al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”. Según el momento en que se decretan y la permanencia de la obligación, los alimentos se clasifican en provisorios, los cuales son decretados por el juez mientras conoce el juicio, y definitivos, que se otorgan por toda la vida del alimentario mientras subsistan las condiciones de la demanda. Finalmente, podemos distinguir entre alimentos futuros y devengados u atrasados⁵⁷.

En materia sucesoria, los alimentos revisten un doble carácter pues además de asignación forzosa, son una baja general de la herencia por lo dispuesto en el artículo 959 N° 4 del Código Civil. Sin embargo, en ambos caracteres sólo se comprenden los denominados alimentos legales. Se excluyen así, los voluntarios, es decir, “aquellos que el causante buenamente proporcionaba a quien en verdad carecía de un título legal para exigírselos”⁵⁸.

Los alimentos forzosos, estos son los que por ley se deben a ciertas personas, se imputan al acervo líquido una vez efectuadas las bajas generales

⁵⁷ RAMOS PAZOS, René, Op. Cit., pp.527-529.

⁵⁸ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, Op. Cit., p.381.

de la herencia, mientras su cuantía sea prudente pues en lo excesivo se asimilan a los voluntarios, descontándose de la cuarta de libre disposición⁵⁹.

Dada la expresión “alimentos que por ley se deben a ciertas personas” utilizada en el artículo 1167 del Código Civil, la doctrina nacional ha discutido exhaustivamente que debe entenderse por tales y ha distinguido según las diversas situaciones que pueden presentarse a la muerte del causante⁶⁰:

- El causante estaba pagando una pensión alimenticia declarada por sentencia judicial o transacción.
- El alimentario había demandado alimentos al causante en vida y la sentencia declaró su obligación después de la muerte de este.
- El causante pagaba voluntariamente alimentos al alimentario quien tenía título para demandarlos pero no lo hizo en vida del primero.
- El alimentario no demandó ni recibió alimentos del causante mientras vivía.

En la primera situación descrita, los alimentos corresponden a deudas hereditarias que se rebajan del acervo ilíquido en virtud del artículo 954 N°2 del mismo Código, por tanto no constituyen asignación forzosa.

⁵⁹ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., p.900.

⁶⁰ ELORRIAGA DE BONIS, Op. Cit., pp.385-386.

Respecto a las demás situaciones, el asunto no es del todo claro. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han debatido en torno a la transmisibilidad de la obligación de alimentos y sobre cuál es el concepto utilizado en el artículo 1167 del Código Civil.

Un sector importante de la doctrina estima que la obligación de alimentos es intransmisible⁶¹, pues de otra forma los herederos nunca estarían liberados de eventuales demandas de alimentos. En consecuencia, deben entenderse por “alimentos legales” aquellos respecto a los cuales existía un título a la muerte del testador y que deben seguir pagándose al alimentario con cargo al patrimonio dejado por aquél, dicho de otra forma, los alimentos deben ser demandados en vida del causante. Por ello se incluyen como asignación forzosa aquellos cuya sentencia se dictó con posterioridad a la muerte del causante, ya que el artículo 331 del Código Civil establece que los alimentos se deben desde la primera demanda⁶². Para este sector de la doctrina, el derecho de alimentos sólo grava a algún heredero cuando el testador lo dispuso, caso en que será una deuda testamentaria⁶³.

Otros autores sostienen la transmisibilidad de la obligación de alimentos, considerando que la expresión “alimentos legales” implica la existencia de un

⁶¹ RAMOS PAZOS, René, Op. Cit., pp. 534-535.

⁶² DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., pp.904-905.

⁶³ RAMOS PAZOS, Op. Cit., p. 535.

título para demandarlos al momento del fallecimiento del causante porque, de lo contrario, el código habría empleado la expresión “declarados por sentencia judicial”, además que el artículo 323 establece que los alimentos se deben por toda la vida del alimentario mientras subsistan las circunstancias de la demanda⁶⁴. En tal sentido, CLARO SOLAR señala que la obligación de alimentos existente en vida del causante, incluso de aquellos no demandados, se transmite a los herederos como deuda hereditaria y se rebaja del acervo ilíquido por el artículo 959 N°2 del Código Civil.

La jurisprudencia en general adhiere a la primera postura, exigiendo al menos que los alimentos sean demandados en vida del causante, declarando, por tanto, la intransmisibilidad de la obligación que no contaba con un título al momento del fallecimiento del causante. Así lo sostuvo la Corte de Apelaciones de Concepción: “De modo que cuando se ordene el pago de una pensión de alimentos por sentencia judicial, ésta debe continuar pagándose hasta que una nueva sentencia judicial declare extinguida la obligación. (...) La obligación alimenticia así establecida entre vivos, no se extingue con la muerte del alimentante, aunque sí por aquella del alimentario (...). Insistamos, pues, en que la obligación de dar alimentos constituida en vida del alimentante por sentencia o transacción es transmisible⁶⁵”.

⁶⁴ RAMOZ PAZOS, Op. Cit., p. 905.

⁶⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 13 de junio de 2014, Rol N° 387-2014, Cita Online: CL/JUR/3374/2014.

La discusión antes descrita evidencia la oscuridad y confusión de la noción de alimentos como asignación forzosa y baja general de la herencia. Parece a lo menos reiterativo establecerlos de esta forma pues al ser deuda hereditaria, se rebajan del acervo ilíquido, es decir, antes de proceder a la distribución de las asignaciones forzosas. Tal como previene GUZMÁN BRITO, “es un fantasma legal inconsistente cuya idea (...) se satisface por sí misma, atendida su verdadera naturaleza de deuda hereditaria”⁶⁶. Cabe entonces preguntarnos si más allá de estar contemplados en la enumeración del artículo 1167 del Código Civil, son en realidad una asignación forzosa. Por el momento, señalaremos que, independiente de ello, constituyen una restricción a la libertad testamentaria pues, de no cumplirse con ella, el alimentario puede perseguir su cumplimiento.

Respecto a su pago debemos decir que los alimentos se imputan por regla general a la masa hereditaria, pero el artículo 1168 del Código Civil permite que el testador le imponga esta obligación a un heredero en particular. En tal caso se estimarán como carga de la asignación, por ello no pueden imponerse a los legitimarios, y se pagarán según las normas generales de la obligación de alimentos. Recordemos que si son excesivos se imputan a la parte de libre disposición de la herencia.

⁶⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro. La doble naturaleza de deuda hereditaria y asignación forzosa de los alimentos debidos por ley a ciertas personas. Revista Chilena de Derecho. Vol. 35 N°2, p. 338. [2008]

1.2.2.3 Legítima

El artículo 1181 del Código Civil establece que legítima es aquella cuota que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. A su vez, el artículo 1182 del mismo Código dispone que son legitimarios los hijos, personalmente o representados por su descendencia; los ascendientes; y el cónyuge sobreviviente. Éste último fue incorporado como asignatario de legítima por la ley N° 19.585, concurriendo como tal independiente del régimen matrimonial con el cual estaba casado con el causante y de los gananciales que reciba en virtud de la liquidación de tal régimen. El cónyuge supérstite pierde su calidad de legitimario si se disuelve el vínculo matrimonial con el causante sea por sentencia de divorcio o nulidad.

La legítima es la asignación forzosa por excelencia no sólo porque alcanza la mitad de los bienes del causante o mitad legitimaria, sino porque la existencia de sus asignatarios determina la extensión de la libertad de testar con la cual el causante podrá disponer de su patrimonio⁶⁷. Así, al concurrir éstos a la sucesión se forma la mitad legitimaria a partir del acervo líquido con las agregaciones contenidas en los artículos 1185 y siguientes, cuando sean

⁶⁷ MARTINIC GALETOVIC, María Dora, Op. Cit., pp. 479-480.

procedentes. Por lo anterior, constituye el límite más fuerte a la disposición del causante.

En la distribución de la legítima operan las reglas de la sucesión intestada. Los legitimarios del primer y segundo orden de sucesión (si no concurren estos herederos el testador tiene plena libertad de testar) concurren, son excluidos y representados conforme a los artículos 980 y siguientes del Código Civil.

La legítima se clasifica en rigurosa y efectiva. La primera es aquella parte que le corresponde a cada legitimario en la herencia y que no es susceptible de modalidad o gravamen alguno por disposición del artículo 1192 del Código Civil. La legítima efectiva es esencialmente variable y depende de si el testador dispone o no del resto de su patrimonio, es decir, corresponde a la legítima rigurosa aumentada con la cuarta de mejoras y la de libre disposición de las que el testador no dispuso⁶⁸.

Las legítimas se caracterizan por ser una asignación forzosa que no admite modalidad o gravamen alguno. ELORRIAGA señala que el derecho de adjudicación preferente contenido en el artículo 1337 N°10 es una excepción a esta regla. Ello porque puede llegar a ser un serio gravamen para las legítimas,

⁶⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, Op. Cit., p.387.

pues en nuestro país es frecuente que el único bien de relevancia en una sucesión sea el inmueble que sirve de residencia a la familia⁶⁹.

Otra característica de esta asignación es su pago preferente sobre cualquier otra asignación testamentaria, imputándose incluso a la cuarta de mejoras si el patrimonio del difunto es insuficiente. Por lo cual, hasta su efectivo cumplimiento o pago, no podemos hablar de una parte de libre disposición de la herencia. Respecto a su pago, es posible que el testador indique los bienes con los cuales deba hacerse éste (artículo 1197 del Código Civil).

El Derecho chileno no atribuye directamente la asignación forzosa al legitimario en la sucesión testada, pues en tal caso, el legitimario afectado tendría acción directa contra los herederos instituidos en su perjuicio. La infracción a las asignaciones forzosas no afecta la validez del acto testamentario, la cual sólo puede ser atacada por vicios en la voluntad del testador o por omisión de las formalidades exigidas a este acto. Nuestro ordenamiento, ante un testamento que no respeta la legítima establecida por ley, ha optado por otorgar determinadas acciones para proteger el derecho de los legitimarios como la acción de reforma y la acción de inoficiosa donación⁷⁰. Diferente es la situación en la sucesión intestada donde en verdad la ley hace un llamado a determinada porción de la herencia según los órdenes sucesorios

⁶⁹ ELORRIAGA DE BONIS, Op. Cit., p.403.

⁷⁰ BARRÍA PAREDES, Op. Cit., p. 201.

previstos en los artículos 988 y siguientes del Código Civil⁷¹.

Los derechos de los legitimarios son determinados en vida del causante desde que adquieren el parentesco con éste, sin perjuicio de lo cual no son titulares de ningún derecho o acción sino hasta su muerte. Así lo estableció la Corte Suprema en la sentencia dictada en la causa Rol N° 5370-2013, de fecha 23 de septiembre de 2014: “si bien la ley reconoce la calidad de legitimario en vida del causante, sólo puede impetrarse la protección de la legítima una vez producida la muerte de quien tiene la obligación de respetarla, ello no sólo porque, en virtud del artículo 1001 del Código Civil, las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sino porque la calidad de legitimario puede perderse antes de la muerte, por ejemplo, por divorcio en el caso del cónyuge sobreviviente. En efecto, es el momento de la muerte del causante el que determina la persona de sus herederos, así como la legitimidad de las asignaciones testamentarias; antes del fallecimiento los herederos sólo tienen una mera expectativa y, por ende, no están legitimados para accionar judicialmente”⁷².

La existencia de legitimarios disminuye la libertad del causante automáticamente a una cuarta parte de su patrimonio pues coinciden con los

⁷¹ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., pp.928-929.

⁷² Sentencia de la Corte Suprema de 29 de septiembre de 2013, Rol N° 5370-2013, Cita online CL/JUR/6712/2014.

asignatarios de mejoras, a excepción de los descendientes donde pueden concurrir personas que no son legitimarios como los nietos. En general, es difícil que alguien carezca de legitimarios y, por tanto, pueda disponer con absoluta libertad de su patrimonio. Sostendremos a lo largo de esta memoria, que tal limitación carece de fundamento y sentido en la época actual.

1.2.2.4 Mejoras

En un sentido amplio, se entiende que una persona ha sido mejorada cuando recibe a título de herencia más de lo que la ley le atribuye⁷³. En un sentido restringido, que es el utilizado en Chile, se trata de una asignación forzosa independiente que puede dejarse a los titulares establecidos en el artículo 1195 del Código Civil, a saber: ascendientes, descendientes y cónyuge sobreviviente. Por tanto, en nuestro Derecho entendemos que un asignatario ha sido mejorado cuando se dispone en su favor con cargo a la cuarta de mejoras⁷⁴.

A diferencia de lo que ocurre en las legítimas, en las mejoras no operan las reglas de la sucesión intestada, por lo cual, el causante puede distribuir esta

⁷³ BARRÍA PAREDES, Manuel, Op. Cit., p. 165.

⁷⁴ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., p.956.

asignación entre sus titulares de la forma que mejor le parezca. Existe entonces una cierta libertad para disponer de esta parte de la herencia.

Se han señalado⁷⁵ como características de las mejoras ser una asignación forzosa que no se presume y admite, con restricciones, ciertos gravámenes o modalidades. Respecto a que la mejora no se presume, la doctrina, basada en los artículos 1198 y 1203 del código civil, ha dicho que la asignación de la cuarta de mejoras a uno o varios legitimarios requiere declaración expresa del testador en su testamento o por acto entre vivos, pues de lo contrario se entiende hecha con cargo a su legítima. La misma doctrina establece que la asignación a quien no es legitimario se entiende hecha con cargo a la parte del patrimonio de la cual el testador pudo disponer libremente. En cambio, DOMÍNGUEZ Y DOMÍNGUEZ⁷⁶ afirman que es posible una mejora tácita, siendo necesario sólo que el testador exprese en términos unívocos su intención de mejorar al asignatario, sin requerir la utilización de términos formales. Tal situación se daría si el testador asignara cuotas a sus legitimarios sin señalar a qué parte de la herencia (mitad legitimaria, cuarta de mejoras o cuarta de libre disposición) se imputa.

Por otro lado, el artículo 1195 inciso 2° del Código Civil permite instituir gravámenes sobre las asignaciones a título de mejoras pero únicamente en

⁷⁵ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, Op. Cit., pp. 410-412.

⁷⁶ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., p. 972.

favor del cónyuge, los descendientes o ascendientes del testador, es decir, de otros titulares de la cuarta de mejoras. Respecto a la posibilidad de establecer modalidades la ley no establece prohibición alguna.

Otra particularidad de esta asignación forzosa es la posibilidad de celebrar un pacto sobre sucesión futura válido por expresa disposición del artículo 1204 del Código Civil, única excepción en nuestro sistema jurídico a la prohibición del artículo 1463 de la misma norma. Mediante escritura pública el futuro causante puede prometer a cualquiera de los titulares de mejoras, no donar ni asignar por testamento parte alguna de esta parte de su patrimonio, sin que dicho pacto adolezca de objeto ilícito.

La cuarta de mejoras es otro límite a la libertad testamentaria en Chile. Si bien, admite una mayor injerencia de la voluntad del testador, puesto que éste puede distribuirla arbitrariamente entre su cónyuge, ascendientes o descendientes; lo cierto es que su formación coincide con la de la mitad legitimaria, pues los titulares de ambas asignaciones son prácticamente los mismos. Por lo cual, existiendo legitimarios la posibilidad del testador de disponer de sus bienes vía testamento se reduce inmediatamente a una cuarta parte, convirtiendo a nuestro ordenamiento en uno de los más restrictivos a nivel de Derecho comparado. Al respecto MARTINIC GALETOVIC señala: “De esta forma curiosamente, por una parte, se amplía la libertad de testar, en el

sentido que al instituirse a los ascendientes como asignatarios de mejoras se aumenta el abanico de personas a las cuales el causante puede efectuar asignaciones con cargo a dicha cuarta, pero por otra parte, se reduce la libertad de disposición del difunto, por cuanto, como expresara al comenzar este trabajo, habiendo descendientes, ascendientes o cónyuge, (...) el causante sólo puede disponer a su arbitrio de la cuarta parte de sus bienes”⁷⁷.

⁷⁷ MARTINIC GALETOVIC, María Dora, Op. Cit., p. 483.

2. CAPÍTULO II: LA NECESIDAD DE REFORMAR LAS ASIGNACIONES FORZOSAS.

Este capítulo tiene por objetivo exponer la necesidad de reformar las asignaciones forzosas en favor de una libertad de testar más amplia. En primer lugar, analiza las razones que tradicionalmente han justificado las restricciones en materia testamentaria. Luego, estudia los diferentes argumentos que pueden esgrimirse a favor de la ampliación de la libertad de testar. Finalmente, aborda la tendencia de los sistemas de libertad de testar restringida a cuestionar el la legítima como límite a la voluntad.

2.1 La excesiva restricción a la libertad de testar en Chile.

Como señalamos en el capítulo anterior, en nuestro Derecho la libertad de testar está sujeta a fuertes limitaciones ya que, por regla general, los chilenos sólo pueden disponer libremente de una cuarta parte de su patrimonio. Lo anterior se debe a que los titulares de dos asignaciones forzosas -legítimas y mejoras- coinciden en gran parte. La única diferencia se da respecto a los

descendientes pues, el artículo 1182 del Código Civil establece como legitimarios a los hijos del causante; mientras que el artículo 1195 de la misma norma instituye como beneficiarios de mejoras a los descendientes. Dicho de otra forma, el asignatario de la cuarta de mejoras no requiere ser legitimario, por lo cual puede ser un descendiente distinto del hijo, por ejemplo, un nieto o bisnieto. En vista de lo anterior y de lo poco probable de que una persona no tuviese hijos, cónyuge o ascendientes al momento de su muerte, es que la libertad de testar en Chile alcanza sólo una cuarta parte de la herencia. En la mayoría de los casos, el testador será una persona de edad avanzada, pues, tal como señalan MCKAYP y ROWLINGSON: *“younger people (...) were much less likely to have made a will compared with older people. And last wills are generally written very late – the median is age 69 for men and 73 for women”*⁷⁸. Considerando que la esperanza de vida en nuestro país para el período 2010-2015 se ha estimado en 79,1 años⁷⁹ y que en Inglaterra esta alcanza los 82 años⁸⁰, podemos extrapolar dicho estudio a la realidad nacional y estimar que la edad promedio del testador en nuestro país es similarmente avanzada. Además, las probabilidades de tener legitimarios al momento de la muerte son bastante altas. Si bien, actualmente el porcentaje de personas solteras es cercano al 50% y se aprecia una tendencia al alza, dada la alta expectativa de

⁷⁸ MCKAYP y ROWLINGSON, Op. Cit. p.70.

⁷⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Compendio Estadístico. [en línea] Santiago, Chile. Instituto Nacional de Estadísticas. 2014. p 113. <http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/compendio_2014.pdf> [consulta: 02 marzo 2015]

⁸⁰ GRUPO DEL BANCO MUNDIAL. El Banco Mundial. [en línea] <<http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN>> [consulta: 15 febrero 2015]

vida, es probable que tenga ascendientes vivos y esté por tanto obligado a respetar la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras. Por otro lado, las personas casadas aún representan el 30% de la población⁸¹. Dicho de otra forma existe un amplio sector de nuestra población que debe respetar las asignaciones forzosas.

Estimamos que estas restricciones no corresponden a la dinámica social actual. Si bien, la ley no puede anticipar todos los cambios que experimentará la familia chilena en los próximos años, ya que la modificación de las normas jurídicas es un proceso lento en comparación a aquellos, no es conveniente perpetuar una desconexión tan profunda con la realidad familiar. Debido a esto y a los fundamentos que estudiaremos a lo largo de este capítulo, creemos necesaria una reforma a las asignaciones forzosas, de modo que el Derecho confiera a los particulares mayor libertad al momento de distribuir su patrimonio y así ajustarse mejor a los deseos del causante y las necesidades de su familia.

⁸¹ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Mujer y Familia Casen [en línea]. Santiago, Chile. Observatorio Social. 2011 p. 33. <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/casen/publicaciones/2011/RESULTADOS_Mujer_y_Familia.pdf> [consulta:02 de marzo 2015]

2.2 Justificaciones tradicionales de las restricciones a la libertad de testar

La libertad de testar restringida es uno de los principios que inspiran nuestro Derecho sucesorio y se manifiesta a través de las asignaciones forzosas que todo individuo debe respetar, aun en perjuicio de la voluntad expresada en su testamento. A continuación estudiaremos los fundamentos de estas limitaciones a la facultad de testar.

2.2.1 La protección a la familia

La mayoría de los argumentos a favor de un sistema de libertad de testar restringida, como es el chileno, giran en torno de la protección a la familia. En estos sistemas se estima que el Derecho sucesorio tiene una función protectora derivada de las obligaciones que el causante tenía respecto a sus familiares.

Podemos decir, sin temor a caer en la exageración, que desde antes de la dictación del Código civil⁸² y hasta nuestros días inclusive⁸³, existe en la sociedad la idea de que los bienes de una persona muerta deben quedar en manos de sus familiares. El parentesco pareciera ser una legítima expectativa de que gran parte del patrimonio del causante permanecerá en las manos de sus más cercanos. Para la mayoría de los chilenos resultaría difícil de entender que una persona deje su herencia a un tercero, omitiendo a sus hijos o cónyuge.

Los antecedentes de tal concepción se vinculan al Derecho Romano y, en nuestro país, a la influencia española. Tal como señalan DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, la herencia en Roma tenía por fin no sólo traspasar el patrimonio del difunto, sino también designar al futuro jefe de la familia y continuador del culto familiar. De allí que en esa época fallecer sin dejar testamento se viera como una desgracia, pues implicaba el fin de aquel culto⁸⁴. En tal contexto, el testador romano podía designar libremente al nuevo protector de su familia. Sin embargo, se cometieron muchos abusos en virtud de esa libertad, abusos que motivaron la introducción de restricciones a la voluntad testamentaria durante la época imperial. Se estima que la influencia del cristianismo provocó que esas

⁸² DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Op. Cit., p. 226.

⁸³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Op. Cit., p. 233.

⁸⁴ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., pp. 29-30.

limitaciones tendiesen a proteger a la familia natural, por sobre otras personas⁸⁵.

Una historia semejante ocurrió en Inglaterra, donde la absoluta libertad testamentaria fue una institución de corta vida durante el siglo XIX luego de la promulgación de la *Dower Act*⁸⁶. Podemos apreciar que incluso en el *Common Law*, existían (*Dower*) y existen (*family provision*) limitaciones a la libertad de testar. Ello demuestra que la distribución en favor de los parientes es transversal a los Derechos sucesorios.

En Chile, el establecimiento de la legítima y de la mejora como asignaciones forzosas por la Comisión Revisora del Código Civil, se debe a la influencia de la legítima española en la sociedad chilena. Ante esto, Bello siguió al Derecho español, inspirándose en la regulación derivada de las Partidas⁸⁷.

En la actualidad, la protección a la familia es un deber del Estado chileno consagrado a nivel constitucional y en diversas disposiciones legales. En materia sucesoria, la actual redacción del Código Civil privilegia a los hijos,

⁸⁵ Ibid, p. 21.

⁸⁶ BARRIO GALLARDO, Op. Cit. (2011), p. 61.

⁸⁷ BARRÍA PAREDES, Op. Cit. p. 5.

cónyuge y ascendientes en la sucesión del causante tanto en la testada como la intestada⁸⁸.

En ausencia de voluntad del causante, es decir, si no hay testamento, nos parece legítimo que la ley atribuya su patrimonio a sus familiares. La Ley presume “el orden natural de los afectos” y distribuye en razón de éstos los bienes, derechos y, no olvidemos, obligaciones del causante. Lo cuestionable es que ante sucesiones testadas la ley haga un llamado a los parientes y establezca cuotas de distribución indisponibles. Ante esta situación, nos preguntamos, ¿qué parientes debiesen concurrir a la sucesión?, ¿cuándo la existencia de ciertos parientes debiese constituir un límite a la libertad de testar?, o ¿la regulación actual se corresponde con la concepción actual de familia?

La protección a la familia no deja de ser una buena razón para limitar la libertad de los particulares pues el Derecho tiene un interés prevalente en resguardar el cumplimiento de los deberes intrafamiliares, especialmente para con las personas en estado de necesidad o vulnerables. Es conveniente destacar que la protección es especialmente intensa respecto a los menores de edad, no olvidemos que nuestro país es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas

⁸⁸ En la sucesión intestada además concurren los hermanos y los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el sexto grado inclusive.

el 20 de Noviembre de 1989, por lo cual en toda sucesión debiesen recibir especial consideración. Las reformas al Derecho de familia están fuertemente influidas por el afán mundial en proteger a quienes no tienen los medios para defenderse y sufren más con la ruptura de la armonía familiar. En muchos casos, las personas se niegan a pagar el correspondiente derecho de alimentos y deben ser requeridas judicialmente para que cumplan, es más fácil todavía omitir sus obligaciones a través de testamento, cuando ya no existen medios de apremio para su pago.

En vista de tales consideraciones estimamos que la función protectora de la familia no ha perdido su razón de ser. En efecto, las asignaciones forzosas impiden que el testador omita sus obligaciones para con sus parientes, lo cual es especialmente necesario tratándose de personas vulnerables o dependientes de aquél, como serían los hijos menores o afectos a algún tipo de enfermedad, los ascendientes sin patrimonio propio o el viudo que se dedicó al cuidado del hogar y no realizó una actividad remunerada. Todas estas personas se encuentran en un estado de necesidad producido por la muerte de la persona de quien dependían económicamente. Pero, ¿tales consideraciones son válidas respecto a hijos mayores, con patrimonio propio, familias formadas y estudios cursados costeados por el causante?, ¿qué pasa con aquellas personas dependientes del causante que no son legitimarios, acaso su omisión como legitimarios resta validez a los vínculos afectivos entre las personas?,

¿qué pasa con la convivencia, especialmente la de hecho? En cuanto a la convivencia es cierto que está próximo a promulgarse el proyecto de Ley que establece el Acuerdo de Unión Civil, sin embargo entrará en vigencia 6 meses después de su publicación en el Diario Oficial y carece de regulación para la convivencia de hecho, crítica que analizaremos más adelante⁸⁹. Es por ello que estimamos necesaria, no la eliminación del principio de protección a la familia, sino su actualización. El Derecho es una forma de organización social que debe responder a las necesidades de sus regulados. En el momento en que la Ley omite ciertas situaciones fácticas, como la convivencia o la simple afinidad como una fuente válida de parentesco, es que pierde su propósito. La familia ha cambiado y ciertas relaciones quedan fuera de la regulación actual, provocando situaciones injustas. Así ha expresado la doctrina: “[la tendencia a ampliar el rol de la autonomía de la voluntad en materia sucesoria] parece fundarse en la premisa (...) que reconoce la existencia de una presión social para ampliar las posibilidades de la autonomía privada en respuesta las condiciones o requerimientos de la realidad familiar”⁹⁰.

A continuación abordaremos otras perspectivas que desde del principio de protección a la familia que se han esgrimido para justificar las asignaciones forzosas.

⁸⁹ Ver *infra* 3.3.1.3.3.

⁹⁰ SAAVEDRA ALVARADO, Op. Cit., p. 132.

2.2.2 La continuidad y conservación del patrimonio familiar

La adjudicación de la herencia a los familiares también se ha fundamentado en su participación en los ingresos percibidos por el causante. Se piensa que sin la colaboración de la familia, la vida productiva del testador no se hubiese desarrollado de igual forma. Así, la mujer que se dedica al cuidado del hogar colabora de alguna forma con el trabajo de su marido pues de otra manera éste hubiese trabajado menos de lo que podía y quería⁹¹. También se ha señalado que los hijos contribuyen a formar el patrimonio de sus progenitores y por tanto “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 retribución del aporte de ellos a la formación del patrimonio familiar”⁹².

Este argumento se desprende de los antiguos modelos de producción basados en la empresa o taller familiar, donde efectivamente cada miembro trabajaba o participaba en ella de alguna forma, contribuyendo todos en su fuente de sustento. Siendo un real aportante en las ganancias y crecimiento del

⁹¹ BARRÍA PAREDES, Op. Cit., p. 208.

⁹² BARRÍA PAREDES, Op. Cit., p. 209.

patrimonio familiar, era justo que una vez desaparecido el jefe de familia, cierta parte le fuese adjudicada al pariente, en una especie de retribución a su trabajo.

Esta justificación cada vez está más obsoleta pues estaba pensada para una sociedad agraria en una época donde las empresas eran primordialmente familiares y efectivamente los parientes participaban en su actividad económica. Debido a ello, era no sólo lógico sino también justo que producida la muerte del dueño de la empresa, ésta pasara como herencia a quienes también habían contribuido a sus ganancias⁹³.

La realidad productiva actual dista de tales parámetros. En una sociedad industrializada, donde las relaciones laborales se basan en vínculos contractuales, la empresa familiar es cada vez menos frecuente. Los bienes son fruto del trabajo remunerado de cada individuo, por lo cual, ya no existe mayor motivo para estimar que la herencia es una especie de justa retribución a la familia o cónyuge. Cada vez existen menos mujeres dedicadas exclusivamente al cuidado del hogar y si bien, la tasa de participación laboral femenina sólo representa el 43,3% de la población económicamente activa, esta ha aumentado significativamente en los últimos años⁹⁴. Por otro lado, no parece que las asignaciones forzosas sean el medio idóneo de velar por el sustento de las mujeres u hombres que optan por éste camino, o al menos no de la forma

⁹³ Ibid, p. 208.

⁹⁴ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Op, Cit. (2011), p. 17.

que está contemplado en el Código Civil. Para ello existen la compensación económica en caso de divorcio o nulidad del matrimonio, y los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal y participación en los gananciales. Distinta es la situación si no existe vínculo matrimonial, por ejemplo, para el conviviente que se dedicó al cuidado del hogar o de los hijos en común, sobre todo para aquellos no puedan o quieran celebrar un Acuerdo de Unión Civil cuando entre en vigencia la Ley. Estas consideraciones las retomaremos en el tercer capítulo.

Si bien, el fundamento de la conservación del patrimonio familiar puede aplicar a algunas familias, lo cierto es que no rige para la mayoría de los casos. Es más, se ha considerado que las asignaciones forzosas imponen el término de la empresa familiar, pues cada asignatario debe llevar su parte y no siempre existirá consenso en mantener la comunidad, lo cual obligará a la venta y consecuente dispersión del patrimonio familiar⁹⁵.

2.2.3 La solidaridad intergeneracional

Las asignaciones forzosas también se han fundado en la ayuda recíproca entre generaciones, ya sea de mayores a jóvenes o viceversa. En el primer

⁹⁵ BARRÍA PAREDES, Op. Cit., p. 188.

caso, los padres o abuelos proveen a su descendencia de cierto patrimonio con el cual contribuyen a su mantención, especialmente cuando el causante fallece dejando hijos menores. De esta forma, las riquezas acumuladas en vida auxilian a los parientes cuando no pueden mantenerse por sí mismos o al momento de iniciar su vida independiente. En el segundo caso, las personas jóvenes ayudan a los ascendientes que debido a su avanzada edad ya no ejercen actividades remuneradas. Esto rige especialmente para los ascendientes que carecen de patrimonio propio, sea por haberse dedicado al hogar o no haber ahorrado lo suficiente a través de los sistemas de previsión social, entre otros motivos.

En cualquiera de los casos descritos, la generación que está en una mejor posición económica y que por obvias razones ya no requiere de ese patrimonio, solidariza con aquella que está en peor posición y no puede mantenerse por sí sola. Esta solidaridad para con quienes, dentro de la propia familia, están en una situación desventajosa responde a lo que llamamos solidaridad intergeneracional. A lo largo de nuestra vida pasamos por diversas fases: primero somos dependientes de nuestros padres; después alcanzamos la autonomía e idealmente nos proveemos de los medios para mantenerla mientras vivamos; y finalmente, entramos en la vejez, donde podemos o no ser independientes. La solidaridad nos llama a tener consideración respecto a quienes carecen de autonomía, a razón de los deberes ético-jurídicos derivados de las relaciones familiares. La familia cumple un rol asistencial ante las

contingencias de la vida moderna pues, incluso quienes tomaron precauciones para asegurarse un sustento en vida -seguros, ahorros o previsión social,- están expuestos a quedar en un estado de necesidad.

En principio, lo anterior sería una buena justificación a las limitaciones en materia testamentaria. Sin embargo, la mayoría de las personas reciben su asignación legitimaria en su momento de mayor riqueza. Lo cual, como señala VAQUER ALOY, nos lleva a preguntarnos si la solidaridad intergeneracional es el fundamento real de las legítimas⁹⁶. Si el fin de las asignaciones forzosas es auxiliar a los parientes económicamente vulnerables, ¿cuál es el sentido de aumentar el patrimonio de quien está en su mejor momento? El mismo autor nos plantea dos caminos para solucionar estas interrogantes. El primero es desechar a la solidaridad intergeneracional como sustento a la legítima, dados los cambios en la demografía y la familia. El segundo es modificar el sistema sucesorio de forma tal que efectivamente la herencia auxilie a quien más lo necesite⁹⁷, actualizando las asignaciones forzosas a los parámetros actuales. Dados los argumentos sostenidos en esta memoria, nos inclinamos por el segundo camino.

⁹⁶ VAQUER ALOY, Op. Cit., p. 10.

⁹⁷ Loc. Cit.

2.2.4 El sustento de los descendientes

El Derecho de familia impone a las personas mientras están vivas ciertas obligaciones respecto de sus parientes o cónyuge, como el deber de proveerles sustento a través del derecho de alimentos. De alguna forma el Derecho sucesorio permite la continuidad de esas obligaciones en el patrimonio del causante cuando éste ha fallecido, cuidando que su muerte no deje, por así decirlo, desamparados a los miembros de su grupo familiar. Vistas así las asignaciones forzosas adquieren un carácter alimenticio pero sin requerir que el asignatario se encuentre en un estado de necesidad.

Este argumento tiene su origen en la realidad imperante a la dictación del Código Civil. Recordemos que la familia estaba basada en el matrimonio religioso y los hijos legitimados por éste; la mujer no realizaba actividades remuneradas y se dedicaba exclusivamente al cuidado del hogar. Como vemos toda la familia se sustentaba con los ingresos del marido-padre, el cual estaba obligado a satisfacer sus necesidades. Siendo su único pilar económico es razonable que su patrimonio sirva para suplir su ausencia, es decir, como fuente de ingresos para la familia que perdió su apoyo.

Junto con la realidad familiar debemos considerar también los cambios en la expectativa de vida de las personas. Hacia el año de entrada en vigencia del Código, la expectativa de vida era baja⁹⁸, por lo cual, era bastante probable que uno o ambos padres falleciesen dejando a hijos pequeños o incapaces de mantenerse por sí mismos. En este contexto, no es extraño que el patrimonio sirva para seguir abasteciendo a la familia que perdió de la protección del padre.

Bello no podía imaginar que siglo y medio después la expectativa de vida, superaría los 70 años y que las mujeres serían madres recién a los 25, lo cual nos lleva al escenario de que los hijos reciben su asignación cuando tienen su vida más o menos hecha. En nuestro país, cerca del 80% de las mujeres tiene su primer hijo entre los 18 y 29 años⁹⁹. Por tanto, a la muerte de los padres los descendientes deben tener en promedio mínimo 40 años. Muchos estarán casados, tendrán hijos, un patrimonio propio o al menos las herramientas para salir adelante. Los padres tienen la obligación de educar y alimentar a los hijos pero, no la de hacerlos más ricos o asegurar su vejez. Como sostienen

⁹⁸ No existen datos estadísticos sobre la esperanza de vida en esa época pero, dado que según el Instituto Nacional de estadísticas en 1900 era de 23,5 años para los hombres y 23,6 años para las mujeres, podemos deducir que a la época de dictación del Código no superaba los 20 años. Ver INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Evolución de la mortalidad en Chile según causas de muerte y edad, 1990-2007 [en línea]. Santiago, Chile. Instituto Nacional de Estadísticas. 2010. p, 7. <http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/010211/evo90_07_010211.pdf> [consulta: 18 febrero 2015].

⁹⁹ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Op, Cit. (2011), p. 11.

DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ¹⁰⁰, la herencia llega a los hijos cuando están cercanos a su jubilación, convirtiéndose en una segunda pensión y el fundamento de proteger a la descendencia en sus largos años de vejez no resulta tan convincente si pensamos en la seguridad social. Sin embargo, todavía podemos encontrarnos con situaciones en que la descendencia necesita de sustento por parte del testador, y en tal caso, las asignaciones forzosas cumplen el rol para el que fueron contempladas y resulta adecuado mantenerlas.

2.3 Fundamentos para eliminar restricciones a la libertad de testar.

En las páginas precedentes abordamos los argumentos en favor de las asignaciones forzosas desde una perspectiva crítica. Si bien algunos de los reparos que efectuamos aplican como razones en favor de la ampliación de la libertad de testar, consideramos necesario abordar por separado aquellos que no calzan perfectamente dentro de los puntos abordados.

¹⁰⁰ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., pp. 962-963.

2.3.1 La libertad de testar como consecuencia del derecho de dominio

La libertad de testar está estrechamente vinculada con el derecho de testar. Los legisladores de todo el mundo han aceptado como natural la facultad del hombre de manifestar su voluntad de forma póstuma y así sobrevivir de algún modo a su muerte a través del testamento. Esta facultad se manifiesta en una vertiente subjetiva, que permite establecer como asignatario a cualquier persona; y otra objetiva, relacionada con la libre disposición de todos los bienes¹⁰¹.

A pesar del reconocimiento universal al derecho de testar, cada ordenamiento establece diversas restricciones a la libertad de testar. En el caso chileno, existen limitaciones subjetivas pues la Ley establece cierta distribución en favor de los legitimarios.

Por nuestra parte, entendemos que la libertad testamentaria es la facultad de decidir el destino de nuestro patrimonio para después de nuestros días, derivada del derecho de propiedad que detentamos sobre el mismo. El artículo

¹⁰¹ PÉREZ GALLARDO, Op. Cit., p. 27.

582 del Código Civil señala que “el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.” El derecho de propiedad tiene los atributos de uso goce y disposición, siendo éste último el que caracteriza al propietario de los restantes titulares de otros derechos reales¹⁰². El dominio, por tanto, concede las más amplias facultades respecto una cosa.

El derecho de propiedad es un derecho fundamental amparado por nuestra Constitución en su artículo 19 N° 24 cuyo tenor es el siguiente: “La Constitución asegura a todas las personas (...) el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (el subrayado es nuestro). Siendo intensa la protección constitucional de derecho de propiedad¹⁰³, no se ve por qué nuestro ordenamiento establece limitaciones tan importantes para el momento posterior a la muerte del causante. Si la libertad de testar se depende del derecho de

¹⁰² PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Los bienes. la propiedad y otros derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2007. p. 134

¹⁰³ PEÑAILILLO ARÉVALO, Op. Cit., p. 96.

propiedad del testador y siendo éste dueño de sus bienes, ¿por qué no habría de ser quien distribuya su patrimonio?

De esta forma, las asignaciones forzosas se constituyen como límite no sólo a la libertad de testar sino también al derecho de propiedad, afectando su contenido esencial pues limitan la facultad de disposición jurídica del causante para después de sus días. Toda afectación del derecho de propiedad debe estar debidamente fundamentada en su función social. Si la protección a la familia cabe dentro de ésta, las asignaciones forzosas cumplen el test de constitucionalidad. Sin embargo parece dudoso que esto sea así.

Nuestra Constitución Política, a diferencia de la alemana¹⁰⁴ o la española¹⁰⁵, no garantiza el derecho a la herencia. Lo que sí goza de protección constitucional es la familia y de ello podrían derivarse los fundamentos jurídicos para establecer las asignaciones forzosas. Pero, que se proteja constitucionalmente a la familia no implica necesariamente establecer limitaciones a la libertad de testar. Podemos reconocer que en toda sucesión confluye el principio de la protección a la familia, especialmente si el causante deja alguna persona dependiente de él económicamente. Pero también es

¹⁰⁴ La Constitución Federal alemana garantiza el derecho a la legítima.

¹⁰⁵ Constitución Española [en línea]. ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. 29 de diciembre de 1978.

<<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>> [consulta: 10 enero 2015].

cierto que limitar de tal forma el derecho de propiedad del causante, que no puede decidir el destino de sus bienes, parece exagerado. La pregunta entonces gira en torno a la función del Derecho sucesorio: ¿su regulación tiene por fin proteger a la entidad familiar o permitir la transmisión de bienes? Es un punto que abordaremos a continuación.

2.3.2 La relación entre el Derecho sucesorio y el Derecho de familia

En este punto de nuestra investigación cabe preguntarnos si existe algún tipo de relación entre Derecho sucesorio y Derecho de familia. Antes de dar respuesta a esta interrogante, conviene revisar las definiciones de ambas disciplinas. El Derecho de familia puede definirse desde dos sentidos. En un sentido subjetivo, se habla de “derechos de familia” para referirse a las “facultades o poderes que nacen de aquéllas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar”¹⁰⁶. En un sentido objetivo, Derecho de familia es el “complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia

¹⁰⁶ RAMOS PAZOS, René, Op. Cit., p.14

entre sí y respecto de terceros”¹⁰⁷. Mientras que por Derecho sucesorio “se entiende el conjunto de normas jurídicas destinadas a regular la suerte del patrimonio de una persona con posterioridad a su fallecimiento”¹⁰⁸. Dicho de otra forma, regula las consecuencias que se derivan de la muerte de una persona.

De las definiciones expuestas no se desprende una vinculación estas ramas del Derecho, sino que aparece que cada una tiene un ámbito de aplicación diferente. Sin embargo, si observamos con más detención podemos apreciar que diversas instituciones y conceptos del Derecho de familia influyen en la sucesión. En primer lugar, las asignaciones forzosas dependen en gran parte del concepto de “familia” que establece la primera rama del Derecho mencionada. Así, nuestro ordenamiento establece asignaciones en favor de ciertas personas según su vinculación con el causante. De ahí que nuestro Derecho, influido por el principio de protección a la familia, opta por limitar la libertad de testar de las personas y asigna cuotas del patrimonio a ciertos asignatarios denominados legitimarios. Aunque el Derecho chileno no contiene una definición legal, salvo por el artículo 815 del Código Civil a propósito del derecho de uso y habitación, la doctrina ha entendido por familia al conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley le atribuye algún efecto

¹⁰⁷ Loc. Cit.

¹⁰⁸ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., p. 17.

jurídico¹⁰⁹. Así, la definición de familia que exista en un ordenamiento tiene consecuencias en diversas materias, especialmente en la sucesión.

En un mismo sentido, el derecho de alimentos se manifiesta en la herencia como asignación forzosa. La filiación, el matrimonio, los regímenes patrimoniales, entre otras, son instituciones propias del Derecho de familia que sin embargo tienen consecuencias a nivel hereditario. Creemos que entre ambas disciplinas existe una relación que bien podríamos decir es de continuidad. Nuestra tradición jurídica otorga un lugar preferente a la protección de la familia y de ello se deriva una relación entre el Derecho de familia y el sucesorio. Sin embargo, esta relación no implica de por sí el establecimiento de limitaciones tan fuertes a la libertad de testar. Las asignaciones forzosas, tal como están contempladas, son una de las tantas formas en que la Ley puede proteger la familia, mas no la única. Si bien, en el año 1998 se actualizaron mediante la igualación de los hijos, entre otras reformas, consideramos que todavía no reflejan a la familia chilena actual. Más aun, si todas las formas de familia gozan de protección constitucional y existe entre el Derecho sucesorio y el Derecho de familia un concepto común de familia, procuremos que éste sea coincidente con los esquemas de relaciones interpersonales, sin privilegiar un modelo de familia por sobre el otro. Si las personas deben distribuir su patrimonio acorde a la definición que otorga el Derecho de familia, ésta debiese

¹⁰⁹ RAMOS PAZOS, Op. Cit., p. 9.

coincidir con la que tiene la generalidad de los chilenos o permitir cierta flexibilidad a cada persona.

2.3.3 Necesidad de adaptación a los nuevos esquemas familiares

Las relaciones familiares han cambiado de forma sustancial. El modelo de familia al que alude el Código Civil, es decir, el matrimonio religioso heterosexual y los hijos concebidos dentro del mismo, ya no aplica para un gran número de casos. Existen múltiples factores que han incidido en el cambio de la estructura familiar: el ingreso y aumento de la participación femenina en el mercado laboral, la convivencia, la constitución de familias ensambladas, el aumento de la expectativa de vida, la priorización de proyectos individuales, entre otros factores. Estos han producido una diversidad de esquemas fuera de las predicciones legislativas que varían más rápido de los que el Derecho puede responder.

La regulación sucesoria chilena privilegia la familia matrimonial, omitiendo otros tipos de familia tan dignos de protección como aquella. La sociedad ahora basa sus relaciones familiares en factores distintos al matrimonio como la

convivencia o el afecto. Según las estadísticas¹¹⁰, al año 2011 los hogares biparentales (aquel constituido por matrimonio o unión de hecho) representaban un 61% del total nacional. Sin embargo, el mismo estudio establece que el porcentaje de solteros ha aumentado en los últimos años, alcanzando cifras cercanas al 50% de la población; mientras que el porcentaje de casados ha disminuido sostenidamente¹¹¹. Dicho de otro modo la familia chilena muestra una tendencia hacia esquemas diversos al contemplado en nuestra regulación civil.

Nuestra doctrina ha discutido si la Constitución Política de la República sólo protege a la familia matrimonial¹¹². Al respecto se estima que la Carta fundamental al señalar que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, sin mencionar al matrimonio, protege a ambas. En adición al texto constitucional, la Ley N° 19.947 sobre matrimonio civil, dispone en su artículo 1°: “el matrimonio es la base principal de la familia”, lo cual “demuestra que puede existir una familia que no se base en el matrimonio, la que también debe gozar de protección constitucional”¹¹³. Si todos los tipos de familia gozan de igual protección constitucional, ¿por qué en materia sucesoria se conceden al cónyuge sobreviviente tantas prerrogativas?, ¿no estamos privilegiando la familia matrimonial por sobre la no matrimonial?

¹¹⁰ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Op, Cit. (2011), p. 2

¹¹¹ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Op, Cit. (2011), p.33.

¹¹² RAMOS PAZOS, René, Op. Cit., p.10-12.

¹¹³ Ibid, p. 13.

Si bien, la Ley N° 19.585 vino a igualar los derechos de todos los hijos, no es menos cierto que al establecer al cónyuge como un heredero preferente pueden generarse diferencias importantes en los derechos de los hijos matrimoniales versus los no matrimoniales, pues los primeros heredarán a su vez al cónyuge sobreviviente y recibirán, a la larga, una asignación mucho mayor que los hijos que el causante pudo concebir fuera del matrimonio.

Estimamos difícil que el Derecho se ponga en cada uno de los casos familiares que podemos encontrar hoy. El parentesco consanguíneo es una de las bases de las relaciones familiares pero no la única que podemos encontrar en estos días. Las familias basadas en relaciones posteriores a un quiebre matrimonial (ensambladas), la convivencia, la afinidad o el compartir un hogar, son esquemas tan válidos como el matrimonial y debiesen ser protegidos igualmente.

Es por ello que estimamos que el Derecho sucesorio debiese dar más amplitud al testador para que éste, quien mejor conoce las necesidades de su gente, determine que asignación corresponde a cada uno¹¹⁴.

¹¹⁴ SAAVEDRA ALVARADO, Op. Cit., p. 132.

2.3.4 El aumento de la esperanza de vida

A comienzos del siglo XX, el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), estimaba que la esperanza de vida de los chilenos al nacer era de 23,5 años para los hombres y 23,6 años para las mujeres¹¹⁵, siendo lógico deducir que a la época de dictación del Código esta no superaba los 20 años. En cambio, al año 2015 la esperanza de vida en Chile para los hombres es de 76,1 años y para las mujeres de 82,2 años¹¹⁶.

De las estadísticas mencionadas se observa que la expectativa de vida de los chilenos ha aumentado diametralmente durante el siglo pasado, con diversas consecuencias jurídicas y sociales. En primer lugar, las personas ahora viven varios años después de finalizada su vida laboral, lo cual les impone la necesidad de ahorrar recursos con el fin de mantenerse durante su vejez. En segundo lugar, la descendencia está desarrollada y es independiente económicamente en el momento de la muerte de sus padres.

¹¹⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2010), Op. Cit., p. 7.

¹¹⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2014), Op. Cit., p. 113.

La edad para jubilarse en nuestro país es de 60 años para las mujeres y 65 para los hombres, diferencia susceptible de fuerte crítica. Creemos que el aumento de años de vida no productiva es cuestión de la seguridad social, aspecto que trataremos como un argumento para sustentar la ampliación de la libertad de testar más adelante.

Al ser la edad de muerte natural tan avanzada, como mencionamos, lo normal es que los hijos tengan como mínimo 40 años cuando ésta se produce pero, fácilmente la muerte de los padres puede producirse cuando los hijos han superado los 50 años¹¹⁷. En cualquiera de esas edades, la mayoría de las personas ya tienen su propia familia, son independientes económicamente y desarrollan su hogar separados de sus padres.

Si partimos de la base que a comienzos del siglo XX la esperanza de vida se cifraba en los 24 años aproximadamente, es válido suponer que a la época de dictación del Código Civil, ésta no superaba los 20 años. En tal escenario resulta fácil entender las razones que motivaron a la Comisión revisora para incluir las legítimas dentro del Proyecto de Bello. Si la expectativa de vida al nacer estaba por debajo de la treintena, era muy probable que el fallecido dejase tras de sí descendencia dependiente. La herencia reemplazaría

¹¹⁷ VAQUER ALOY, Op. Cit., p. 10.

entonces el sustento que la familia perdió con la muerte del causante, resguardándolos de quedar en una situación precaria.

Sostener como argumento el sustento de los descendientes en nuestros días, cuando los hijos pierden a sus padres a una edad en la que ya no viven ni dependen de ellos, no parece adecuado. En la actualidad, la mayoría de los legitimarios cuentan con los medios (trabajo y educación) para vivir por su cuenta y la herencia viene a convertirse en una “segunda jubilación” para éstos. En virtud de lo anterior y de la seguridad social que cubre la contingencia de no contar con una fuente de ingreso durante la vejez, no parece justo imponer al causante esta distribución de su patrimonio. Si el fundamento de las asignaciones forzosas es la protección de la descendencia, ¿se cumplen los supuestos necesarios para otorgar tales asignaciones a legitimarios que no necesitan apoyo económico? Estimamos que ello no es así y sería mejor si el causante determinase quienes dentro de su familia están en una situación de mayor necesidad y, por lo tanto, requieren algún tipo de auxilio económico vía herencia, cómo sería el caso de los nietos o de algún pariente que carezca patrimonio propio.

2.3.5 La seguridad social

La seguridad social se ha definido como "el conjunto de normas, principios y técnicas que tienen por objeto atender la satisfacción de necesidades individuales derivadas de la producción de determinadas contingencias sociales, valoradas como socialmente protegibles"¹¹⁸. Durante la mayor parte de la historia, la familia sirvió como una red de apoyo para las personas en momentos de necesidad. Cuando se presentaban problemas, como la muerte de los padres o enfermedades, la familia auxiliaba a sus miembros más vulnerables. Ello era así porque la familia era mucho más extensa que la actual, además de padres e hijos, incluía a abuelos, tíos, entre otros¹¹⁹.

La estructura familiar ha cambiado y evolucionado de muchas formas su composición, las bases de sus vínculos, su tamaño, etc. Respecto a esto, la familia ha disminuido progresivamente el número de sus miembros con el paso del tiempo¹²⁰. La familia extensa del siglo XIX ha devenido en la familia nuclear, centrada en los padres y su descendencia¹²¹.

¹¹⁸ HUMERES ARÉVALO, Héctor. Derecho del Trabajo y de la seguridad social. 18^{va} edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009. p. 16.

¹¹⁹ DEL PICO RUBIO, Jorge. Evolución y actualidad de la concepción de familia: una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno [en línea]. *Ius et Praxis*, vol.17, n° 1. Talca, 2011. p. 18. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122011000100003&script=sci_arttext> [consulta: 02 enero 2015].

¹²⁰ Actualmente los hogares chilenos tienen un tamaño promedio de 3,4 personas. Ver MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Op. Cit. (2011), p. 11.

¹²¹ DEL PICÓ RUBIO, Op. Cit., pp. 40-41.

Al ser más pequeña, la familia ya no podía sostener más que a sus miembros más cercanos, por lo cual, la ayuda que podían prestarse entre sí los parientes disminuye. Por otro lado, este ideal de solidaridad intrafamiliar no se daba siempre. Una familia extensa de escasos recursos apenas podía mantener a sus más cercanos.

Ante lo anterior y dadas las pésimas condiciones laborales y sociales provocadas por la revolución industrial, surge la Seguridad Social¹²² como una forma de asegurar el sustento de las personas cuando, por circunstancias inesperadas, perdían su ingreso. El modelo de producción generado por las revoluciones industriales provocó una serie de situaciones de desprotección, abuso y malas condiciones laborales denominadas “cuestión social”. Estas condiciones motivaron a los Estados a adoptar un papel más activo y protector de sus ciudadanos, previniendo la pérdida del ingreso para las familias cuando sus miembros laboralmente activos no pudiesen trabajar¹²³.

Para los efectos de esta memoria, la seguridad social soluciona en gran medida el problema de personas que viven cada vez más años y no pueden seguir realizando actividades lucrativas a razón de su edad pues la jubilación reemplaza el ingreso perdido.

¹²² HUMERES ARÉVALO, Op. Cit., p.26.

¹²³ Ibid, p. 38.

En nuestro país, existe un sistema de ahorro individual consagrado en el Decreto Ley N° 3500 de 1980 mediante el cual las personas reservan una parte de sus remuneraciones en una institución especializada para el momento de su jubilación. Las AFP, a través de diversos mecanismos, resguardan los fondos de sus afiliados y en el momento necesario les proveen de una remuneración durante la etapa inactiva de sus vidas.

Así como el sustento de los hijos se ha utilizado como argumento a favor de las asignaciones forzosas hechas a los descendientes, la solidaridad intergeneracional ha hecho lo propio con las asignaciones hechas a la ascendencia. Y para los ascendientes tendría pleno sentido si no fuera precisamente por la seguridad social. Si otra rama del Derecho provee a estos legitimarios de cierto ingreso, subsanando el estado de necesidad en el que se encuentran, no se ve razón para asignarles una doble protección a través del Derecho sucesorio. Independiente de las críticas que podamos hacer al actual sistema previsional, existe una rama del Derecho destinada a solucionar estas situaciones. Las mismas consideraciones sobre el aumento de esperanza de vida y el sustento a los descendientes se aplican respecto a la seguridad social.

2.3.6 Interés tutelado y función del Derecho sucesorio

Las argumentaciones desarrolladas confluyen en torno a una gran pregunta: ¿cuál es el interés que regula y la función que cumple el Derecho sucesorio? La respuesta a esta interrogante no es baladí, pues implica decidir si priman la libertad del causante o la protección de su familia. La ponderación de los bienes jurídicos en conflicto requiere la revisión de todas las circunstancias, en pos de evitar situaciones injustas. Sin embargo, estimamos que la legislación actual abiertamente opta por la protección a la familia y considera en un mínimo rango la libertad y derecho de propiedad del causante. Ante ello cabe preguntarnos si es legítimo que la ley imponga al causante tal forma de disposición de sus bienes. En nuestra opinión falta mayor ponderación de la libertad para lograr un equilibrio porque, si bien es correcto proteger a quienes no pueden sustentarse por sí mismos, si no hay un estado de necesidad del asignatario ¿por qué dejarle una parte tan importante de la herencia y limitar de esa forma la libertad de testar de las personas?

De lo anterior surgen dos intereses jurídicos susceptibles de tutela por el Derecho sucesorio: la voluntad del causante y el interés de los familiares. A continuación expondremos las razones en favor y en contra de cada uno.

2.3.6.1 Voluntad del causante

El Derecho sucesorio se define como el conjunto de reglas que regula la transmisión del patrimonio de una persona. De este concepto surge que su principal propósito está en ser un modo de transmitir, es decir, un modo de adquirir derechos y obligaciones por causa de muerte.

El Derecho admite dos formas de sucesión según si existe o no testamento. En ausencia de este instrumento -sucesión intestada- la ley presume la voluntad del causante y asigna su patrimonio a quienes mantenían un vínculo con él al momento de su muerte. En presencia de testamento -sucesión testada- dicha distribución es hecha por el difunto en aquel instrumento pero, sólo prevalecerá mientras cumpla con los límites legales. Como vemos la voluntad de las personas ya sea presunta o expresa es tutelada por el Derecho sucesorio.

A nuestro entender el objeto de esta rama jurídica es determinar nuevos titulares para el patrimonio que deja atrás toda persona una vez muerta. A fin de cumplir con su objeto, regula el modo de manifestación de voluntad testamentaria y los requisitos para que tenga valor. No es azaroso que nuestro Código Civil establezca una capacidad especial para otorgar testamento (artículo 1005) y para ser asignatario (artículos 961 y siguientes); una regulación específica de algunas causales de nulidad (artículos 1007, 1057 y 1058); formas menos formales de testamento bajo ciertas circunstancias (artículos 1030 y siguientes), entre otras disposiciones. El Derecho protege la última voluntad de las personas, para que esta se manifieste libre y espontáneamente. Y aun más allá, establece normas de interpretación que obligan al juez a indagar y privilegiar la voluntad real del causante por sobre la letra del testamento.

Si el Derecho sucesorio es un medio de transmisión de derechos y obligaciones, la voluntad testamentaria debería tener un rol protagonista dentro de su regulación. La autonomía de la voluntad es un principio del Derecho civil y rige plenamente, salvo las limitaciones derivadas de la ley, el orden público y las buenas costumbres. En materia sucesoral comprobamos que existen limitaciones legales intensas a la voluntad particular pues si concurren legitimarios a la sucesión, el causante debe respetar las asignaciones forzosas. Ya es hora de que la voluntad adquiera mayor protagonismo. Como señala

DELGADO ECHEVERRÍA¹²⁴, "hay que tener en cuenta que las previsiones legislativas sobre derechos sucesorios forzosos cumplen la finalidad de subvenir a las desviaciones no deseadas o no compartidas socialmente del testador medio, es decir, que habitualmente los testadores se guían por sus vínculos familiares y afectivos y favorecen a sus allegados, y sólo de manera poco frecuente el causante favorece a extraños con los que carece de todo vínculo desamparando a su propia familia".

Por tanto, estimamos necesaria una mayor amplitud de la voluntad de testar, logrando el equilibrio necesario entre los intereses implicados en toda sucesión y el cumplimiento de los fines para los cuales se dictó esta legislación.

2.3.6.2 Interés de los familiares

Al comienzo de esta memoria señalamos que el interés de los familiares concurre en toda sucesión. Desde el Derecho romano Imperial, sucesión y familia han estado vinculadas. Dicha vinculación pervivió en el Derecho español y a partir de las Partidas pasó a la legislación nacional. La regulación actual de

¹²⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. "Objetivos de una reforma del derecho de sucesiones", p. 124; obra citada en VAQUER ALOY, Op. Cit., p.10.

la materia considera especialmente este interés y lo manifiesta en dos principios: la protección de la familia y la libertad de testar restringida.

El interés familiar se tutela principalmente a través de las asignaciones que la Ley impone a todo testador (artículos 1167 y siguientes del Código Civil) y de los mecanismos que provee para lograr que efectivamente sean respetadas (acción de reforma de testamento y de inoficiosa donación). Mediante estas instituciones, la Ley trata de eliminar posibles vías para incumplir obligaciones familiares.

A fin de no caer en repeticiones innecesarias¹²⁵ resta decir que no estamos en contra de ciertos límites a la libertad de testar a razón de cargas familiares. Lo que cuestionamos es la legitimidad de las asignaciones forzosas tal como están planteadas al día de hoy. Estimamos que nuestro Código no realiza una ponderación adecuada de los intereses involucrados y privilegia abiertamente el de los familiares sin atenuarlo a razón de la configuración actual de la familia y de los derechos individuales del testador.

2.3.7 El Testamento: un acto jurídico escasamente utilizado en Chile

¹²⁵ Ver *supra* 1.2.1.5; 2.2.; 2.2.2; y 2.3.2.

Según las estadísticas el año 2013 se otorgaron 5.268 testamentos en nuestro país¹²⁶; y se ingresaron 207 causas judiciales por motivo de la apertura, nulidad, reforma u escrituración de testamento, las cuales representan aproximadamente sólo un 0,015% del total de causas ingresadas ese mismo año¹²⁷. Mientras que el número de defunciones registrado al año 2012 asciende a 98.711¹²⁸.

Como se desprende de los datos citados, el testamento es un instrumento escasamente utilizado en nuestro país, sin una tendencia clara a aumentar o disminuir su uso según los datos del Registro Civil. Las razones detrás de ello pueden ser diversas. Una de ellas podría ser la inexistencia de una cultura jurídica de disposición postmortem a través del testamento como señala BARRÍA PAREDES¹²⁹ “contratos de Compraventa se celebran todos los días y en todo momento, pero no ocurre lo mismo con el otorgamiento del testamento”. A lo anterior podríamos agregar las formalidades exigidas por nuestro

¹²⁶ REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN. Estadísticas con enfoque de género [en línea]. Santiago, Chile. Registro civil e identificación. 2014. p. 11. <<https://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Banner%20de%20genero%20Final.pdf>> [consulta 20 enero 2015].

¹²⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Justicia. Informe Anual [en línea]. Santiago, Chile. Instituto nacional de Estadísticas. 2013. p. 20. <http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/completa_justicia_2013.pdf> [consulta: 20 febrero 2015].

¹²⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2014), Op. Cit., p. 115.

¹²⁹ BARRÍA PAREDES, Manuel. Op. Cit., pp. 176-177.

ordenamiento como la intervención de testigos, de un notario público y las disposiciones sobre su contenido material, pues como sabemos para que tenga efecto debe respetar las asignaciones forzosas. Pero son éstas a nuestro entender la principal razón detrás del poco uso práctico del testamento pues dada la intensidad de las limitaciones a la libertad de testar, el espacio de actuación de la voluntad individual es mínimo. Por ello es frecuente, que el futuro causante recurra a otras figuras para conseguir la distribución de patrimonio deseada como las donaciones, el fideicomiso, o la celebración de actos simulados¹³⁰. En definitiva, ¿qué estímulo puede tener una persona para otorgar testamento, cuando sólo puede disponer a través del mismo de una pequeña parte de su patrimonio y la posibilidad de que aquél tenga efecto es baja? Si la Ley establece de forma detallada la distribución del haz hereditario, no hay mayor razón para invertir tiempo y dinero en la elaboración de un instrumento testamentario. El escaso uso práctico de éste viene dado por su baja utilidad práctica.

Por todo lo dicho, estimamos que la ampliación de la libertad de testar no sólo motivaría un mayor uso del testamento sino que también contribuiría a disminuir los subterfugios efectuados con el fin de defraudar la legítima.

¹³⁰ BARRÍA PAREDES, Manuel, Op. Cit., p.177.

2.3.8 Tendencias respecto a la libertad de testar en el Derecho comparado

A nivel de Derecho comparado podemos apreciar dos tendencias en las propuestas de reforma sucesoria. Mientras que en países pertenecientes al sistema de libertad absoluta se alzan voces en pos de establecer mayores limitaciones¹³¹; en los Derechos que consagran una libertad de testar restringida, la doctrina en su mayoría se inclina a favor de eliminar o morigerar las restricciones impuestas al testador.

En España, por ejemplo, la doctrina se ha inclinado abiertamente por reformar la legítima y reducir las prohibiciones en torno a la libertad de testar. Algunos autores proponen un cambio radical al sistema sucesorio. BARRIO GALLARDO, por ejemplo, es partidario de “la conversión de la legítima de

¹³¹ KELLY, Op. Cit., pp. 1158-1163.

descendientes, hoy vigente en España, en una nueva figura, de naturaleza jurídica distinta, llamada derecho sucesorio de alimentos, que incrementa la autonomía de la voluntad en el ámbito de la sucesión por causa de muerte, lo que parece reclamar mayoritariamente la sociedad, pero sin llegar al extremo de que la familia más próxima al causante pueda verse empujada a una situación de penuria económica, como resultado de una atribución insuficiente realizada en el instrumento ordenador de la sucesión. Se aboga así por un aumento del arbitrio del disponente y una flexibilización de las constricciones, pero no se defiende una libertad de testar absoluta sino relativa, mitigada o atemperada a través de una atribución de carácter asistencial, que adquiriría la forma de un crédito alimentario, y que podría hacerse efectivo sobre el caudal hereditario, prolongando de esta forma, y a cargo de los sucesores a título universal, la obligación legal ex arts. 142 y siguientes del Código Civil¹³². Otro autor considera inconveniente un cambio en tal sentido a la legítima dadas las dificultades de establecer asignaciones alimentarias (mayores costes de transacción⁵⁸, menor previsibilidad, aumento de pleitos entre familiares, complejidad probatoria, etc.). Este autor, estima que “la opción más aconsejable parece la de optar por cuotas legitimarias fijas (...). Si se quiere otorgar un mayor peso a la libertad de testar del causante, habrá que reducir las cuotas,

¹³² BARRIO GALLARDO, Aurelio. La conversión de la legítima en una prestación alimenticia Mortis causa. en Investigaciones En Ciencias Jurídicas: Desafíos Actuales Del Derecho.

1º Congreso de jóvenes investigadores en ciencias jurídicas celebrado en la Universidad de Málaga los días 11 y 12 de julio de 2013 [en línea] p. 68. < <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/#indice> > [consulta: 03 de enero de 2015]. Al respecto ver también GARCIA RUBIO, María, y TORRES GARCIA, Teodora. La libertad de testar. Madrid. Editorial Dykinson. 2014, del cual tuvimos acceso al borrador inédito de su cuarto capítulo.

que recordemos que en España fluctúan (...) 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”¹³³. Como vemos, en España existen numerosas propuestas de reforma que van desde modificaciones al Código Civil hasta la instauración de un sistemas de libertad de testar absoluta, sin existir consenso sobre qué sistema es mejor.

Por su parte, en Francia la reforma de 2006 eliminó la legítima de los ascendientes, dejando como legitimarios a los descendientes y al cónyuge sobreviviente¹³⁴. Dicha reforma estableció un sistema de reserva -legítima- que varía desde la mitad hasta la cuarta parte de la herencia según el número de asignatarios concurrentes a la sucesión. La libertad de testar del causante entonces depende de un factor tan razonable como el número de cargas familiares del testador. Además otorga a los asignatarios la opción de renunciar anticipadamente a su asignación.

¹³³ VAQUER ALOY, Op. Cit., pp. 14-15.

¹³⁴ Ibid, p. 4.

En Alemania, la Ley llamada *Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*, dictada el 24 de septiembre de 2004, reformó el Derecho de sucesiones y de la prescripción contenido en el libro quinto del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán, conocido también como BGB). Según el proyecto de ley, la reforma se motivaba en los cambios experimentados por la sociedad alemana como el incremento de las parejas no casadas y de hijos no matrimoniales; el aumento de las familias ensambladas; el incremento de la movilidad de la población a otros territorios; y el aumento de esperanza de vida¹³⁵. Los cambios más importantes a la legítima son la modificación del § 2333 y la derogación de los §§ 2334 y 2335 del BGB. Éstos cambios tuvieron por objeto “la puesta al día y la reformulación de las causas de privación; la ampliación del círculo de posibles afectados por el comportamiento del legitimario (no sólo pero también) con la finalidad de adecuar la norma a las nuevas estructuras familiares (hijos del cónyuge o pareja de hecho, menores acogidos en la familia del causante); y, finalmente, la uniformización de las causas de privación para todos los legitimarios que, hasta la fecha, eran distintas en función del grado de parentesco”¹³⁶. Es decir, la reforma descartó la supresión de la legítima de los descendientes y del cónyuge supérstite, y reforzó la libertad de testar, estableciendo nuevas causales de privación¹³⁷.

¹³⁵ ARROYO I AMAYUELAS, Esther. La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania. En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 1, 2010. p. 5. [en línea] http://www.indret.com/pdf/713_es.pdf [consulta: 10 de octubre de 2014].

¹³⁶ Ibid, p. 10.

¹³⁷ Ibid, p. 6.

Podemos observar una tendencia en los sistemas de libertad restringida a liberalizar el Derecho sucesorio, otorgando a las personas mayores facultades para decidir el futuro de sus bienes.

2.4 La libertad de testar y los Derechos Humanos.

Durante gran parte de esta memoria hemos defendido la ampliación de la libertad de testar como algo positivo para nuestro ordenamiento. Luego del estudio de los fundamentos en pos de la reforma de las asignaciones forzosas, nos surgieron algunas interrogantes sobre otro tipo de límites sustantivos a la libertad de testar. El causante en virtud de esta libertad puede disponer libremente de todo o parte de su patrimonio pero, ¿esta libertad es arbitraria?, ¿puede en ejercicio de la misma imponer condiciones a sus herederos de índole discriminatorio, contrario a los Derechos Fundamentales o incluso contra los Derechos Humanos?¹³⁸ Por ejemplo, pensemos en los siguientes casos: un

¹³⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Autonomía privada y derecho de sucesiones» en Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración de la Ley del notariado, Tomo I, Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, 2012. Obra citada en CAROL ROSÉS, Fernando. Reflexiones sobre la libertad de testar y la *Stedh* de 13 de julio de 2004 [en línea]. p. 146.

padre instituye a su hija como única heredera, a condición de que no se case con una persona de color en el plazo de 10 años desde su muerte; un testador deja la mitad de sus bienes a sus nietos concebidos en matrimonio religioso. Tales estipulaciones son abiertamente discriminatorias pues no se basan en motivos racionales sino en el mero capricho, pensamientos racistas o intolerancia religiosa. Por otro lado, el causante es dueño de su patrimonio y en tal calidad está facultado a disponer de él como le plazca, por lo cual cabe pensar si tiene efectivamente la posibilidad de establecer disposiciones testamentarias como las ejemplificadas.

Estimamos que la libertad de testar en el ámbito concedido por el ordenamiento jurídico es absoluta en el sentido de que puede, por así decirlo, “dejarle a quien quiera, lo que quiera”; pero no, en el sentido de establecer un testamento atentatorio contra la dignidad humana. Al igual que la propiedad, la “disposición arbitraria” halla sus límites en el derecho ajeno y en la Ley, ¿qué límite a la voluntad es más justificado que los Derechos Humanos?¹³⁹

La dignidad del ser humano es intangible para los Estados y las personas, por tanto no es legítimo al testador infringirla bajo la excusa de estar ejerciendo

<<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/11691/11138>> [consulta: 07 abril 2015].

¹³⁹ ARROYO I AMAYUELAS, Esther y BONDIA GARCÍA, David. ¿Interpretación de testamento contraria a los Derechos Humanos? El caso «Pía & Puncernau vs. Andorra» (STEDH, 13 de julio de 2004) [en línea].p. 64. < <http://www.cepc.gob.es/ca/publicacions/revistes/revistes-electroniques?IDR=7&IDN=392&IDA=10148>> [consulta: 07 abril 2015]

su facultad y libertad testamentaria, ¿no sería tal, por lo demás, un ejercicio abusivo de su derecho?

En conclusión, sea cual sea el rango de libertad de testar atribuido por las personas, el Derecho no puede tolerar tales disposiciones testamentarias. Nuestro país es parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tratado que por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República, es parte integrante de la misma¹⁴⁰, por lo cual, tales disposiciones adolecerían de objeto ilícito y serían nulas absolutamente. Dicho de otra forma, efectivamente el causante es libre para disponer a su antojo vía testamento mas, ello no implica que el Derecho ampare todas sus estipulaciones. Así como la infracción a las asignaciones forzosas permite la modificación del testamento en la parte infractora; son inválidas aquellas disposiciones contrarias a los Derechos Fundamentales o Humanos¹⁴¹.

¹⁴⁰ NASH ROJAS, Claudio. Derecho internacional de los Derechos humanos [en línea]. p. 72 <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf> > [consulta: 15 febrero 2015].

3. CAPÍTULO III: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS Y PROPUESTAS DE REFORMA.

A través de esta memoria hemos sustentado que las asignaciones forzosas constituyen un límite desproporcionado a la libertad de testar en atención a las actuales circunstancias de la sociedad chilena. Estimamos que no cumplen su objetivo pues, si bien resguardan la familia matrimonial y a todo hijo, no consideran otros modelos de familia ni permiten adecuar vía testamento las eventuales consecuencias inicuas de la aplicación de estas normas.

En este capítulo final criticaremos en específico los alimentos que por Ley se deben a ciertas personas; las legítimas y las mejoras, proponiendo posibles reformas que hagan al sistema sucesorio concordante con las relaciones familiares de nuestra sociedad.

Nos declaramos a favor de un sistema mixto que considere tanto la libertad individual como la protección a la familia, estableciendo restricciones para una parte del patrimonio y otra porción de libre disposición. Estas propuestas de lege ferenda, lejos de ser novedosas, han sido sustentadas por distintos autores

tanto nacionales como internacionales, y esta memoria hace eco de algunas de ellas.

3.1 Alimentos

En el primer capítulo expusimos las diversas controversias que ha suscitado la regulación sucesoria de los alimentos en el Código Civil. Dada su múltiple naturaleza, al morir una persona en carácter de alimentario o alimentante pueden producirse diversas situaciones, las cuales han fomentado la disputa doctrinal acerca qué debe entenderse por esta asignación forzosa.

3.1.1 Doble carácter del derecho de alimentos en materia sucesoria: Artículos 954 N° 2 y 1168 del Código Civil.

En el primer capítulo abordamos las diversas situaciones que pueden darse cuando fallece el alimentante o el alimentario. Mientras que si fallece el alimentario no cabe duda de la extinción del derecho de alimentos, vimos que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia exige que el alimentario al menos

hubiese demandado al causante en vida, pues consideran intransmisible la obligación alimentaria no establecida antes de la muerte de aquél.

Los alimentos que por ley se deben a ciertas personas, la asignación forzosa propiamente tal, corresponden a aquellos que se devengarán con posterioridad a la muerte del alimentante y que, mientras su cuantía sea prudente, se pagarán con cargo al acervo ilíquido por el artículo 954 N°4 del Código Civil. Se diferencian de los alimentos adeudados en vida, los cuales gravarán la herencia en carácter de deudas hereditarias y como tales también se rebajarán del acervo ilíquido (salvo si el testador impone su pago a uno o más asignatarios específicos pues serán deudas testamentarias), pero a razón del N°2 de la norma citada. Hechas estas distinciones, vemos que independiente del momento en que se devenguen los alimentos, éstos se rebajan del acervo ilíquido. La excepción serían los alimentos voluntarios o excesivos que se pagarían con cargo a la parte de libre disposición.

Si analizamos los numerales del artículo 954 del Código Civil, todos constituyen deudas hereditarias. Estas últimas se definen como aquellas obligaciones pendientes del causante que se transmiten a sus herederos, los cuales son responsables de su pago ultra vires hereditatis, salvo que acepten con beneficio de inventario la asignación deferida. Por su parte, los alimentos forzosos son obligaciones transmisibles a los herederos del causante y que se

pagan con cargo a la herencia dejada por éste, es decir, también son deudas hereditarias¹⁴². Como señala GÚZMAN BRITO¹⁴³, los alimentos forzosos son una deuda hereditaria de carácter especial, por ello se contemplan diferenciados de aquellos que se adeudaban a la muerte del causante, los cuales es lógico sean pagados preferentemente pues se encuentran devengados. El artículo 954 del Código Civil establece un orden de pago de las llamadas bajas generales de la herencia, pero entre un numeral y otro no hay diferencia en la naturaleza jurídica sino quizás en el derecho del acreedor, el cual da distintos grados de preferencia a razón de estos.

Compartimos por tanto la conclusión del autor citado y estimamos que la regulación de alimentos como asignación forzosa o como una deuda hereditaria distinta, no tiene mayor consecuencia en la satisfacción de la obligación alimentaria. Si los alimentos no fuesen asignación forzosa, igual serían pagados como deuda¹⁴⁴. Además, el alimentario, a diferencia del legitimario o del titular de mejoras, no tiene acción de petición de herencia, ni acción de reforma de testamento, sino sólo una acción personal contra los herederos del causante.

Los alimentos como asignación forzosa, dada su escueta regulación sucesoria, son una construcción que la doctrina ha elaborado con los años. No

¹⁴² GUZMÁN BRITO, Alejandro, Op. Cit., p. 327.

¹⁴³ Ibid, p. 328.

¹⁴⁴ Ibid, p. 338.

parece errado entonces recoger las conclusiones de la misma, como han hecho nuestros tribunales por lo demás, en disposiciones legales que solucionen de una vez por todas las disputas y dudas respecto a esta oscura asignación.

3.1.2 Revisión de los titulares: Coincidencia entre legitimarios y alimentarios

Más allá de las consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los alimentos como asignaciones forzosas, nos parece relevante estudiar la reiteración entre los titulares de estas asignaciones. Los legitimarios son a su vez titulares de derecho de alimentos, así lo establecen los artículos 321 y 1182 del Código Civil. De esta forma el cónyuge sobreviviente, los hijos y ascendientes tienen justo título para demandar alimentos al causante en vida y deben recibir la legítima rigorosa o efectiva según corresponda. Si bien, no existe norma que solucione la concurrencia de éstos derechos, de los requisitos generales del derecho de alimentos se desprende que el asignatario beneficiado no puede reclamar ambas asignaciones pues si recibiese alguna asignación hereditaria no se encontraría en estado de necesidad y por tanto no podría concedérsele alimentos.

Por lo tanto, si bien alimentarios y legitimarios coinciden en gran parte, no existe la posibilidad de que puedan recibir simultáneamente las dos asignaciones forzosas.

3.1.3 La dificultad de establecer el monto de los alimentos en la sucesión

Los montos a pagar por concepto de alimentos dependen tanto de las fuerzas económicas de alimentante y alimentario, como de las necesidades de este último. Así lo común en un juicio de alimentos es acreditar ambos elementos y determinar en base a ello la cuantía de la obligación. Una vez establecido lo anterior procede a devengarse su pago durante toda la vida del alimentario (con los límites legales) mientras se mantengan las circunstancias que justificaron su concesión y pudiendo solicitar al tribunal su disminución, aumento y cese si sus hechos fundantes cambian. De esta forma se controla el equilibrio de los intereses involucrados.

Sin embargo, cuando fallece el alimentante el panorama es más complejo porque estamos disponiendo hacia el futuro con un elemento inestable, el actual y futuro estado de necesidad del alimentario; y otro de duración efímera, el

patrimonio del causante, que dejará de existir luego de la partición de la comunidad hereditaria. Sabemos que para ser exigibles a los herederos, los alimentos debieron establecerse o al menos demandarse en vida del causante, por lo cual su monto puede estar determinado o en proceso de serlo. Pero, la inestabilidad de sus elementos de cálculo es motivo suficiente para preguntarnos si este monto debiese revisarse luego de la muerte del alimentante. Es más, sabemos que la asignación forzosa sólo comprende aquellos cuya cuantía fuese prudente. Dicho de otro modo, existe un supuesto (alimentos excesivos) en dónde efectivamente debe revisarse el monto de la pensión establecida en vida del causante.

Una vez muerto el causante, la determinación de la asignación forzosa alimentaria es incluso más especulativa y, a diferencia del derecho de alimentos propiamente tal, inmodificable pues, si varían las circunstancias del alimentario ya no habrá patrimonio al cual imputarla. Como ha sostenido uniformemente la doctrina la obligación de alimentos es intransmisible, es decir, no puede perseguirse su cumplimiento en el patrimonio de los herederos. La muerte del alimentante extingue su obligación respecto al alimentario y, de todas formas, una vez hecha la partición de la herencia ya no existirá un patrimonio sobre el cual exigir su cumplimiento.

Por lo tanto, podemos determinar la cuantía de los alimentos sucesorios en base al estado de necesidad actual del alimentario, en base a su estado de necesidad probable en el tiempo, o bien, un promedio de estos estimados; todo a razón de la fuerza del patrimonio del causante. Enfrentamos un problema similar al que ocurre al tratar de establecer el monto de la indemnización por lucro cesante. De la misma forma en que calcular el lucro cesante por todo el período activo de un trabajador no es adecuado (nunca habrá certidumbre de si la persona mantendría su nivel de ingresos si omitimos el hecho ilícito), es incorrecto calcular el monto de los alimentos en base a todas las futuras e inciertas necesidades del alimentario. Quizás lo más legítimo sea hacer un promedio entre el estado de necesidad actual y el esperable.

3.1.4 Propuesta: Eliminación de los alimentos como asignación forzosa

Consideramos conveniente eliminar a los alimentos de la enumeración del artículo 1167 del Código Civil. Luego de la revisión de sus titulares, su concurrencia con otras asignaciones hereditarias, y los problemas en torno a su determinación, estimamos adecuado conservarlos únicamente como deuda

hereditaria y por tanto baja general de la herencia por el artículo 959 N°4 de la misma norma.

Dado que el cónyuge sobreviviente y los descendientes son titulares de derecho de alimentos; legitimarios en la sucesión testada, y asignatarios del primer orden sucesorio; es poco probable que concurra en ellos el estado de necesidad que fundamenta la concesión de alimentos. Sin embargo, para los restantes titulares de alimentos cuando no concurran a la herencia o carezcan de derechos sobre la misma, ésta puede ser una asignación útil, lo cual es coherente con el principio de protección a la familia.

Si bien existen autores¹⁴⁵ que postulan un Derecho sucesorio de alimentos, similar al Derecho inglés, en reemplazo del sistema de legítima, consideramos que las asignaciones alimentarias conllevan una actividad excesivamente especulativa. Dada la imposibilidad de revisar la cuantía de la asignación durante el transcurso de vida del alimentario y la incertidumbre respecto qué estado de necesidad debe ser considerado, es conveniente que este tipo de asignaciones sólo sean otorgadas cuando no existen medios alternativos para proteger al alimentario. Además, consideramos que la reforma al sistema sucesorio debe tender a ampliar la libertad de testar del causante, quien está mejor informado acerca de las necesidades de sus más cercanos.

¹⁴⁵ Ver BARRIO GALLARDO (2013), Op. Cit., p.68.

Nuestra propuesta se lograría, en principio, derogando los artículos 1167 N°1, 1168, 1170 y 1171 del Código Civil. Además sería necesario reformar el artículo 959 N°4 de la siguiente forma: “Los alimentos establecidos en vida del causante, o al menos demandados antes de su fallecimiento”

3.2 Mejoras

A nuestro criterio, esta asignación forzosa carece de fundamento como límite a la libertad de testar, pues su objetivo inicial se ha diluido a causa de las sucesivas reformas que ha experimentado.

Como sabemos, esta institución no está presente en todos los sistemas de libertad de testar restringida, a diferencia de la legítima que adopta diferentes formas en cada Derecho. La mejora es una institución típicamente castellana, incorporada dentro de la legítima, cuyo fin era (tal como de su nombre se desprende) “mejorar” la situación de los descendientes en la sucesión. De esta forma, los únicos titulares de mejora en el Derecho español eran los descendientes¹⁴⁶. En este ordenamiento se inspiró Bello cuando, por indicación

¹⁴⁶ BARRÍA PAREDES, Op. Cit., p. 166.

de la Comisión Revisora, incorporó a la mejora como asignación forzosa en nuestro Derecho sucesorio.

En seguida estudiaremos los argumentos que consideramos pertinentes a favor de la eliminación de esta asignación forzosa en nuestro sistema sucesorio.

3.2.1 Sucesivas reformas: pérdida de fundamento

En un principio esta asignación estaba orientada a “mejorar”, en un sentido amplio, la posición de los descendientes dentro de la sucesión. El fin de esta asignación era aumentar el monto recibido por ellos a título de herencia, recordemos que al momento de redacción del Código Civil, lo común era que las personas tuviesen muchos más hijos que en nuestros días¹⁴⁷. Lógicamente, mientras mayor sea el número de beneficiarios concurrentes, menor será la asignación a recibir y de ahí la utilidad de las mejoras, pues permitían distribuir el patrimonio en atención a los afectos o necesidades de cada uno.

¹⁴⁷ No existen datos específicos de la época, pero podemos deducir que el promedio era igual o superior a 5 hijos por mujer, pues al año 1950 este ascendía a tal cifra. Ver MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Informe de Política Social [en línea]. Santiago, Chile. Mideplan. 2011. p. 20 <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/ipos/pdf/ipos_2011_poblacion.pdf> [consulta: 17 febrero 2015].

Sin embargo, las sucesivas reformas efectuadas a la regulación original de las mejoras fueron instituyendo un número mayor de asignatarios. Así la Ley N° 10.271 agregó como asignatarios de cuarta de mejoras a los hijos naturales y a sus descendientes legítimos. Luego, la Ley N° 18.802, agregó al cónyuge sobreviviente. Finalmente, la Ley N° 19.585 incorporó a los ascendientes como asignatarios de mejoras.

Como vemos, las reformas señaladas no contribuyeron al objetivo para el cual fue concebida inicialmente esta asignación. Lejos de procurar el sustento de la descendencia, la regulación de la mejora viene a reducir automáticamente la libertad de testar a una cuarta parte de la herencia ante la presencia de legitimarios pues en caso todos los casos de que el testador omita pronunciamiento sobre la cuarta de mejoras, la mitad legitimaria se ve aumentada a las tres cuartas partes de la herencia, recibiendo el legitimario la legítima efectiva. Las reformas a la mejora desnaturalizaron su objetivo y la convirtieron en un límite a la libertad de testar de dudosa justificación¹⁴⁸.

¹⁴⁸ MARTINIC GALETOVIC, María Dora, Op. Cit., p. 483.

3.2.2 Coincidencia de titulares de mejora y legítima.

Los titulares de mejoras y legitimarios son prácticamente los mismos. Si bien, vía testamento puede beneficiarse a descendientes no legitimarios con cargo a la mejora, recordemos que si el testador no dispone de ella, el legitimario tiene derecho a recibir la legítima efectiva y a exigirla vía acción de reforma de testamento. Debido a esto, en presencia de legitimarios y en silencio del testador, tres cuartas partes de su patrimonio se distribuyen automáticamente entre aquellos, sin posibilidad de modificar las distribuciones legales.

Como mencionamos, los límites a la libertad de testar hallan su fundamento en la protección a la familia, sea porque consideremos la herencia como una continuación del derecho de alimentos o estimemos que la familia del causante tiene un legítimo derecho sobre el patrimonio dejado por éste. Estimamos que tal como ocurre en los alimentos, la concurrencia de una o más asignaciones en un mismo titular, sobrepasa el objetivo de las mismas y constituye mero enriquecimiento.

3.2.3 Propuesta de reforma: Derogación de las mejoras

En la doctrina nacional existen numerosos autores que han postulado la eliminación de esta asignación forzosa, estimándola un límite injustificado a la libertad de testar y lejano a sus fines originales, así se ha dicho que: “primero la Ley 18.802 y luego la Ley 19.585 han desnaturalizado esta asignación forzosa, para favorecer con ella al cónyuge sobreviviente y aun a los ascendientes, con lo cual pierde toda su razón de ser”¹⁴⁹.

Así RODRÍGUEZ PINTO¹⁵⁰ opina que la derogación de la cuarta de mejoras, “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”.

En un sentido similar, VARAS BRAUN¹⁵¹ se pronuncia a favor de la eliminación de los ascendientes como asignatarios de mejora, si bien sólo respecto de las personas solteras sin hijos.

¹⁴⁹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Op. Cit., pp. 229-230.

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ VARAS BRAUN, Juan. Uniones de hecho y derecho sucesorio [en línea]. Rev. derecho (Valdivia), Dic 2010, vol.23, no.2. p. 21. <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n2/art01.pdf>> [consulta: 22 septiembre 2014].

Esta memoria concuerda con las posturas mencionadas, por lo cual, propone la eliminación de la cuarta de mejoras. Tal reforma se lograría principalmente mediante la derogación de los artículos 1167 N° 2, 1184 inciso final, 1185, además de suprimir las menciones a la mejora hechas en los artículos 1187, 1191, 1193, 1194, entre otros. Además, sería necesario adecuar todas las referencias a la nueva mitad de libre disposición.

3.3 Legítima

Hemos decidido dejar la revisión de la legítima para el final a causa de su importancia y del estudio más extendido de su revisión. A diferencia de otras asignaciones y a pesar de las propuestas de modificación que hemos sostenido, consideramos justificada su mantención a razón del principio de protección a la familia. Estimamos que la libertad de testar del causante halla un límite legítimo en el interés de proteger a los familiares o a quienes dependían del causante, siempre que tal limitación sea adecuada para todos los titulares de legítima, situación que dista de la actual regulación.

Estimamos necesaria la revisión de los titulares de esta asignación, racionalizando las cuotas que corresponden a cada uno, especialmente la del

cónyuge sobreviviente, y las causales de desheredamiento e indignidad, a modo de eliminar ciertas situaciones inicuas que pueden producirse cuando concurren hijos de diversos matrimonios o los cónyuges se encontraban separados de hecho.

3.3.1 Cónyuge sobreviviente

El cónyuge sobreviviente es el asignatario más beneficiado o protegido en la sucesión. Al morir el causante recibe los gananciales correspondientes a la liquidación del régimen matrimonial; su porción legitimaria; y además, se le concede el derecho de adjudicación preferente del inmueble familiar. Bien ha expresado la doctrina que el cónyuge es el heredero preeminente¹⁵², o que su estatuto sucesorio es el más favorable dentro de los países de tradición continental¹⁵³. A continuación estudiaremos algunos problemas que genera esta desigualdad respecto de los demás asignatarios de legítima.

¹⁵² DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, Op. Cit., p.127.

¹⁵³ OCQUETEAU MORENO, Daniel, Op. Cit., p. 8.

3.3.1.1 Estatuto preferente del cónyuge sobreviviente

En primer lugar debemos considerar que aún la mayoría de los matrimonios celebrados en Chile lo hacen bajo el régimen de sociedad conyugal (aproximadamente un 53,7%, versus un 43% en separación de bienes)¹⁵⁴. En virtud de ello, a la muerte de uno de los cónyuges procede la liquidación del régimen matrimonial y la adjudicación de los gananciales correspondientes del acervo bruto, incluso antes de efectuar las bajas generales, pues corresponde separar del haz hereditario aquellos bienes pertenecientes a otras personas. Por lo cual, salvo que renuncie a ellos, el cónyuge sobreviviente puede recibir inmediatamente la mitad del patrimonio del causante.

En segundo lugar, el cónyuge sobreviviente tiene derecho a una asignación hereditaria superior a la de cualquier legitimario. Según lo dispuesto por el artículo 1183 del Código Civil, los asignatarios concurren y son representados según las reglas establecidas para la sucesión intestada. En virtud de ello, si concurren a la sucesión el cónyuge y un hijo, la herencia se distribuye en dos partes iguales; mientras que si concurre junto a varios hijos, el supérstite recibe el doble de lo que a aquellos corresponda, cuota que no puede ser inferior a la

¹⁵⁴ REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN, Op. Cit., p. 4.

cuarta parte de la mitad legitimaria. Luego y ya en el segundo orden de sucesión, si concurre junto a ascendientes recibe las dos terceras partes de la mitad legitimaria. Finalmente y a falta de otros legitimarios, el cónyuge se lleva toda la herencia. Vemos que independiente de cuántos o qué legitimarios concurren a la sucesión, el cónyuge supérstite es beneficiado con una porción cuyo mínimo será el 25% de la mitad legitimaria.

En tercer lugar, recordemos que es asignatario de la cuarta de mejora por lo cual tendrá derecho a recibir la asignación efectuada por el causante o el aumento correspondiente a su legítima en el caso de que el difunto haya omitido disponer de la cuarta de mejoras. Ante el silencio, la cuota del viudo se determinaría ya no en la mitad legitimaria sino en las tres cuartas partes de la herencia

Finalmente, además de los gananciales y asignaciones forzosas, el artículo 1337 N° 10 confiere al supérstite un derecho preferente de adjudicación - intransferible e intransmisible- de sus derechos hereditarios sobre la propiedad del inmueble en que resida y haya sido la vivienda principal de la familia, junto a su mobiliario. En el supuesto de que el valor de estos bienes exceda su cuota hereditaria, la misma norma faculta al cónyuge para solicitar que se constituyan a su favor derechos gratuitos y vitalicios de habitación y de uso sobre los bienes señalados. Este derecho puede causar algunos problemas respecto de los

restantes herederos porque un gran número de sucesiones en nuestro país consisten principal e incluso únicamente en el inmueble familiar aludido por la norma, por lo cual este derecho implica adjudicar al viudo parte importante de la herencia. Incluso podemos decir que implica una limitación al ejercicio de la acción de partición por los restantes herederos y, por tanto, imposición de mantenerse bajo el estado de indivisión de la comunidad generada con la muerte de causante, situación especialmente grave cuando concurren hijos de diversos padres, pues el inmueble sólo podría venderse tras la muerte del viudo o con la carga del derecho de habitación y de uso, con la respectiva y para nada conveniente reducción del valor de venta¹⁵⁵.

En suma, el cónyuge sobreviviente tiene a su favor una serie de derechos que mejoran su posición hereditaria en desmedro de otros asignatarios, los cuales no sólo ven disminuida su asignación sino que paralizado el pago de la misma, obligados a mantenerse en comunidad el viudo o viuda de su padre (o madre). Además, como comentamos en su oportunidad, creemos que el mejoramiento de los derechos del cónyuge constituye una discriminación para los hijos extramatrimoniales ya que, por vía indirecta, se aumenta la asignación de los hijos matrimoniales, que tarde o temprano, se distribuirán la cuota del cónyuge sobreviviente.

¹⁵⁵ OCQUETEAU MORENO, Daniel, Op. Cit., p. 35.

Estimamos que si bien existen casos donde parece acertada esta protección adicional al cónyuge, la situación familiar actual no precisa de tal regulación. El establecimiento de este estatuto preferente para el cónyuge sobreviviente sigue la lógica de una familia dónde la mujer declinaba mantener una actividad remunerada en pos de cuidar exclusivamente hijos y hogar, dependía económicamente del marido y carecía, en general, de bienes propios con los cuales sustentarse. Este estatuto venía entonces a corregir el eventual estado de necesidad en que podía verse la viuda al perder su fuente de ingresos. Sin embargo, esta lógica ya no aplica a la mayoría de las familias chilenas, pues lo común en nuestros días es que tanto hombre como mujer trabajen y formen un patrimonio propio a lo largo de su vida activa¹⁵⁶. Es más, con los sistemas de previsión y seguros disponibles en nuestro país, no parece tan urgente una protección especial al cónyuge, la jubilación viene en reemplazar sus ingresos durante el período de vida inactiva. Y en caso de que el vínculo matrimonial termine por nulidad o divorcio, el ex cónyuge tiene derecho a una compensación económica que subsane el menoscabo sufrido producto de la situación descrita.

Por otro lado, la multiplicidad de esquemas familiares no permite conformar, si ello es lo que se pretende, una adecuada protección para eventuales sujetos en estado de necesidad, por lo cual reiteramos la pertinencia de ampliar la

¹⁵⁶ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Op, Cit. (2011), p.17.

libertad del causante para que éste realice la distribución más acorde a su proyecto de vida y familia.

3.3.1.2 Propuestas

En cuanto a las legítimas proponemos, a grandes rasgos, la equiparación de los derechos legitimarios, adecuando los excesivos beneficios para el cónyuge supérstite. También consideramos que una reforma del Derecho sucesorio debe pronunciarse sobre la situación del conviviente de facto. Si bien, recientemente fue aprobado el proyecto de Acuerdo de Unión Civil y éste contempla derechos hereditarios para el contratante sobreviviente, estimamos que de todas formas existirá un alto número de parejas que optará por permanecer en la convivencia de hecho.

3.3.1.2.1 Igualación cuotas legitimarias

La reforma más urgente a nuestro entender es la equiparación de las cuotas hereditarias en el primer orden sucesorio. Estimamos que la mitad legitimaria debiese distribuirse en partes iguales entre todos sus titulares concurrentes a la sucesión. Ello implicaría que el cónyuge sería considerado como un hijo más, por lo cual, si existiesen varios hijos, llevaría la misma parte que éstos y no el doble, como ocurre actualmente.

Además de los argumentos esgrimidos a lo largo de esta memoria, no podemos obviar que las personas tienen cada vez menos hijos, con lo que la herencia se reparte entre menos partes¹⁵⁷. Dado esto, la cuota del cónyuge tiene pocas posibilidades de disminuir ante un gran número de hijos y no hay necesidad de protegerla tan intensamente.

En suma, proponemos la modificación del artículo 988 inciso 2º de la siguiente forma: “Los herederos llamados al primer orden sucesorio se repartirán la herencia en partes iguales”. Además, los incisos restantes debiesen derogarse.

¹⁵⁷ Ver MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Op. Cit. (2011), p. 20.

3.3.1.2.2 Imputación de los gananciales a la asignación hereditaria

Una verdadera equiparación de los legitimarios supone, junto con la igualación de las cuotas legitimarias, resolver la concurrencia de otros derechos junto con los de carácter sucesorio como serían los gananciales derivados de la liquidación del régimen de sociedad conyugal o participación en los gananciales. En éstos, a diferencia del régimen de separación de bienes, existe cierta confusión material entre los patrimonios de cada cónyuge al momento de su término. Así, antes de efectuar cualquier operación en el patrimonio del causante es necesario separarlo de aquellos bienes y derechos pertenecientes a otras personas, como serían los gananciales de un régimen matrimonial.

Nos parece inicuo que el cónyuge sobreviviente reciba una cuota de tales dimensiones (gananciales y legítima) a la muerte del causante. Si bien, los gananciales son propiedad del cónyuge y hallan su fundamento en la comunidad de vida que implicaba el matrimonio con el causante, no podemos pasar por alto su efecto en la partición de la herencia de su ex cónyuge. Así, en la situación más beneficiosa (sociedad conyugal), a menos que la mujer

renuncie a sus gananciales, se le adjudicaría inmediatamente la mitad de los bienes dejados por el difunto.

En nuestra opinión, la eventual y futura necesidad del cónyuge no es suficiente razón para establecer ventajas desproporcionadas en favor de este legitimario. La omisión del legislador en esta materia no permite considerar la situación patrimonial ni previsional del viudo, que puede incluso estar mejor posicionado económicamente que el causante o efectivamente perjudicado por diversos motivos. Sin embargo, los gananciales contribuyen a evitar el último caso. Para el régimen de participación en los gananciales, el viudo obtiene un crédito contra el causante cuyo patrimonio aumentó durante el matrimonio, haciendo partícipe al primero en la riqueza acumulada por el segundo. En sociedad conyugal, el viudo se lleva la mitad del haber social y la viuda tiene además la opción de renunciar a los gananciales y quedarse con su haber propio.

Por ello creemos oportuno imputar los gananciales recibidos por el supérstite a la asignación legitimaria que le correspondería en la sucesión del causante. Es decir, al momento de efectuar la adjudicación de la herencia, debe descontarse de la legítima del cónyuge sobreviviente lo entregado a título de gananciales.

Tal propuesta se concretaría a través de la incorporación de una norma a continuación del artículo 988 del Código Civil, de forma que la disposición se aplique tanto a la sucesión testada como intestada, cuyo texto podría ser:

"Los gananciales que producto de la liquidación del régimen matrimonial de sociedad conyugal o participación en los gananciales reciba el cónyuge sobreviviente, se imputarán al pago de la legítima que le correspondiese en la sucesión del causante".

3.3.1.2.3 Pérdida de derechos en caso de abandono del hogar.

Como mencionamos en su oportunidad, el número de matrimonios celebrados en relación a la población tiende a disminuir con los años. Dicho de otra forma, cada vez más chilenos están optando por establecer relaciones de convivencia. Si bien, dentro de los próximos meses entrará en vigencia la ley que establece el Acuerdo de Unión Civil y ello tendrá algún impacto en las relaciones familiares, pensamos que la convivencia de hecho continuará siendo una opción común principalmente porque existirá un gran número de chilenos inhábiles para celebrar dicho contrato.

A diferencia de otras legislaciones, las normas sucesorias chilenas permanecen en silencio ante el abandono del hogar por un cónyuge. Si bien, ello constituye causal de divorcio y de separación judicial, éstas requieren ser tramitadas ante tribunales, lo cual toma indispensablemente algún tiempo; mientras que la segunda tiene por consecuencia el fin de ciertos derechos y deberes del matrimonio incompatibles con la vida separados, entre los cuales, sólo se cuentan los derechos hereditarios sólo respecto al cónyuge sobreviviente que haya dado lugar a la separación judicial por su culpa.

Podría argumentarse que en situaciones, o sea, cuando existe una relación de hecho y un matrimonio no disuelto, la solución es el divorcio. De esta forma el conviviente quedaría habilitado para contraer matrimonio (o celebrar un Acuerdo de Unión Civil cuando entre en vigencia la Ley) con su nueva pareja y ésta obtendría protección sucesoria. Esto es en cierta medida acertado y soluciona algunos problemas. Sin embargo, no podemos evitar pensar en situaciones límite como que el cónyuge muera durante la tramitación del divorcio o se desconozca su paradero y no se pueda notificar la demanda respectiva; o cuando por aplicación de la denominada “cláusula de dureza”, un juez deniegue el divorcio solicitado. En todos estos casos, el vínculo matrimonial no se ha disuelto y el cónyuge separado o demandado por divorcio conserva sus derechos hereditarios hasta que quede ejecutoriada la sentencia, momento a partir del cual el divorcio tiene efectos entre los antiguos

cónyuges¹⁵⁸. Tales supuestos pueden provocar situaciones por lo demás injustas, en las cuales el cónyuge sobreviviente aparece sólo a la muerte del causante a reclamar lo que por ley, no equidad, le corresponde, ya que no existe comunidad de vida que fundamente esta asignación sino un mero vínculo formal. Es posible encontrarnos con el supuesto, aun más grave, si existe conviviente de facto, que sin divorcio no puede optar a ningún derecho por medio de la celebración de un Acuerdo de Unión Civil y que muchas veces es quien cuidó al causante durante sus últimos años. Tal situación ocurrió en la causa Rol N° 337-2011, en cuya sentencia¹⁵⁹ la Corte Suprema concedió a la conviviente una asignación en la herencia de su pareja, mucho menor que la recibida por su cónyuge, el cual había abandonado el país hace más de 20 años.

Estas consecuencias inicuas se evitarían si, a semejanza de otros ordenamientos, nuestro Código estipulase como causal de pérdida de derechos hereditarios o de indignidad y/o desheredamiento, el abandono del hogar sin reanudación de la vida en común. Los Códigos Civiles de España¹⁶⁰ y

¹⁵⁸ BARRIENTOS GRANDON, Javier y Novales Alquézar, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno. LexisNexis. Santiago de Chile. 2004 p. 396-399.

¹⁵⁹ Sentencia de la Corte Suprema de 13 de junio de 2014, Rol N° 337-2011, Cita Online: CL/JUR/517/2012.

¹⁶⁰ Real Decreto. CÓDIGO CIVIL [en línea]. ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. 24 de julio de 1889. Ministerio de Gracia y Justicia <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>> [consulta: 18 febrero 2015].

Argentina¹⁶¹ por ejemplo, sólo conceden derechos hereditarios al cónyuge que, a la muerte del causante, no estaba separado de hecho o judicialmente de éste.

Por otra parte, si pese a la separación testador quiere beneficiar a su cónyuge, siempre tendrá la oportunidad de hacerlo con cargo a la porción de libre disposición que, una vez efectuadas las reformas propuestas por esta memoria ascenderá a un 50%, permitiendo un amplio rango de acción al testador.

Por tales motivos, proponemos incorporar el abandono permanente del hogar común como una nueva causal de indignidad y desheredamiento en los artículos 972 bis (nuevo) y 1208 del Código Civil.

3.3.1.3 Situación del conviviente de hecho

Si bien el número de matrimonios aumenta con el transcurso de los años, la tasa de nupcialidad disminuye¹⁶², ello quiere decir que cada vez se celebran menos matrimonios en relación a la población del país y su progresivo

¹⁶¹ Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación [en línea]. ARGENTINA. InfoJus. Buenos Aires.08 de octubre de 2014. <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf> [consulta: 18 febrero 2015]

¹⁶² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2014), Op. Cit., p. 114.

crecimiento. Esta tendencia no puede dejar de tener relevancia para el Derecho sucesorio pues, en definitiva, da cuenta de un nuevo modelo o concepto de familia. Si bien esta memoria trata de las asignaciones forzosas que debe respetar el testador al momento de disponer de su patrimonio, dada la estrecha vinculación entre legítima y sucesión intestada no podemos dejar de pronunciarnos sobre quienes son o debiesen ser llamados a esta última.

Nuestra regulación civil actualmente vigente omite toda referencia al conviviente¹⁶³ en la sucesión, a diferencia de otras ramas del Derecho que lo reconocen de diversas formas. Así en materia penal, el conviviente se considera víctima por el artículo 108 letra c) del Código Procesal Penal; es susceptible de sufrir violencia intrafamiliar por la Ley N° 20.066; en materia laboral, el artículo 9° del Decreto Ley N°3.500 reconoce como beneficiario de pensión de sobrevivencia al padre o madre de hijos de filiación no matrimonial, entre otras menciones.

La preferencia por la convivencia ante el matrimonio no es una tendencia exclusiva de nuestro país, sino una tendencia generalizada en el mundo. Sin

¹⁶³ Es inminente la publicación de la Ley de Acuerdo de Unión Civil. El 7 de abril de 2015 fue aprobada por el Tribunal Constitucional, con lo cual quedó en estado de promulgación. Una vez que entre en vigencia existirán derechos sucesorios entre los convivientes civiles, es decir, sólo aquellos que celebren un acuerdo de unión Civil.

embargo y a diferencia del nuestro, otros ordenamientos establecen o reconocen ciertos derechos sucesorios al conviviente como Perú¹⁶⁴.

La convivencia se asemeja en varios aspectos al matrimonio. Existe una comunidad de vida relativamente estable entre dos personas; un proyecto común que se renueva cada día; responde a intereses familiares; los convivientes se auxilian y cuidan, etc. A nuestro entender su diferencia fundamental con el matrimonio es la inexistencia de un vínculo formal entre los convivientes, lo cual desde luego permite que su disolución sea simple y dificulta la prueba de su inicio y final¹⁶⁵. Este último punto ha sido muchas veces usado para descartar algún reconocimiento legal a la convivencia de hecho, incluso de aquella de larga data y donde existe dependencia económica entre los convivientes.

Si el reconocimiento de derechos sucesorios al cónyuge sobreviviente obedece a la participación de éste en la vida económica del causante en desmedro de la propia; al estado de necesidad en que se ve luego de la muerte de su cónyuge; o la existencia de un proyecto de vida en común, ¿por qué establecer tal diferencia en los derechos para uno u otro caso?, ¿cuál sería el

¹⁶⁴ Ley N° 30.007. Ley que reconoce derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho [en línea]. PERÚ. El Peruano. 17 de abril de 2013. <<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30007.pdf>> [consulta: 18 febrero 2015]

¹⁶⁵ ESPADA MALLORQUIN, Susana. El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España [en línea]. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722009000100001&lng=es&nrm=iso> [consulta: 17 febrero 2015]

fundamento racional de esto para descartar una discriminación arbitraria? Es un conocido adagio del Derecho que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, estimamos que las alegaciones sobre la dificultad probatoria no son suficientes y se subsanan estableciendo algunos requisitos a la concurrencia del conviviente.

Podríamos estimar que el desconocimiento de derechos sucesorios al conviviente es consecuencia de la autonomía de la voluntad de las personas¹⁶⁶, pues éstas al no casarse y permanecer en situación de hecho, lo hacen como una forma consciente de sustraerse a los efectos del matrimonio, por lo cual darle ciertos derechos a la mera convivencia constituiría en este orden de ideas un atentado contra la libertad individual, si los convivientes quisieran algo distinto se casarían. Lo anterior puede ser cierto para parejas heterosexuales mas deja al margen a las homosexuales pues en Chile la diferencia de sexos es requisito de existencia del matrimonio celebrado tanto dentro como fuera del país. Dicho de otra forma, la convivencia homosexual no recibía ningún tipo de tutela y sólo podía dejarse la cuarta de libre disposición en favor de la pareja de igual sexo. Sin contar con que la proscripción del matrimonio homosexual es una discriminación arbitraria a nuestro juicio, lo cierto es que ahora con la inminente promulgación de la ley que establece el Acuerdo de Unión Civil, por fin se otorga un reconocimiento a estas parejas, marginadas desde siempre.

¹⁶⁶ ESPADA MALLORQUIN, Op. Cit., p. 42.

A pesar de que el Acuerdo de Unión Civil ciertamente constituirá una vía de reconocimiento y tutela a las relaciones de hecho, en este apartado sostendremos que aún es insuficiente para la realidad social, no obviemos que la convivencia de hecho puede ir acompañada de un matrimonio no disuelto sino meramente separado. Adscribimos a VARAS BRAUN¹⁶⁷, a ESPADA MALLORQUÍN¹⁶⁸ y a LATHROP¹⁶⁹, pues aunque este contrato solucionará algunas situaciones no eliminará la convivencia de hecho, con lo cual simplemente se agregará un estado civil a los ya existentes. Estimamos por ello necesario reconocer de alguna forma la convivencia de hecho, si bien bajo ciertos parámetros.

Hacia el final de esta memoria, haremos un breve análisis de los cambios que dispone el referido proyecto de ley de Acuerdo de Unión Civil, el cual a la fecha se encuentra en el último trámite ante el Tribunal Constitucional, a la espera de su aprobación.

¹⁶⁷ VARAS BRAUN, Op. Cit., pp. 12-13.

¹⁶⁸ ESPADA MALLORQUÍN, Susana. Luces y sombras del proyecto de ley de acuerdos de vida en pareja [en línea]. p. 387. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000100021&lng=es&nrm=iso [consulta: 07 marzo 2015].

¹⁶⁹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Notas sobre el debate legislativo del Acuerdo de Vida en Pareja (AVP). La Semana Jurídica. Año II n° 92 semana del 31 de marzo al 4 de abril de 2014. p. 7.

3.3.1.3.1 Propuesta: Inclusión del conviviente de hecho como legitimario

Dados los motivos ya esgrimidos y la inminente entrada en vigencia de la Ley de Acuerdo de Unión Civil, consideramos oportuno establecer al conviviente como titular de legítima sin exigirle la celebración del Acuerdo de Unión Civil. Estimamos que instaurar un nuevo estado civil no termina de solucionar los problemas de nuestra sociedad. Por ello proponemos la modificación de los artículos 988 inciso primero y 1182 N° 3. La primera disposición debería tener un texto semejante al que sigue: “Los hijos excluyen a todos los otros herederos, a menos que hubiere también cónyuge o conviviente sobreviviente, según corresponda, caso en el cual éste concurrirá con aquéllos. El conviviente tendrá derecho a concurrir en lugar del cónyuge cuando cumpla los requisitos establecidos por la Ley”. Por su parte, el artículo 1182 N° 3 debiese estipular: “Art. 1182. Son legitimarios: (...)3. El cónyuge o conviviente sobreviviente según corresponda.

3.3.1.3.2 Concurrencia del cónyuge y prueba del vínculo

A nuestro entender, el reconocimiento de derechos sucesorios a la relación de hecho puede enfrentarse a dos objeciones: la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto y la prueba de la convivencia. Sin embargo, ambas dificultades se salvan a través del establecimiento de ciertas exigencias a la convivencia de hecho, sin las cuales carece de todo efecto sucesorio.

En primer lugar, debe ser una relación exclusiva, en caso contrario estaríamos amparando la convivencia “polígama” o la infidelidad, situaciones que carecen de reconocimiento jurídico en la tradición romano-canónica. Reconocer la relación de hecho paralela a la vida en común de los cónyuges implicaría aceptar la infidelidad y no se trata de ser moralista sino de resguardar los diversos intereses en juego. Exigiendo publicidad a la relación se protege al ex-cónyuge, quien en algún momento formó una unión afectiva con el causante y, si así lo quiere, brindarle la oportunidad de interponer demanda de divorcio y solicitar compensación económica a modo de resguardarse de una eventual pérdida de derechos hereditarios.

En segundo lugar, es deseable que la convivencia haya sido pública de forma semejante a la posesión notoria del estado civil. O sea, que el causante hubiese tratado a su conviviente como tal, presentado como pareja a su familia y amigos, y sean reconocidos como convivientes por su entorno. Estimamos necesaria esta publicidad principalmente para resguardar a terceros y a otros herederos del causante; especialmente a un eventual cónyuge sobreviviente.

Finalmente, parece aconsejable una duración prolongada de la convivencia a fin de evitar intentos de fraude. Estimamos que, a semejanza del plazo del cese de convivencia dispuesto para el divorcio unilateral, podría ser de 3 años.

En resumen, somos partidarios de reconocer efectos sucesorios a la convivencia de hecho sólo cuando es exclusiva, pública y sostenida en el tiempo. Además creemos que si la relación de hecho cumple tales parámetros, el conviviente debe excluir al cónyuge en la sucesión. Es evidente que si el causante mantuvo una relación en los términos señalados, la comunidad de vida propia del matrimonio ya no existe, por tanto, corresponde privilegiar a quien está presente en la vida del causante y no al mero vínculo formal.

Esta propuesta se materializaría a través de un artículo 988 bis, cuyo texto sería: "El conviviente concurrirá en el primer orden de sucesión en lugar del cónyuge, siempre y cuando pruebe que su relación con el causante fue

exclusiva, pública y continua en los 3 años inmediatamente anteriores a la muerte de aquel. El juez establecerá la concurrencia de los requisitos señalados mediante todos los medios de prueba establecidos en la ley. El reconocimiento de la relación que el causante haya hecho en su testamento constituirá presunción meramente legal de la convivencia".

Reconocemos que esta medida se aleja un poco de las líneas generales de nuestra propuesta y es veta para varias demandas judiciales, pero también creemos que estos problemas son menos lesivos que las injustas consecuencias de no amparar una situación tan común en nuestra sociedad.

3.3.1.3.3 Pacto de Unión Civil, algunas consideraciones sobre el proyecto de Ley.

El 28 de enero de 2015 fue aprobado por el Congreso Nacional el proyecto de Ley boletín N° 7011-07¹⁷⁰, que regula al Acuerdo de Unión Civil (en adelante AUC) y los convivientes civiles. El 7 de abril de 2015 fue aprobado por el Tribunal Constitucional, con lo cual quedó en estado de promulgación, y

¹⁷⁰ SENADO. Chile. Proyecto de Ley que establece el Acuerdo de Unión Civil, Boletín N° 7011-2 [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7417&prmBL=7011-07> [consulta: 10 marzo 2015].

posterior publicación en el Diario Oficial, entrando en vigencia 6 meses después de esta.

El proyecto reglamenta un concepto institucionalizado de convivencia. En tal sentido el artículo 1° del proyecto establece: “El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil”. También regula la celebración, efectos y disolución del contrato de convivencia civil de forma análoga al matrimonio. Su celebración, por ejemplo, debe efectuarse ante un oficial del Registro Civil e inscribirse en el Registro especial de AUC de ese servicio. Además, otorga el estado civil de convivientes a las partes, dispone requisitos de validez y motivos de anulación del contrato; reglamenta el reconocimiento de los AUC celebrados en el extranjero; los regímenes patrimoniales dentro del mismo; entre otros aspectos. Destacamos el reconocimiento de los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero, que en Chile serán vistos como AUC; así como la reglamentación de un régimen de comunidad más simple que la sociedad conyugal y el cual debe pactarse expresamente, a diferencia de lo que ocurre respecto los regímenes matrimoniales

En cuanto de esta memoria, el proyecto establece en favor de los convivientes civiles ciertos derechos sucesorios en sus artículos 16 y siguientes. En primer lugar, el contrato otorga a los convivientes el carácter recíproco de legitimario, heredero intestado y titular de mejoras de forma análoga al cónyuge sobreviviente. Luego, dispone a su favor el derecho de adjudicación preferente del artículo 1337 del Código Civil. Finalmente, le concede legitimación activa para demandar las indemnizaciones derivadas de los perjuicios ocasionados por el hecho ilícito de un tercero, que causen la muerte de su conviviente o la imposibilidad de ejercerlas por sí mismo. Es necesario señalar que todos estos derechos están sujetos a la vigencia del contrato de convivencia a la fecha de delación de la herencia.

En nuestra opinión el establecimiento de un régimen institucionalizado de la convivencia, muy semejante al matrimonio, es un claro avance en la actualización legislativa del Derecho de familia y sucesorio. Esta vía será especialmente significativa para todas las parejas homosexuales, quienes podrán, luego de años de marginalidad, revestir su relación de una protección jurídica análoga a la de un matrimonio. Lo anterior representa uno de los aspectos más valorables del proyecto. Sin embargo, la solución adoptada por el mismo, me refiero a la institucionalización de la pareja de hecho, es insuficiente para la problemática nacional.

La convivencia “desnuda”, por así decirlo, no dejará de existir en nuestro país. Si bien, ahora existe una alternativa de resguardo, las parejas habilitadas para seguirla deben cumplir prácticamente los mismos requisitos de aquellas que deseen casarse. En especial, los contrayentes no deben mantener vínculo matrimonial o AUC vigente, entre otros. Este requisito constituirá una traba para quienes no pueden divorciarse, sea porque no es habido su cónyuge o no se han cumplido los plazos del cese de convivencia, o están en procedimiento de divorcio, o tienen dificultades económicas¹⁷¹, entre otros motivos. Tales situaciones quedan fuera del amparo no sólo del AUC sino también de nuestro Derecho civil.

Preferimos optar por un concepto más amplio de convivencia o pareja de hecho, no limitado por la celebración de un acto o inscripción, donde tengan cabida las diversas formas que adopta este tipo de relación. Como señala ESPADA MALLORQUÍN: “una pareja de hecho es aquélla compuesta por dos personas sin vínculo de parentesco próximo, de igual o de distinto sexo, que gozan de madurez o capacidad psicológica necesaria para convivir de modo semejante al matrimonial y que establecen entre ellos una comunidad de vida y afectos acompañada, en su caso, de la puesta en común de determinados recursos económicos. Además, esta comunidad de vida está calificada por una

¹⁷¹ Si bien el procedimiento de divorcio es cada vez más accesible a las personas, lo cierto es que conlleva consecuencias económicas que no todas las familias pueden solventar como la liquidación de la sociedad conyugal o el otorgamiento de una compensación económica.

estabilidad, exclusividad y notoriedad, y por una *affectio maritalis*, que implica una convivencia con una dimensión sexual que se presupone”. Lo central no es la formalidad sino el ánimo con que los convivientes renuevan día a día su compromiso, por algo la convivencia es distinta del matrimonio. Sin embargo, los efectos de éste y del AUC son tan similares que incluso entre las partes se genera parentesco por afinidad respecto a los parientes de su contraparte. La gran diferencia continua siendo el régimen de disolución del AUC, que de todas formas debe igualmente registrarse.

En suma, creemos que la gran utilidad del AUC estará en la protección de quienes no pueden contraer matrimonio, es decir, de las parejas homosexuales. Tal es su principal mérito. Sin embargo, echamos en falta y esperamos que sea el próximo paso en la materia, un estatuto de las relaciones de hecho, el cual no lesionaría la libertad personal o el *ius connubii* sino que daría respuesta a un problema práctico de la sociedad chilena.

3.3.2 Ascendientes y descendientes: Mantención del estatuto vigente

Si bien algunas legislaciones han optado por eliminar a los ascendientes como beneficiarios de legítima, dada la postura general de esta memoria consideramos pertinente mantenerlos como tales en el segundo orden sucesorio, pues reconocemos que son personas susceptibles de quedar en estado de necesidad tras la muerte de la persona de la que dependían económicamente. También porque creemos que el establecimiento de derechos sucesorios alimentarios judicializa excesivamente las sucesiones por causa de muerte y abre un espectro de incertidumbre, fuertemente criticado dentro de los ordenamientos que contemplan este tipo de derechos.

De la misma forma, mantendremos la regulación y participación de los hijos en la sucesión. Si bien la situación de los hijos a la muerte de uno de sus progenitores es bastante heterogénea pues no presentan iguales características un hijo menor a uno mayor de edad, uno joven con aquél que bordea los 50, ni tampoco el que estudia con el que ya es independiente. Parece justo que los hijos concurren a la sucesión y en cuotas iguales sin importar su origen, por lo cual estimamos que la regulación está actualizada.

CONCLUSIONES

1. En toda sucesión concurren diversos intereses que pueden ser incompatibles o convergentes. Por una parte, el interés del causante; por otra, el de sus familiares, y también el de la sociedad en su conjunto. Del eventual conflicto entre éstos, se origina la discusión sobre cuál es el rango adecuado de libertad de testar. Así, hasta donde alcanza nuestra investigación, no hemos encontrado algún ordenamiento que no brinde o prohíba a los particulares la facultad de testar respecto de su patrimonio. El centro de la cuestión no gira entonces respecto a ésta en sí sino a los límites que debiesen instaurársele.
2. Existen dos grandes sistemas sucesorios en el Derecho comparado. Aquellos que contemplan una libertad de testar absoluta y aquellos que contemplan una restringida. Los primeros establecen escasas o nulas limitaciones porque derivan la libertad de testar del derecho de dominio del causante y consideran adecuado que éste sea quien decida el destino de su patrimonio. En cambio, los sistemas de libertad restringida consideran inherente al Derecho sucesorio una función protectora de la familia del

causante o que ésta, dados sus vínculos y eventual participación en el crecimiento de tal patrimonio, tienen un legítimo derecho de adjudicación de los bienes, razones por las cuales establecen diversas limitaciones que se materializan a través de asignaciones forzosas.

3. Tanto las críticas como los argumentos a favor de uno u otro sistema no son absolutas. Tradicionalmente se ha dicho que los sistemas absolutos dejan a la familia del causante en el mayor de los desamparos pues, el testador puede privarlos de toda asignación o sustento. Sin embargo, estudios en Inglaterra, vivo ejemplo de este sistema sucesorio, demuestran que la generalidad de los testadores instituyen como beneficiarios a sus familiares más próximos. De forma análoga, podría decirse que la función protectora del sistema restringido ya no presta utilidad y que la evolución social exige el establecimiento de una libertad de testar absoluta. Pero lo cierto es que existen personas susceptibles de quedar en estado de necesidad que pueden ser protegidas mediante asignaciones sucesorias.
4. No existen motivos definitivos para optar entre un sistema de libertad de testar absoluta o restringida. La adhesión a alguno de los sistemas corresponde a una elección acorde a la tradición jurídica de cada Estado y, en definitiva, del valor que le asigne a los intereses implicados dentro de la sucesión. Así, los Derechos que privilegien la libertad individual optarán por

un sistema menos intrusivo, mientras que aquellos que consideren mayormente a la familia preferirán una sucesión sometida a mayores limitaciones. A pesar de esto, no existen sistemas de libertad de testar absoluta, pues incluso los ordenamientos del common law establecen limitaciones a la voluntad testamentaria como las family provision en Inglaterra y otras asignaciones similares en países como Australia, Estados Unidos o Nueva Zelanda.

5. Si bien existe una parte de libre disposición de la herencia, dado que sólo asciende a un 25% de la misma, es notorio que nuestro Derecho optó por un sistema sucesorio de libertad de testar restringida, estableciendo asignaciones obligatorias e inmodificables para el testador. La infracción a estas normas no acarrea la nulidad del testamento sino que brindan al legitimario la posibilidad de ejercer ciertos resguardos respecto la asignación de la cual se ve privado. El legitimario puede perseguir la modificación de las disposiciones que contravengan la porción legitimaria a través del ejercicio de la respectiva acción de reforma o de la acción de inoficiosa donación, entre otras acciones.

6. La existencia de legitimarios implica que la voluntad del testador sólo tendrá efecto en la medida que respete las asignaciones forzosas. Dada la similitud entre los titulares de éstas, la concurrencia de legitimarios a la sucesión

significa que la libertad de testar del causante se ve reducida automáticamente a una cuarta parte de su patrimonio.

7. Las restricciones que nuestro Derecho impone a la libertad de testar han perdido legitimidad por diversos motivos. Los fundamentos que sustentaron la implementación de un sistema de libertad de testar restringido, pensado para una sociedad donde el núcleo productivo era la familia, han quedado obsoletos con el paso del tiempo.
8. Existen diversos motivos a favor de una modificación de las asignaciones forzosas contempladas en el Código Civil. Los más importantes son los cambios demográficos como el aumento de la esperanza de vida; la existencia de la seguridad social; los nuevos esquemas de relaciones familiares como la preferencia por la convivencia; entre otros.
9. Existe una relación entre Derecho de familia y sucesorio, pues la primera rama no sólo provee un concepto de familia en la herencia sino que diversas instituciones propias del Derecho de familia tienen consecuencias en materia sucesoria, como los alimentos o los regímenes matrimoniales. Esta relación se manifiesta en el llamado a la sucesión que hace la Ley tanto en la sucesión testada (asignatarios forzosos) como intestada. Por tanto,

nuestro ordenamiento debe considerar la realidad familiar a la hora de reglamentar la sucesión.

10. El principio de protección a la familia que inspira las asignaciones forzosas debe ser actualizado, de forma tal que se adecue a la sociedad chilena y los cambios que ha sufrido desde la dictación del Código Civil, resguardando todos los modelos de familia existentes y no sólo la basada en el matrimonio heterosexual. Tal adecuación debe ponderar tanto el interés del causante como el de sus familiares de forma equilibrada.

11. Por lo anterior, es necesario establecer un sistema mixto que contemple una parte de la herencia de libre disposición y otra sujeta a las asignaciones forzosas, de forma que se proteja a ciertas personas dependientes del causante.

12. Estimamos que las únicas asignaciones forzosas que conviene mantener son las legítimas. Los alimentos serán pagados en tanto constituyen deudas del causante, mientras que las mejoras han perdido toda utilidad para convertirse en una restricción excesiva a la voluntad del testador.

13. El cónyuge sobreviviente es titular de diversos derechos en la sucesión, los cuales configuran un estatuto preferente en desmedro de los restantes

asignatarios del causante. Es necesario que los legitimarios concurren en igualdad a la herencia. Por ello, es necesario igualar su cuotas y considerar el régimen matrimonial respecto la asignación deferida. Además resulta oportuno privar al cónyuge que abandonó el hogar y sólo mantiene un vínculo formal con el causante de todo derecho hereditario.

14. Los cambios de la estructura familiar aconsejan incluir como legitimario al conviviente de hecho, con algunas exigencias para evitar fraudes o incertidumbres. La convivencia que cumple ciertos requisitos se asemeja al matrimonio, por lo cual resulta pertinente otorgarle preferencia en la asignación de la herencia. Si el fundamento tras la atribución sucesoria al cónyuge es la comunidad de vida que se origina entre los cónyuges y ésta comunidad también se forma entre los convivientes, no existe mayor razón para preferir el matrimonio por sobre esta última.

15. El AUC es un avance en el reconocimiento de las uniones de hecho como fuente de vínculos familiares en especial para las parejas homosexuales, dada su imposibilidad de celebrar matrimonio. Sin embargo, estimamos que la convivencia de hecho seguirá siendo una alternativa para los chilenos, por lo que echamos en falta algún pronunciamiento al respecto.

16. En general, estimamos que las asignaciones forzosas deben ser actualizadas al modelo de familia actual. Consideramos adecuado resguardar en igual medida tanto la libertad individual como la protección a la familia a través de la legítima. La legítima tiene por fin evitar que en ejercicio de su voluntad testamentaria, el testador pase por alto a personas susceptibles o en estado de necesidad, dado ello también incluimos al conviviente de hecho como legitimario y heredero forzoso. Mientras que la mitad de libre disposición propuesta, permite al causante proteger a otros miembros de su familia, cuyos vínculos son tan respetables como los sanguíneos o, disponer de los bienes que en base a su trabajo adquirió durante el transcurso de su vida.

Para finalizar esta memoria, deseamos dejar en claro que de las reformas propuestas la más urgente y simple de llevar a cabo es la derogación de las mejoras. Con ella, el testador puede disponer inmediata y libremente de la mitad de su patrimonio, haciendo la distribución más adecuada para su familia.

Sabemos que el procedimiento legislativo es de lata tramitación y que las discusiones parlamentarias pueden durar años, mas ello no es obstáculo para diagnosticar los defectos de nuestra legislación y proponer *lege ferenda*. Probablemente la inclusión del conviviente de hecho sea una materia polémica que choque con las convicciones de ciertos sectores políticos, que ven en el

matrimonio la base fundamental de la familia y argumenten que tal dirección es un “ataque” a dicha institución. Sin embargo, esperamos que en un futuro no muy lejano tales convicciones sean conciliadas con la tolerancia propia de un Estado laico y democrático. El Derecho es un instrumento de organización social y como tal su función es proteger y reflejar las convicciones de la mayoría con pleno respeto de las minorías, por lo cual debe adaptarse a los esquemas sociales imperantes y establecer, más que modelos, soluciones a los problemas de sus regulados.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros

1. BARRIENTOS GRANDON, Javier y Novales Alquézar, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno. LexisNexis. Santiago de Chile. 2004.
2. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Domínguez Águila, Ramón. Derecho Sucesorio, volumen N°1. 3^{ra} edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.
3. ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. Derecho Sucesorio. Santiago, LexisNexis, 2005.
4. HUMERES ARÉVALO, Héctor. Derecho del Trabajo y de la seguridad social. 18^{va} edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
5. KERRIDGE, Roger, Parry & Clark, *The law of succession*, 11^{va} edición, Sweet & Maxwell, Andover, 2002.
6. MCKAYP, Stephen, y ROWLINGSON, Karen. Attitudes to inheritance in Britain [en línea]. Bristol, The Policy Press, 2005. <<http://www.irf.org.uk/sites/files/jrf/1861347707.pdf>> [consulta: 22 noviembre 2014].
7. NASH ROJAS, Claudio. Derecho internacional de los Derechos humanos [en línea]. p. 72 <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf>> [consulta: 15 febrero 2015].

8. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Los bienes. la propiedad y otros derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2007.
9. RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. Derecho Internacional privado. 2ª edición. Santiago, LexisNexis. 2007. pp. 177-179.
10. RAMOZ PAZOS, René. Derecho de familia. 6ª edición. Volumen N°2. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
11. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho Sucesorio, volumen N°1 (versión de René Abeliuk M). 8ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.

II. Tesis

1. BARRÍA PAREDES, Manuel. Las asignaciones forzosas en Chile. Su estado actual y una posible revisión [en línea]. Tesis para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho, Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. <http://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/2910/620054.pdf?sequence=1>. [consulta: 15 septiembre 2014]
2. MUJICA BAEZA., Alfredo. La libertad de testar. Memoria para optar al grado de Licenciado. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de leyes y ciencias políticas. 1918.

3. MUÑOZ OSTOICH, María Pía. Autonomía de la voluntad y libertad de testar. Memoria para optar al grado de licenciado. Talca, Chile. Universidad de Talca, Facultad de leyes y ciencias políticas. 2002.
4. OCQUETEAU MORENO, Daniel. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.585 en materia de Derecho Sucesorio. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2002.

III. Artículos

1. ARROYO I AMAYUELAS, Esther y BONDIA GARCÍA, David. ¿Interpretación de testamento contraria a los Derechos Humanos? El caso «Pía & Puncernau vs. Andorra» (STEDH, 13 de julio de 2004) [en línea].p. 64. < <http://www.cepc.gob.es/ca/publicacions/revistes/revistes-electroniques?IDR=7&IDN=392&IDA=10148>> [consulta: 07 abril 2015]
2. ARROYO I AMAYUELAS, Esther. La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania. En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°. 1, 2010. [en línea] <http://www.indret.com/pdf/713_es.pdf> [consulta: 10 de octubre de 2014].
3. BARRIO GALLARDO, Aurelio. Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón [en línea]. Revista de Derecho Civil

aragonés, N° 17, 2011.
<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4055686>> [consulta: 13 diciembre 2014]

4. BARRIO GALLARDO, Aurelio. La conversión de la legítima en una prestación alimenticia Mortis causa. en Investigaciones En Ciencias Jurídicas: Desafíos Actuales Del Derecho. 1º Congreso de jóvenes investigadores en ciencias jurídicas celebrado en la Universidad de Málaga los días 11 y 12 de julio de 2013 [en línea] <<http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/#indice>> [consulta: 03 de enero de 2015].
5. CAROL ROSÉS, Fernando. Reflexiones sobre la libertad de testar y la Stedh de 13 de julio de 2004 [en línea]. p. 146. <<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/11691/11138>> [consulta: 07 abril 2015].
6. DEL PICO RUBIO, Jorge. Evolución y actualidad de la concepción de familia: una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno [en línea]. Ius et Praxis, vol.17, n° 1. Talca, 2011. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122011000100003&script=sci_arttext> [consulta: 02 enero 2015].
7. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. Principios de derecho sucesorio en el código bello y su estado actual. Revista de Derecho / Universidad de

Concepción, Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales. (Concepción, Chile). Año Lxxiii, Nos. 219-220 (Ene/Dic. 2006).

8. ESPADA MALLORQUIN, Susana. Luces y sombras del proyecto de ley de acuerdos de vida en pareja [en línea]. p. 387. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000100021&lng=es&nrm=iso [consulta: 07 marzo 2015].
9. ESPADA MALLORQUIN, Susana. El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España [en línea]. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722009000100001&lng=es&nrm=iso> [consulta: 17 febrero 2015].
10. GUZMÁN BRITO, Alejandro. La doble naturaleza de deuda hereditaria y asignación forzosa de los alimentos debidos por ley a ciertas personas. Revista Chilena de Derecho. Vol. 35 N°2. [2008]
11. KELLY, Daniel. *Restricting testamentary freedom: Ex ante versus ex post justifications*. *Fordham Law Review*. Volume 82. Issue 3 Article 1. [en línea] <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4948&context=flr>> [consulta: 13 diciembre 2014].
12. MARTINIC GALETOVIC, María Dora. Las asignaciones forzosas y la libertad de testar en el derecho chileno. Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho: LexisNexis, 2005.

13. PECORA, Vincent. *Inheritances, Gifts, and Expectations. Law & Literature. Volume 20, Issue 2, 2008.* [en línea] <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/lal20&id=187>> [consulta: 13 diciembre 2014].
14. PÉREZ GALLARDO, León. De la autonomía de la voluntad y sus límites. [en línea]. Medellín, Colombia. <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecaDiseño/Archivos/01_Documentos/leonardoPerez.pdf> [consulta: 15 octubre 2014]
15. 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.
16. SAAVEDRA ALVARADO, Enrique. Autonomía de la voluntad y protección de la familia frente a la actual realidad sucesoria: La búsqueda de nuevos equilibrios entre dos principios fundamentales. Estudios de derecho civil II. Santiago, LexisNexis. 2006. pp.
17. THE LAW COMMISSION. Consultation Paper N° 191: Intestacy and family provision claims on death. [en línea]. <www.lawcom.gov.uk/docs/cp191.pdf> [consulta: 13 diciembre 2014].

18. VAQUER ALOY., Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma a la legítima [en línea]. InDret 3/2007. <http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf> [consulta: 15 septiembre 2014].
19. VARAS BRAUN, Juan. Uniones de hecho y derecho sucesorio [en línea]. Rev. derecho (Valdivia), Dic 2010, vol.23, no.2. <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n2/art01.pdf>> [consulta: 22 septiembre 2014].

IV. Estudios estadísticos

1. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Compendio Estadístico. [en línea] Santiago, Chile. Instituto Nacional de Estadísticas. 2014. <http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicacion_es/pdf/compendio_2014.pdf> [consulta: 02 marzo 2015]
2. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Evolución de la mortalidad en Chile según causas de muerte y edad, 1990-2007 [en línea]. Santiago, Chile. Instituto Nacional de Estadísticas. 2010. <http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicacion_es/pdf/010211/evo90_07_010211.pdf> [consulta: 18 febrero 2015].
3. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Justicia. Informe Anual [en línea]. Santiago, Chile. Instituto nacional de Estadísticas. 2013. <http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicacion_es/pdf/completa_justicia_2013.pdf> [consulta: 20 febrero 2015].

4. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Informe de Política Social [en línea]. Santiago, Chile. Mideplan. 2011. <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/ipos/pdf/ipos_2011_poblacion.pdf> [consulta: 17 febrero 2015].
5. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Mujer y Familia Casen [en línea]. Santiago, Chile. Observatorio Social. 2011 <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/casen/publicaciones/2011/RESULTADOS_Mujer_y_Familia.pdf> [consulta:02 de marzo 2015]
6. REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN. Estadísticas con enfoque de género [en línea]. Santiago, Chile. Registro civil e identificación. 2014. <<https://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Banner%20de%20genero%20Fiscal.pdf>> [consulta 20 enero 2015].

V. Legislación

1. *Act of 11 July 2012. Basic Law for the Federal Republic of Germany in the revised version* [en línea]. ALEMANIA. *Federal Law Gazette Part III, classification number 100-1*. 11 de julio de 2012. <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0079> [consulta: 12 diciembre 2014].

2. *Codice civile* [en línea]. ITALIA. *Gazzetta Ufficiale*, n. 79. 4 de abril de 1942.<http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/home.html> [consulta: 10 diciembre 2015].
3. Código Civil Federal [en línea]. MÉXICO, Diario Oficial Federal, 24 de diciembre de 2013. p. 131. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf> [consulta: 13 diciembre 2014].
4. Constitución Española [en línea]. ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. 29 de diciembre de 1978. <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>> [consulta: 10 enero 2015].
5. Decreto N° 100. Fija el texto refundido de la Constitución Política de la República [en línea]. CHILE. Diario Oficial. 17 de septiembre de 2005. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta: 10 marzo 2015].
6. *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* [en línea]. REINO UNIDO. The Gazette. 12 de Noviembre de 1975. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>> [consulta: 02 diciembre 2014].
7. Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación [en línea]. ARGENTINA. InfoJus. Buenos Aires.08 de octubre de 2014. <<http://www.infojus.gob.ar/docs->

[f/codigo/Codigo Civil y Comercial de la Nacion.pdf](#)> [consulta: 18 febrero 2015]

8. Ley N° 30.007. Ley que reconoce derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho [en línea]. PERÚ. El Peruano. 17 de abril de 2013.
<<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30007.pdf>>

[consulta: 18 febrero 2015]

9. Ley N° 2013-404. Código Civil, Traducción al español [en línea]. FRANCIA. *Journal officiel de la République française*. 17 de mayo de 2013.

<<http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrancef>> [consulta: 15 diciembre 2014].

10. Real Decreto. Código Civil [en línea]. ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España. 24 de julio de 1889. Ministerio de Gracia y Justicia

<<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>

[consulta: 18 febrero 2015].

11. SENADO. Chile. Proyecto de Ley que establece el Acuerdo de Unión Civil, Boletín N° 7011-2 [en línea]

<http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7417&prmBL=7011-07> [consulta: 10 marzo 2015].

VI. Jurisprudencia

1. *Judgment of the First Senate of 19 April 2005– 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03* – [en línea] <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2005/04/rs20050419_1bvr164400en.html> [consulta: 01 diciembre 2014].
2. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 13 de junio de 2014, Rol N° 387-2014, Cita Online: CL/JUR/3374/2014.
3. Sentencia de la Corte Suprema de 29 de septiembre de 2013, Rol N° 5370-2013, Cita online CL/JUR/6712/2014.

VII. Sitios web

1. *EUROPEAN NOTARIAL NETWORK y Notaries of Europe. Successions in Europe.* [en línea] <<http://www.successionseurope.eu/es/home>>. [consulta: 6 diciembre 2014].
2. GRUPO DEL BANCO MUNDIAL. El Banco Mundial. [en línea] <<http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN>> [consulta: 15 febrero 2015].