

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**“EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS DEL CÓNYUGE
SOBREVIVIENTE EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO”**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales

ANGÉLICA PAULINA PÉREZ CASTRO

PROFESOR GUÍA: MARICRUZ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS.

SANTIAGO DE CHILE
2.002

INDICE

	Página
INTRODUCCION	8
 CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS SUCESORALES DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE.	
1.1.- Generalidades.....	12
1.2.- Derecho Comparado.....	13
1.2.1.- Derecho Romano.....	13
1.2.1.1.- Ley de las XII Tablas.....	13
1.2.1. 2.- Derecho Pretorio.....	15
1.2.1. 3.- Derecho Justiniano.....	15
1.2.2- Derecho Español.....	16
1.2.2.1.- Derecho Foral.....	17
1.2.2.2.- Derecho Común.....	18
1.3.- Derecho Nacional.....	20
1.3.1.- Historia del Código Civil Chileno.....	20
1.3.2.- Proyecto de 1.841.....	23
1.3.3.- Proyecto de 1.846.....	25
1.3.4.- Proyecto de 1.853.....	26
1.3.5.- Proyecto Inédito.....	27

CAPITULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.

2.1.- Generalidades.....	28
2.2.- Código Civil Originario.....	30
2.2.1.- Como heredero abintestato.....	31
2.2.1.1.- Ordenes de Sucesión.....	32
2.2.1.1.1.- Orden de Sucesión Regular.....	32
2.2.1.1.2.- Orden de Sucesión Irregular.....	36
2.2.1.2.- Situación del cónyuge divorciado.....	38
2.2.2.- Como asignatario de la porción conyugal.....	39
2.2.2.1.- Introducción	39
2.2.2.2.-Carácter alimenticio de la porción conyugal.....	40
2.2.2.3.- Definición.....	43
2.2.2.4.- Requisitos para ser asignatario de porción conyugal.....	44
2.2.2.4.1.- El cónyuge no debe haber dado lugar al divorcio por su culpa.....	44
2.2.2.4.2.- El cónyuge debe ser pobre.....	44
2.2.2.4.3.- El cónyuge debe ser digno y capaz de suceder.....	45
2.2.2.5.- Clases de porción conyugal.....	45
2.2.2.5.1.- Porción conyugal teórica.....	46
2.2.2.5.2.- Porción conyugal efectiva.....	46
2.2.2.5.3.- Porción conyugal ficticia.....	46
2.2.2.6.- Cuantía de la porción conyugal.....	47
2.2.2.6.1.- Si no concurren descendientes legítimos.....	47
2.2.2.6.2.- Si concurren descendientes legítimos.....	48
2.2.2.7.- Cálculo de la porción conyugal.....	48

2.2.2.7.1.- Cuando no concurren descendientes legítimos..	49
2.2.2.7.2.- Cuando concurren descendientes legítimos.....	57
2.2.2.8.- Situación del cónyuge sobreviviente como asignatario de cuarta de libre disposición.....	63
2.2.2.8.1.- Se pueden llevar ambas asignaciones.....	63
2.2.2.8.2.- No se pueden llevar ambas asignaciones.....	64
2.2.2.9.- Naturaleza jurídica de la porción conyugal.....	66
2.2.2.9.1.- La porción conyugal como herencia.....	66
2.2.2.9.2.- La porción conyugal como legado.....	67
2.2.2.10.- Responsabilidad del cónyuge por las deudas hereditarias.....	68
2.3.- Reforma Ley 10.271.....	70
2.3.1.- Generalidades.....	70
2.3.2.- Historia de la ley.....	70
2.3.3.- Principales modificaciones contenidas en esta ley.....	71
2.3.4.- Reformas introducidas a los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente.....	71
2.3.4.1.- Se modifican sus derechos como heredero abintestato.....	73
2.3.4.2.- Se modifican sus derechos como asignatario de porción conyugal.....	75
2.3.4.2.1.- Definición de porción conyugal.....	76
2.3.4.2.2.- Eliminación del carácter alimenticio de la porción conyugal.....	77
2.3.4.2.3.- Cuantía de la porción conyugal.....	78
2.3.4.2.4.- Se conserva la porción conyugal complementaria.....	79

2.3.4.2.5.- Compatibilidad de la porción conyugal con las asignaciones testamentarias.....	80
2.3.4.2.6.- El cónyuge aprovecha la formación del primer acervo imaginario.....	81
2.3.4.2.7.- Naturaleza jurídica de la porción conyugal.....	82
2.3.4.2.8.- Responsabilidad del cónyuge sobreviviente por las deudas hereditarias.....	83
2.4.- Reforma Ley 18.802.....	84
2.4.1.- Generalidades.....	84
2.4.2.- Historia de la ley.....	84
2.4.3.- Principales modificaciones contenidas en esta ley.....	85
2.4.4.- Reformas introducidas a los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente.....	86
2.4.4.1.-Se introducen modificaciones a la porción conyugal. Principales reformas.....	86
2.4.4.1.1.- Aumenta la cuantía de la porción conyugal cuando concurre con descendientes legítimos.....	86
2.4.4.1.2.- Se suprime el inciso segundo del artículo 1.190.....	88
2.4.4.2.-El cónyuge sobreviviente pasa a ser asignatario de cuarta de mejoras.....	89
2.5.- Reforma Ley 19.585.....	92
2.6.- Cuadro Resumen “Evolución de la porción conyugal en el Código Civil”..	94

CAPITULO TERCERO.

REFORMA LEY 19.585.

3.1.- Generalidades.....	95
3.2.- Principales modificaciones contenidas en esta ley.....	95
3.3.- Reformas introducidas a los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente.....	96
3.3.1.- Derogación de la porción conyugal.....	97
3.3.2.- El cónyuge sobreviviente pasa a ser legitimario.....	100
3.3.3.- Cuantía mínima de la porción hereditaria del cónyuge sobreviviente.....	101
3.3.4.- Situación del cónyuge sobreviviente divorciado.....	104
3.3.5.- El cónyuge como asignatario de cuarta de mejoras.....	105
3.3.6.- Derecho de adjudicación preferente.....	105
3.4.- Cuadro Resumen “Evolución de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente”.....	107

CAPITULO CUARTO

DERECHO DE ADJUDICACION PREFERENTE

4.1.- Generalidades.....	108
4.2.- Antecedentes.....	110
4.2.1.- Derecho Comparado.....	110
4.2.1.1.- Código Civil Argentino.....	110
4.2.1.2.- Código Civil Francés.....	111
4.2.1.3.- Código Civil Español.....	112
4.2.2.- Derecho Nacional.....	113
4.2.2.1.- Leyes 15.020 y 16.640.....	113

4.2.2.2.- Bienes Familiares.....	114
4.3.- Historia legislativa.....	115
4.4.- Denominación.....	122
4.5.- Definición.....	123
4.6.- Requisitos.....	123
4.6.1.- El beneficiario es el cónyuge sobreviviente.....	123
4.6.2.- El cónyuge sobreviviente debe concurrir por su cuota hereditaria..	123
4.6.3.- El inmueble sujeto a esta adjudicación debe ser o haber sido la vivienda principal de la familia	124
4.6.4.- El cónyuge sobreviviente debe tener en la vivienda familiar su residencia principal.....	124
4.6.5.- Los bienes muebles deben guarnecer el hogar común.....	125
4.6.6.- Los bienes deben formar parte del patrimonio del causante.....	125
4.6.7.- El cónyuge no debe permanecer en estado de viudez, para conservar la propiedad del inmueble o el derecho de uso o habitación.....	125
4.7.- Derecho de adjudicación preferente: En propiedad o constitución de derechos de uso o habitación.....	126
4.7.1.- Adjudicación en propiedad.....	127
4.7.1.1.- Características.....	127
4.7.1.2.- Ejercicio del derecho.....	128
4.7.2.- Constitución de derechos de uso o habitación.....	129
4.7.2.1.- Características.....	129
4.7.2.2.- Ejercicio del derecho.....	130
4.8.- Situación del cónyuge sobreviviente casado en sociedad conyugal.....	131
4.9.- Constitucionalidad del derecho de adjudicación preferente.....	134

CONCLUSIONES..... 138
BIBLIOGRAFIA..... 143

INTRODUCCION

El 27 de Octubre de 1.999, entró en vigencia la Ley 19.585, la cual introdujo en nuestro Código Civil, una serie de modificaciones que cambiaron su fisonomía, especialmente en materia de filiación y sucesión por causa de muerte.

Si bien la finalidad de esta reforma, estaba orientada a sustituir el régimen de filiación existente hasta ese momento, durante el trámite legislativo se incorporaron otras reformas, de igual importancia, en materia de efectos de la filiación y derecho sucesorio.

Así, en materia de filiación, la principal reforma fue la eliminación de toda discriminación entre los hijos, desapareciendo con ello, la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos. Dice el nuevo artículo 33, *“Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código. La ley considera iguales a todos los hijos”*.

También se modifican las normas referentes a la determinación de la paternidad y la maternidad, acciones de filiación, autoridad paterna, patria potestad, prueba del estado civil, derecho de alimentos, tutelas y curatelas.

En cuanto al derecho sucesoral, como consecuencia del principio de igualdad de los hijos, se establece para ellos un idéntico tratamiento en materia de derechos hereditarios, eliminando, de esta forma, los ordenes de sucesión regular e irregular, quedando vigente un sólo orden sucesorio que se aplica a todos los hijos.

Se modifica, asimismo el derecho de representación, la cuarta de mejoras y la situación del cónyuge sobreviviente.

En la legislación anterior, el cónyuge que sobrevivía tenía en la sucesión de su marido o mujer premuerto ciertos derechos, como la porción conyugal, la posibilidad de concurrir como heredero testamentario y/o abintestato, y a ser eventualmente beneficiado con la cuarta de mejoras.

La ley 19.585, modificó radicalmente estos derechos, derogando el título de la porción conyugal, e instituyendo al cónyuge como legitimario. Además de reforzar su situación frente a los otros herederos.

Desaparece con esta reforma, una de las instituciones del derecho sucesorio más controvertidas, tanto por las diferentes interpretaciones y sistemas de cálculo que tenían los autores, como por su poca utilidad en la práctica, como es la porción conyugal.

Pero, la abolición de esta asignación forzosa, no es sino el fin de una constante evolución que han sufrido los derechos hereditarios del cónyuge supersite, desde la dictación del Código Civil en 1.855, hasta nuestros días.

Así, en el Código Civil originario, en general, el cónyuge sólo se veía beneficiado con la porción conyugal complementaria, ya que a ésta debían imputarse los gananciales obtenidos a la liquidación de la sociedad conyugal, los bienes propios y todo lo que recibiese como heredero abintestato y/o testamentario.

Luego en el año 1.952 (Ley 10. 271), se introduce una modificación que le permitió no imputar a la porción conyugal, todo aquello que recibiese como heredero testamentario, perdiendo con ello el carácter alimenticio que tenía.

Gracias a la Ley 18.809, el cónyuge pasa a tener la calidad de eventual asignatario de cuarta de mejoras.

Finalmente, a partir del 27 de Octubre de 1.999, el viudo o viuda, adquiere la calidad de legitimario, de esta forma, llevará su cuota legitimaria, con absoluta prescindencia de su situación económica, del régimen patrimonial del matrimonio que tenga y de lo que pudiera recibir como heredero testamentario. Establece, además, un límite mínimo a su porción hereditaria, de un 25% de la herencia o la mitad legitimaria. Conserva la posibilidad de ser asignatario de cuarta de mejoras y le otorga un derecho a adjudicarse preferentemente la vivienda familiar y los bienes muebles que la guarnecen.

La finalidad de este trabajo, es precisamente mostrar en detalle, el desarrollo precedentemente señalado, identificando cada institución y mostrando sus principales características, a través de cuatro capítulos, en los que se dará especial énfasis a la

porción conyugal y al derecho de adjudicación preferente, este último en un apartado independiente.

Permitiendo de esta forma, que quien recién se adentra en el estudio de éstas, obtenga una panorámica de estos derechos a través de la historia. Asimismo se debe recordar, que estas instituciones seguirán plenamente vigentes durante mucho tiempo, ya que es posible, que en la actualidad, se inicie el trámite de posesión efectiva de una sucesión abierta hace más de 20 años, aplicándose según el artículo 955, las normas vigentes al momento de su sucesión.

En el primer capítulo, mostraremos los antecedentes históricos de la legislación sucesoral del cónyuge superviviente, tanto en el derecho comparado como en el nacional. En el primer caso, en la legislación de Roma y España; y en el segundo, en la historia de nuestro código civil, a través de los Proyectos de 1.841, 1.846, 1.853 y el Proyecto Inédito.

En el segundo capítulo, estudiaremos detalladamente la evolución de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente en nuestra legislación civil, partiendo por el Código originario, y pasando por la ley 10.271, 18.802 y 19.585. En cada uno de ellos, nos detendremos a revisar las principales prerrogativas del viudo o la viuda, viendo el concepto, características y requisitos de cada uno de ellos. Salvo, en el caso de la última reforma que merece un capítulo aparte.

En el capítulo tercero, daremos a conocer las principales modificaciones que introdujo la ley 19.585, en materia de derechos sucesorios del cónyuge superviviente. La abolición de la porción conyugal, su institución como legitimario, el establecimiento de una cuantía mínima a su porción legitimaria y el establecimiento de un derecho de adjudicación preferente.

Finalizaremos con un cuarto capítulo, en el que trataremos un nuevo beneficio para el viudo o la viuda, el cual dice relación con la vivienda familiar y los bienes muebles que la guarnecen, como es el “derecho de adjudicación preferente” (Artículo 1.337 NC 10)

Por ser una institución nueva en nuestro Código Civil, estudiaremos sus antecedentes inmediatos tanto en la legislación comparada como en la nacional, la historia legislativa del precepto.

También determinaremos la forma de denominarlo, su definición, requisitos, modalidades y principales características. Y nuestra posición frente a algunos problemas que se han suscitado en la incipiente doctrina, respecto a su aplicación en las normas referentes a la liquidación de los gananciales, además de los suscitados respecto de la constitucionalidad de la regla.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS SUCESORALES DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE.

1.1.- Generalidades.-

Para buscar las raíces de la legislación nacional debemos mirar una serie de elementos que le van dando forma, puesto que como sostiene don Jaime Eyzaguirre en su obra Historia del Derecho “ el derecho chileno no es una creación autóctona, sino la adaptación de principios jurídicos que han regido en el mundo occidental a cuya cultura pertenece Chile”¹.

Al producirse el descubrimiento y conquista del territorio americano se traslada desde las regiones hispánicas a nuestro continente, el derecho español cuya aplicación perdurara en Chile hasta entrado el Siglo XIX, aún habiéndose consolidado nuestra Independencia.

El derecho hispánico que llega a América es fruto de una serie de sistemas jurídicos que confluyeron en su formación a lo largo de su historia, entre ellos el derecho romano, el derecho visigodo, el derecho musulmán etc.

Así tenemos que nuestra legislación civil tiene como antecedentes, un conjunto de normas de diversas épocas, que sin quedar plasmadas finalmente en la legislación civil, de una u otra forma han influido en él.

¹ EYZAGUIRRE, JAIME. “Historia del Derecho”, Editorial Universitaria, 9º Edición, Santiago de Chile, 1.989, Página 18.

Serán tanto el derecho romano como el español, los que estudiaremos en este capítulo, por ser los sistemas jurídicos que más contribuyeron al derecho occidental que llegó a América, además de encontrar en ellos, los predecesores de los derechos que se consagran en el Código Civil para el cónyuge sobreviviente.

1.2.- Derecho Comparado:

1.2.1.- Derecho Romano:

1.2.1.1.- Ley de las XII Tablas:

La especial constitución de la familia romana, que se aglutinaba en torno al concepto de potestas o auctoritas del pater familia, condicionaba los derechos que eventualmente podrían tener los cónyuges al momento de fallecer su marido o mujer. Ya que por el sólo hecho de ser el cónyuge, no los tenían.

Los cónyuges, por el hecho de contraer matrimonio no adquirían vínculo de parentesco, salvo que dicho matrimonio se hubiera celebrado solemnemente (cum manus), en este caso, la mujer pasaba a formar parte de la familia de su marido, ya sea bajo su potestad o de quien la ejerciera, perdiendo todo derecho en la propia, y de esta manera, el pater familia adquiría, por el sólo ministerio de la ley, todos los bienes aportados por la cónyuge.

Cosa que no ocurría si la mujer contraía matrimonio sine manus, ya que continuaba formando parte de su familia agnaticia.

La mujer casada in manu, al momento de fallecer su marido, era considerada heredera abintestato de éste, en el orden de los herederos sui, el que estaba compuesto por todos aquellos que al momento de fallecer el causante se encontraban bajo su autoridad, puesto que como ya se sostuvo, la cónyuge al contraer matrimonio en forma solemne ingresaba a la familia de su marido como hija de éste y hermana de sus hijos, perdiendo todo derecho en la sucesión de su familia originaria.

Si la mujer hubiese contraído matrimonio sin las solemnidades (*sine manu*), no tenía ningún derecho en la sucesión intestada de su marido, ya que estos eran considerados como dos extraños.

La ley decenviral no reconoció a los cónyuges derechos como tales en la sucesión de su marido o mujer premuerto. Decía al respecto don Luis Morand “ De lo expuesto se infiere que no es posible buscar en los orígenes del Derecho Romano la primera expresión del Derecho Sucesorio, entre cónyuges tal como lo concebimos hoy en día. Si algún derecho existió, tuvo como fundamento la especialísima constitución de la familia romana y, en ningún caso, la situación económica del cónyuge sobreviviente o el afecto presunto derivado del vínculo patrimonial ”²

Frente a la situación, de que esta ley otorgaba escasos derechos sucesorales a la viuda, el marido con el fin de protegerla, la incorporaba en su testamento a través de una serie de disposiciones que tenían por objeto, que al momento de fallecer esta recibiese lo necesario para su subsistencia.

De esta manera, le eran legados los bienes de su dote (*praelegatum dotis*); aquellas cosas que eran de su uso exclusivo como “ vestidos, joyas, ornamentos de toda clase, útiles de recreo, vasos”³ que recibía el nombre de legado de peculio; los objetos de la despensa, leña, carbón, cosas para comer y beber por medio de un legado de alimentos; etc.

Este régimen de legados a favor de la mujer se extendió tanto respecto de aquellas que contrajeron matrimonio *cum manus* como *sine manus*.

² MORAND VALDIVIESO, LUIS, “De los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente en la legislación comparada”, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1.955, Página 11.

³ ABARCA, MANUEL, “La emancipación de la mujer en el derecho romano”, Tesis, Universidad de Chile, 1.998, Página 48.

1.2.1.2.-Derecho Pretorio:

Al abandonar los romanos las solemnidades propias de la Ley de las XII Tablas, entre ellas la *in manun conventio*, la mujer va perdiendo el carácter de heredera intestada de su cónyuge premuerto.

El pretor supliendo los defectos que presentaba la ley decenviral creó un sistema que sin derogarla, llama a la sucesión intestada del causante a una serie de personas no consideradas en las XII tablas, este es el caso del cónyuge sobreviviente.

A través del Edicto Unde vir et uxor, el pretor establece que a falta de otros parientes hasta el sexto o séptimo grado que hubieren obtenido la bonorum possessio, es llamado a suceder el cónyuge sobreviviente. “ Si ningún cognado ha pedido la bonorum possessio, el pretor la ofrece al cónyuge sobreviviente, es decir o al marido (vir) o a la mujer (uxor), supuesto desde luego, que el matrimonio existiese en el momento de la muerte”⁴

De esta forma la mujer casada *sine manu*, sucede a su cónyuge unde vir et uxor. La mujer casada cum manu, además de sucederle por este orden lo hace como loco filiae, en la sucesión intestada de este.

1.2.1.3.- Derecho Justiniano:

En la época de Justiniano el concepto de familia agnaticia fue reemplazado por el de familia natural.

Debido a lo anterior y a la falta de sistematización de las normas que regían la sucesión, por existir en forma paralela la ley decenviral y la bonorum possessio, Justiniano organizó esta materia por medio de las llamadas Novelas.

En la Novela 57, Justiniano estableció que si alguna mujer se casare sin dote y posteriormente fuera repudiada por su marido, este debía entregarle la cuarta parte de sus bienes. Luego se estableció que este derecho le correspondía tanto al viudo como a

la viuda. Se delinea de esta forma la institución de la Cuarta Uxoria, asignación forzosa establecida a favor del cónyuge pobre, tanto para el marido como para la mujer, y que en el caso de esta última debía haber contraído matrimonio sin dote. La cuantía de esta asignación dependía del número de hijos con los que concurriera, si estos eran un número no superior a 3 el cónyuge llevaba la cuarta parte de los bienes del causante, si concurría con más de 3 hijos le correspondía una cuota igual a la de estos, siendo imputable en ambos casos lo que el causante le hubiese dejado a título de legado. Lo que el cónyuge recibía por Cuarta Uxoria lo hacía a título de propiedad.

En la Novela 117 se dispuso que este derecho sólo le correspondía a la viuda pobre. Posteriormente la Novela 127 vino a complementarla estableciendo la cuantía y el título con la que la recibía esta asignación. Si a la herencia del causante concurren descendientes, la mujer adquiría la cuarta parte de los bienes del causante o solo una cuota igual a la de los hijos, a título de usufructo. En el evento de que concurriera a la herencia con quienes no fueran descendientes recibía los bienes a título de propiedad.

1.2.2.- Derecho español

No existía en España un derecho único aplicable a todas las provincias, en cada una de ellas podía tener sus propias normas que provenían de antiguas costumbres. Es en este derecho foral donde se aprecia con mayor claridad la influencia del derecho romano y visigodo.

En forma paralela a este derecho local existió una tendencia de los Reyes de Castilla orientada a dar a su reino un derecho común, que buscaba unificar e integrar las normas de las distintas provincias, y darle aplicación ya sea a una parte o a toda la región hispánica.

⁴ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, “Derecho Privado Romano”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile,

1.2.2.1.- Derecho foral

No existe homogeneidad en los fueros, al momento de tratar los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente, ya que existen variadas soluciones que se acercan, ya sea al derecho romano o al visigodo.

Así, el “Fuero de Cataluña establece que la mujer pobre sucede en la cuarta parte de los bienes del marido, aunque este deje descendientes u otros parientes que la excluyan. Sin embargo, si los hijos son más de tres, la viuda solo tiene derecho a una parte igual a la de cada uno de sus hijos. Recibe, además, alimentos durante el año de luto, y puede recuperar su dote. El marido, por su parte, hereda por partes iguales con sus hijos los bienes de su mujer difunta, pero limitado solamente a un usufructo”⁵

En el Fuero de Navarra, se le concede al cónyuge que sobrevive el usufructo de los bienes mueble e inmueble del difunto. Estando obligado a la crianza de los hijos y el pago de las deudas. Cesa este derecho si contrae nuevo matrimonio.

Otros fueros de inspiración más germana concedían al cónyuge un derecho similar al douaire, institución establecida a favor de la viuda la cual gozaba el usufructo de una parte de los bienes del causante.

En general, los fueros tienden a dejar todo o parte de los bienes del causante a título de usufructo.

En el caso de la sucesión abintestato, en casi todos ellos, se llama al cónyuge sobreviviente a falta de colaterales en sexto o séptimo grado.

1.2.2.2.- Derecho común.-

a) Fuero Juzgo:

Esta fuente del derecho español se desarrolló lentamente a través del tiempo, gracias a la obra de los distintos reyes visigodos, siendo don Fernando III quien finalmente la hace traducir al romance castellano y la publica en el siglo XIII.

Esta obra es una amalgama de los principios del derecho romano y visigodo. Situación que se demuestra en materia sucesoria, y especialmente en el tratamiento de los derechos hereditarios del cónyuge.

Se le reconocen al cónyuge sobreviviente, prerrogativas en la sucesión intestada de su marido, de la misma forma que lo hace el Edicto Unde vir et Uxor, llamándola a suceder sólo en el caso de que no concurren parientes hasta el séptimo grado.” El marido debe haber la buena de la mujer y la mujer la buena del marido, cuando no hay otro pariente hasta séptimo grado”⁶

Si la mujer permanecía en estado de viudez, se le otorgaba a título de usufructo una parte de los bienes del causante, de cuantía similar a la que recibirían cada uno de los hijos. “La madre si no se casare después de la muerte del marido, debe partir igualmente en todos los frutos de la buena de su marido mientras viviere, más si la puede vender ni dar a ninguno de sus hijos”⁷.

b) Libro de Las Leyes:

Esta obra es conocida comúnmente con el nombre de las Siete Partidas. Su autor es don Alfonso X, el Sabio, quien asumió la tarea de unificar las diferentes normas que se aplicaban en su reino, siendo este libro una de sus principales obras.

⁵ MORAND VALDIVIESO, LUIS, Ob. Cit., Página 23.

⁶ MORAND VALDIVIESO, LUIS, Ob. Cit., Página 21.

⁷ MORAND VALDIVIESO, LUIS, Ob. Cit., Página 21.

La importancia de las Partidas se encuentra en la aplicación que tuvo en Chile, puesto que, fue utilizada con bastante frecuencia por los jueces de la época, para resolver los conflictos que se presentaban, esto a pesar de su carácter supletorio.

Es la Partida Sexta, la que trata de la Sucesión por Causa de Muerte. En ella, la situación del cónyuge se vio bastante desmedrada en relación con las normas ya existentes, esto, básicamente por dos razones:

Por un lado, las Partidas, concedieron a los hijos naturales que fueran reconocidos por su padre natural, derechos hereditarios en la sucesión de este.

Por otro lado, el cónyuge será llamado a la sucesión intestada del causante, sólo a falta de parientes hasta el décimo grado.

De esta forma, al reconocerse derechos sucesorales a los hijos naturales y al mejorar el de los colaterales, la posibilidad de que el cónyuge concurriera a la sucesión intestada de su marido o mujer era más remota.

Para compensar los escasos derechos del cónyuge, se reconoce a su favor la **Cuarta Marital**, asignación por la cual la viuda pobre recibía la cuarta parte de los bienes de su marido, teniendo como límite 100 libras de oro. Así la Ley 7, Título XIII, Partida 6 dice: “Paganse los omes a las vegadas de algunas mugeres, de manera que se casen con ellas sin dote, maguer sean pobres, por ende guisada cosa e derecha es, pues que las aman e las honrran en su vida, que nonfiquen desamparadas a su muerte. E por esta razón touieron los sabios antiguos, que si el marido non dexase a tal muger en que pudiesse bien, e honestamente beuir, nin ella lo ouiesse de lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes del, maguer aya fijos; pero esta quarta parte non deue montar mas de cient libras de oro, cunato quier que sea de grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta ouiesse de lo suyo con que pudiesse beuir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado, en razón de esta quarta parte”⁸

La norma no era clara, lo que condujo a una serie de polémicas entre los autores, por ejemplo no existió acuerdo respecto de que a que título se otorgaban los bienes, si en

⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, “Sucesión por causa de muerte”, Imprenta Nacimiento, Santiago de Chile, 1.938, Página 66.

usufructo o en propiedad; o la equivalencia de las cien libras de oro. Otros autores sostenían que este derecho también correspondía al viudo pobre.

1.3.- Derecho Nacional.-

En la primera parte de este capítulo, nos dedicamos al estudio de los antecedentes que existían en el derecho comparado, de los derechos sucesorales del viudo o la viuda, que si bien, parte de la doctrina nacional sostiene que la porción conyugal (el más importante beneficio para el viudo o viuda hasta su derogación) es una institución del todo nueva en el derecho, no se puede desconocer la influencia de las legislaciones vistas.

Ahora veremos, la historia de ellos en el derecho patrio, dando un vistazo a la historia fidedigna del establecimiento del Código Civil, los proyectos que fueron revisados, discutidos y analizados, los que posteriormente se publicaron y sancionaron como obligatorio para todos los habitantes de la República.

1.3.1.- Historia del Código Civil Chileno.

Una vez que Chile logra su independencia en el año 1810, si bien cambian la forma de gobierno y las instituciones políticas, se conservó la legislación que les había regido hasta ese momento, con la sola limitación de no ser contrarias al régimen instaurado.

De esta manera, se seguían aplicando en Chile las reales cédulas, provisiones y ordenes comunicadas por el Consejo de Indias a América. Las normas vigentes en el país a esa época eran la Leyes dictadas para Indias desde 1680 hasta la instauración de la República; la Recopilación de Leyes de Indias; la Novísima Recopilación de las Leyes de España; las Leyes de Estilo; el Fuero Real; el Fuero Juzgo y las Partidas. Respecto de las leyes de Castilla, no se debe olvidar que su aplicación era de carácter supletorio, sin perjuicio de esto, las Partidas fueron altamente usadas por los jueces patrios para la

solución de conflictos con preferencia a cualquier otra norma de España, de ahí su importancia como antecedente de nuestra legislación civil.

Entre los años 1810 y 1857, si bien aún se aplicaban las normas que España daba para Indias, se dictaron en Chile una serie de reglamentos, decretos, senados-consultos cuyo único objetivo fue derogar algunas leyes existentes, introducir otras y llenar algunos vacíos que presentaban las leyes españolas.

Los chilenos aún no abandonaban la idea de dar a la República una legislación propia o al menos una recopilación de aquellas normas existentes que permitieran claridad en su aplicación. Es así como existieron una serie de iniciativas que pretendían uno u otro objetivo, entre ellas podemos mencionar la propuesta de don Bernardo O'Higgins de traducir los códigos franceses para luego aplicarlos en Chile; la de don Ramón Freire en el año 1823 quien propone la confección de una recopilación de leyes; la moción que hace al Congreso don Francisco Ramón de Vicuña en 1828, de designar a un sujeto o una comisión que se abocara a la confección de un Código Civil, la cual no tuvo mayor trascendencia.

Puede sostenerse que la génesis del Código Civil se encuentra en la carta enviada por el Ejecutivo al Congreso Nacional en el año 1831, en ella se informa acerca de la intención de dar al país una nueva normativa y abandonar la idea de elaborar una recopilación, la redacción del proyecto se encomendaría a una sola persona, para dar unidad al proyecto, luego el trabajo realizado, se sometería a la revisión de una comisión.

Pasaron varios años antes de que esta idea tomara forma. Fue don Andrés Bello quien propondría la creación de una comisión mixta de senadores y diputados para la codificación de las leyes civiles. Esta comisión fue nombrada por el Congreso Nacional en el año 1.840 y estuvo compuesta por el redactor del Proyecto de Código Civil don Andrés Bello, don Mariano Egaña, don Ramón Luis Irarrazabal, don Juan Manuel Cobo y don Manuel Montt.

Al año siguiente, se nombró una nueva comisión, cuya labor sería revisar el trabajo realizado por la comisión codificadora. Esta fue creada el 19 de Octubre de 1.841

y estuvo compuesta por don Santiago Echevers, don Manuel Vasquez, don José Gabriel Palma, don Pedro Francisco Lira y don Manuel Camilo Vial.

Ambas comisiones debían funcionar en forma paralela, pero la Comisión Revisora a pesar de haber sido creada y haberse nombrado sus miembros, nunca sesionó, pues no logró el quórum de asistencia necesario. Así lo comenta el Ministro de Justicia en su Memoria de 1.844 “ La comisión codificadora se ocupa actualmente en las obligaciones convencionales. A pesar de que por ausencias o enfermedades ha carecido de algunos de sus miembros, sus trabajos están ya muy avanzados. Dificultades emanadas de diversos principios han embarazado las tareas de la Comisión Revisora. Contribuiría a allanarles y dar celeridad a la codificación la reunión de ambas comisiones en una sola, como ellos mismos lo han indicado al Congreso”.⁹ La comisión codificadora continuaba con su labor, no sin algunos tropiezos, por la serie obligaciones que tenían sus miembros, que les impedían poder reunirse con la frecuencia deseada.

Dado los innumerables problemas que presentaba el trabajo de ambas comisiones, por la ausencia de sus miembros, es que en el año 1.845, fueron refundidas en una sola, siendo el Proyecto de 1.846 el fruto de su labor.

Es en el año 1.852 cuando se pone fin a la discusión, análisis y estudio del proyecto integro. Se constituyó una nueva comisión que, junto con el autor, debía revisar exhaustiva y detenidamente la obra e indicar los reparos y modificaciones que estimara conveniente, el resultado de esta faena es el Proyecto de 1.853, el cual se sometió a un nuevo examen dando origen al Proyecto Inédito, que es el eslabón entre el Proyecto de 1.853 y el Código Civil.

El 22 de Noviembre de 1.855, el ejecutivo propone al Congreso Nacional la aprobación del nuevo Código. El día 28 de Noviembre, en sesión extraordinaria dicha ley es aprobada por el Senado y el 1º de Diciembre en la Cámara de Diputados. Finalmente el 14 de Diciembre de 1.855 se despachó la ley aprobatoria del Código Civil la cual regirá a partir del 1º de Enero de 1.857.

⁹ COOD, ENRIQUE, “Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil”, Comisión Nacional Organizadora del Centenario, Santiago de Chile, 1.958, Página 66.

Toda esta mirada a la historia de la instalación de nuestro Código Civil, es necesaria para introducirnos en un breve análisis de los proyectos de Código Civil y la forma en que fueron evolucionando los derechos del cónyuge superviviente, desde el Proyecto de 1.841 hasta el Proyecto Inédito, el que fue finalmente sancionado como ley de la República.

1.3.2.- Proyecto de 1841:

Don Andrés Bello fue quien redactó primitivamente este proyecto, el que contaba con un título preliminar y el Libro III “ De la sucesión por causa de muerte”. El autor comenzó por esta materia, pues a su juicio, era esta la que presentaba mayores problemas, por no existir uniformidad en las normas que se aplicaban. “En la materia de sucesiones más que en ninguna otra, salta a la vista la heterogeneidad de principios y reglas, debido a la diversidad de intenciones y circunstancias que contribuyeron a formar nuestras leyes. En ella es donde más resalta la oposición entre los elementos derivados del Derecho Civil y los que debieron ser las costumbres castellanas, recopiladas en los fueros y ordenamientos”¹⁰

Una vez nombrada la comisión de 1.840, fue sometida a su conocimiento este proyecto y una vez estudiado por ella, fue publicado en el periódico “El Araucano entre el 21 de Mayo de 1.841 hasta el 8 de Marzo de 1.842. La intención de dar a conocer al público los trabajos de preparación del código, estaba en que cualquier persona pudiera opinar y pronunciarse acerca de su contenido. Así fue como importantes autores y jurisconsultos de la época dieron sus opiniones acerca de la obra.

Desde la génesis del Código Civil, don Andrés Bello pretendió mejorar los derechos tanto, del cónyuge superviviente y de los hijos naturales. Los principales derechos que se consagraban desde el proyecto de 1.841 eran dos: el cónyuge sobreviviente es heredero abintestato de su marido o mujer premuerto y al mismo tiempo es asignatario forzoso de porción conyugal.

Como **heredero abintestato**, el cónyuge concurría a partir del orden de los colaterales legítimos, heredando como si fuera uno de ellos. (Artículo 23) A falta de descendientes personalmente o representados, ascendientes y colaterales, ya sean legítimos o naturales, el cónyuge heredará todos los bienes. (Artículo 25)

De acuerdo al artículo 22, el cónyuge divorciado no tendrá derecho a suceder abintestato a su marido o mujer, sea que haya dado motivo al divorcio o no. Así don Andrés Bello en una nota explicativa a este artículo dice lo siguiente “Porque los derechos para suceder abintestato se fundan en presunciones de la voluntad del difunto, y no se puede presumir que este haya querido dejar una parte de sus bienes al cónyuge divorciado cualquiera sea de los dos el que haya dado causa al divorcio. Esta razón no es aplicable a la cuarta marital, que es una especie de legítima de que no puede ser privado el cónyuge pobre, sino por su culpa”¹¹

Como **asignatario forzoso** el cónyuge lleva la porción conyugal. La comisión codificadora prefirió esta denominación a la de Cuarta Marital, por ser más acorde con el contenido de esta institución. “Se ha preferido esta denominación a la de cuarta marital, porque esta parece indicarla cuarta parte de los bienes del marido para la viuda, no la cuarta parte de los bienes de la mujer, para el viudo. La ley de partida, si hemos de atenernos a su sentido natural, solo concede esta asignación. La comisión ha seguido la opinión de los que creen que se deben recíprocos los derechos de los consortes”¹²

La **definición** de porción conyugal, que es la misma que se promulgó en el Código Civil, dice que “Es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación”. (Artículo 31)

La **cuantía** de esta asignación, es la cuarta parte de los bienes del difunto existentes y conocidos al momento de su fallecimiento, salvo que el cónyuge concurra

¹⁰ BELLO, ANDRES, “Obras completas”, Tomo XI, Impreso Pedro Ramírez. Santiago de Chile, 1.890, Página 4.

¹¹ BELLO, ANDRES, Ob. Cit., Página 23.

¹² BELLO, ANDRES, Ob. Cit., Página

con descendientes legítimos del causante en cuyo caso llevará una porción ascendente a la legítima de un hijo. (Artículo 32)

El legislador al referirse a “bienes existentes y conocidos”, trata de limitar los bienes sobre los cuales se calculará la porción conyugal, los cuales serán aquellos que componen el patrimonio del difunto a su muerte, sin afectarle los aumentos o disminuciones que puedan producirse con posterioridad al fallecimiento. Al hablar de “bienes existentes” excluye del computo de éstos a las donaciones irrevocables hechas por el difunto.

La porción conyugal, en principio, sólo corresponde al cónyuge pobre. Pero esta pobreza es relativa, puesto que no exige que carezca totalmente de bienes, puede tener bienes propios y si estos no son de tanto valor cómo la porción conyugal tendrá derecho sólo a su complemento. El origen de los bienes propios es diverso, gananciales que adquirirá al termino de la sociedad conyugal, todo lo que el cónyuge pudiera percibir a titulo de herencia o legado en la sucesión del cónyuge premuerto. (Artículo 37)

Consagra asimismo una norma relativa al cónyuge divorciado, el cual no tendrá derecho a esta asignación si hubiese sido culpable del divorcio. (Artículo 34)

1.3.3.- Proyecto de 1.846:

En el año 1.845 debido a una serie de problemas que presentaban tanto la Comisión Codificadora como la Revisora, que le impedían reunirse para efectuar sus labores legislativas, se refundieron ambas en una sola. Este proyecto es fruto de la labor de esta comisión.

En materia de **sucesión abintestato** este nuevo proyecto no presenta variaciones.

En cuanto a la **porción conyugal**, no presenta variaciones de consideración. Se incorpora un nuevo artículo, el cual se refiere a la responsabilidad del cónyuge en las deudas del causante, como asignatario de porción conyugal. “ El cónyuge sobreviviente será considerado como legatario de las especies que le adjudiquen por cuenta de la

porción conyugal; no será, por tanto, responsable de las deudas de la sucesión, sino de la manera que lo son los legatarios; ni tendrá derecho alguno a las ganancias o lucros eventuales que acrecieren a la sucesión” (Artículo 185)

En el Proyecto de 1.841, el artículo 37 trataba la situación en que el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, en el Proyecto en estudio el tratamiento de esta materia se realiza en los artículos el 189 y 190. Agregando este último, que todo aquello que perciba el cónyuge en la sucesión del difunto, a cualquier título que sea y que exceda la porción conyugal, se imputará la cuarta de libre disposición.

1.3.4.- Proyecto de 1.853:

El 14 de Septiembre de 1.852, se nombró una nueva comisión revisora, que junto al autor de la obra debía, hacer los reparos y modificaciones pertinentes. El proyecto que se estudiara a continuación es el resultado de dicho trabajo.

El proyecto de código en esa época ya estaba íntegro. Don Andrés Bello mientras sesionaba la comisión refundida, dio origen a los títulos que faltaban para completar el Código Civil. Es por eso que ya en este análisis de la obra es posible darle una armonía y sistematización.

En materia de **sucesión abintestato**, el cónyuge ve desmejorados sus derechos en la sucesión del causante, esto porque es llamado sólo a falta de descendientes, ascendientes y colaterales. (Artículo 1158) No concurriendo junto con los colaterales.

Asimismo se modifica la norma respecto del cónyuge divorciado, en los proyectos anteriores no tendría derecho alguno en la sucesión abintestato de su marido o mujer premuerto, sea culpable o no del divorcio. En el proyecto en estudio, carecerá de este derecho sólo el cónyuge que hubiera dado motivo al divorcio. (Artículo 1.159)

En cuanto a la **porción conyugal**, el cambio más importante, es la que se refiere a la modificación de la cuantía de esta asignación cuando concurre junto con los descendientes legítimos, la cual ascenderá a la legítima rigurosa de un hijo. (Artículo 1.336)

1.3.5.- Proyecto Inédito:

El proyecto de 1.853 fue sometido a una nueva revisión, dando origen al Proyecto Inédito, que viene a eslabonar el de 1.853 con el Código promulgado en el año 1.855.

Como **heredero abintestato**, la situación del cónyuge en este proyecto presenta una gran diferencia con los anteriores y que será lo que finalmente se consagrará en el Código Civil.

En materia de **porción conyugal**, se incorpora en este proyecto un nuevo artículo “El cónyuge sobreviviente podrá a su arbitrio retener lo que posea o se le deba, renunciando a la porción conyugal abandonando sus otros bienes y derechos” (Artículo 1.337)

CAPITULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.

2.1.- Generalidades.-

En la actualidad, cuando fallece uno de los cónyuges el que lo sobrevive, tendrá una serie de derechos en la sucesión de éste. El viudo o la viuda es considerado por la ley, legitimario del causante (artículo 1.182 número 3), pudiendo asimismo, ser beneficiado con la cuarta de mejoras y/o la cuarta de libre disposición. Una vez que se realice la partición de la herencia, tendrá derecho a que se le adjudique, en pago de su cuota hereditaria, el inmueble que sirva o haya servido de residencia principal a la familia o bien, que se le otorgue el derecho de uso o habitación sobre las cosas que no le hayan sido adjudicadas. (Artículo 1.137 número 10)

Pero la situación del cónyuge sobreviviente, nunca fue tan beneficiosa. Los derechos que se le otorgaron en el Código Civil, eran escasos, ya que se entendía que el cónyuge tendría como subsistir, gracias, a la mitad de gananciales que obtendría una vez disuelta la sociedad conyugal. De esta forma, el legislador estableció la porción conyugal, institución que buscaba favorecer al viudo o viuda que careciera de lo necesario para su congrua sustentación (Artículo 1.172) Eventualmente, el cónyuge concurría a la sucesión intestada del causante (Artículo 983), en el caso que fuera beneficiado con un legado o con la cuarta de libre disposición. Pero, como veremos más adelante, todo lo que éste recibía en la sucesión del difunto, a cualquier otro título que no sea porción conyugal, debe imputarse a esta.

La mayoría de los autores y catedráticos de la época, se pronunciaban por mejorar la posición del cónyuge superviviente dentro del Código Civil, ya que con el avance de los años se habían producido ciertos cambios, tanto en la sociedad, como en el ámbito del derecho, que llevaron a los cónyuges a abandonar paulatinamente el régimen de sociedad conyugal, como régimen patrimonial del matrimonio, reemplazándolo por el de separación total de bienes. Esto provocaba un desmedro al viudo o viuda, una vez fallecido alguno de los esposos, ya que, no obtendrían la mitad de gananciales, y toda la regulación de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente, giraba en torno a su existencia.

Por otro lado, al ser la porción conyugal, una institución nueva en nuestra legislación, existía cierta polémica alrededor de la interpretación de algunos preceptos que la regulaban.

Frente a esto, el Instituto de Estudios Legislativos, que se dedicaba al estudio de las posibles modificaciones a la legislación nacional, recogiendo el pensamiento de algunos destacados catedráticos y abogados, remitió al Ejecutivo, un proyecto de modificación al Código Civil, que finalmente fue promulgada como Ley el 12 de Junio de 1.952, bajo el número 10.271.

A partir de esta ley, se eleva la cuantía de la porción conyugal y se establece su compatibilidad con las asignaciones testamentarias, permitiendo con ello un progreso en los derechos del cónyuge.

Siguiendo la misma idea, el legislador del 1.989, modificó aún más esta materia, acrecentando aún más la cuantía de la porción conyugal e incorporando al cónyuge como posible asignatario de la cuarta de mejoras.

Así, hasta antes de la reforma de 1.999, en el Código Civil, el cónyuge superviviente era asignatario de porción conyugal, heredero abintestato o podía ser beneficiado con una asignación testamentaria, con la cuarta de mejoras y/o de la cuarta de libre disposición. Pero para llegar a estos derechos fue necesario una evolución de años, en que el único norte era el de mejorar la situación del cónyuge sobreviviente.

Dentro de esa misma idea se circunscribe la reforma de 1.999. Durante largos años varios autores expresaron su opinión de terminar con la porción conyugal, por considerarla una institución arcaica, de escasa y difícil aplicación, e instaurar un nuevo régimen sucesorio ¹³, debiendo declarar sin mayores preámbulos, que el cónyuge sobreviviente era uno de los herederos del causante, con todos sus derechos y obligaciones.

En los próximos párrafos estudiaremos, el primitivo Código Civil, las Leyes 10.271, 18.802 y 19.585, y los derechos sucesorales del cónyuge sobreviviente existentes en ellos, tratando de presentar sucintamente, su contenido y principales características:

2.2.- Código Civil Originario.

A la muerte del cónyuge, el marido o la mujer que le sobrevive, adquiere una serie de derechos en la sucesión de este.

Por una parte, será asignatario forzoso de la porción conyugal, ya que el legislador estableció que, una porción de los bienes del causante se asignaría al cónyuge que careciera de bienes para su subsistencia.

En el caso que el causante no hubiese dispuesto de sus bienes, o no hubiese dispuesto de todos ellos o habiendo dispuesto no estuviese conforme a derecho, el cónyuge tendrá derechos en la sucesión intestada del causante.

Por otra parte, el cónyuge que fallece, puede haber dispuesto de sus bienes por medio del testamento, beneficiando a su marido o mujer que le sobrevive, con un legado o con la cuarta de libre disposición.

Pero de acuerdo, al inciso segundo del artículo 1.1.76, se imputara a la porción conyugal, todo lo que el cónyuge sobreviviente tenga derecho a percibir en la sucesión del difunto, siendo en alguna medida incompatible la calidad de asignatario de la

¹³ DOMINGUEZ BENAVENTE, RAMON Y DOMINGUEZ AGUILA, RAMON. “Derecho Sucesorio”, Editorial Jurídica de Chile, 1.999, Página 914; SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. Versión de René Abeliuk. “Derecho Sucesorio”, Editorial Jurídica de Chile, 1.996, Página 432.

porción conyugal con la de heredero abintestato y/o testamentario. Decimos que puede ser incompatible en “alguna medida”, puesto que si los bienes asignados ya sean por el causante en el testamento, o por la ley, en la sucesión intestada, son de un valor menor que lo que le correspondería por porción conyugal, llevara dichas asignaciones junto con la porción conyugal pero complementaria.

Veremos a continuación, cada uno de estos derechos, analizando en cada oportunidad, la relación existente entre ellos:

2.2.1.-Como heredero abintestato:

De acuerdo al artículo 952, cuando se sucede en virtud de la ley, estamos frente a una sucesión intestada o abintestato.

A falta de testamento, es la ley, la que designa a los herederos del causante. El fundamento de este llamamiento que hace la ley, es controvertido en la doctrina, puesto que mientras una parte de ella sostiene que lo que hace el legislador es llamar a la familia consanguínea del difunto, otra parte dice que la ley interpreta la voluntad del causante, llamando según el orden de sus afectos. Por supuesto, existe otra teoría que establece que el fundamento es una combinación de ambas.

Este tipo de sucesión rige, como ya lo dijimos, en los casos en que el causante no hubiese dispuesto de sus bienes por medio de un testamento, como asimismo en el evento de que habiéndolo otorgado, éste sólo contenga declaraciones o sólo legados.

También, cuando habiendo otorgado testamento, no lo ha hecho conforme a derecho, de manera que este no tiene aplicación; y cuando habiendo otorgado testamento, conforme a derecho, las disposiciones testamentarias no producen efecto, ya sea, porque los asignatarios son incapaces, indignos o han repudiado la herencia.

Son llamados a suceder al causante: los descendientes legítimos, los ascendientes legítimos, los colaterales legítimos del causante, sus hijos naturales, sus padres naturales, sus hermanos naturales, el cónyuge sobreviviente y el Fisco (Artículo 983)

Estas personas concurren de acuerdo a las normas que establece el propio código, puesto que ellas no concurren todas juntas, sino que son llamadas a suceder de acuerdo a los ordenes de sucesión, en el que se establece un orden de prelación, en el cual los parientes de grado más próximos excluyen a los de grado más lejano.

Los ordenes de sucesión son el conjunto de herederos, los cuales excluyen o son excluidos por otros parientes. Dentro de cada orden, se privilegia a un grupo de parientes los cuales fijan el orden y le dan el nombre. Los demás parientes solo concurren con ellos.

Suele hablarse de dos ordenes de sucesión, uno que es general y que se aplica cuando el causante es hijo legítimo, llamado orden de sucesión regular y otro que se utiliza cuando el causante es un hijo natural, llamado orden de sucesión irregular.

2.2.1.1.-- Ordenes de Sucesión:

2.2.1.1.1.- Orden de Sucesión Regular: Opera este orden de sucesión cuando él causante es hijo legítimo.

Los ordenes de sucesión son seis:

- De los descendientes legítimos
- De los ascendientes legítimos.
- De los hermanos legítimos.-
- Del cónyuge y los hijos naturales.-
- De los colaterales legítimos.-
- Del Fisco.-

a) Primer orden de sucesión:

Este orden recibe el nombre “De los descendientes legítimos”, puesto que fijan este orden y concurren exclusivamente los hijos legítimos, ya sea personalmente o representados. Sin perjuicio, que concurra además el cónyuge sobreviviente, pero no lo

hace como heredero abintestato, sino como asignatario de porción conyugal. *“Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos; sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al marido o mujer sobreviviente”* (Artículo 988)

Se llama en primer lugar a los hijos legítimos, pues se basa en la voluntad presunta del difunto, ya que normalmente serán los hijos y sus descendientes los que estén en el primer orden de sus afectos.

Los hijos naturales, no concurren en este orden, si bien en algunas legislaciones les dan derechos junto con los descendientes legítimos, en el Código civil nacional no.

La única persona, que concurre junto con la descendencia legítima del causante, es el cónyuge sobreviviente, que no haya dado motivo al divorcio. Será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigorosa de un hijo. (Artículo 1.178 inciso 2º)

No debe olvidarse, que en este orden de sucesión, el cónyuge concurre por su porción conyugal y no como heredero abintestato.

b) Segundo orden de sucesión:

Este orden recibe el nombre “De los ascendientes legítimos”, esto porque al faltar los descendientes legítimos, concurren los ascendientes legítimos del causante de grado más próximo. Junto con ellos, el cónyuge sobreviviente y los hijos naturales. *“Si el difunto no ha dejado posteridad legítima, le sucederán sus ascendientes legítimos de grado más próximo, su cónyuge y sus hijos naturales”* (Artículo 989 inciso 1º)

La herencia se divide en cinco partes, 3 para los ascendientes legítimos, 1 para el cónyuge sobreviviente y 1 para los hijos naturales. En el evento de que faltase el cónyuge o los hijos naturales, la herencia se divide en cuatro partes, 3 para los ascendientes legítimos y 1 para el cónyuge o los hijos naturales. Si no concurren hijos naturales o cónyuge sobreviviente, toda la herencia será para los ascendientes de grado más próximo. (Artículo 989 incisos 2, 3, 4)

Se sostenía por algunos autores, que este orden era del todo desfavorable para los hermanos legítimos del causante, porque concurriendo un solo ascendiente, se aplica este orden de sucesión. Así, al concurrir el tatarabuelo del causante (4º), deja de lado a los hermanos (2º), que dentro de la línea de parentesco son más cercanos que el ascendiente en cuestión.

A partir de este orden sucesoral, el cónyuge concurre como heredero abintestato, de esta manera le corresponderá la quinta o la cuarta parte de la herencia, dependiendo de quienes concurren.

Ahora bien, debe relacionarse este derecho que tiene el cónyuge en la herencia intestada del causante, con la porción conyugal a la que puede o no tener derecho.

Desde este 2º orden de sucesión en adelante, al no existir ya descendientes legítimos, la porción conyugal será una baja general de la herencia, siendo su cuantía la cuarta parte de la herencia, siendo más precisos la cuarta parte del acervo ilíquido luego de las deducciones del número 1 a 4 del artículo 959.

De acuerdo al artículo 1.176, debe imputarse a la porción conyugal *“Todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, incluso la mitad de gananciales sino la renunciare”*. De manera que, aquello que reciba el cónyuge sobreviviente en la sucesión intestada del causante debe imputarse a la porción conyugal. Veremos con más precisión las alternativas que pueden darse:

i. Si el cónyuge tiene bienes propios, ya sea del mismo valor o de un valor mayor que el de la porción conyugal que le correspondería, no llevará porción conyugal. Pero al suceder abintestato al causante, tendrá derecho a lo que le corresponde como tal, esto porque al no existir porción conyugal nada puede deducirse de ella.

ii. Si el cónyuge tiene bienes propios, pero que no son de tanto valor como la porción conyugal, se debe ver si esos bienes de propiedad del cónyuge sumado, a lo que le correspondería como heredero abintestato, sobrepasan o no la cuantía de la porción conyugal. Si estos bienes son de un valor mayor a la porción conyugal, no lleva esta, pero sí, lo que le corresponde como heredero abintestato. Si no la supera llevará el complemento a título de porción conyugal.

iii. Si el cónyuge no tiene bienes propios, llevará una porción conyugal pero se imputará a ella lo que le corresponda en la sucesión intestada del causante.

iv. De esta forma, el cónyuge tendrá derecho a lo que le corresponda en la sucesión intestada de su mujer o marido premuerto, pero al ser incompatible con la porción conyugal, siempre se imputará a ella. Salvo que los bienes propios, descontado lo que obtendría a título de heredero abintestato, sean de mayor valor que la porción conyugal.

c) Tercer orden de sucesión:

Este orden recibe el nombre “De los hermanos legítimos”, si a la herencia del causante no concurren descendientes ni ascendientes legítimos, quien le sucederá abintestato serán sus hermanos legítimos. Junto con ellos, concurre el cónyuge sobreviviente y los hijos naturales. *“Si el difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederán sus hermanos legítimos, su cónyuge y sus hijos naturales”* (Artículo 990 inciso 1°)

En este orden, la herencia se divide en tres partes, una para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge y otra para los hijos naturales.

Si no concurren el cónyuge o los hijos naturales, la herencia se divide en dos partes, una para quien concorra y otra para los hermanos legítimos. A falta de cónyuge sobreviviente o hijos naturales, llevan toda la herencia los hermanos legítimos (Artículo 990 inciso 1° y 2°)

En este orden de sucesión concurren tanto los hermanos carnales como los que son de padre o madre, pero los últimos llevarán la mitad de lo que le corresponda a los primeros. *“Entre los hermanos legítimos de que habla este artículo se comprenderán los que solamente lo sean por parte de padre o por parte de madre; pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal”* (Artículo 990 inciso 4°)

d) Cuarto orden de sucesión.

Este orden recibe el nombre “Del cónyuge y los hijos naturales”, si a la herencia del causante no concurren descendientes, ascendientes ni hermanos legítimos, llevarán la herencia el cónyuge sobreviviente y los hijos naturales. Se dividirá en 2 partes, una para el cónyuge y otra para los hijos naturales, *“Si el difunto no ha dejado descendientes, ascendientes ni hermanos legítimos, llevará la mitad de los bienes el cónyuge sobreviviente y la otra mitad los hijos naturales”* (Artículo 991 inciso 1°)

En el evento de que faltare el cónyuge o los hijos naturales, el que queda lleva el total de la herencia (Artículo 991 inciso 2°)

e) Quinto orden de sucesión:

Este orden recibe el nombre “De los colaterales legítimos”, a falta de descendientes, ascendientes legítimos, hermanos legítimos, cónyuge sobreviviente o hijos naturales, quienes concurren son los colaterales legítimos (Artículo 992 inciso 1°)

f) Sexto orden de sucesión:

Este orden se conoce con el nombre “Del Fisco”, a falta de descendientes, ascendientes legítimos, hermanos legítimos, cónyuge sobreviviente, hijos naturales o colaterales legítimos hasta sexto grado, quien sucederá al causante es el Fisco, *“A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Fisco”* (Artículo 995)

2.2.1.1.2.- Orden de Sucesión Irregular:

Opera este orden de sucesión cuando el causante es hijo natural y no deja descendientes legítimos (Artículo 993)

Los ordenes de sucesión son cuatro: De los hijos naturales.-

De los padres naturales.-

De los hermanos.-

Del Fisco.-

a) Primer orden de sucesión:

En él concurren sólo los hijos naturales.-

b) Segundo orden de sucesión.-

En él concurren los padres naturales, quienes fijan el orden. Tendrá derecho en la sucesión de su hijo natural, sólo aquel padre que lo ha reconocido con las formalidades legales. Concurre junto con ellos, el cónyuge sobreviviente como heredero abintestato, llevando la cuarta parte de los bienes.

c) Tercer orden de sucesión:

En él concurren los hermanos legítimos o naturales, del mismo padre o de la misma madre o de ambos. Pero los hermanos carnales llevarán el doble de la porción que lleva el paterno o materno. Concurre con ellos el cónyuge sobreviviente, el cual llevará la mitad de los bienes.

d) Cuarto orden de sucesión:

A falta de todos los anteriores herederos, concurre el Fisco.

2.2.1.2.- Situación del cónyuge divorciado.

Tanto en la sucesión testada como intestada los asignatarios deben cumplir con ciertos requisitos para suceder al causante, deben ser dignos y capaces de suceder. Pero, respecto del cónyuge sobreviviente se agrega un nuevo requisito, si al momento de fallecer el causante, estos se encuentren divorciados, sólo tendrá derechos en la sucesión intestada, aquel cónyuge que no hubiese dado motivo al divorcio.

Así lo establece el código en el artículo 994 *“El cónyuge divorciado no tendrá parte alguna en la herencia ab intestato de su mujer o marido, si hubiese dado motivo al divorcio por su culpa”*, concuerda esta norma con el artículo 1.173, que se encuentra en el párrafo de la porción conyugal *“ Tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio”*.

Para que el cónyuge este privado de sus derechos en la sucesión intestada de su marido o mujer premuerto es necesario:

a) Que el divorcio se haya producido por su culpa: se trata que el cónyuge que se ve privado de este derecho haya producido la causal de divorcio y no que la causal incida en él. Es por esta razón que en el caso de que opere el divorcio, por la causal de enfermedad grave e incurable (Artículo 21 N° 10 de la Ley de Matrimonio Civil) el cónyuge que la sufra no se ve afectado por la causal, pues no hubo culpa de su parte.

b) Que exista sentencia ejecutoriada que hubiese declarado el divorcio antes de que falleciera el cónyuge de cuya sucesión se trata.

c) No existe acuerdo entre los autores, sí las normas se aplican a ambos tipos de divorcio o sólo al perpetuo. Los que creen que se refiere a ambos, basan su opinión en que donde la ley no hace distinción no cabe al interprete hacerlo, así si el artículo 994 no distingue, debe entenderse que se refiere a ambos. Otros en cambio, sostienen que el

único divorcio que produce efecto en los bienes es el perpetuo, de manera, que sólo debe aplicarse a él.

2.2.2.- Como asignatario de la porción conyugal.

2.2.2.1.- Introducción.

En el Código Civil de 1.855, la porción conyugal era el principal derecho que tenía el cónyuge en la sucesión de su mujer o marido premuerto.

Debe apuntarse, que algunos autores, señalaron a esta institución como una creación original de don Andrés Bello, entre ellos don José Clemente Fabres y posteriormente don Pablo Rodríguez Grez. Este último nos dice en su memoria de prueba, “ La porción conyugal como institución del derecho sucesorio es esencialmente nacional. No existe en otro código indicio alguno para atribuirle la paternidad que otras normas ostentan”, más adelante continua “ Si bien es cierto que tiene un origen histórico que estudiaremos más adelante, su estructura, concepto, funcionamiento, etc., no arranca ni obedece a una inspiración foránea y, en lo substancial, es obra exclusiva de don Andrés Bello”¹⁴

Encontraron además, diferencias entre la cuarta marital y la porción conyugal, que sirvieron de fundamento a esta idea, y que veremos a continuación:

- a) La porción conyugal según el artículo 1.772 del Código Civil, corresponde al cónyuge sobreviviente, sin distinguir respecto de su sexo. En cambio, la Cuarta Marital del derecho español solo beneficia a la mujer.
- b) La porción conyugal no tiene límites en su cuantía. A diferencia de la Cuarta Marital cuya cuantía estaba limitada a cien libras de oro.

¹⁴ RODRIGUEZ GREZ, PABLO, “Estudio crítico de la porción conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada en la legislación chilena”, Editorial Jurídica de Chile, 1.961, Página 16.

c) Por otra parte, mientras la Cuarta Marital, ascendía siempre a la cuarta parte de los bienes del marido. La porción conyugal puede ser inferior, especialmente en el caso en que se concurra junto con los descendientes legítimos.

2.2.2.2.- Carácter alimenticio de la porción conyugal:

Buscaba el legislador con esta asignación forzosa, resguardar al cónyuge sobreviviente que, a consecuencia de la muerte del causante, viera desmejorada su situación económica. De ahí, que sólo tuviera derecho a ella, el cónyuge que carecía absolutamente de bienes o teniéndolos, que estos tuvieran un valor menor que los que le corresponderían por porción conyugal.

De acuerdo a las características antes expuestas, se sostenía por algunos autores que esta asignación presentaba un marcado carácter alimenticio, siendo para otros derechamente una asignación alimenticia. La jurisprudencia de los Tribunales de Justicia le daba otro fundamento, esta asignación forzosa tenía su origen en el contrato matrimonial y la obligación de socorro y auxilio mutuo que impone este.

Así, para autores como don José Clemente Fabres, Carlos Aguirre Vargas, la porción conyugal “era una asignación alimenticia”. Una especie dentro del género de los alimentos. Decía Fabres “ la porción conyugal es por naturaleza una asignación alimenticia; porque la ley la destina precisamente a procurar al cónyuge sobreviviente los recursos necesarios para su congrua sustentación; y como esto mismo es el objeto que la ley asigna a los alimentos congruos, es forzoso concluir que la porción conyugal es por su naturaleza alimenticia”¹⁵

De acuerdo a lo que sostenían los autores que sustentaban esta tesis, cuando el legislador hablaba de “congrua sustentación” se refería a los alimentos congruos, es decir, alimentos capaces de mantener al cónyuge sobreviviente.

Si bien, Fabres hacía un extenso catalogo, acerca de las diferencias que presentaban el derecho de alimentos y la porción conyugal, esto no servía sino para

fundamentar su relación de género a especie, puesto que aquellas sólo eran de forma y no de fondo.

Don Luis Claro Solar, por su parte, argumentaba que la porción conyugal era una asignación forzosa que presentaba un “carácter alimenticio”, que la hacía semejante a los alimentos, pero que en definitiva, ambas instituciones eran totalmente diferentes. “Es cierto que la porción conyugal da al cónyuge que de ella puede gozar mayores medios de vida, y en cuanto lo facilita es alimenticia.”¹⁶. Presentaba también una extensa lista que recogía las principales diferencias entre la porción conyugal y el derecho de alimentos, las que son:

1° El cónyuge divorciado por culpa no tiene derecho a porción conyugal, pero sí a los alimentos, salvo injuria atroz.

2° La porción conyugal sólo se debe a la muerte del causante; los alimentos se deben en vida y por causa de muerte.

3° El derecho a porción conyugal no se pierde por la adquisición posterior de bienes, siendo que los alimentos se deben mientras subsistan las condiciones que le dieron origen, y son esencialmente variables.

4° La porción conyugal es una cuantía fija de los bienes, mientras es el juez, quien debe fijar la cuantía de los alimentos.

5° Estos son siempre baja general de la herencia; la porción conyugal no lo es cuando hay descendientes legítimos.

6° La porción conyugal es siempre de cuantía superior a los alimentos y se paga de una vez; los alimentos no son sino una mesada periódica para subsistir modestamente o de un modo correspondiente a su posición social.¹⁷

Esta tesis fue recogida por la Corte Suprema, en algunos fallos, “La porción conyugal y los alimentos, si bien tienen ciertas semejanzas, son instituciones diversas con reglas propias y diferentes”¹⁸

¹⁵ FABRES, JOSE CLEMENTE, “La porción conyugal según el código civil chileno”. Imprenta Cervantes, 1.908, Página 10.

¹⁶ CLARO SOLAR, LUIS, “Explicaciones de derecho civil chileno y comparado”, Tomo XV, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1.940, Página 280.

¹⁷ CLARO SOLAR, LUIS, Ob. Cit.. Página 290.

Otros autores que adscribieron a esta tesis fueron don Manuel Somarriva, Oscar Pinochet, Francisco de Paula Salas.

c) La Corte Suprema en un fallo de 1.913¹⁹ sostuvo una doctrina distinta, diciendo que el fundamento de la porción conyugal esta en el deber de socorro y auxilio mutuo al que se obligaron los cónyuges al contraer matrimonio.

Aún cuando nos saldremos del orden cronológico que pretende llevar esta memoria, consignaremos lo expuesto por don Rene Abeliuk, doña Olga Rojas y doña Mireya Tasso, en su memoria de prueba. Sumándose a lo resuelto por la Corte Suprema, exponen en su obra, que el fundamento de la porción conyugal esta dado, tanto por el deber de socorro proveniente del contrato de matrimonio como del régimen patrimonial del mismo. Cómo ya dijimos, elaboraron esta doctrina a partir de lo expuesto por los Tribunales Superiores de Justicia, complementándolo con lo sostenido por doña Elena Caffarena de Jiles, en su también memoria de prueba, llamada ¿Debe el marido alimentos a la mujer que vive fuera del hogar común?.

Dice la señora Caffarena, que la porción conyugal junto con el deber de socorro propiamente tal, (que a su juicio consistía en la mantención del hogar común durante el matrimonio, cubrir los gastos de la mujer etc.) y el derecho de alimentos, formaban parte de la manifestación del deber de socorro o ayuda mutua que imponía el matrimonio (artículo 131-134), el que supone tanto el auxilio económico como el espiritual. De manera, que el deber de socorro consistía en “ la obligación recíproca que pesa sobre los cónyuges de suministrarse, a medida que las necesidades lo exijan, ya sea en especie o en dinero, todo lo que se requiere para vivir, en proporción a las facultades de cada cual”²⁰

Abeliuk, Rojas y Tasso, siguiendo la misma línea, dividen el deber de socorro en dos aspectos, uno que se da en vida de los cónyuges, y que correspondería al deber de socorro propiamente tal y al derecho de alimentos, siguiendo la nomenclatura de la

¹⁸ Gaceta 1.913, 1er Semestre, número 13, Página 29.

¹⁹ REVISTA DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Titulo XI, Sección Primera, Pagina 250

²⁰ CAFFARENA DE JILES, ELENA, “¿Debe el marido alimentos a la mujer que vive fuera del hogar común?”, Ediciones Universidad de Santiago, Santiago, 1.938, Página 178.

señora Caffarena, y otro que se da una vez muerto alguna de los cónyuges, que es la porción conyugal.²¹

Así, la porción conyugal no sería una asignación alimenticia o de carácter alimenticio, sino que correspondería a la supervivencia de la obligación que tiene el cónyuge, de prestar ayuda económica a su marido o mujer, dentro de la comunidad de vida y bienes que es el matrimonio, es decir del deber de socorro.

Este deber, que sería el fundamento de la porción conyugal, debe relacionarse además con el régimen patrimonial del matrimonio que adopten los cónyuges. A la fecha de instauración del Código Civil, el único régimen matrimonial existente era el de Sociedad Conyugal, así una vez que fallecía uno de los cónyuges el que sobrevivía llevaba su mitad de gananciales, lo que le permitiría sobrevivir posteriormente. Pero había oportunidades, que los bienes asignados en virtud de los gananciales, eran escasos, correspondiéndole porción conyugal pero solo su complemento. Luego a partir del D.L. 325 de 1925, se incorpora la posibilidad de adoptar en las capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes, y como en este régimen no existen gananciales, a la muerte del causante sólo tendría derecho a llevar porción conyugal.

2.2.2.3.- Definición

El Código Civil establecía en el artículo 1172, *“Es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación”*.

Esta definición es la misma que consagraba el Proyecto de 1.841, que a pesar de las sucesivas modificaciones que sufrió el proyecto de Código Civil antes de su promulgación, esta no varió. En ella se contiene la principal característica de la asignación, la pobreza del cónyuge sobreviviente, al ser necesario para que tenga derecho a ella que carezca de lo necesario para su congrua sustentación.

²¹ ABELIUK, ROJAS Y TASSO, “Estudio crítico de la jurisprudencia del Código Civil”. Editorial Jurídica

2.2.2.4.- Requisitos para ser asignatario de porción conyugal:

2.2.2.4.1.- El cónyuge no debe haber dado lugar al divorcio por su culpa. (artículo 1.173)

Para que operara este requisito, es necesario que el divorcio haya sido declarado por sentencia ejecutoriada; y se haya provocado por culpa del cónyuge sobreviviente, de tal forma que no operaría en el caso del divorcio pronunciado por enfermedad contagiosa, grave e incurable.

No existe acuerdo en la doctrina acerca de que tipo de divorcio se refiere el código, si temporal o perpetuo. Hay autores que lo aplican a ambos divorcios, puesto que los artículos 1.173 y 994 no hacen distinción, otros como Somarriva declaran que solo se aplicaría al divorcio perpetuo, puesto que el temporal no provocaría efectos sobre los bienes.

2.2.2.4.2.- El cónyuge debe ser pobre:

Este requisito se consagra en el artículo 1.172 del Código Civil al dar la definición de porción conyugal, en donde se establece que el cónyuge *“debe carecer de lo necesario para su congrua sustentación”*.

Esta idea de la pobreza del cónyuge, se ve atenuada puesto, que las mismas normas se encargan de aclarar que el cónyuge puede tener bienes, pero para ser asignatario de porción conyugal es necesario que estos sean de un valor inferior a lo que le correspondería por ella. (Artículo 1.176 inciso 1)

De ahí que se diga que esta pobreza es relativa, el cónyuge llevara esta asignación forzosa, sea que carezca absolutamente de bienes; sea que tenga bienes pero en una cantidad menor a lo que le correspondería por porción conyugal; sea que teniendo bienes propios cualquiera sea su cuantía, los abandona haciendo uso de derecho de opción consagrado en el artículo 1.177.

de Chile, Santiago, 1.955, Página 177 y siguientes.

De acuerdo a la primera parte del artículo 1.174, el momento en que se fija el derecho a la porción conyugal, es al tiempo de fallecer el causante, es en ese instante en donde el cónyuge debe carecer de bienes o sea debe ser pobre. Cualquiera situación que se presente con posterioridad, que haga que el cónyuge llegue a tener bienes en una cantidad mayor que lo que le correspondería por porción conyugal, no hará variar este derecho, dice el artículo 1.174 en su parte final “...y no caducará en todo o parte por la adquisición de bienes que posteriormente...”

2.2.2.4.3.- El cónyuge debe ser digno y capaz de suceder:

La porción conyugal es una asignación por causa de muerte, y como tal, los asignatarios deben cumplir con los requisitos de capacidad y dignidad, necesarios para poder suceder.

2.2.2.5.- **Clases de porción conyugal.-**

De acuerdo al artículo 1.172, la porción conyugal es una asignación que corresponde al cónyuge que carece de lo necesario para su congrua sustentación, es decir, debe ser pobre.

Con la sola definición contenida en dicho artículo, la porción conyugal pareciera no admitir ningún tipo de clasificación, pero en artículos posteriores (Artículo 1.176), se admite la posibilidad de que el cónyuge tenga bienes propios e igualmente llevaría porción conyugal pero a título de complemento, siempre y cuando, dichos bienes propios sean de una cuantía inferior de lo que le correspondería por porción conyugal.

De ahí, que la doctrina clasificara la porción conyugal, en teórica, efectiva y esta última en íntegra y complementaria. Autores como don Manuel Somarriva, incorporan una nueva distinción, la de porción conyugal ficticia basada en el artículo 1.179.

2.2.2.5.1.- Porción conyugal teórica

Corresponde a aquella que está determinada por la ley. En ella se prescinde de la situación real del cónyuge.

Se encuentra establecida en el artículo 1.178 “*La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos.*

Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo”

2.2.2.5.2.- Porción conyugal efectiva

Es aquella que realmente le corresponderá al cónyuge, la cual se determinará de acuerdo a la situación particular de este. Esta asignación puede dividirse en íntegra y complementaria.

a) Se habla de porción conyugal íntegra, cuando el cónyuge carece completamente de bienes, su pobreza es absoluta y recibe la totalidad de lo que le corresponde por porción conyugal teórica. Llevará asimismo porción íntegra, en el caso que haga uso del derecho que le otorga el artículo 1.176.

b) La porción conyugal es complementaria, cuando el cónyuge posee bienes propios, pero no son de tanto valor que aquello que le correspondería por esta asignación, recibiendo sólo el complemento Así lo establece artículo 1.176 inciso primero “*Si el cónyuge tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal”*. Este complemento es la diferencia entre la porción conyugal teórica y los bienes propios del cónyuge sobreviviente.

2.2.2.5.3.- Porción conyugal ficticia

“ Se presenta cuando el cónyuge tiene bienes, pero en cantidad superior a lo que le corresponde por porción conyugal; entonces propiamente no tiene derecho a porción conyugal, pero el artículo 1.179 para los efectos de ver como se paga la porción conyugal, da una regla de computación, que se analizará más tarde”²²

2.2.2.6.- **Cuantía de la porción conyugal.-**

El artículo 1.178 establece la cuantía de la porción conyugal, prescindiendo de la situación real de cónyuge, es decir determina la cuantía de la porción conyugal teórica, distinguiendo si concurren a la sucesión del causante descendientes legítimos o no:

2.2.2.6.1.- Si no concurren descendientes legítimos

En conformidad al inciso primero del artículo 1.178, la cuantía de la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes del difunto. *“La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los ordenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos”*

En este caso la porción conyugal es una baja general de la herencia contemplada en el número 5 del artículo 959 *“En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto a dejado, incluso los créditos hereditarios... N° 5 La porción conyugal a que hubiere lugar, en todos los ordenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos”*.

De esta forma, es más preciso decir, que la cuantía de esta asignación es la cuarta parte del acervo ilíquido una vez deducidas las costas de apertura de la sucesión y la publicación del testamento en el caso que corresponda; los impuestos fiscales que graven

²² SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Ob. Cit. Página 71.

toda la masa; las deudas hereditarias y las asignaciones alimenticias forzosas. Es decir, una vez deducidas del acervo ilíquido las asignaciones forzosas del número 1 a 4 del artículo 959.

2.2.2.6.2.- Si concurren descendientes legítimos

De acuerdo al inciso segundo del artículo 1.178, el cónyuge será contado entre los hijos y la porción conyugal ascenderá a la legítima rigurosa de un hijo. *“Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo”*

En este caso, la porción conyugal no es una baja general de la herencia, su cálculo por lo tanto, se realiza en la mitad legitimaria y su cuantía asciende a la legítima rigurosa de un hijo.

2.2.2.7.- Cálculo de la porción conyugal.-

Para determinar la forma de calcular la porción conyugal, hay que hacer varias distinciones. En primer lugar, si existen entre los herederos del causante descendientes legítimos o no, y por otro lado si el cónyuge sobreviviente es pobre o rico. Y luego, respecto del cónyuge pobre, debe sub-distinguirse si este carece de bienes en forma absoluta o tiene bienes, pero en una cantidad inferior a lo que le correspondería por porción conyugal.

El cálculo de la porción conyugal fue un tema controvertido entre los autores de la época, puesto que al ser una institución cuya reglamentación era del todo nueva, suscitó entre ellos una serie de interpretaciones, respecto de lo que debe entenderse por “deducciones a la porción conyugal”; sobre qué acervo debe calcularse esta asignación forzosa; o si las acumulaciones y deducciones que mandaba a realizar el código en el artículo 1.185 aprovechaban o no al cónyuge sobreviviente.

Dice este artículo en su inciso primero, “*Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables o irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega, y las deducciones que según el artículo 1.176, se hagan a la porción conyugal*”

Veremos a continuación la forma de calcular la porción conyugal, en cada caso, y se consignarán las principales controversias suscitadas entre los autores, respecto a esto.

2.2.2.7.1.- Cuando no concurren descendientes legítimos:

De acuerdo al artículo 1.178, cuando en la sucesión del difunto no concurren descendientes legítimos, la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes del difunto, en forma más precisa la cuarta parte de los bienes del difunto luego de las deducciones del artículo 959, número 1 a 4.

Pero como dijimos anteriormente, la ley establece la cuantía de la porción conyugal en forma teórica, sin tomar en consideración la situación particular del cónyuge sobreviviente. Para determinar la porción conyugal efectiva, es decir, aquello que efectivamente llevara el cónyuge a título de porción conyugal, debe distinguirse si el cónyuge sobreviviente carece absolutamente de bienes o tiene bienes en una cantidad inferior que le correspondería por porción conyugal.

a) Si el cónyuge carece absolutamente de bienes

En este caso el cónyuge lleva porción conyugal íntegra, que asciende a lo que teóricamente le correspondería de acuerdo al artículo 1.178 inciso 1º, “*la cuarta parte de los bienes del difunto*”, y que en forma más precisa corresponde a la cuarta parte del acervo líquido después de hechas las deducciones del 1 al 4 del artículo 959.

¿Aprovecha al cónyuge sobreviviente la acumulación de las donaciones revocables e irrevocables de que habla el artículo 1.185?

- Donaciones revocables hechas en razón de legítimas o mejoras:

Las donaciones revocables, de acuerdo al artículo 1.136, son aquellas que el donante puede revocar a su arbitrio. Ahora, si el donante hace tradición de los bienes donados, lo único que adquiere el donatario es un derecho de usufructo sobre dichos bienes (Artículo 1.140) La cual se confirma y confiere la propiedad del bien donado al donatario, por la sola muerte del causante.(Artículo 1.144)

De manera que no es preciso sostener que dichas donaciones se acumularán al acervo líquido, puesto que la propiedad de los bienes donados, nunca ha salido del patrimonio del causante.

Por lo tanto, las donaciones revocables, siempre aprovecharán al cónyuge, pero no por mandato del artículo 1.185, sino porque siempre han estado en el patrimonio del causante. En este sentido opinan don Manuel Somarriva²³, Arturo Alessandri²⁴, Pedro Lira²⁵, Abeliuk, Rojas y Tasso²⁶.

- Donaciones irrevocables hechas a legitimarios o extraños:

El artículo 1.185 anteriormente transcrito, establece que para la formación de los acervos, de los cuales se computaran las cuartas a que se refiere el artículo 1.184 (mitad legitimaria, cuarta de mejoras, cuarta de libre disposición), deben acumularse imaginariamente tanto las donaciones revocables, como las irrevocable hechas en razón de legítimas y mejoras.

²³ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Ob. Cit., Página 72.

²⁴ ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, en “Derecho sucesorio” de Manuel Somarriva Undurruga, Ob.Cit. Página 92.

²⁵ LIRA U, PEDRO, en “Derecho sucesorio” de Manuel Somarriva Undurruga, Ob.Cit. Página 100.

Estas donaciones, a diferencia de las revocables, no se encuentran en el patrimonio del causante, han salido de él, puesto que los donatarios han adquirido la propiedad de los bienes donados al momento de su tradición. Por esta razón, se justifica plenamente la acumulación que ordena el artículo 1.185.

Ahora bien, la acumulación de los bienes donados irrevocablemente se hace al acervo líquido, con el fin, como ya lo dijimos, de calcular las cuartas que establece el artículo 1.184. Pero, por otro lado, la porción conyugal es una baja general de la herencia, que se deduce del acervo líquido luego de las deducciones del 1 al 4 del artículo 959. Claramente la acumulación que estamos tratando, no aprovecha al cónyuge sobreviviente, en el cálculo de su porción conyugal, y esto porque ella se produce sobre la mitad legítimaria y la porción conyugal no se deduce de ella. Se pronuncian en el mismo sentido Somarriva²⁷ y Alessandri²⁸.

¿Aprovecha al cónyuge sobreviviente la acumulación de las deducciones a la porción conyugal que habla el artículo 1.185?

Como veremos más adelante, la mayoría de la doctrina ha establecido que las llamadas “**deducciones a la porción conyugal**”, corresponden a los bienes propios del cónyuge sobreviviente, cualquiera sea el origen de éstos, los cuales se imputaran a la porción conyugal. Pero en este caso, como el cónyuge carece completamente de bienes, no procede este tipo de acumulaciones.

²⁶ “La porción conyugal debe calcularse siempre tomando en cuenta las donaciones revocables hechas por el causante, por más que la letra del artículo 1.185, parezca hacer imposible esta interpretación cuando el cónyuge concurre con legítimarios no descendientes” ABELIUK, ROJAS Y TASSO. Ob. Cit., Página 215.

²⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Ob. Cit., Página 73.

²⁸ ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, en “Derecho sucesorio” de Manuel Somarriva Undurruga, Ob. Cit., Página 92.

b) El cónyuge tiene bienes, pero en una cantidad inferior a lo que le correspondería por porción conyugal

En este caso, el cónyuge sobreviviente tiene derecho a porción conyugal complementaria, puesto que al tener bienes propios, cualquiera sea su origen, solo llevará el complemento a título de porción conyugal, que no es más, que aquello que se obtiene al deducir de la porción conyugal teórica los bienes propios del cónyuge.

El cónyuge posee bienes propios, por \$5.000, la masa hereditaria luego de las deducciones del artículo 959 números 1 a 4 asciende a \$ 100.000, la porción conyugal equivale a \$ 25.000. Luego como el cónyuge posee bienes por \$5.000, llevará una porción conyugal complementaria por \$ 20.000. Ahora bien, qué ocurre con los \$ 5.000, que no son llevados por el cónyuge a título de porción conyugal. ¿Aprovechan o no al cálculo de ella?. La respuesta a esta interrogante la veremos un poco más adelante.

¿Aprovecha al cónyuge sobreviviente la acumulación de las donaciones revocables e irrevocables de que habla el artículo 1.185?

Deben reproducirse en este punto, las mismas consideraciones que se tuvieron en el número 1 letras a y b, en cuanto a que las donaciones revocables si aprovechan al calculo de la porción conyugal y que las donaciones irrevocables no la aprovechan.

¿Aprovecha al cónyuge sobreviviente la acumulación de las deducciones a la porción conyugal que habla el artículo 1.185?

La determinación de lo que debe entenderse por “deducciones a la porción conyugal”, fue un tema controvertido en la doctrina, si bien la mayoría de la doctrina adoptaba una posición, existían voces disidentes que daban una solución diferente.

Para la mayoría de los autores, las **“deducciones a la porción conyugal”**, equivalen a los bienes propios del cónyuge sobreviviente. Corresponden a estos bienes, los

que componen el haber propio del viudo o la viuda, los bienes que adquiriera al disolverse la sociedad conyugal (gananciales) y aquellos que se obtengan de la sucesión del causante, como heredero testamentario o abintestato. Se pronuncian en este sentido, Somarriva²⁹, Barros Errazuriz³⁰, Alessandri³¹, Lira³², Fabres³³, Aguirre Vargas³⁴, entre otros.

Dice Fabres “Según los artículos 1.176, 1.185 y 1.190 inciso 2° se entienden deducciones a la porción conyugal, dos clases de bienes que posee el cónyuge sobreviviente, ya sean aportes matrimoniales, ya los que haya adquirido separadamente, ya su mitad de gananciales... Estas dos clases de bienes se llaman deducciones porque su valor se sustrae o deduce de la cuantía que forma la porción conyugal, o, lo que viene a ser lo mismo esta cuantía se completa con el valor de las deducciones; y, según el lenguaje de la ley, las deducciones se imputan a la porción conyugal, o bien se paga esta porción con las deducciones”³⁵

Para Oscar Pinochet Contreras, las “deducciones a la porción conyugal”, corresponde a aquella parte que se deduce de la masa hereditaria, para entregárselo al cónyuge, a título de porción conyugal.³⁶ Es decir, el complemento que recibe el cónyuge sobreviviente a título de porción conyugal.

Para don Luis Claro Solar el sentido era distinto, “No son, pues, deducciones a la porción conyugal, los bienes propios del cónyuge sobreviviente, sino las cantidades que quedan sin inversión de la porción conyugal una vez determinado en complemento con las respectivas operaciones de resta que hay que hacer en razón de los bienes que tiene el cónyuge sobreviviente”³⁷

²⁹ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Ob. Cit., Página 71.

³⁰ BARROS ERRAZURIZ, ALFREDO, “Curso de derecho civil. Tercer Año. Segunda Parte”, Editorial Nascimento, Santiago, 1.931, Página 247.

³¹ ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, en “Derecho sucesorio” de Manuel Somarriva Undurruga, MANUEL. Ob. Cit., Página 93.

³² LIRA U, PEDRO, en “Derecho sucesorio” de Manuel Somarriva Undurruga, Ob. Cit., Página 99.

³³ FABRES, JOSE CLEMENTE, Ob. Cit., Página 56.

³⁴ AGUIRRE VARGAS, CARLOS, “Obras jurídicas de don Carlos Aguirre Vargas”, Imprenta Gutenberg, Santiago de Chile, 1.891, Páginas 115 y siguientes

³⁵ FABRES, JOSE CLEMENTE, Ob. Cit., Página 75.

³⁶ PINOCHET CONTRERAS, OSCAR, “La porción conyugal y los acervos imaginarios”, Imprenta Nascimento, Santiago, 1.926, Página 137 y siguientes.

³⁷ CLARO SOLAR, LUIS, Ob. Cit., Página 309.

Ahora bien, como ya dijimos, cuando el cónyuge posee bienes propios tiene derecho a porción conyugal complementaria, llevando a este título la diferencia existente entre la porción conyugal teórica y los bienes de su propiedad.

La pregunta que nos planteamos anteriormente y que se plantearon todos los autores de la época, fue si estos bienes o valores que no lleva el cónyuge sobreviviente y que para la mayoría de los autores corresponden a las llamadas “deducciones a la porción conyugal”, finalmente aprovechan o no para el cálculo de esta.

Recordemos que en el ejemplo ya propuesto, el cónyuge tiene bienes propios por \$5.000, la masa hereditaria es de \$ 100.000. La porción conyugal asciende a \$ 25.000, como el cónyuge posee bienes por \$ 5.000, se paga imputándose los \$ 5.000 de propiedad del cónyuge y los \$ 20.000 restantes se sacan de la masa hereditaria. ¿Cuál será el destino de los \$ 5.000 de la masa hereditaria que no se ocuparan? Acrecerán al acervo líquido, sin beneficiar al cónyuge sobreviviente en el cálculo de la porción conyugal o acrecerán a la masa hereditaria luego de las deducciones del número 1 a 4 del artículo 959, aprovechando al cálculo de esta.

Al respecto no existe uniformidad en la doctrina, para una parte de ella, la porción conyugal no se veía beneficiada con dichas deducciones, para otra, si aprovechaba. Esta última fue la idea imperante durante mucho tiempo. Veremos a continuación un estudio detallado de esta controversia:

i.- No aprovechan al cálculo de la porción conyugal:

La mayoría de la doctrina aceptaba esta solución, entre los autores del siglo pasado don Francisco de Paula Salas, don Paulino Alfonso. Posteriormente y a pesar de que la jurisprudencia se inclinaba por la tesis contraria impuesta por don José Clemente Fabres, se pronunciaban a favor de la tesis en estudio, don Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Carlos Aguirre Vargas.

De esta forma, una vez calculada la porción conyugal, los valores que no se ocuparon para completar la porción conyugal, van a incrementar el acervo líquido, y se

repartirán entre los asignatarios que corresponda. No es aceptable, como sostiene Fabres, acumular estos valores al acervo ilíquido y posteriormente calcular la porción conyugal.

Las razones que fundamentan a esta doctrina pueden resumirse de la forma que sigue:

1.- El artículo 1.172, establece que la porción conyugal es “*aquella parte de patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente*”. De este modo, no sería aceptable la doctrina contraria, que supone incorporar los bienes del cónyuge y luego calcular la porción conyugal, ya que ésta no sería solo parte del patrimonio del difunto, que corresponde a lo dispuesto por el precepto antes citado, sino que también incluiría parte del patrimonio del cónyuge.

2.- Porque, la acumulación que ordena el artículo 1.185, se establece a favor del cálculo de las legítimas y mejoras y no para la porción conyugal.

3.- De acuerdo al mismo artículo, las acumulaciones se hacen al acervo líquido, y para que exista como tal, debe deducirse previamente la porción conyugal. Puesto que en este caso, la porción conyugal, es una baja general de la herencia que se deduce del acervo ilíquido, una vez hechas las deducciones del número 1 al 4 del artículo 959, y por lo tanto esta ya ha sido calculada antes de hacer las acumulaciones que ordena el artículo 1185.

4.- Argumenta don Manuel Somarriva, “ Por disposición del artículo 1172, la porción conyugal es una asignación por causa de muerte; aquella parte del patrimonio del difunto que la ley asigna al cónyuge sobreviviente. Y el artículo 953, definiendo lo que es la asignación por causa de muerte, dice que es aquella que la ley o el testador hace en los bienes del difunto, “en sus bienes”. En cambio, según la doctrina de Fabres, no sólo sería en los bienes del difunto, sino también en los de cónyuge sobreviviente”³⁸

En el ejemplo propuesto, la porción conyugal se deduce de la masa hereditaria que asciende a \$100.000, quedando esta en \$25.000, como el cónyuge tiene bienes propios por \$5.000, se paga la porción conyugal imputándose en primer lugar los bienes propios, y luego se deduce de la masa hereditaria los \$20.000 restantes. Los \$5.000 que no se

³⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. Ob. Cit., Página 74.

ocuparon de la masa hereditaria, pasan a acrecer el acervo líquido que ha quedado luego del cálculo de la porción conyugal, favoreciendo a los otros herederos.

ii.- Aprovechan al cálculo de la porción conyugal:

Quien sostuvo esta doctrina fue don José Clemente Fabres, y fue seguido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de nuestros tribunales.³⁹

Para este autor, las llamadas deducciones a la porción conyugal, aprovechan al cálculo de ésta. Para calcular la porción conyugal, deben acumularse a la masa de bienes de la que se extrae dicha porción, los bienes propios del causante. Fabres, llega a tal conclusión, a partir del análisis que realiza de los artículos 1.185 y 1.191, estableciendo que son dichos preceptos los que, “determinan que se haga la acumulación de los bienes propios del cónyuge sobreviviente, a la masa de bienes de que se saca la porción conyugal, para hacer enseguida, el cómputo de la cuantía de dicha porción”⁴⁰

De esta manera, en el ejemplo propuesto, los \$5.000 de bienes propios, se agregan a los bienes dejados por el difunto, quedando este en \$105.000, de esta masa se determinará la porción conyugal que ascenderá a \$ 26.250, que se pagará con los \$5.000 de bienes propios, y se deducirán de la masa los \$21.250 a título de porción conyugal complementaria.

Pero, Fabres llega a tal conclusión, luego de desarrollar una teoría propia respecto de los acervos, a partir de los cuales deben computarse las asignaciones por causa de muerte. El acervo en el cual deben hacerse el cálculo de las legítimas y la porción conyugal, es el acervo líquido, el cual correspondería, a lo que en doctrina se conoce, como primer acervo imaginario, esto es la masa de bienes a la que se le han hecho las deducciones y agregaciones que ordenan los artículos 959 y 1.185 respectivamente. De esta forma, al haberse realizado previo al cálculo de la porción conyugal, la agregación de las

³⁹ Gaceta de 1.921, Tomo II, N° 229, Página 397; Gaceta de 1.911, Tomo I, N° 549, Página 911

⁴⁰ FABRES, JOSE CLEMENTE, Ob. Cit., Página 16.

“deducciones a la porción conyugal” que ordena el artículo 1.185, estas aprovecharían para su cálculo.⁴¹

iii.- Doctrina de Pedro Lira

Este autor señala una idea diferente, para determinar si las deducciones a la porción conyugal aprovechan o no al cálculo de ésta, para ello, debe distinguirse el origen de los bienes propios del causante:

1.- Si estos bienes tienen su origen en la sucesión del cónyuge difunto, el cónyuge aprovecha de ellos para calcular la porción conyugal, puesto que dichos bienes se encuentran en el patrimonio del difunto, y de otra forma se violentarían los artículos 1.172 y 1.178

2.- Si estos bienes no tienen su origen en la sucesión del difunto, el cónyuge no aprovecha de ellos, no entran al cálculo de la porción conyugal, puesto que incorporarlos a él significaría ir contra de lo dispuesto en los artículo 1.172 y 1.178, que establecen que la porción conyugal se calcula sobre los bienes del difunto.

2.2.2.7.2.- Cuando concurren descendientes legítimos:

De acuerdo, al inciso segundo del artículo 1.178, la cuantía de la porción conyugal, cuando el cónyuge concurre con descendientes legítimos, asciende a la legítima rigorosa que dichos descendientes reciben en la sucesión del difunto. *“Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigorosa de un hijo”*.

Como hemos sostenido reiteradamente, esta asignación se ha establecido en la ley en forma teórica, la real cuantía de la porción conyugal dependerá de sí el causante tiene o no bienes propios que imputar a esta.

⁴¹ FABRES, JOSE CLEMENTE, Ob. Cit., Página 18 y siguientes.

a) El cónyuge carece absolutamente de bienes

En este caso, el causante llevara porción conyugal íntegra, la cual ascenderá a la legítima rigurosa que recibirán los descendientes legítimos, la cual se deducirá de la mitad legitimaria o de la herencia en el caso que corresponda.

Así, si la mitad legitimaria asciende a \$100.000, y el causante dejó a 4 hijos legítimos y a su cónyuge sobreviviente para sucederle, a todos ellos les corresponderán \$20.000, que es la quinta parte de la mitad legitimaria.

Deben hacerse algunas precisiones:

i.- Debe recordarse, que las legítimas pueden clasificarse en rigurosas o efectivas. La legítima rigurosa (Artículo 1.184) puede ser definida como aquella parte que le cabe al asignatario dentro de la mitad legitimaria. La legítima efectiva (Artículo 1.191) corresponde a la legítima rigurosa aumentada con la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición, de las cuales el testador no dispuso, o si lo hizo, dicha disposición no surtió efecto.

El cónyuge, como asignatario de porción conyugal, no se ve beneficiado con el acrecimiento que sufren las legítimas rigurosas, transformándolas en efectivas, así lo establece el inciso tercero del artículo 1.191 *“Este acrecimiento no aprovecha al cónyuge sobreviviente en el caso del artículo 1.178, inciso 2º”*

De esta forma, debía tenerse presente al momento de calcular la porción conyugal, que las agregaciones que pudiesen hacerse a las legítimas rigurosas, no aprovechan al cónyuge sobreviviente en el cálculo de la porción conyugal.

ii.- Cosa distinta, es la expuesta por el artículo por el artículo 1.190 inciso primero, en la cual se establece que si un hijo es incapaz, indigno, desheredado o ha repudiado su asignación y no tiene descendientes con derecho a representarle, aquella parte que el hijo no llevará por las causas expresadas anteriormente, se agregarán a la mitad legitimaria para computar las legítimas y la porción conyugal.

En este caso, la legítima rigorosa no se transforma en efectiva, y de esta manera, el cónyuge se ve beneficiado con la agregación.

¿Aprovecha al cónyuge sobreviviente la acumulación de las donaciones revocables e irrevocables y de las deducciones a la porción conyugal de que habla el artículo 1.185?

Debe reproducirse en este punto, las mismas consideraciones que se tuvieron en el punto anterior, en cuanto a las donaciones revocables, las que siempre aprovechan al cálculo de la porción conyugal y las donaciones irrevocables que no aprovechan al cálculo de la porción conyugal.

Respecto de las deducciones a la porción conyugal, como el cónyuge carece completamente de bienes, no procede este tipo de acumulaciones, puesto que como ya vimos, las deducciones a la porción conyugal, son los bienes propios del cónyuge, que en este caso no los tiene.

b) El cónyuge tiene bienes, pero en una cantidad inferior a lo que le correspondería por porción conyugal

El cónyuge sobreviviente tiene derecho a porción conyugal complementaria, puesto que como tiene bienes propios, estos se imputaran a la porción conyugal teórica, llevando solo el complemento (Artículo 1.176 inciso primero)

Volvamos al mismo ejemplo, si el cónyuge posee bienes propios por \$ 5.000 y la mitad legitimaria asciende a \$100.000 y el causante dejó 4 hijos legítimos, la herencia debe dividirse en 5, correspondiendo un quinto de ella a cada legitimario y al cónyuge sobreviviente, la que asciende a \$20.000. Como este último posee bienes por \$5.000, los cuales se imputarán a la porción conyugal, en definitiva le corresponderán \$ 15.000.- ¿Qué ocurre con los \$ 5.000, que no llevará el cónyuge?

¿Aprovecha al cónyuge sobreviviente la acumulación de las deducciones a la porción conyugal que habla el artículo 1.185?

Como ya dijimos, las llamadas deducciones a la porción conyugal corresponden a los bienes propios del cónyuge sobreviviente, en el ejemplo propuesto, son los \$ 5.000, que no se ocuparan para completar la porción conyugal.

Al igual que en el caso del cálculo de la porción conyugal cuando no concurren descendientes legítimos, existió controversia respecto de si dichas deducciones aprovechaban o no al cálculo de ella, por lo tanto deben extenderse a este punto, los mismos argumentos que se daban en el caso anterior.

Pero en esta situación, en que concurren descendientes legítimos, debe incorporarse un nuevo elemento al estudio, el que hará aún más discutible determinar cual de las opiniones es la más razonable.

Este nuevo elemento, es el inciso segundo del artículo 1.190, precepto que señala “*Si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad o desheredación, o porque la ha repudiado y no tiene descendencia con derecho a representarle, dicho todo o parte se agregará a la mitad legitimaria, y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros, y la porción conyugal en el caso del artículo 1.178, inciso 2°.*

Volverán de la misma manera a la mitad legitimaria las deducciones que, según el artículo 1.176 se hagan a la porción conyugal en el caso antedicho”

Ambas doctrinas, tanto los que opinaban que las deducciones aprovechaban al cálculo de la porción conyugal, como las que señalaban lo contrario, interpretaron la norma precedentemente citada a su favor, lo que veremos a continuación

i.- No aprovechan al cálculo de la porción conyugal:

Cuando el inciso segundo del artículo 1.190, establece que las deducciones a la porción conyugal volverán a la mitad legitimaria, de la misma manera, que lo hace la parte que no

llevarán los legitimarios, por las razones expuestas, en el inciso primero de dicho precepto, tal expresión no significa, “volverán con el mismo objeto”, es decir, tanto como para computar las legítimas como la porción conyugal, sino que el verdadero sentido de la frase, es que al igual que en el inciso primero volverán para favorecer a los legitimarios.

Para don Arturo Alessandri, “la expresión volverán que emplea el inciso segundo del artículo 1.190 significa la idea que regrese a la mitad legitimaria algo que ya salió de ella, puesto que sólo vuelve lo que ha salido; de modo que para que las deducciones vuelvan, es menester que la porción conyugal ya esté calculada y entregada. Sólo así el excedente, o sea, lo que la ley llama “deducción” vuelve a esa mitad legitimaria. Si las deducciones se acumulan, previamente, a la mitad legitimaria para calcular la porción conyugal, es decir, si se distribuye entre los hijos y el cónyuge, no volverían, pues, en tal caso, la porción conyugal no se habría sacado de la mitad legitimaria para enseguida sacar aquella. En tal caso, no habría vuelta de las deducciones, puesto que habrían ido a la mitad legitimaria antes de salir la porción conyugal, y si la ley así lo hubiera querido, habría dicho “se agregarán” en vez de “volverán”, como lo hizo en el inciso anterior, lo que corrobora la diversidad de criterio”.⁴²

De manera, que para quienes sostienen, que la acumulación que se hace de las deducciones a la porción conyugal, no aprovechan al cálculo de esta misma, el principal argumento es la interpretación que ellos realizan del segundo del artículo 1.190, en la cual la frase “volverán de la misma manera” significa, que dichas deducciones, volverán a la mitad legítimaria al igual que aquella parte que no llevaron los legitimarios, ya sea por indignidad, desheredación, incapacidad o repudiación, y el cónyuge no lo acumulará a la porción conyugal al igual que dicho legítimo, no se ve beneficiado de aquella porción que no lleva.

ii.- Aprovecha al cálculo de la porción conyugal:

Como ya dijimos, para don José Clemente Fabres, las deducciones a la porción conyugal aprovechan al cálculo de ésta, puesto que a su juicio, deben acumularse los bienes propios del cónyuge sobreviviente a la masa de bienes de la que se extraerá dicha porción, determinando luego la cuantía de la porción conyugal.

En este caso, el autor interpreta el inciso segundo del artículo 1.1.90, en el sentido de que las deducciones volverán a la mitad legitimaria, para calcular tanto las legítimas como la porción conyugal. Esto, porque al decir el artículo “volverán de la misma manera” quiere decir “volverán con el mismo objeto”, de manera que, al igual que en el caso del inciso primero de dicho artículo, en donde la porción del legitimario incapaz, muerto, desheredado o que ha repudiado su asignación, se agrega a la mitad legitimaria, para favorecer tanto a los otros legitimarios como al cónyuge sobreviviente por su porción conyugal. Las deducciones a la porción conyugal volverán a la mitad legitimaria, para contribuir en la formación de las legítimas y de la porción conyugal.

Esta doctrina, a pesar de ser, posteriormente, rebatida y abandonada por gran parte de los autores, fue la más seguida por los tribunales de justicia.⁴³

iii.- Doctrina de don Pedro Lira:

Para don Pedro Lira, el problema de si la acumulación de los bienes propios del cónyuge sobreviviente aprovechan o no al cálculo de la porción conyugal, podría presentarse respecto de aquellos bienes que no tienen su origen en la sucesión del difunto.

Puesto que, cuando tienen su origen en la sucesión del difunto, no cabe duda de que estos aprovecharán al cálculo de la porción conyugal, ya que son bienes que se encuentran dentro del patrimonio del difunto.

⁴² ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, en “Derecho sucesorio” de Manuel Somarriva Undurraga, Ob. Cit., Página 95.

⁴³ Gaceta de 1.921, Tomo II, N° 229, Página 397; Gaceta de 1.911, Tomo I, N° 549, Página 911.

Ahora bien, si tales bienes, no tienen su origen en la sucesión del difunto, podría ser aún más difícil llegar a establecerlo, pero para este autor existirían razones de peso para considerar su acumulación y aprovechamiento para él cálculo de la porción conyugal.

Ya que, si el Código quisiera excluir al cónyuge de los beneficios de la acumulación lo hubiera hecho explícitamente, al igual que lo hace en los artículos 1.191 y 1.193.⁴⁴

2.2.8.- Situación del cónyuge como asignatario de cuarta de libre disposición.

El marido o mujer que fallece puede haber dispuesto de sus bienes mediante un testamento, instituyendo en él como asignatario de la parte de libre disposición, al cónyuge sobreviviente. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1.176, debe imputarse a la porción conyugal, todo lo que el cónyuge tuviere derecho a percibir en la sucesión del difunto, de manera que la cuarta de libre disposición debe imputarse a la porción conyugal.

El problema se plantea cuando el causante establece en su testamento, que el cónyuge además de llevar la porción conyugal recibirá la parte de libre disposición. Este planteamiento fue uno de los más controvertidos, ya que nuevamente la doctrina se dividió en bandos opuestos. Quienes pensaban que el cónyuge podía llevar ambas asignaciones, y quienes pensaban lo contrario. Ambas doctrinas fundamentaron sus argumentos a partir del artículo 1.179, el que señala *“Si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, a título de donación, herencia o legado, más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio”*.

2.2.2.8.1.- Se pueden llevar ambas asignaciones:

Quienes se adscribieron a esta doctrina, son entre otros don Carlos Aguirre Vargas y Luis Claro Solar.

⁴⁴ LIRA U, PEDRO, en “Derecho sucesorio” de Manuel Somarriva Undurraga, Ob. Cit., Página 99.

Uno de los principales argumentos de los defensores de esta doctrina, esta en la libertad que goza el causante para disponer de la parte de libre disposición, puesto que, si esta pudiese ser asignada a cualquier extraño, con mayor razón podría ser beneficiado con ella el cónyuge.

Otro argumento que fue recogido por un fallo de la Corte Suprema en 1939, es aquel que dice, que la porción conyugal se determina con anterioridad a la porción de libre disposición, en el caso de que sea una baja general de la herencia, y por lo tanto el derecho a llevarla o no, está determinado con anterioridad a la distribución de la masa hereditaria. Luego, procede seguir cumpliendo con las disposiciones del testamento y dar al cónyuge la parte de libre disposición.

Como ya dijimos, ambas posiciones de la doctrina, utilizan en su favor, el artículo 1.179, transcrito precedentemente. Para ellos, este artículo, al señalar que lo dejado al cónyuge por medio de una asignación testamentaria, se imputa en primer lugar a la porción conyugal y luego a la parte de libre disposición, reconoce claramente la existencia de ambas asignaciones en forma paralela, de manera que, el cónyuge sobreviviente pueda llevar tanto la porción conyugal como la parte de libre disposición. De esta forma, si el causante ha dispuesto de toda la porción de libre disposición a favor del cónyuge, el sobrante alcanza, en consecuencia, a toda la parte de libre disposición que debía entregarse al cónyuge sobreviviente además de su porción conyugal.

2.2.2.8.2.- No se pueden llevar ambas asignaciones:

Don José Clemente Fabres, Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Alfredo Barros Errazuriz entre otros, se inclinaron por esta doctrina, en la cual sostienen que no es posible que el cónyuge pueda llevar ambas asignaciones.

Podemos resumir los argumentos de estos autores de la manera que sigue:

La porción conyugal es una asignación establecida en beneficio del cónyuge pobre, es decir, aquel que carece de bienes o que teniéndolos estos tienen un valor menor a lo que le corresponde por porción conyugal. Ahora bien, si esta asignación tiene por finalidad la congrua sustentación del cónyuge, pensar que éste podría llevar tanto la porción conyugal como la parte de libre disposición, iría más allá del objetivo que tuvo en vista el legislador del primitivo código, para establecer este beneficio a favor del cónyuge, que es garantizar su subsistencia.

Por otra parte, al asignar el causante al cónyuge sobreviviente, una parte de libre disposición de mayor valor a lo que teóricamente le correspondería por porción conyugal, hace que no se cumpla uno de los requisitos esenciales de esta asignación, la pobreza del cónyuge, ya que gracias a la asignación testamentaria será rico. Y este cónyuge, quedaría en una mejor posición que el que recibe una parte de libre disposición de menor valor que la porción conyugal, esto por lo siguiente: “Si la asignación que se hace al cónyuge en el testamento es menor que lo que le corresponde por porción conyugal, en conformidad al artículo 1.176, éste cónyuge pobre sólo tiene derecho al complemento de la porción conyugal; en cambio, el cónyuge al cual se dejan bienes en cantidad superior a lo que le corresponde por porción conyugal, tendría derecho a llevar la porción conyugal y la cuarta de libre disposición” Y finaliza este autor diciendo “una injusticia que el legislador no puede haber cometido”⁴⁵

La jurisprudencia de los tribunales de aquella época, no fue uniforme existen al menos tres sentencias que acogen la doctrina de Fabres y Claro Solar y dos que acogen la doctrina contraria⁴⁶

Más adelante, veremos que con la ley 10.271, al modificarse las normas del Código Civil referente a esta materia, y compatibilizarse las asignaciones testamentarias con la porción conyugal, la controversia desaparece.

⁴⁵ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. Ob. Cit., Página 103.

⁴⁶ Por la doctrina de Fabres: Gaceta de 1.892, Tomo II, sentencia N°3.355, Página 1.120; Gaceta de 1.892, Tomo I, sentencia N° 1.397, Página 922 y Gaceta de 1.896, Tomo II, sentencia N° 3.277, Página 582. Por la doctrina contraria: Gaceta de 1.900, sentencia N° 751, Página 691 y Gaceta de 1.911, sentencia N° 549, Página 911.

2.2.2.9.- Naturaleza jurídica de la porción conyugal:

Dentro de las polémicas que se presentaron en el estudio de la porción conyugal, fue el determinar si esta correspondía a una asignación por causa de muerte a título universal (herencia) o a título singular (legado).

De acuerdo al artículo 953, se llama asignaciones por causa de muerte, a aquellas que hace la ley o el testamento de una persona difunta para suceder en sus bienes. Cuando dicha asignación recae en todo o una cuota del patrimonio del causante, recibe el nombre de herencia y cuando recae sobre una o más especies o cuerpos ciertos o una o más especies indeterminadas de género determinado recibe el nombre de legado.

Podemos de esta forma concluir que, existen dos tipos de asignaciones por causa de muerte, y debemos preguntarnos a cual de ellas corresponde la porción conyugal. La doctrina estuvo dividida, y parte de ella sostenía que era una herencia y otra que era un legado.

2.2.2.9.1.- La porción conyugal como herencia

El artículo 1.172 que define la porción conyugal, nos dice que ella “*es una parte del patrimonio de una persona difunta*”, es decir, una parte alícuota de la masa hereditaria, dando a entender que es una asignación a título universal, una herencia y no un legado. Y que corresponderá a una cuarta parte de los bienes del difunto, en el caso de que en la sucesión no haya descendientes legítimos o una legítima rigorosa en el caso de que estos herederos concurrieran.

Lo expuesto anteriormente, no admitiría discusión, si la porción conyugal que efectivamente llevara el cónyuge, fuese siempre íntegra, pero como sabemos, si éste tiene bienes propios de un valor menor a la porción conyugal, llevará sólo el complemento. ¿Qué sería este complemento, herencia o legado?

Para Fabres, la porción conyugal íntegra, ya sea la cuarta parte de los bienes del difunto o una legítima rigorosa, es herencia, pero la porción conyugal complementaria, es legado.

Para Barros Errazuriz, la porción conyugal ya sea íntegra o complementaria, es siempre una parte alícuota de los bienes del difunto⁴⁷

2.2.2.9.2.- La porción conyugal como legado

Para algunos autores, entre ellos Somarriva y Claro Solar, la porción conyugal es un legado. Algunas de las razones que da don Manuel Somarriva para fundamentar esta opinión, son las que siguen:

- 1.- El artículo 1.172 al definir la porción conyugal, si bien establece que esta es una parte del patrimonio del difunto, la expresión patrimonio debe tomarse en el sentido común de bienes, de activo y no de universalidad. Corrobora esta idea el artículo 1.178, al decir que en la cuantía de la porción conyugal, es la cuarta parte de los bienes del difunto.
- 2.- Otro argumento, es aquel que nos da el artículo 1.180, el cual en su inciso final, establece el principio, que el cónyuge que a recibido porción conyugal tiene la responsabilidad del legatario, con respecto de las deudas de la herencia.
- 3.- “ Hay que advertir que el cónyuge por su porción conyugal no pierde el carácter de legatario, no obstante que concorra con descendientes legítimos”, afirma el autor. Explica las razones de tal idea, “El artículo 988, señalando el primer orden de sucesión, dice que los hijos legítimos excluyen a todo otro heredero, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponde al cónyuge sobreviviente. Esto podría dar pie a pensar que el cónyuge por su porción conyugal, es heredero, máxime si se concuerda este artículo 988 con el artículo 1.178 inciso 2º, según el cual, habiendo descendientes legítimos, el viudo o viuda por su porción conyugal “será contado entre los hijos” y recibirá como porción conyugal la

⁴⁷ BARROS ERRAZURIZ, ALFREDO, Ob. Cit., Página 236.

legítima rigorosa de un hijo; y como los hijos que reciben legítimas son herederos, el cónyuge pasaría a tener tal carácter”

Y concluye que el cónyuge es “meramente legatario, porque el artículo 1.178 inciso 2º, al decir que el cónyuge será contado entre los hijos y recibirá como porción conyugal la legítima rigorosa de un hijo, sólo ha querido establecer el monto de la porción conyugal, indicar el límite de ella; se ha referido a la legítima rigorosa como punto de referencia para determinar lo que le corresponde por porción conyugal.”⁴⁸

Para don Luis Claro Solar, la porción conyugal “es siempre una cuantía de bienes que deben entregar al cónyuge los herederos en general o los legitimarios descendientes legítimos cuando concurre con ellos”⁴⁹, es decir, es un legado. Concuerda con Somarriva, en el sentido de que el artículo 1.172, al decir, que la porción conyugal es una parte del patrimonio del difunto, se refiere al patrimonio no como universalidad, sino como el activo de él.

2.2.2.10.- Responsabilidad del cónyuge por las deudas hereditarias.-

En general, el cónyuge como asignatario de la porción conyugal, tiene la responsabilidad de los legatarios en el pago de las deudas hereditarias, es decir, responderán sólo en subsidio de los herederos. Los acreedores se dirigirán en primer lugar en contra de los herederos, y sólo si no obtienen de ellos el pago de las deudas, se pueden dirigir en contra de los legatarios.

Pero el artículo 1.180, distingue para determinar la responsabilidad del cónyuge, entre sí este recibe porción conyugal íntegra o complementaria.

Si el cónyuge sobreviviente tuvo derecho a porción conyugal íntegra, tendrá la responsabilidad de los legatarios (Artículo 1.180 inciso tercero).

Si el cónyuge sobreviviente tuvo derecho a porción conyugal complementaria, la responsabilidad que éste tiene por el complemento de porción que recibe es la del legatario. (Artículo 1.180 inciso tercero) Respecto de los bienes propios que se imputan a la porción

⁴⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Ob. Cit., Página 81.

conyugal teórica, el artículo 1.180, da reglas distintas, dependiendo de su origen, si se refieren a la mitad de gananciales tendrá la responsabilidad propia de la sociedad conyugal, respondiendo hasta la concurrencia de la mitad de gananciales que recibe, como lo previenen las normas de la sociedad conyugal (inciso segundo del artículo 1.180); si estos bienes propios se refieren a una asignación en la herencia del causante, tendrá por ella la responsabilidad de los herederos (inciso primero)

⁴⁹ CLARO SOLAR, LUIS, Ob. Cit., Página 338 y siguientes.

2.3. - Reforma Ley 10.271. -

2.3.1.- Generalidades.-

El 2 de Abril de 1952, se publicó en el Diario Oficial la Ley 10.271, la cual vino a reformar el Código Civil, en una serie de materias especialmente, en lo relativo a los regímenes matrimoniales, la filiación y derecho sucesorio.

A modo general, podemos decir, que esta ley vino a recoger la tendencia mundial, dirigida a mejorar los derechos tanto del cónyuge sobreviviente como de los hijos naturales,

2.3.2.- Historia de la ley.-

En el año 1942, el Conservador del Registro Civil, Don Felipe Lazo envió dos proyectos de modificación al Código Civil al Ministerio de Justicia, uno de ellos referente a la situación de los hijos naturales e ilegítimos y otro sobre la supresión de la aceptación de la legitimación.

Estos proyectos fueron remitidos al Instituto Chileno de Estudios Legislativos, entidad creada bajo los auspicios de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades de Chile y Católica e integrado por profesores de dichos centros de estudio, magistrados y abogados, cuyo objetivo era el estudio de las modificaciones que fuera necesario introducir en la legislación positiva existente.

La Sección de Derecho Civil del Instituto, trabajó durante, al menos, cinco años en el estudio de los proyectos, oyendo para ello a todos los que pudieren aportar algo en dicho estudio y especialmente al Director del Registro Civil y a los jueces de menores de Santiago.

En Septiembre de 1948, se envió el proyecto al Presidente de la República, quien sin introducirle ningún cambio, lo remitió al Senado. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, oyendo a la Oficina de la Mujer, solicitó al Instituto se

introdujeran algunas modificaciones relativas a la situación de la mujer dentro del matrimonio.

Luego de tres años de discusión en el Congreso Nacional, el 2 de Abril de 1.952 fue promulgada esta ley, la cual entró en vigencia el 2 de Junio del mismo año.

2.3.3.- Principales modificaciones contenidas en esta ley

Las principales modificaciones que sufrió el Código Civil, se orientaron hacia los regímenes matrimoniales, a la filiación y los derechos sucesorios.

En materia sucesoria, la reforma estuvo orientada a beneficiar a los hijos naturales y al cónyuge sobreviviente.

En cuanto al **cónyuge sobreviviente**, la reforma estuvo orientada a aumentar sus derechos y a la perfección de las normas que regulan a la porción conyugal, poniendo fin a encendidas polémicas que vimos en el punto anterior, de esta forma, se realizaron modificaciones tanto en su calidad de heredero abintestato como en el de asignatario de porción conyugal. Veremos más adelante cada una de estas modificaciones en forma separada.

2.3.4.-Reformas introducidas a los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente:

La situación del cónyuge sobreviviente se había deteriorado con el paso del tiempo.

Las razones de este deterioro se encuentran en la evolución que sufrieron los regímenes patrimoniales del matrimonio. En el Código Civil promulgado en 1.855, el único régimen económico del matrimonio era la sociedad conyugal, de manera que, al fallecimiento de uno de los cónyuges, y al disolverse la sociedad, el que sobrevivía llevaba su mitad de gananciales. Luego, si esta mitad no era superior a la porción conyugal, se imputaba a ella y llevaba porción conyugal complementaria, de esta

manera, el legislador se aseguraba que el cónyuge sobreviviente tuviera lo necesario para su subsistencia.

En el año 1.925, se publicó en el Diario Oficial el Decreto Ley 328, que entre otras reformas, autorizó a los esposos para acordar en las capitulaciones matrimoniales que se celebran con anterioridad al matrimonio a adoptar el régimen de separación total de bienes, la cual fue se transformó en una practica usual de los cónyuges y en especial de aquellos en que el marido que tuviere una gran fortuna, con el objeto de conservar la propiedad exclusiva sobre dichos bienes.

Posteriormente, la ley 7.612, publicada en el diario oficial el 21 de Octubre de 1943, permitió a los cónyuges sustituir el régimen de sociedad conyugal o el de separación parcial de bienes por el de separación total, señala el inciso primero del artículo 1723 *“Durante el matrimonio los cónyuges podrán sustituir el régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total”*.

Así, la adopción del régimen de separación de bienes se hizo usual en nuestra sociedad, quedando el cónyuge a la muerte de su marido o mujer, en una situación disminuida con relación al que había adoptado o se mantenía en sociedad conyugal, ya que si el cónyuge sobreviviente carecía de bienes propios, los derechos que se le otorgaban en la sucesión del causante eran escasos y no aseguraban con ello su congrua subsistencia.

A lo que además debe agregarse, que de suyo el Código Civil y como sostiene don Manuel Somarriva el Código primitivo *“fue muy mezquino con respecto a los derechos hereditarios del cónyuge”*⁵⁰

Es por esta razón, que al producirse la modificación de la legislación civil, los cambios se orientaron a resguardar al cónyuge sobreviviente, y de paso mejorar la técnica de las normas que regían la porción conyugal.

En el primer caso, se ampliaron los derechos abintestato del cónyuge en la sucesión intestada del difunto, y aumentó la cuantía de la porción conyugal en el caso de que concurra con descendientes legítimos. Asimismo, se hicieron compatibles cualquier

asignación testamentaria que hiciera el causante a favor del cónyuge y la porción conyugal, acrecentando con esto, lo que lleva el cónyuge en la sucesión del difunto.

En el segundo caso, se mejoraron, derogaron o reemplazaron algunos artículos, que en algunos casos vinieron a poner fin a encendidas polémicas entre los autores, como el caso que si el cónyuge tenía la calidad de heredero o legatario; si el cónyuge podía llevar conjuntamente la parte de libre disposición y la porción conyugal; etc.

2.3.4.1.- Se modifican sus derechos como heredero abintestato

Dentro de la línea de orientación de esta ley, como ya vimos, estaba la premisa de beneficiar al cónyuge sobreviviente, para lo cual se aumentó sustancialmente la cuantía de lo que llevaría como heredero abintestato. Recordemos que estas normas establecidas en el código civil, para el caso en que el causante falleciera sin haber dispuesto de sus bienes, o habiendo dispuesto no este conforme a derecho o no surta efecto, situación en la cual se aplican las normas de la sucesión intestada

El cónyuge sobreviviente concurre en su calidad de heredero abintestato, a partir del segundo orden de sucesión tanto regular como irregular.

Con esta ley, se modifica la distribución de la masa hereditaria o de la mitad legitimaria, en algunos ordenes de sucesión, de la manera que sigue:

a) Se modifica el artículo 989, que regula el segundo orden de sucesión regular, en el que concurren los ascendientes legítimos, los hijos naturales y el cónyuge sobreviviente.

Antiguamente, la herencia o la mitad legitimaria se dividía en cinco partes correspondiéndole $\frac{3}{5}$ a los ascendientes, $\frac{1}{5}$ a los hijos naturales y $\frac{1}{5}$ al cónyuge sobreviviente. Si solo concurrían los ascendientes y el hijo natural o el cónyuge, se dividía en 4 partes, correspondiéndole $\frac{3}{4}$ y $\frac{1}{4}$ parte respectivamente.

A partir de la reforma, se reemplazaron los dos primeros incisos del artículo 989, la herencia o la mitad legitimaria en su caso, se dividirá en tres partes, correspondiéndole a cada uno, un tercio de ella; si sólo concurren los ascendientes y los

⁵⁰ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. Versión de Rene Abeliuk. "Derecho Sucesorio". Editorial

hijos naturales o el cónyuge, la herencia se divide en 2. De esta manera, tanto el cónyuge como el hijo natural ven aumentado su cuota en la herencia o la mitad legitimaria. Ya que si antes llevaban un quinto o un tercio de la herencia o la mitad legitimaria, luego llevarían un tercio o la mitad de ella.

b) Antiguamente, el tercer orden de sucesión era conocido con el nombre “De los Hermanos Legítimos” (artículo 990), pues eran ellos quienes fijaban el orden, distribuyéndose la mitad legitimaria o la herencia en su caso, entre los hermanos legítimos, hijos naturales y el cónyuge sobreviviente, correspondiéndole 1/3 a cada uno de ellos. Si sólo concurren los hermanos y los hijos naturales o el cónyuge la mitad legitimaria o la herencia se dividiría por mitades, correspondiendo una a cada uno de ellos. Si no concurren ni hijos naturales ni cónyuge sobreviviente, los hermanos llevarán todo.

A partir de esta ley, el artículo 990, llama a este tercer orden de sucesión a los hijos naturales, al cónyuge sobreviviente y a los hermanos legítimos, “Si el difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederán sus hijos naturales, su cónyuge y sus hermanos legítimos...”. Se dividirá la herencia o la mitad legitimaria en su caso, en 3 partes, una para cada uno de los que concurren. Si no concurren los hermanos legítimos, se dividirán por mitad correspondiendo una de ella a los hijos naturales y la otra al cónyuge. Si quien no concurre es el cónyuge, esta se dividirá en 4 partes, $\frac{3}{4}$ para los hijos naturales y $\frac{1}{4}$ para los hermanos legítimos.

c) Con la modificación que llevó a los hijos naturales a ser cabeza de orden, se produce un cambio en el cuarto orden de sucesión, siendo llamados a partir de esta reforma el cónyuge sobreviviente y los hermanos legítimos, tomando este orden el nombre de quienes concurren. La herencia o la mitad legitimaria en su caso, se dividirá en 4 partes, 3 de ellas corresponderán al cónyuge sobreviviente y la restante a los hermanos legítimos. A falta de alguno de ellos, el que queda lleva toda la herencia o la mitad legitimaria.

No debe olvidarse que, aún cuando la ley 10.271 permitió al cónyuge llevar la porción conyugal con las asignaciones testamentarias establecidas a su favor, no ocurrió lo mismo con los derechos abintestato, ya que aún debe imputarse a la porción lo que se recibe a dicho título (Artículo 1176).

2.3.4.2.- Se modifican sus derechos como asignatario de Porción Conyugal.

Vimos anteriormente que el legislador de 1952, orientó su labor a favorecer a éste cónyuge sobreviviente, que a raíz de la incorporación del régimen de separación total de bienes como alternativa a la sociedad conyugal y por otro lado el incremento de los derechos de los hijos naturales en la sucesión del causante, vio cómo paulatinamente se reducía la cuantía de su asignación.

Como punto de partida para el análisis de las reformas que afectaron a esta asignación forzosa, se puede sostener, que el más importante cambio que presentaron las normas que regulaban la porción conyugal, es la contenida en el nuevo artículo 1.176, a partir del cual hace compatibles las asignaciones testamentarias con la porción conyugal.

Decía el antiguo artículo 1.176 “Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal.

Se imputará por tanto a la porción conyugal todo lo que el cónyuge tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, incluso su mitad de gananciales si no la renunciare”

La ley 10.271, modificó tanto el inciso primero como el segundo, e incorporó un tercero, quedando de esta manera. “Por regla general, si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, solo tendrá derecho al complemento a título de porción conyugal.

Se imputarán, por tanto, a la porción conyugal todos los bienes del cónyuge sobreviviente, inclusive su mitad de gananciales, si no la renunciare, y los que haya de percibir como heredero abintestato en la sucesión del difunto.

No obstante lo dispuesto en el inciso primero de este artículo, la porción conyugal es compatible con cualquier donación o asignación testamentaria que el cónyuge sobreviviente haya de percibir en la sucesión del difunto”

Al permitir que el cónyuge sobreviviente, pudiera llevar cualquier asignación testamentaria que le concediera el causante, ya sea un legado o la cuarta de libre disposición, junto a lo que le correspondía por porción conyugal, se puso fin a una de las más arduas discusiones que se presentaron en el código civil y que se estudió en extenso en el punto anterior, acerca de sí el cónyuge podía llevar tanto la porción conyugal y la cuarta de libre disposición. Y que la jurisprudencia de los tribunales, en contra de lo que pensaba la mayoría de la doctrina, adelantándose a los tiempos ya había resuelto de esa manera.

Como consecuencia de ello, debió corregirse algunos artículos con el fin de mantener la homogeneidad de las normas que rigen la institución.

Por otro lado, hubo normas que también sufrieron cambios o bien se derogaron, siguiendo la línea de mejorar la situación del cónyuge o corregir la institución en comento.

Veremos a continuación, y en detalle, las modificaciones que afectaron a la porción conyugal:

2.3.4.2.1.-Definición de porción conyugal

Gracias a que el nuevo estatuto de esta asignación, hizo compatible las asignaciones testamentarias con la porción conyugal, se sustituyo el antiguo artículo 1172, por el siguiente *“La porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley le asigna al cónyuge sobreviviente en conformidad a las disposiciones de este párrafo”*

Debió realizarse este cambio, puesto que la principal característica de la definición del primitivo código, era el de contener el requisito de pobreza del cónyuge sobreviviente, al decir *“...que carece de lo necesario para su congrua sustentación”*.

Al permitir que el cónyuge llevara en forma conjunta la porción conyugal con la asignación testamentaria, éste ya no iba a cumplir el requisito de pobreza exigido por la

definición, puesto que aún habiéndole dejado el causante una cuantiosa asignación en el testamento, y por lo tanto siendo rico, llevaría igualmente porción conyugal.

Como tan apasionadamente sostiene don Manuel Somarriva, el concepto de porción conyugal recibió una “verdadera estocada”⁵¹ gracias a los cambios sufridos por esta asignación, debiendo reemplazar la definición por la que aparece en el texto de la ley 10.271, la cual adolece del defecto de no indicar el verdadero contenido de la institución, a diferencia de lo que hizo don Andrés Bello en su Proyecto de 1841 (definición que se conservó en el código primitivo), en el que tuvo especial preocupación por transmitir el verdadero sentido y alcance de la porción conyugal.

2.3.4.2.2.- Eliminación del carácter alimenticio de la porción conyugal:

La doctrina está conteste en aceptar, que con la modificación que permitió al cónyuge sobreviviente llevar conjuntamente la porción conyugal y las asignaciones testamentarias, y el subsecuente cambio que experimentó la definición de la porción, se eliminó el carácter alimenticio que presentaba la porción conyugal (cuyo análisis lo vimos “in extenso” en el punto anterior)

“Con esta reforma desaparece el carácter alimenticio que tenía la porción conyugal, consagrado en la propia definición del artículo 1.172. Hoy en día el cónyuge sobreviviente puede recibir por testamento del causante bienes en cantidad muy superior a lo que le corresponde por porción conyugal, y siempre tendrá derecho a esta”⁵². En este sentido, Alessandri⁵³, De la Maza y Larraín⁵⁴.

Para Domínguez Benavente⁵⁵, el legislador aún cuando pretendió eliminar el carácter alimenticio de la porción conyugal, no lo logró totalmente. Para algunos autores esto se

⁵¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, O.C. 1.961. Página 322.

⁵² SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Ob. Cit., 1.961. Página 323.

⁵³ ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, “Reformas introducidas al Código Civil y a otras leyes por la ley 10.271”, Imprenta Universitaria, Santiago, 1.955, Página 72.

⁵⁴ DE LA MAZA R, LORENZO Y LARRAIN RIOS, HERNAN, “Reformas introducidas al Código Civil por la Ley 10.271” Imprenta Universitaria. Santiago, 1955, Página 72.

⁵⁵ DOMINGUEZ BENAVENTE, RAMON Y DOMINGUEZ AGUILA, RAMON, Ob.Cit., 1.990. Página 252.

debería a que si bien, se modificó la definición de la asignación, no se hizo lo mismo con ciertos artículos que recogían tal carácter, como por ejemplo el 1.176, “Queda demostrado el error de la ley 10.271: haber suprimido el carácter alimenticio de la porción conyugal, sin derogar disposiciones que emanaban directamente de él. Con ello tenemos vigente una asignación forzosa curiosa, que, sin ser alimenticia, sólo puede beneficiar al asignatario (léase cónyuge sobreviviente) que en concepto de la ley es pobre”⁵⁶

2.3.4.2.3.- Cuantía de la Porción Conyugal

Se aumentó la cuantía de la porción conyugal, para el caso de que el cónyuge sobreviviente, concurriera con descendientes legítimos en la sucesión de su marido o mujer premuerto.

En el primitivo Código Civil, la cuantía de esta asignación, para el caso de que concurriera con descendencia legítima, ascendía a la legítima rigorosa que llevaban los hijos, “Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigorosa de un hijo” (antiguo artículo 1.178 inciso segundo)

Con el fin de mejorar la situación del cónyuge, el legislador de 1952, elevó el monto de la porción conyugal al doble de lo que lleva un descendiente legítimo si concurren varios de ellos, si sólo concurre un hijo legítimo personalmente o representado la herencia o la mitad legitimaria se divide entre ellos por partes iguales. Dice el nuevo inciso segundo del artículo 1.178 “Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos y recibirá como porción conyugal, con imputación a la mitad legitimaria, el doble de lo que por legítima rigorosa corresponda a cada hijo legítimo. Con todo, si sólo hubiere un hijo legítimo, la porción conyugal será igual a la legítima rigorosa de ese hijo”.

Parte de la doctrina, comentaba con agrado la forma en que el legislador había establecido la cuantía, en el caso de que el cónyuge concurriera con descendientes legítimos, ya que hacía una debida distinción respecto del número de hijos, puesto que

⁵⁶ RODRIGUEZ GREZ, PABLO, “Estudio Crítico de la porción conyugal y de los bienes reservados de la

hubiera sido injusto que en el caso que hubiera uno sólo, el viudo o viuda llevara el doble del hijo, dejando a este en una situación desmedrada, en este sentido Somarriva, Alessandri etc. Para otros, como Abeliuk, Rojas y Tasso, el sistema creado por el legislador no les pareció justo, ya que en la práctica cuando son pocos los hijos que concurren, estos se ven aún más perjudicados, a que concurriesen varios

No debe olvidarse que además de elevar la cuantía de esta asignación, la reforma introdujo en este inciso una precisión respecto de donde debe extraerse la porción conyugal, estableciendo que debe “imputarse a la mitad legitimaria”, poniendo fin a ciertas corrientes doctrinarias que establecían que lo que indicaba el artículo 1.178 en su inciso segundo, era la medida de cálculo de la porción, pero esta debía extraerse del resto de la herencia, es decir, de la parte de libre disposición, idea que nació de considerar a la mitad legítimaria como sagrada e inviolable, que no admitía gravamen alguno, según el artículo 1.192.

2.3.4.2.4.- Se conserva la porción conyugal complementaria

Con el fin de evitar el enriquecimiento injusto del cónyuge, que no imputará lo que el causante le deje en su testamento (artículo 1.176 inciso tercero), se mantuvo la porción conyugal complementaria, debiendo aún imputar a su porción conyugal teórica, los bienes propios con excepción de las asignaciones testamentarias.

Para don Arturo Alessandri, se mantuvo la porción conyugal, puesto que, con ello “Se quiso buscar un equilibrio entre los derechos del cónyuge sobreviviente y los de los demás herederos. De no habérselo mantenido y de haberse permitido que el cónyuge lleve porción conyugal cualquiera sean los bienes que tenga, se habría podido llegar a grandes injusticias. Así, un cónyuge inmensamente rico, que, por concepto de gananciales o de bienes propios, tuviese una gran fortuna, habría recibido además, porción conyugal íntegra

mujer casada en la legislación chilena” Editorial Jurídica de Chile. 1.961. Página 45.

con lo cual habría llevado gran parte de la herencia en circunstancias que los hijos o los demás herederos no se hallarían en el mismo caso por carecer de bienes”⁵⁷

2.3.4.2.5.- Compatibilidad de la porción conyugal con las asignaciones testamentarias

Antes de la reforma, el cónyuge debía imputar todos los bienes que eran de su propiedad a la porción conyugal, llevando en ese caso el complemento de ella. De manera que lo usual, era que el cónyuge llevara como porción conyugal efectiva el equivalente al complemento de ella. Eran considerados como bienes propios del cónyuge aquellos inmuebles que él aportó al matrimonio o adquirió durante la vigencia de éste a título gratuito; los gananciales que le correspondían una vez disuelta la sociedad conyugal; aquello que le pudiera corresponder como heredero abintestato y/o lo que el causante le hubiera asignado por medio del testamento.

Es así como se estimaba que la pobreza que se le exigía al cónyuge para tener derecho a porción conyugal, era relativa, puesto que igualmente llevaría porción a pesar de tener bienes propios, siempre y cuando estos fueren de una cuantía menor a ella.

Así el causante podía dejar un legado o asignar la parte de libre disposición a favor de su viudo o viuda, imputando ésta, obviamente, a lo que le correspondiera por porción conyugal. El problema se producía cuando el testador, dejaba la expresa instrucción de que el cónyuge llevaría tanto la porción conyugal como lo que se le asignara por testamento.

Como vimos en el número anterior, arduas fueron las discusiones que se produjeron entre los autores respecto de sí era posible cumplir con la voluntad del testador, y que el cónyuge sobreviviente pudiera llevar ambas asignaciones.

Respondiendo a esta encendida polémica, el legislador de 1952, derogó el artículo 1.179 e incorporó un nuevo inciso al artículo 1.176, que hace compatible las asignaciones testamentarias con la porción conyugal “No obstante, lo dispuesto en el inciso primero de este artículo, la porción conyugal es compatible con cualquier donación o asignación que el cónyuge sobreviviente haya de percibir en la sucesión del difunto”.

⁵⁷ ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, Ob. Cit., Página 73.

A partir de este precepto, para Alessandri, “el cónyuge sobreviviente podrá llevar porción conyugal íntegra, y, además, la parte de libre disposición, si el difunto se la ha asignado en su testamento, porque, para determinar si aquel tiene derecho a porción conyugal o no, se prescindirá en absoluto de las donaciones o asignaciones que el difunto le haya hecho. Ni unas ni otras se tomarán en cuenta para fijar la cuantía de la porción conyugal, ni para el entero de la misma. Es como si esas donaciones o asignaciones no existiesen”⁵⁸

2.3.4.2.6.- El cónyuge aprovecha de la formación del primer acervo imaginario

Cuando se vio en el punto anterior el cálculo de la porción conyugal, el principal problema que se presentaba, era saber si las acumulaciones que ordenaba realizar el artículo 1.185, aprovechaban o no a la porción conyugal.

El precepto antes mencionado, ordenaba que las donaciones tanto revocables como irrevocables, hechas por el causante en razón de legítimas y mejoras, y las llamadas deducciones a la porción conyugal, debían acumularse al acervo líquido (Artículo 959 inciso final), que permitiría posteriormente computar la mitad legitimaria y las cuartas de mejoras y libre disposición.

Los bienes donados en forma revocable, por no haber salido nunca del patrimonio del causante, siempre aprovechan al cálculo de la porción conyugal, independientemente de si concurrían o no descendientes legítimos. En el caso de las donaciones irrevocables nunca aprovechaban al cálculo de la porción conyugal, esto, porque en si el cónyuge concurría con ascendientes legítimos, esta asignación era una baja general de la herencia, de manera que se deducía antes de acumularse lo donado irrevocablemente. Pero en el caso que el cónyuge concurre con descendientes legítimos, de acuerdo al artículo 1.199 la

⁵⁸ ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, Ob. Cit., Página 74.

acumulación de lo donado irrevocablemente no aprovecha a quienes no tengan la calidad de legitimario o asignatario de cuarta de mejoras.⁵⁹

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, propuso una modificación al artículo precedentemente citado, con el fin, que en el caso que el cónyuge concurriera con descendientes legítimos se viera beneficiado con la acumulación de lo donado irrevocablemente, agregando al final del artículo 1.199 la siguiente frase “*pero sí al cónyuge sobreviviente en el caso del artículo 1.178 inciso 2º*”

2.3.4.2.7.- Naturaleza jurídica de la porción conyugal

Como vimos en el número anterior, dentro de las grandes polémicas que se presentaron, en torno a la porción conyugal, fue acerca de si la porción conyugal era herencia o legado, puesto que al considerarse de una u otra naturaleza los derechos del cónyuge eran distintos.

La Corte Suprema en una sentencia de casación de 1929, estableció que el cónyuge por su porción conyugal no era heredero, pero tenía derecho a adjudicarse los bienes de la herencia, en pago de su porción conyugal.⁶⁰ Esta solución estaba más basada en la equidad, que en los principios jurídicos que regulaban el derecho sucesorio, ya que de acuerdo a ellos, para poder adjudicarse bienes de la herencia era necesario ser comunero, y obviamente el cónyuge por su porción conyugal no lo era.

El legislador de 1952, siguiendo la tendencia de nuestros tribunales superiores de justicia, dio solución a esta controversia introduciendo un nuevo artículo 1.180, el cual declara que el cónyuge por su porción conyugal, será considerado comunero, afirmación que si bien no gozaba de un gran fundamento jurídico, fue considerada por los legisladores como la solución más justa y equitativa. De la misma forma se pronunciaron los más

⁵⁹ Artículo 1.199 del Código Civil. “La acumulación de lo que se ha dado irrevocablemente en razón de legítimas y mejoras, para el computo de lo prevenido por el artículo 1.185 y siguientes, no aprovecha a los acreedores hereditarios ni a los asignatarios que lo sean a otro título que el de legítima y mejora”

⁶⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVII, Sección Primera, Página 427.

importante comentadores de la reforma, entre ellos, Somarriva⁶¹, Abeliuk, Rojas y Tasso⁶², De la Maza y Larraín⁶³.

El artículo 1.180, en la primera parte del inciso primero nos dice “El cónyuge, en cuanto asignatario de porción conyugal, será considerado como heredero”. ¿Cuál es el alcance de la frase “será considerado como heredero”?

El legislador al hacer esta declaración, solo buscaba dar al cónyuge sobreviviente el carácter de comunero, con el fin de que le fuera posible concurrir a la partición de la herencia. Y ese es el sentido que le dio la Comisión de Estudios Legislativos, ya que como se expresa en la acta de la sesión 123 del 14 de Noviembre de 1947, el cónyuge en cuanto asignatario de porción conyugal, no pasaba a ser heredero y sólo se le asimilaba a ellos para darle el carácter de comunero en la sucesión⁶⁴

Esta ficción legal, permite que el cónyuge pueda ejercer la acción de partición de herencia respecto de los bienes hereditarios (1.317), intervenir en el juicio de partición en iguales condiciones que los demás herederos, intervenir en la administración de los bienes comunes y en la distribución de los frutos de los bienes comunes. (1.338 número 3)

2.3.4.2.8.- Responsabilidad del cónyuge sobreviviente por las deudas hereditarias.

Si bien el antiguo artículo 1.180 fue reemplazado por uno nuevo, el cual establece en su primera parte que el cónyuge será considerado heredero, como ya lo vimos para que pueda concurrir en la partición de la herencia y adjudicarse bienes hereditarios en pago de su porción conyugal, en lo restante mantiene el mismo espíritu del precepto eliminado, en el sentido de seguir teniendo el cónyuge la responsabilidad de legatario en el pago de las deudas hereditarias.

⁶¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Ob. Cit., 1.961, Página 356.

⁶² ABELIUK, ROJAS Y TASSO, Ob. Cit., Página 187.

⁶³ DE LA MAZA R, LORENZO Y LARRAIN RIOS, HERNAN, Ob. Cit., Página 357.

⁶⁴ ASSAEL CAMHI, MORRIS citado por ABELIUK, ROJAS Y TASSO, Ob. Cit., Página 188.

2.4.- Reforma Ley 18.802.-

2.4.1.- Generalidades

Esta ley fue promulgada el 23 de Mayo de 1.989, siendo publicada el 9 de Junio del mismo año, entrando en vigencia, una vez transcurrido el periodo de vacancia legal, el 7 de Septiembre del mismo año, salvo el caso de las normas relativas a la porción conyugal, la cuarta de mejoras, el pacto del artículo 1.204 y la acción de reforma de testamento, las cuales rigen “in actum”, de acuerdo a la misma ley.

El principal objetivo de ella, fue mejorar la situación de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, ya que de acuerdo a lo establecido en el código primitivo, el marido tenía sobre la mujer una serie de derechos tanto sobre su persona y sus bienes, institución que recibía el nombre de potestad marital (Artículos 131, 132, 133). Así la mujer casada bajo ese régimen era considerada como una incapaz relativa.

En el mensaje con que el Presidente de la República acompañó este proyecto de ley, establece que el fundamento esta reforma esta la necesidad de adecuar las normas del Código Civil con la evolución que experimenta la sociedad y los principios que irrogan la Constitución Política de la República, en especial con el principio de igualdad ante la ley.

2.4.2.- Historia de la ley

El 5 de Agosto de 1.987, el Presidente de la República de la época, remitió a la Junta de Gobierno un mensaje en el cual se proponía una modificación al Código Civil, cuyo objetivo principal mejorar la situación jurídica de la mujer casada, eliminando la institución de la potestad marital, y reformando algunos preceptos referentes a la separación de bienes, sociedad conyugal y patria potestad.

Dicha Junta acordó que el proyecto fuera estudiado en Comisión Conjunta, una vez que se recibieran las indicaciones de las diferentes Comisiones Legislativas (I, II, III y IV).

Asimismo se remitieron a las Facultades de Derecho de las Universidades del país, tanto el proyecto de ley como el informe técnico que lo acompañaba, con el fin de que formularan los comentarios y observaciones que hallaren necesario.

Surgió dentro de una de las Comisiones Legislativas, una nueva propuesta, cuyo contenido buscaba sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de participación en los gananciales, ya que a juicio de ésta, en él se conjugaban la plena capacidad de la mujer y las ventajas que representa la sociedad conyugal.

Esta idea fue acogida por el Presidente de la República, el cual por medio de un oficio(13.220/302) realiza una indicación sustitutiva, en la cual propone la discusión simultanea de dos proyectos de ley, uno de ellos otorgando plena capacidad a la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal y otro que incorpora el régimen de participación en los gananciales.

Una vez recepcionados los informes de las Facultades de Derecho de las diferentes Universidades del país, la Comisión Conjunta aprobó la idea de legislar respecto del primero de los proyectos, propuesto por el ejecutivo, en donde se modifica la sociedad conyugal y se le da a la mujer casada en este régimen plena capacidad.

El proyecto que finalmente fue promulgado por el Presidente de la República contiene algunas diferencias con el propuesto por el Ejecutivo, ya que la Comisión Conjunta introdujo algunas modificaciones.

El 18 de Mayo de 1.989 la Junta de Gobierno aprueba el texto propuesto por la Comisión Conjunta, siendo promulgada esta ley el 23 de Mayo del mismo año. Se publicó en el Diario Oficial el 9 de Junio de 1.989, entrando en vigencia con 90 días de posterioridad.

2.4.3.- Principales modificaciones contenidas en esta ley.-

Esta ley vino a reformar la situación de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, modificó asimismo normas relativas a los derechos y deberes del matrimonio y a

sus regímenes patrimoniales, autoridad paterna y patria potestad e innovo en materia sucesoria, respecto de la porción conyugal y la cuarta de mejoras.

En **materia sucesoria**, a través de la cual mejora la situación del cónyuge sobreviviente, introduciendo modificaciones en la porción conyugal e instituyendo al viudo o viuda como asignatario de cuarta de mejoras. También se produjeron modificaciones en varios preceptos, que tuvieron por objetivo, conciliarlas con aquellas que le otorgaron plena capacidad a la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, como asimismo responder a la idea de igualdad entre el hombre y la mujer.

2.4.4 Reformas introducidas a los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente.

El proyecto de ley presentado por el Presidente de la República a la Junta de Gobierno, contenía reformas en materia sucesoria, las que estaban orientadas a mejorar los derechos hereditarios tanto del cónyuge sobreviviente como de los hijos naturales.

Los derechos del cónyuge seguían resultando escasos, la adopción generalizada del régimen de separación de bienes y el aumento de la expectativa de vida de los cónyuges, llevaron al legislador a pensar que era necesario incrementarlos, para que le permitiera subsistir dignamente hasta el final de sus días. Para ello, se introducen modificaciones a la cuantía de la porción conyugal cuando concurren descendientes legítimos y se incorpora al cónyuge como asignatario de cuarta de mejoras.

2.4.4.1.- Se introducen modificaciones a la porción conyugal. Principales reformas.

2.4.4.1.1.- Aumenta la cuantía de la porción conyugal cuando concurre con descendientes legítimos (Artículo 1.178 inciso segundo)

En el Código Civil originario, la cuantía de la porción conyugal en el caso de que el cónyuge que sobrevivía concurría con descendientes legítimos, ascendía a la legítima rigorosa que llevaba el hijo legítimo, independiente de si fueran uno o varios. Dice el inciso

2° del artículo 1.178, que el cónyuge será contado entre los hijos y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de uno de ellos.

A partir de la ley 10.271, la que modificó el precepto antes citado, aumentando la cuantía de la porción conyugal, el cónyuge que concurría con varios descendientes legítimos llevaba el doble de la legítima rigurosa que le correspondiera a ellos. Si sólo concurría un hijo legítimo llevaba una legítima rigurosa similar a la de él.

El legislador de 1.989, continuando con la tendencia de mejorar los derechos del cónyuge sobreviviente, vino por medio de esta reforma, a elevar aún más la cuantía de la asignación en estudio. Así, el cónyuge sobreviviente llevará una o dos legítimas rigurosas o efectivas a título de porción conyugal, dependiendo de si concurre con uno o con varios hijos legítimos.

Dice el nuevo inciso segundo del artículo 1.178 *“Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos y recibirá como porción conyugal el doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo legítimo. Con todo, si sólo hubiere un hijo legítimo, la porción conyugal será igual a la legítima rigurosa o efectiva de ese hijo”*

Se modificó el inciso segundo del artículo 1.178, en cuanto a la medida de cálculo de la cuantía de la porción conyugal, en el caso de que el viudo o viuda concorra con descendientes legítimos. Ya que tanto en el Código originario como en la posterior reforma de 1.952, esta asignación se establecía exclusivamente, a partir de las legítimas rigurosas, es decir, aquella parte en la mitad legítimaria que le corresponde a los legitimarios.

A partir de 1989, los cónyuges tendrán derecho a recibir una o dos legítimas rigurosas o efectivas. La legítima efectiva no es más que la legítima rigurosa aumentada por la cuarta de mejoras o de libre disposición de las que no se haya dispuesto total o parcialmente por el causante o habiendo dispuesto estas no hayan surtido efecto.

De manera que, el cónyuge recibirá una o dos legítimas rigurosas, cuando el causante haya dispuesto de la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición y tendrá derecho a una o dos legítimas efectivas, cuando el causante no ha dispuesto totalmente de

la cuarta de mejoras o la cuarta de libre disposición, o disponiendo, éstas han quedado sin efecto o bien derechamente, el causante no ha hecho disposición de ellas. Con la reforma se ha permitido al viudo o viuda a aprovechar el acrecimiento que sufrirán las legítimas rigorosas, transformándolas en efectivas.

Con el fin de adecuar el cambio que se produjo en la cuantía de la porción conyugal, se eliminó del precepto en estudio, la frase “con imputación a la mitad legítimaria”.

Gracias al aumento que sufrió la cuantía de la porción conyugal, a partir de la Ley 18.802, ya no había justificación para la existencia de la frase en comentario, puesto que la extracción de la porción conyugal, ya no se circunscribirá a la mitad legítimaria, sino que en su caso, a toda o parte de las cuarta de mejoras y libre disposición de la cual el causante no hubiera dispuesto o disponiendo de ellas, no hubieran surtido efecto. De esta forma “La porción conyugal se paga con cargo a la mitad legítimaria más el acrecimiento del artículo 1.191”⁶⁵

Asimismo, y dentro del mismo espíritu, el legislador, derogó el inciso tercero del artículo 1.191. Dicho precepto regulaba el acrecimiento de las legítimas rigorosas transformándolas en efectivas y sostenía en el inciso tercero, que tal acrecimiento no aprovechaba al cónyuge sobreviviente, el cual finalmente se eliminó.

2.4.4.1.2.- Se suprime el inciso segundo del artículo 1.190

Decía este inciso, “*Volverán de la misma manera a la mitad legítimaria, las deducciones que, según el artículo 1.176, se hagan a la porción conyugal en el caso antedicho*”.

Esta norma ya fue comentada, a propósito de la discusión acerca de si las deducciones a la porción conyugal en el caso de que el cónyuge concurren con descendientes legítimos, aprovechaban o no a ésta. La doctrina, nuevamente, se dividió en dos bandos, por una lado los que opinaban que no aprovechaba y por otro, los que tenían una idea contraria.

Este inciso fue suprimido por esta ley, dejando a ambas doctrinas sin el argumento en que basaban sus posturas.

Con su desaparición, gran parte de los comentaristas de esta reforma, sostienen que es un reconocimiento del legislador, al hecho de que las deducciones a la porción conyugal no aprovechan al cálculo de esta.⁶⁶

2.4.4.2. El cónyuge sobreviviente pasa a ser asignatario de cuarta de mejoras.(Artículo 1.184 y 1.195).

La cuarta de mejoras es una asignación forzosa de las establecidas en el artículo 1.176 en su número 4, que corresponde a la “cuarta parte de los bienes del difunto” con la cual puede favorecer a determinados sujetos.

En la legislación primitiva, el causante podía beneficiar con la cuarta de mejoras a cualquiera de sus descendientes legítimos, fueran o no legitimarios.

La Ley 10.271, incorpora a los hijos naturales y a su descendencia legítima, como posibles asignatarios de cuarta de mejoras.

A partir de esta ley, el causante puede dejar esta cuarta a sus hijos legítimos y naturales, a la descendencia legítima de estos y al cónyuge sobreviviente(artículo 1.184 inciso tercero)

Con esta reforma, nació otra de las polémicas que llenan los textos de Derecho Sucesorio, referida a la situación de si esta asignación se forma en ausencia de los descendientes legítimos.

Parte de la doctrina, sostenía que faltando tales asignatarios no se formaba la cuarta de mejoras, basándose para ello en el inciso segundo del artículo 1.184, el que nos dice que existiendo descendientes legítimos se forma la cuarta de mejoras, en este sentido Meza Barros⁶⁷, Rodríguez Grez⁶⁸, Barriga Errazuriz⁶⁹. Otros autores, tomando en consideración

⁶⁵ SANTOS MARTINEZ, JUSTINIANO ENZO, “Porción Conyugal”, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, 1.993, Página 104.

⁶⁶ ALVAREZ CRUZ, RAUL, Ob. Cit., Página 119; SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Ob. Cit., 1.996, Página 368; DOMINGUEZ BENAVENTE, RAMON, Ob. Cit., 1.999, Página 952.

⁶⁷ MEZA BARROS, RAMON, Ob. Cit., Primera Edición, 1.953, Páginas 307 y 308.

el espíritu de la reforma y el tenor del artículo 1.167 N° 4, en el cual se menciona a los hijos naturales como posibles asignatarios de mejora, sostienen lo contrario, entre algunos Domínguez Benavente⁷⁰, Somarriva Undurraga⁷¹, Alessandri⁷² etc. En este mismo sentido se pronunció la Corte Suprema en un fallo de 1967 “Los hijos naturales y sus descendientes legítimos son asignatarios forzosos de mejora, aunque no haya descendientes legítimos del testador. El vacío que se advierte en el precepto del artículo 1.184 se debe sólo a un olvido del legislador en el texto de la Ley 10.271, de 2 de Abril de 1.952, que fue la que reformó el Código Civil, favoreciendo los derechos hereditarios del hijo natural”⁷³

El legislador de 1.989, siguiendo la idea de beneficiar al cónyuge sobreviviente, innova en ella, permitiendo que el viudo o viuda fuera posible asignatario de cuarta de mejoras, para esto modificó el artículo 1.184 en su inciso final y 1.195.

De manera, que el causante podría dejar todo o parte de la cuarta de mejoras al cónyuge sobreviviente, la cual será compatible con la porción conyugal que le corresponda.

En la medida que el legislador incorporó al cónyuge sobreviviente, como posible asignatario de cuarta de mejoras, debe formularse nuevamente la pregunta, de si el cónyuge puede ser beneficiado por el causante con la cuarta de mejoras, en el caso de que a la herencia no concurrieran descendientes legítimos.

Al igual que en la discusión antes vista, parte de la doctrina, ha sostenido que el cónyuge podrá tener derecho a cuarta de mejoras, en cuanto concurren descendientes legítimos. Y defienden su idea, basándose en el tenor literal del artículo 1.184 inciso final, el que dice que la cuarta de mejoras se forma con su presencia. Por otro lado, la Ley 18.802, dejó sin reformar el número 4 del artículo 1.167, y no incorporó al cónyuge sobreviviente como posible asignatario de cuarta de mejoras, siendo interpretada que la intención del legislador fue precisamente dejar que el cónyuge concurriera en ella, sólo si

⁶⁸ RODRIGUEZ GREZ, PABLO, “Instituciones de Derecho Sucesorio”, Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición, 1.995, Página 564.

⁶⁹ BARRIGA ERRAZURIZ, GONZALO, “La cuarta de mejoras en relación a los hijos naturales”, Revista Derecho y Jurisprudencia, Título 64, Sección Derecho, Páginas 88 y siguientes.

⁷⁰ DOMINGUEZ BENAVENTE, RAMON Y DOMINGUEZ AGUILA, RAMON, Ob. Cit., 1.990, Página 321 y 322.

⁷¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Ob. Cit., 1.961, Páginas 411-412 y 413.

⁷² ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, Ob. Cit., Páginas 50-51.

había descendientes legítimos, así opinan Meza Barros⁷⁴, Rodríguez Grez⁷⁵ y Somarriva Undurraga⁷⁶

Para otra parte de los autores, pensar que la cuarta de mejoras beneficiará al cónyuge, sólo en el evento de que concurren descendientes legítimos, atentaría contra el espíritu general de la reforma, cuyo objetivo ha sido el de mejorar la situación del viudo o la viuda, en este sentido Domínguez Benavente⁷⁷ y Rozas Vial⁷⁸

Con la incorporación del cónyuge como posible asignatario de la cuarta de mejoras, debió reformarse, asimismo, el artículo 1.204 que contiene el pacto de no disponer de la cuarta de mejoras. Este pacto, que se celebra por escritura pública, consiste en que el futuro causante prometerá a alguno de sus posibles asignatarios de cuarta de mejoras, que no donará o asignará parte alguna de ésta. De acuerdo al precepto en comentario, sólo podrán celebrarlo, el viudo o viuda que concorra a la herencia con descendientes legítimos, dice la primera parte de la norma “Si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos, a su cónyuge en el caso del artículo 1.178, inciso 2º, o a un hijo legítimo o natural o a alguno de los descendientes legítimos de éstos, que a la sazón era legitimario, no donar, ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras...”

Se modifica además, el artículo 1.221, el cual concede acción de reforma testamentaria al cónyuge, con el fin de protegerlo como eventual asignatario de cuarta de mejoras.

⁷³ Revista Derecho y Jurisprudencia, Título 64, sección Primera, Página 127.

⁷⁴ MEZA BARROS, RAMON, Ob. Cit., Séptima Edición, 1.966, Página 292

⁷⁵ RODRIGUEZ GREZ, PABLO, Ob. Cit. Página 366 y siguientes.

⁷⁶ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Ob. Cit., 1.996, Páginas 435 y 436.

⁷⁷ DOMINGUEZ BENAVENTE, RAMON Y DOMINGUEZ AGUILA, RAMON, Ob. Cit., 1.999, Página 1.006.

⁷⁸ ROZAS VIAL, FERNANDO, “Sucesión por causa de muerte. Historia, textos, jurisprudencia y comentarios”, Editorial Jurídica de Chile, 1.990, Página 464.

2.5.- Reforma Ley 19.585.-

Por lo señalado en los números anteriores, las modificaciones que ha sufrido el Código Civil, han estado orientadas básicamente a mejorar a nuestra legislación civil, en determinadas materias, como los regímenes matrimoniales, filiación y derecho sucesorio.

El Código Civil por medio de la Ley 10.271, experimentó un gran avance en materia de filiación, que si bien mantuvo la distinción entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos, mejoró los derechos de los hijos naturales y permitió, con una serie de limitaciones, la investigación de la paternidad natural. También introdujo cambios en materia sucesoria, mejorando los derechos hereditarios de los hijos naturales y del cónyuge sobreviviente.

Como una continuación lógica a esta última modificación, y gracias a la conciencia generalizada que la distinción entre los hijos, no estaba acorde con la realidad que vivía el país, y el hecho cierto, de que tal discriminación atentaba contra la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales ratificados por Chile, se introdujo un gran y profundo cambio en toda nuestra legislación civil, por medio de la Ley 19.585 de 1.998, que entró en vigencia el 27 de Octubre de 1.999, un año después de su publicación.

Entre los principales cambios que se introduce, está la eliminación de la distinción entre los hijos, la libre investigación de la paternidad y la maternidad, modificaciones en materia sucesoria, las que se adecuan al nuevo estatuto filiativo y establecen un nuevo estatuto para el cónyuge sobreviviente.

En los próximos capítulos, se realizará un análisis detallado de esta nueva reforma, ya que nuestra intención es el examen de ella, desde sus orígenes, recogiendo además la incipiente doctrina que ha nacido alrededor de ella.

En un primer momento, y siguiendo una estructura similar a la del presente capítulo, mostraremos las principales modificaciones que se introdujeron al Código Civil y el cambio que sufren los derechos hereditarios del cónyuge superviviente, mostrando

para ello, la situación actual en que se encuentra y las razones para ello. En capítulo aparte, examinaremos el “derecho de adjudicación preferente” del cónyuge sobreviviente, una institución del todo nueva en nuestra legislación civil, la cual no está ni estará exenta de polémicas similares a las que durante largos años se presentaron en la ya desaparecida porción conyugal.

2.6.- EVOLUCION DE LA PORCIÓN CONYUGAL EN EL CODIGO CIVIL

CODIGO ORIGINARIO	LEY 10.271	LEY 18.802	LEY 19.585
<p><u>Concepto:</u> “Es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación” (Artículo 1.172)</p> <p><u>Carácter:</u> Presenta un marcado carácter alimenticio.</p> <p><u>Naturaleza Jurídica:</u> La doctrina se encontraba dividida entre considerarla como herencia o legado.</p> <p><u>Cuantía:</u> Una legítima rigorosa, si concurre con descendientes legítimos o cuarta parte de los bienes del difunto, cuando no concurren descendientes legítimos.</p> <p>Incompatibilidad con los bienes propios. Se descuenta de la porción conyugal teórica los bienes propios, la mitad de gananciales y toda asignación testamentaria o intestada.</p>	<p><u>Concepto:</u> “Es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en conformidad a las disposiciones de este párrafo” (Artículo 1.172)</p> <p><u>Carácter:</u> Pierde su carácter alimenticio.</p> <p><u>Naturaleza Jurídica:</u> el cónyuge es considerado como heredero, pero con responsabilidad subsidiaria de legatario.</p> <p><u>Cuantía:</u> Se aumenta para el caso que concurren con dos o más descendientes legítimos, a dos legítimas rigorosas.</p> <p>Incompatibilidad con los bienes propios. Se descuenta de la porción conyugal teórica los bienes propios y la mitad de gananciales (porción conyugal efectiva)</p> <p>Compatibilidad con la asignación de libre disposición</p>	<p><u>Concepto:</u> “Es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en conformidad a las disposiciones de este párrafo” (Artículo 1.172)</p> <p><u>Cuantía:</u> Habiendo descendientes legítimos, el cónyuge será contado entre los hijos y recibirá el doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo legítimo.</p> <p>Incompatibilidad con los bienes propios. Se descuenta de la porción conyugal teórica los bienes propios y la mitad de gananciales (porción conyugal efectiva)</p> <p>Compatibilidad con la cuarta de mejoras y de libre disposición</p>	<p>La porción conyugal se deroga. (Se elimina el N° 2 del Título V Libro III del Código Civil. Artículo 1.172 a 1.180)</p> <p>El cónyuge sobreviviente pasa a ser legítimo (Artículo 1.182)</p>

CAPITULO TERCERO

REFORMA LEY 19.585.

3.1.- Generalidades

En el presente capítulo, veremos en detalle los cambios que introdujo esta ley, en los derechos sucesorales del cónyuge sobreviviente.

Si bien esta reforma estaba dirigida básicamente, a adecuar el régimen de filiación existente a los principios que regulan, hoy en día, el derecho de familia, se incorporaron a ella cambios no considerados por el ejecutivo al momento de presentar el Proyecto de Ley al Congreso. Este fue el caso del cónyuge superviviente, que vio mejorada su situación, al adquirir el estatuto de heredero del causante y al incorporarse otros derechos, como el de adjudicación preferente o derecho de uso o habitación que recaen sobre el inmueble familiar(Artículo 1.337 N° 10)

3.2.- Principales modificaciones contenidas en esta ley.-

Como hemos dicho en reiteradas oportunidades, la ley 19.585 cambió radicalmente el sistema de filiación existente hasta ese momento. Produciéndose el cambio más trascendental de nuestra legislación civil, la que navega de un sistema altamente discriminatorio a uno en donde el principio inspirador es la igualdad de los seres humanos.

De esta manera, se modifican las normas que regulan el sistema filiativo. Además el derecho de alimentos, la autoridad paterna y patria potestad, tutelas, curatelas y derecho sucesorio.

En materia sucesoria, uno de los cambios más importantes dice relación con la situación del cónyuge sobreviviente. Esta ley viene a derogar a la antigua institución de la porción conyugal, e instituye al viudo o la viuda como legitimario del causante. Establece además, un límite mínimo a la cuantía de su cuota hereditaria e incorpora un nuevo derecho en materia de partición.

3.3.- Reformas introducidas a los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente:

El proyecto que el Ejecutivo envió al Congreso Nacional, con el objeto de modificar el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, no contemplaba modificaciones sustanciales a los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente.

Mejoraba su situación como heredero abintestato, permitiendo que en el segundo orden de sucesión, concurriera junto con los ascendientes de grado más próximo como cabeza de orden.⁷⁹ De esta forma, se buscaba equilibrar sus derechos frente a la igualación de los hijos.

La realidad que vivía el cónyuge sobreviviente, al momento de promulgarse el Código Civil es muy diferente a la actual. A principios de siglo, el legislador procuró asegurar la situación de los hijos, ya que al momento de morir alguno de sus padres, estos podrían ser aún pequeños. Hoy en día, con el aumento de la expectativa de vida, al fallecer alguno de los padres, los hijos tendrán su familia propia y será el cónyuge que sobreviva el que se encontrará en una situación desmedrada, con un promedio de edad superior a los 70 años e imposibilitado, las más de las veces, de poder ejercer algún empleo remunerado que le permita su subsistencia.

⁷⁹ Dice el proyecto de ley, “En lo que respecta a los órdenes de sucesión, el proyecto introduce, además de los ajustes ya mencionados, una modificación que tiende a mejorar la situación del cónyuge sobreviviente. En efecto, el segundo orden de sucesión intestada –en que actualmente son cabeza de orden los ascendientes legítimos de grado más próximo, con quienes concurren el cónyuge sobreviviente y los hijos naturales- se ha dejado para los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, quienes se distribuirán la herencia en partes iguales”

Es así como durante la tramitación de esta ley, y específicamente en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, surgió la idea de corregir la situación del cónyuge sobreviviente, derogando la porción conyugal e incorporándolo como legitimario. Finalmente tales ideas se incorporaron al proyecto de ley, introduciendo modificaciones a la situación sucesoral del cónyuge, con el objetivo de mejorar sus derechos, llegando a convertirlo, como han dicho algunos, en un “superheredero”⁸⁰

Y se dice esto porque, además de derogar la porción conyugal e instituirlo como legitimario, se le asegura una cuota hereditaria mínima (Artículo 988) y se consagra un nuevo derecho el de “adjudicación preferente del hogar común” (Artículo 1.337 N°10). Sin olvidar que puede ser asignatario de cuarta de mejoras y/o cuarta de libre disposición. Pudiendo llevar finalmente hasta las $\frac{3}{4}$ partes de la herencia.

Sin perjuicio, de que al estar casado en régimen de sociedad conyugal o participación en los gananciales tendrá derecho a estos, una vez terminado el matrimonio por la muerte del cónyuge.

3.3.1 Derogación de la Porción Conyugal:

Como mencionamos en capítulos pasados, esta era la institución que presentaba mayores problemas en nuestro régimen sucesoral. Los diferentes criterios de interpretación y la escasa utilización en la práctica⁸¹ llevaron a la mayoría de los autores a pronunciarse por su derogación.

Así lo demuestran las palabras expresadas por don Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Aguila, “Pocas instituciones en nuestro derecho sucesorio y aún de nuestro código civil han dado lugar a debate doctrinario tan arduo como la porción

⁸⁰ CARDENAS C, ROSARIO y WEBER M, VERONICA, “Situación del cónyuge sobreviviente en la Ley 19.585”, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Andrés Bello, 2.000, Página 59.

⁸¹ La mayoría de los matrimonios en Chile, adoptan como régimen patrimonial, el de sociedad conyugal, de manera que, al momento de fallecer uno de los cónyuges se produce la liquidación de esta sociedad, correspondiéndole al sobreviviente su mitad de gananciales, la cual debe imputarse a la porción conyugal.

conyugal y su forma de cálculo. Disposiciones poco claras, imaginación doctrinaria, búsqueda de originalidad, juegos exegéticos y de interpretación literal se han dado cita para producir una abundancia de cuestiones debatidas que nada justifica. Desde luego, no la justifica el interés de la institución. La porción conyugal tiene escasa aplicación práctica y resulta por lo mismo difícil de entender como mentes privilegiadas y sabios doctrinadores le hayan podido dedicar tanto espacio y paciencia que, seguramente, habían estado mejor empleados en la búsqueda de una nueva formulación de los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente”⁸²

Opinaban de la misma manera, entre otros, don Manuel Somarriva Undurraga⁸³, Fernando Mujica Bezanilla⁸⁴ y Pablo Rodríguez Grez⁸⁵.

Desde su nacimiento, esta institución presentó problemas, ya vimos los arduos debates que se generaban en torno a la interpretación de ciertas normas, en donde cada autor tenía argumentos suficientes para apoyarlo. Por otro lado, su finalidad se fue desvirtuando, cuando pierde el carácter alimenticio que la distinguía, al hacerla compatible con las asignaciones testamentarias que podrían beneficiar al cónyuge (Ley 10.271).

Al momento de discutir la situación del cónyuge sobreviviente en esta nueva legislación, el ejecutivo sólo consideró mejorarlo como heredero abintestato, permitiéndole concurrir junto con los ascendientes como cabeza de orden, en el segundo orden de sucesión.

Fue en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados donde se planteó que los derechos hereditarios del viudo o la viuda resultaban escasos⁸⁶, frente a la igualación de los hijos. Buscando una forma de beneficiarlos, se

Como en general, los gananciales serán de igual o menor valor que la porción conyugal, lo más que puede esperar el viudo o viuda, es llevar una porción conyugal complementaria.

⁸² DOMINGUEZ BENAVENTE, RAMON Y DOMINGUEZ AGUILA, RAMON, Ob. Cit. 1.990, Página 247.

⁸³ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Ob. Cit., 1.996. Página 340

⁸⁴ MUJICA BEZANILLA, FERNANDO en el Prologo de la obra de don Pablo Rodríguez Grez “Estudio Crítico de la Porción Conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada”, Ob. Cit., Página 10.

⁸⁵ RODRIGUEZ GREZ, PABLO, O.C. Página 324.

⁸⁶ La cuantía de la porción conyugal, ascendía a la cuarta parte de los bienes del difunto si no concurrían descendientes legítimos y una o dos legítimas rigorosas o efectivas, en el caso de que hubieran uno o varios

propuso la idea de eliminar la porción conyugal e instituirlo como legitimario, recogiendo con ello el sentir de la doctrina. Así la situación del cónyuge se independizará, tanto del régimen matrimonial adoptado como de su situación económica.

El Servicio Nacional de la Mujer en representación del Ejecutivo, presentó una indicación, en la que se recoge esta idea, estableciendo que el cónyuge superviviente debe ser considerado legitimario y, por lo tanto, heredero forzoso, en una situación similar a la de los hijos.

“Con la opinión favorable de todos los expertos consultados al momento de debatir esta materia en el Congreso, se tomó la decisión de terminar con la porción conyugal, una institución compleja y artificiosa que, en los términos que estaba concebida, y con ocasión de las sucesivas modificaciones que se habían venido introduciendo en el régimen matrimonial, resultaba tener poca o ninguna aplicación práctica... Producto de lo anterior, y como ya vimos, se incorpora al cónyuge como heredero abintestato, en el primer orden de sucesión y se le confiere la calidad de legitimario...”⁸⁷

De esta forma, se deroga el párrafo 2, del Título V, del Libro III que contenía las normas que regulaban la Porción Conyugal, artículos 1.172 a 1.180 inclusive. Se reforma el artículo 1.167 eliminándose el N°4, que señalaba a la Porción Conyugal como asignación forzosa.

descendientes legítimos, respectivamente. Así lo que llevaba el cónyuge sobreviviente dependía del número de hijos con los que concurría, puesto que todos ellos lo hacían sobre la mitad legitimaria. Con la modificación del régimen de filiación, y la igualación de los derechos sucesorios de los hijos, si se mantenían las normas existentes, su situación se vería aún más desmedrada, al concurrir todos los hijos en igualdad de condiciones.

⁸⁷ La cuantía de la porción conyugal, ascendía a la cuarta parte de los bienes del difunto si no concurrían descendientes legítimos y una o dos legítimas rigurosas o efectivas, en el caso de que hubieran uno o varios descendientes legítimos, respectivamente. Así lo que llevaba el cónyuge sobreviviente dependía del número de hijos con los que concurría, puesto que todos ellos lo hacían sobre la mitad legitimaria. Con la modificación del régimen de filiación, y la igualación de los derechos sucesorios de los hijos, si se mantenían las normas existentes, su situación se vería aún más desmedrada, al concurrir todos los hijos en igualdad de condiciones.

3.3.2. - El cónyuge sobreviviente pasa a ser legitimario.-

A partir de esta ley, el cónyuge sobreviviente pasa a ser legitimario, heredero forzoso, continuador de la persona del causante y responsable de las deudas hereditarias.

Se modifica el artículo 1.182, el cual, luego de la reforma dice:

“Son legitimarios:

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

2° Los ascendientes, y

3° El cónyuge sobreviviente

No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra oposición del respectivo padre o madre, salvo el inciso final del artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal”

Con esta reforma la situación del viudo o viuda cambia radicalmente, puesto que de “ser considerado como heredero del causante”(Artículo 1.180)⁸⁸, se transforma en un verdadero heredero, con todas sus prerrogativas y obligaciones.

De esta forma, y a diferencia de lo que ocurría con la porción conyugal, los bienes propios del cónyuge no se imputaran a la porción legitimaria. Y será indiferente, para estos efectos, el régimen de bienes que hubiera adoptado al contraer matrimonio.

En cuanto a su responsabilidad respecto de las deudas, estará obligado al igual que el resto de los herederos, a responder a prorrata de sus cuotas.(Artículo 1.354).

Al adquirir el estatuto de legitimario, se aplica al cónyuge sobreviviente la institución del desheredamiento (Artículo 1207 y siguientes). El legislador prefirió

⁸⁸ A partir de la ley 10.271, el cónyuge sobreviviente, en cuanto asignatario de porción conyugal, “es considerado como heredero”, para el único objetivo de que concurra a la partición de la herencia, permitiéndole ejercer la acción de partición, participar en la administración de los bienes hereditarios y adjudicárselos.

asimilar la situación del viudo o viuda, con la de los ascendientes, estableciendo que puede ser desheredado por las tres primeras causales del artículo 1.208. Este precepto luego de la reforma quedó del tenor siguiente: *“Un descendiente no puede ser desheredado sino por algunas de las causales siguientes:*

1° Por haberse cometido injuria grave contra el testador en su persona, en su honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes;

2° Por no haberle socorrido en estado de demencia o destitución, pudiendo;

3° Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar;

4° Por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo;

5° Por haber cometido un delito que merezca pena aflictiva; o por haberse abandonado a los vicios o ejercido granjería infames; a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado.

Los ascendientes y el cónyuge podrán ser desheredados por cualquiera de las tres primeras causas”

De esta forma, el futuro causante podría desheredar a su cónyuge por medio de un testamento, con el fin de que no le sucediera posteriormente. Y será la forma que tendrán algunos sujetos, para impedir que aquel cónyuge del cual se encuentra separados de hecho hace muchos años, le suceda.

3.3.3.- Cuantía mínima de la porción hereditaria del cónyuge sobreviviente:

Como legitimario, el cónyuge sobreviviente concurre en la mitad legitimaria, en el orden y reglas de la sucesión intestada.

El viudo o viuda concurre desde el primer orden de sucesión, como heredero abintestato, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma, donde sólo lo hacía a partir del segundo orden (relación de los antiguos artículos 988 y 1.178 inciso segundo).

La cuantía de la cuota legitimaria del cónyuge sobreviviente, dependerá tanto de las personas como del número de ellas con las que concurra:

a) En el primer orden de sucesión, concurrirá junto con los hijos, y llevará una o dos legítima rigorosa o efectiva, dependiendo de si son uno o más hijos, respectivamente. (Artículo 988).⁸⁹

b) En el segundo orden de sucesión, concurrirá junto con los ascendientes de grado más próximo, llevando el 2/3 de la mitad legitimaria o de la herencia. Faltando los ascendientes llevará toda la herencia o mitad legitimaria(Artículo 989).⁹⁰

Ahora, en el primer orden de sucesión, esta ley consagra una regla que mejora aún más la situación del cónyuge, establece una cuantía mínima a la legítima del cónyuge, la que no puede ser inferior a la **cuarta parte de la herencia o la mitad legitimaria** en su caso. Dice la parte final del inciso segundo del artículo 988 “... *Pero en ningún caso la porción que corresponde al cónyuge bajará de la cuarta parte de la herencia o de la cuarta parte de la mitad legitimaria, en su caso*”

Esta cuota mínima fue introducida, ya al final de la discusión parlamentaria, por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, quienes siguiendo con la idea de reforzar la situación del cónyuge sobreviviente, decidieron establecer un límite para el caso de concurrir con muchos hijos y terminara con una cuota muy reducida, en una edad en que le será muy difícil procurarse los medios de subsistencia.

La presente modificación, ha suscitado comentarios de la doctrina, el hecho que se asegure una cuota mínima al cónyuge lleva finalmente, a que los hijos vean disminuidas sus cuotas hereditarias.

⁸⁹ En la Cámara de Diputados la cuantía de la cuota legitimaria del cónyuge sobreviviente, era similar a la que le correspondía a los hijos, concurriendo el cónyuge sobreviviente como uno de ellos. En el Senado, y con el objetivo de proteger al cónyuge sobreviviente frente a un gran número de hijos, se aumentó la porción al doble. Y en el caso de que concurrese sólo un hijo, se estableció la cuota del cónyuge a la legítima rigorosa o efectiva que le corresponda a él.

⁹⁰ Esta modificación responde a la propuesta original del ejecutivo, en el proyecto de ley enviado al Congreso Nacional, en la cual el cónyuge concurría por partes iguales con los ascendientes de grado más próximo. Posteriormente, en la discusión en la Cámara de Diputados aumentó la cuota del cónyuge sobreviviente a 2/3.

Así en una sucesión en que concurren 7 hijos y el cónyuge, este último al llevar una porción inferior a la cuarta parte de la mitad legítimaria o de la herencia, debe aplicarse la regla del inciso segundo del artículo 988. Concurren a la herencia la viuda y 7 hijos, la herencia o la mitad legítimaria se dividirá en 9, correspondiéndole al cónyuge el 22.2% y a los hijos el 11.1% respectivamente. Luego, al aplicarse la regla de la cuantía mínima, el 25% corresponderá al cónyuge y los 75% restante a los hijos, tocándole a cada uno de ellos el 10.7%. De esta forma los hijos verán disminuida su cuota hereditaria de 11.1% a 10.7%, diferencia que aumentará en la medida que crezca el número de hijos.

Comenta al respecto don Carlos Peña, “Si se observan con cuidado las reglas precedentes se advertirá que la mejora en la situación del cónyuge sobreviviente desmedra, finalmente, la situación de los hijos, en la medida que, con prescindencia del número de hijos que concurren el cónyuge -cómo acabamos de ver- ve siempre garantizada una cuota ascendente a un cuarto de la mitad legítimaria o de la herencia en su caso”⁹¹. En el mismo sentido doña Andrea Muñoz ⁹² y don René Abeliuk M ⁹³

Ahora bien la regla, del inciso segundo, del artículo 988 nos presenta dos situaciones, una en que esta cuantía mínima será la cuarta parte de la herencia o la cuarta parte de la mitad legítimaria. Pero la norma olvidó dar una solución para el caso de que el causante haya dispuesto sólo de la cuarta de mejoras o de la cuarta de libre disposición. Frente a esa situación, se ha planteado que el cónyuge llevará la cuarta parte de lo intestado, que corresponderá a la mitad legítimaria y la cuarta de que no se dispuso.

⁹¹ PEÑA GONZALEZ, CARLOS, “Sobre la situación del cónyuge sobreviviente en la Ley 19.585, en *“El nuevo estatuto filiativo en el Código Civil Chileno”*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1.999, Página 75.

⁹² “Es menester reconocer que el aumento de la cuota del cónyuge sobreviviente a los niveles indicados, nos parece algo sobredimensionado, por cuanto de alguna manera, disminuye la porción que le corresponde a los hijos, lo que podría ser interpretado como una suerte de compensación o contrapeso introducido por los legisladores –quizás si consciente o inconscientemente- frente a la plena igualdad que se consagra respecto de los derechos de los hijos, cuestión que, por cierto, no estaba en el ánimo del Ejecutivo cuando planteó la mejora del cónyuge sobreviviente” MUÑOZ SANCHEZ, ANDREA, “Aspectos sucesorios de la reforma”, en *“El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio a la luz de las normas y principios de la Ley 19.585”*, Servicio Nacional de la Mujer, L.O.M. Ediciones Ltda, 2.000, Página 141.

⁹³ ABELIUK MANASEVIC, RENE, “La Filiación y sus efectos”, Editorial Jurídica de Chile, 2.000, Página 582-583.

Pero la situación del cónyuge es aún más beneficiosa, con el objeto de garantizar la cuota mínima frente a las asignaciones testamentarias hechas por el causante, se incorpora un nuevo inciso al artículo 1.193, el que señala *“Si lo que se ha asignado al cónyuge sobreviviente no fuere suficiente para complementar la porción mínima que le corresponde en atención a lo dispuesto por el artículo 988, la diferencia deberá pagarse también con cargo a la cuarta de mejoras”*⁹⁴

3.3.4.- Situación del cónyuge sobreviviente divorciado

Al igual de lo que ocurría en las normas que regulaban la porción conyugal, el inciso final del artículo 1.182, se refiere a la situación del cónyuge que culpablemente ha dado ocasión al divorcio, impidiéndole ser legitimario del causante. Similar precepto lo encontramos en las normas que regulan la sucesión intestada, el cual en el inciso primero del artículo 994 señala *“El cónyuge divorciado temporal o perpetuamente no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido, si hubiere dado motivo al divorcio por su culpa”*

A diferencia del antiguo artículo 1.173⁹⁵, este se extiende, tanto al divorcio perpetuo como el temporal, resolviendo con ello la polémica, de si la norma se refería a uno o ambos divorcios.

Esta modificación nos lleva a pensar que en el futuro, podría verse un fuerte aumento en el ejercicio de las acciones de divorcio, tanto perpetuo como temporal, ya que en ambos casos permite excluir al cónyuge de la herencia.

⁹⁴ Este inciso tuvo su origen en el Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, con el objetivo de precisar la forma en que completaría el pago de la cuota hereditaria del cónyuge.

⁹⁵ Artículo 1.173 *“Tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio”*

3.3.5.- El cónyuge como asignatario de cuarta de mejoras.

El cónyuge continúa siendo eventual asignatario de cuarta de mejoras. La novedad que presenta esta asignación, es la incorporación de los ascendientes como eventuales beneficiarios, modificándose para ello el artículo 1.195. Esta reforma responde a la necesidad de dar una mayor protección a los ascendientes, ya que con el aumento de la expectativa de vida es probable que a la muerte del causante, los hijos de éste no necesiten tanto ayuda, como sus padres que le han sobrevivido.

3.3.6 Derecho de adjudicación preferente.

Con el fin de dar una mayor protección al cónyuge sobreviviente, permitiéndole que continúe viviendo en su hogar, el legislador le otorga un nuevo derecho, el de adjudicación preferente de la vivienda familiar y los muebles que la guarnecen. Consagra asimismo la posibilidad de constituir derecho de uso o habitación, gratuito y vitalicio, sobre aquellas cosas que no le hayan sido adjudicadas en propiedad.

Esta norma se encuentra ubicada en él, N° 10, del artículo 1.337, el cual nos señala las reglas que deberá tomar en cuenta el partidor al momento de hacer la distribución de la masa hereditaria:

“El partidor liquidará lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presentes las reglas que siguen:

10° Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.

Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, este podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya

n su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios.

El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fé mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II.

El derecho a la adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse”

Esta norma ha provocado un importante cambio en materia sucesoria, alterando algunos principios que rigen a la partición, como el de unidad, igualdad en especie e igualdad de valor.

Por otro lado, la redacción de este artículo ha suscitado diferentes interpretaciones y alcances, que es necesario repasar y dar a conocer, con el fin de que cada persona cree su propia opinión al respecto. Ya que mientras no se presente algún conflicto a los Tribunales de Justicia no podremos ver la solución que darán nuestros jueces.

De ahí que sea importante detenerse en su estudio, que es lo que haremos en el siguiente capítulo.

3.4.-EVOLUCION DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS DEL CONYUGE SOBREVIVIENTE.

CODIGO ORIGINARIO	LEY 10.271	LEY 18.802	LEY 19.585
<p><u>Porción Conyugal:</u> “Es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación”</p> <p><u>Naturaleza Jurídica:</u> La doctrina se encontraba dividida entre considerarla herencia o legado.</p> <p><u>Cuantía:</u> Una legítima rigorosa, si concurre con descendientes legítimos o cuarta parte de los bienes cuando no concurren descendientes legítimos</p> <p>Incompatibilidad con los bienes propios. Se descuenta de la porción conyugal teórica los bienes propios, la mitad de gananciales y toda asignación testamentaria o intestada.</p>	<p><u>Porción Conyugal:</u> “Es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, en conformidad a las disposiciones de este párrafo”</p> <p><u>Naturaleza Jurídica:</u> El cónyuge es considerado heredero pero con responsabilidad subsidiaria de legatario.</p> <p><u>Cuantía:</u> Se aumenta para el caso que concorra con dos o más descendientes legítimos a dos legítimas rigorosas.</p> <p>Incompatibilidad con los bienes propios. Se descuenta de la porción conyugal teórica los bienes propios y la mitad de gananciales (porción conyugal efectiva)</p> <p>Compatibilidad con la asignación de libre disposición.</p>	<p><u>Porción Conyugal:</u> “Es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, en conformidad a las disposiciones de este párrafo”</p> <p><u>Naturaleza Jurídica:</u> El cónyuge es considerado heredero pero con responsabilidad subsidiaria de legatario.</p> <p><u>Cuantía:</u> Habiendo descendientes legítimos el cónyuge será contado entre los hijos y recibirá el doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo.</p> <p>Incompatibilidad con los bienes propios. Se descuenta de la porción conyugal teórica los bienes propios y la mitad de gananciales (porción conyugal efectiva)</p> <p>Compatibilidad con la cuarta de mejoras y libre disposición.</p>	<p>Se elimina la porción conyugal. Pasa a ser legitimario.</p> <p>El cónyuge es heredero con responsabilidad de tal.</p> <p><u>Cuantía:</u> El cónyuge recibirá una porción que, por regla general, será equivalente al doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo. Pero, en ningún caso la porción que corresponda al cónyuge bajará de la cuarta parte de la herencia o de la mitad legítima.</p> <p>Para calcular la porción del cónyuge no se tomará en cuenta los bienes de éste a cualquier título que sea.</p> <p>Compatibilidad con la cuarta de mejoras y libre disposición.</p> <p>Derecho en la partición a la adjudicación de la vivienda familiar y los bienes que la guarnece</p>

CAPITULO CUARTO

DERECHO DE ADJUDICACION PREFERENTE

4.1.- Generalidades

Como ya vimos en el capítulo anterior, la situación del cónyuge sobreviviente mejoró notablemente a partir de la Ley 19.585.

Su nueva calidad de legitimario, el establecimiento de un límite mínimo a su cuota hereditaria y la posibilidad de ser asignatario de cuarta de mejoras y/o cuarta de libre disposición, lo han llevado a ser el más beneficiado con esta modificación.

No debe olvidarse además, que los derechos hereditarios del viudo o la viuda se independizan del régimen patrimonial del matrimonio, pudiendo llevar sus gananciales íntegramente, cuando corresponda.

Pero el legislador contempló otro derecho a favor del cónyuge sobreviviente, y que dice relación con el inmueble que es la residencia principal de la familia y los muebles que la guarnecen.

En la actualidad, a la muerte de uno de los cónyuges, quien queda más desprotegido es el sobreviviente y no sus hijos, quienes tienen su vida ya formada. Esto, porque usualmente, el deceso del marido o de la mujer se producirá cuando ambos tengan una avanzada edad, y el cónyuge que le sobrevive tendrá solo lo necesario para subsistir y no estará en condiciones de alterar su forma de vida.

Una vez fallecido el causante, los hijos de éste, en pos de su propia familia, abogarán por la partición de la herencia y la venta del inmueble familiar, que las más de las veces será el único bien que posea la sucesión y el lugar donde actualmente reside el

viudo o viuda. Y dispondrán, que éste o ésta se traslade a casa de uno de ellos, erradicándolo del hogar en que habitó desde siempre y donde crió a sus hijos.

El legislador, viendo tal situación, estableció en su favor un derecho de adjudicación preferente⁹⁶ de la residencia familiar y los muebles que la guarnecen (Artículo 1.337 N° 10).

Prerrogativa que ubicó en las normas referentes a la partición, dentro de las reglas que debe seguir el juez partidor al momento de distribuir la herencia, haciendo con ello, excepción a los principios de unidad del patrimonio e igualdad que rigen la sucesión.

Es esta una norma excepcional⁹⁷, que permite al cónyuge sobreviviente, adjudicarse estos bienes con preferencia a los demás herederos, los que carecen de esta prerrogativa.

Así, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria, ya sea que la tenga a título de legitimario, asignatario de mejoras y/o de libre disposición, se le entere con preferencia mediante la adjudicación en propiedad del inmueble en que este resida y que sea o haya sido la residencia principal de la familia, incluyendo el mobiliario que lo guarnece, siempre y cuando tanto los muebles como el inmueble formen parte del patrimonio del causante. (Artículo 1.337 N° 10 inciso primero)

Contempla la norma, el caso de que la cuota hereditaria no sea suficiente para adjudicarse el inmueble familiar y los bienes que la amueblan, en esta situación el cónyuge podrá pedir que sobre aquellos bienes que no le sean adjudicados en propiedad, se constituya a su favor derechos de uso o habitación, según corresponda, ambos con carácter de vitalicios y gratuitos. (Artículo 1.337 N° 10 inciso segundo)

⁹⁶ Este derecho a sido definido como “una ventaja excepcional para un comunero que consiste en obtener la adjudicación, en la partición, de la propiedad exclusiva de un bien común, con cargo a indemnizar en dinero a los demás comuneros” en “Vocabulaire Juridique”. Michel Grimaldi dice que “Es aquel que consiste en sustraer un bien de las reglas ordinarias de la partición -igualdad en especie, sorteo de los lotes- para adjudicarlo a tal o cual de los indivisarios que prefiere a los otros”. CAPRILE BIERMANN, BRUNO, “El derecho de adjudicación preferente: comentarios del artículo 1.337 N° 10 del Código Civil” en Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción, Volumen VII, N° 7, 1.999, N° 17.

4.2.- Antecedentes.-

Esta regla no es original de los legisladores de la Ley 19.585, tiene antecedentes tanto en el derecho comparado como en el derecho nacional.

4.2.1.- Derecho Comparado

No son pocos los países que contemplan en su legislación, un derecho en beneficio del cónyuge sobreviviente, que dice relación con el inmueble que es o ha sido el “hogar conyugal”, “morada de la familia”, “vivienda principal de la familia” etc, así tenemos a Portugal (Artículo 2.103 A – B), Francia (Artículo 815.4 y 832.6), Italia (Artículo 540), España (Artículo 1.406 y 1.407), Argentina (Artículo 3573 bis), Perú (Artículo 731 y 732), Uruguay (Artículo 881) etc.

Las formulas técnicas son variadas, y van desde la atribución preferencial del dominio hasta la constitución de un derecho real sobre cosa ajena, el que puede ser un derecho de usufructo, de habitación, de uso o una combinación de estos últimos.

4.2.1.1.- Código Civil Argentino:

Existe en el Código Civil argentino, una norma de carácter asistencial, que busca proteger al cónyuge sobreviviente del posible desalojo del hogar común, a manos de sus hijos, a “una edad en que, por lo general, no está en condiciones de acometer grandes aventuras económicas para rehacer su fortuna, si alguna vez existió”⁹⁸

Esta norma, es el artículo 3573 bis, el cual señala “*Si a la muerte del causante, este dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que*

⁹⁷ De ahí que la norma comience diciendo “Con todo”, denotando claramente que es una regla excepcional a las que rigen la partición.

⁹⁸ MAZZINGHI, JOSÉ ADOLFO, “El derecho del cónyuge sobreviviente sobre la vivienda familiar en el derecho sucesorio argentino”, en “*Derecho Sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*”, Cuadernos de Extensión Jurídica, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Adros Impresores, 2.000, Página 175.

hubiere constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como limite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge superviviente tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge superviviente contrajera nuevas nupcias”.

Lo que concede la legislación argentina al cónyuge sobreviviente, es un derecho real de habitación, con carácter de gratuito y vitalicio. El que ha sido considerado por la doctrina, parte integrante de la masa hereditaria, pero no como un bien sino como una carga, un deber que deben soportar los herederos del causante⁹⁹ Es esa la principal diferencia con el derecho de adjudicación de nuestra legislación

Este derecho tendrá aplicación, en el caso, que en la masa hereditaria haya sólo un inmueble que hubiera constituido el hogar familiar (respecto de este requisito, cabe decir, que la jurisprudencia argentina a extendido este derecho, a sucesiones que tengan más de un inmueble) Se agrega además el requisito que el inmueble no supere un determinado valor, el cual se hace inoperante, ya que en la actualidad no existe este límite.

Otra diferencia con nuestro derecho de adjudicación, es que este no se aplica al mobiliario de la vivienda conyugal.

4. 2.1.2 Código Civil Francés:

La legislación francesa, con el fin de evitar, por un lado, la expulsión del hogar familiar de la mujer y los hijos que vivan en él y por otro, la división del predio rural en pequeñas propiedades de difícil explotación, consagra en los artículos 815 y 832, un par de normas en donde se establece la “adjudicación integral de la propiedad” a determinados herederos.

En el primer caso, cuando dentro de la sucesión figura un “bien familiar” o una “vivienda barata”, se permite tanto al cónyuge sobreviviente copropietario, como a todos

⁹⁹ MAZZINGHI, JOSÉ ADOLFO, Ob. Cit., Página 178.

los herederos, la posibilidad de atribuirse en forma preferencial (“attribution preferentielle”) la propiedad de la casa habitación de la familia, siempre y cuando esta haya sido residencia de quien lo solicita, a la época de fallecimiento del causante. “El derecho a conservar la casa es otorgado individualmente al cónyuge y a cada uno de los herederos. Si varios interesados pretenden usar ese derecho, se acuerda la preferencia a aquel que ha sido designado por el difunto. A falta de ello, pertenece la prioridad al cónyuge copropietario. Entre herederos, la mayoría decide la adjudicación y a falta de la mayoría, el sorteo”¹⁰⁰. Establece una limitación, en cuanto a que el derecho hereditario, no puede ser de un valor menor que el bien que se pretende atribuir.

En el artículo 832, se consagra la llamada “adjudicación integral de la explotación rural”, en donde tanto el cónyuge supersite copropietario del bien o cualquier heredero, pueden demandar la adjudicación del predio rural, siempre y cuando lo estuvieran habitando al momento de fallecer el causante y participen efectivamente en su explotación. A diferencia de la adjudicación del bien de familia y las viviendas baratas, no se establece un orden de preferencia entre el cónyuge y los herederos, de manera que, será el juez quien decidirá.

4.2.1.3.- Código Civil Español:

Este código tiene un tratamiento diferente. Por una lado las normas de atribución preferencial, no se encuentran ubicadas en las normas de la partición, sino que en las de liquidación de los gananciales por muerte de uno de los cónyuges. Si el viudo o la viuda, no se adjudica el inmueble en ese momento, no podrá hacerlo cuando se produzca la partición de la herencia. “El inmueble que constituye la vivienda familiar debe necesariamente ser ganancial. Si el cónyuge no ejerce esta facultad en la liquidación de los gananciales y se adjudica el inmueble al cónyuge premuerto, luego no podrá concurrir en la partición de la herencia pidiendo la adjudicación preferente o el derecho

¹⁰⁰ RIPERT, GEORGES Y BOULANGES, JUAN, “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol”, Ediciones La Ley, Buenos Aires, Tomo X, 2º Volumen, 1.979, Página 478-479.

de habitación, sin perjuicio de la asignación forzosa en usufructo que le corresponde de acuerdo al Código Civil”¹⁰¹

Por otra parte, la norma combina las dos técnicas vistas anteriormente, ya que el cónyuge sobreviviente podrá optar, ya sea, por la atribución en propiedad o la constitución de derechos reales (de uso o habitación) sobre la vivienda donde resida habitualmente.

En caso de que el valor de los bienes o el derecho de uso o habitación, es mayor a la cuota hereditaria, el cónyuge deberá pagar la diferencia en dinero.

4.2.2.- Derecho Nacional.

Si bien esta institución es nueva dentro del Código Civil, tuvo una corta existencia en las Leyes de Reforma Agraria de 1.963 y 1.968, las que estaban orientadas al establecimiento de una propiedad agrícola con carácter familiar.

Por otro lado, se incorporó a nuestra legislación la institución de los bienes familiares, cuya finalidad era resguardar la vivienda familiar y los bienes que la equipaban.

4.2.2.1.- Leyes 15.020 y 16.640.-

Ambas leyes estuvieron orientadas al establecimiento de una propiedad familiar de carácter agrícola, que permitiera el mantenimiento y progreso de la familia rural y el buen aprovechamiento de las tierras agrícolas.

Una de las características de esta propiedad, es la indivisión de las tierras, ya que se buscaba con ello evitar el nacimiento de minifundos, que impidieran una debida explotación de ella. Es así, que a la muerte del propietario de las tierras, se entregaba la administración del predio al cónyuge sobreviviente. Y una vez que llegaba el momento

¹⁰¹ CORRAL TALCIANI, HERNAN, “La protección de la vivienda familiar a favor del cónyuge sobreviviente. Panorama en el derecho comparado”, en “*Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*”, Ob. Cit., Pagina 238.

de la partición de la masa hereditaria, se concedía a la viuda un derecho de adjudicación preferente sobre la propiedad agrícola.

Como vemos, la institución de la adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente, no es totalmente nueva en nuestro derecho, ya existió a raíz de la introducción de un nuevo tipo de propiedad agrícola.

Pero, la finalidad de ambas es distinta, ya que mientras el derecho de adjudicación preferente de la Ley 19.585 tiene una finalidad claramente asistencial, de que el cónyuge mantenga la residencia en el inmueble familiar, la consagrada en las leyes en estudio tiene una finalidad económica, de que la propiedad conserve su estado para ser debidamente explotada, por quien se encuentre en condiciones de hacerlo.

4.2.2.2.- Bienes Familiares.

A través de la Ley 19.335, se introdujo en nuestro Código Civil, la institución de los bienes familiares, cuya finalidad es resguardar el inmueble familiar.

El cónyuge no propietario, podrá solicitar ante el juez competente, la declaración de familiar respecto de determinados bienes, el inmueble de propiedad de uno o ambos cónyuges, que sirva de residencia principal de la familia, los muebles que lo guarnecen y los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias del inmueble que sea residencia principal de la familia. (Artículo 141 y 146).

La declaración de un bien como familiar provoca una serie de efectos, los que permiten al cónyuge no propietario intervenir en la administración del bien. Así, estos bienes, no se podrán enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer enajenar o gravar, sin el consentimiento de ambos cónyuges. (Artículo 142). Tampoco se podrán conceder derechos personales o reales sobre dichos bienes, sin el consentimiento de ambos cónyuges.

El cónyuge no propietario, podrá solicitar además, se constituyan derechos de usufructo, uso o habitación sobre estos bienes, ya sea durante el matrimonio o una vez declarada su nulidad. (Artículo 147)

Goza además, de un Beneficio de Excusión, frente a los acreedores del propietario del bien familiar. Gracias a él, el cónyuge no propietario podrá solicitar, que los acreedores se dirijan a otros bienes del deudor . (Artículo 148).

La finalidad de esta institución se cumple, incorporando al cónyuge no propietario a los actos de disposición y administración del bien familiar. De esta forma, la familia verá alterada la situación del bien declarado familiar sólo con la autorización de ambos cónyuges.

La desafectación de un bien como familiar, sólo se produce por acuerdo de los cónyuges o por resolución del juez. Ni la muerte de uno de los cónyuges ni la nulidad del matrimonio, tendrán tal efecto.(Artículo 145)

4.3.- Historia legislativa.-

Este derecho no se encontraba contemplado en el proyecto que el ejecutivo envió al Congreso Nacional.

Tuvo su origen en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, a través de una indicación que realizó el Servicio Nacional de la Mujer en representación del Ejecutivo¹⁰²

La regla, en un principio, era muy distinta a la actual, puesto que contemplaba que el cónyuge sobreviviente tendría derecho a enterar tanto su cuota hereditaria como la de gananciales, atribuyéndose el usufructo del patrimonio familiar, inclusive en el caso de que los derechos hereditarios fueren de menor valor que los bienes objetos de la adjudicación.

¹⁰² “La Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados tuvo en vista un informe preparado por los profesores Carlos Peña y Andrea Muñoz, en donde se plantea darle al cónyuge sobreviviente la calidad de legitimario, y permitirle la adjudicación en propiedad del inmueble familiar o la constitución de un usufructo vitalicio, para el caso de que la cuota hereditaria sea de menor valor que el inmueble en cuestión. Fue recogiendo tal idea, que el SERNAM presentó una indicación, acogida por la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados”. NASSER OLEA, MARCELO y CORRAL TALCIANI, HERNAN, “Historia del establecimiento de la regla 10 del artículo 1.337 del Código Civil”, en *“Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar”*, Ob. Cit., Página 89.

1.337 N° 11 “Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o una u otra, se enteren o se solucionen, con preferencia atribuyéndole el usufructo del patrimonio familiar aunque no haya sido determinado judicialmente, conforme con el artículo 147, incluso en el caso de que los derechos hereditarios sean inferiores a su valor”

Esta norma presentaba una serie de defectos, que llevaron a que la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados en su Segundo Informe, a modificar su contenido y redacción.

En la primera versión, se contemplaba un derecho de usufructo sobre el “patrimonio familiar”, como la institución de patrimonio familiar, no existía como tal, en nuestra legislación, la Comisión resolvió eliminar la expresión. Lo mismo ocurrió con la mención relativa a los bienes familiares, la cual fue suprimida, ya que podía llevar a confusiones al no tratar claramente, si los bienes que conformaban el patrimonio del causante, necesitaban o no, ser declarados bienes familiares para ejercer sobre ellos el derecho de usufructo.

Aparece en esta segunda versión de la norma, visos de la fisonomía que actualmente tiene el precepto. En vez de conferir al cónyuge sobreviviente un derecho de usufructo sobre el patrimonio familiar, le concede el derecho de adjudicarse, ya sea en “propiedad u otro derecho real”, “el inmueble que es o fue residencia principal de la familia” y los “bienes que la guarnecen”.

Se conserva el derecho de usufructo, para el caso, en que el valor de la cuota hereditaria o la de gananciales, sea menor que el de los bienes a adjudicarse, ya que sobre el saldo, el cónyuge sobreviviente podrá constituir un derecho de usufructo, el que será sin contraprestación (gratuito) y por toda su vida (vitalicio). En todo caso, la existencia del derecho se encontraba condicionada a que permaneciera en estado de viudez.

Luego de estos alcances la norma quedó de la siguiente forma:

1.337 N° 11 “Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o una u otra, se enteren o se solucionen, con preferencia atribuyéndole la propiedad u otro derecho real sobre el inmueble que es o fue residencia principal de la familia y sobre los bienes que lo guarnecen.

Si el valor de dichos bienes excede el valor de los derechos a los que se imputa, el cónyuge sobreviviente dispondrá de un usufructo gratuito y vitalicio por el saldo, mientras permanezca en estado de viudez”

Este texto fue aprobado por la Cámara de Diputados con una pequeña variante, “Una leve pero significativa variación contiene el proyecto que el Senado recibe como texto aprobado por la Cámara. En dicho texto se lee: “Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o la una y la otra, se enteren o se solucionen con preferencia, atribuyéndole la propiedad u otro derecho real sobre el inmueble que es o fue residencia principal de la familia y sobre los bienes que la guarnecen”. El cambio de la expresión “o una u otra” por “la una y la otra” puede haber obedecido a una depuración técnica del texto aprobado por la Comisión”¹⁰³

Es esta la norma que recepcionó el Senado, y la que fue sometida por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento a un arduo estudio, luego de aprobar la idea de legislar.

La Comisión acordó otorgar al cónyuge, un derecho que le permitiera asegurar su permanencia en el inmueble familiar, pero hizo algunos reparos a la norma aprobada por la Cámara de Diputados. Mantuvo la finalidad que perseguía pero cambió la técnica de ella.

La comisión no estuvo de acuerdo en que se regulara en la misma norma, la cuota hereditaria y la de gananciales, ya que ambas se refieren a juicios diversos. De manera que, eliminó de la norma la referencia a ellos.

¹⁰³ NASSER OLEA, MARCELO y CORRAL TALCIANI, HERNAN. Ob. Cit, Página 92.

Respecto del derecho de adjudicación preferente, se restringe la posibilidad de constituir cualquier derecho real sobre la vivienda familiar y el mobiliario. Limitándolos a la constitución de derechos reales de uso o habitación, según corresponda.

Asimismo, estimaron adecuado agregar que el derecho de adjudicación preferente es intransmisible e intransferible. “Pareció conveniente, por último, establecer en forma expresa una en orden a que este derecho de adjudicación preferente no puede transferirse ni transmitirse”¹⁰⁴

La Comisión consideró agregar dos nuevos requisitos, uno que dice relación con el cónyuge sobreviviente y otro relacionado con los bienes objeto de este derecho. En el primer caso, la necesidad de que el cónyuge resida efectivamente en el inmueble familiar, al momento de la muerte del causante¹⁰⁵, asegurando, de esta manera, la finalidad de la norma, que el viudo o viuda no viera alterada su forma de vida una vez fallecido el causante. Evitando, además, que pudiese invocar este derecho el cónyuge separado que no residía en el hogar de la familia¹⁰⁶. En cuanto a los bienes objetos de la adjudicación, se establece que estos deben “formar parte del patrimonio del difunto” al momento de su fallecimiento.

Respecto del derecho de usufructo, la comisión en primer término, pensó en eliminar su carácter de gratuito y vitalicio. En el primer caso, porque con esto se perjudicaba a las legítimas de los descendientes y se alejaba de la limitación, finalidad asistencial de este derecho¹⁰⁷ y en el segundo, porque estaba en clara contradicción con el requisito de permanecer en estado de viudez. Finalmente, lo reemplazó por un derecho de uso sobre los muebles y de habitación sobre los inmuebles, con carácter oneroso, los que caducarán en caso de que el cónyuge contrajera nuevas nupcias. Y para resguardar

¹⁰⁴ Primer informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Ob. Cit., Página 1.695

¹⁰⁵ Primer informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de 20 de Noviembre de 1.996, Diario de Sesiones, Sesión 12 (Anexo de documentos) L. 334 extraordinaria, de 3 de Diciembre de 1.996, Página 1.694

¹⁰⁶ MUÑOZ SANCHEZ, ANDREA, Ob. Cit., Página 146.

¹⁰⁷ No debe olvidarse, que el fin de este derecho es asistencial y no económico, lo que se busca con él es impedir que el cónyuge sobreviviente sea alejado de su vivienda familiar y no de que lucre con esta. Dentro de este mismo contexto, se encuentra el requisito, de que el cónyuge tenga como residencia el inmueble que pretende adjudicarse.

los derechos de los terceros, se estableció que el derecho de habitación no les sería oponible, mientras no haya sido inscrita la resolución que lo constituyó en el Conservador de Bienes Raíces.

La Comisión con el fin de no perjudicar a los otros herederos, establece que en el caso de que las adjudicaciones, ya sea en propiedad o en derecho de uso o habitación, excedan la cuota hereditaria del cónyuge, este debía pagar la diferencia a los coherederos en dinero.

Es, en este momento, en que la norma cambia su ubicación original, ya que se propone que la regla pase del número 11 al 10. Manteniendo al final de la norma, la que la regla que se refiere a la aprobación judicial de la partición, ya que es general a todas ellas “Fue de opinión, sin embargo que debería preceder a la regla 10, porque esta contiene una norma común a todas las demás, cual es que no se precisa autorización judicial para llevarlas a efecto, cumpliéndose las circunstancias a que alude. Debido a lo anterior, decidió la Comisión consultar esta regla décima como nueva, manteniéndose la regla al final en su lugar, si bien cambia su numeración a undécima”¹⁰⁸

Fuera de este artículo, la comisión encontró necesario modificar dos preceptos relacionados con esta norma. Por un lado, incorporó un inciso segundo al artículo 1.318, estableciendo que será contraria a derecho la partición realizada por el propio causante, si esta no respeta los derechos otorgados al cónyuge sobreviviente en el N° 10 del artículo 1.337. Se modifica, asimismo, el artículo 147, eliminando la referencia a la disolución del matrimonio, ya que la misma función la cumple la regla en estudio.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Primer informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Ob. Cit., Página 1.695

¹⁰⁹ “En virtud de esta nueva regla 10 del artículo 1.337, ya no se justificaría esa petición si la causa de disolución del matrimonio ha sido la muerte del cónyuge propietario, sino que únicamente si se declaró su nulidad” Primer informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Ob. Cit., Página 1.695

El texto aprobado en la Comisión por unanimidad, es el siguiente:

1.1337 N° 10 “Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido residencia principal de la familia así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.

Si el valor total de los bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según sea la naturaleza de sus cosas. Estos derechos durarán mientras permanezca en estado de viudez.

Las adjudicaciones preferentes, sea en propiedad o en derecho de uso y de habitación, podrán exceder el valor de la cuota hereditaria que corresponda al cónyuge cuando éste se avenga a pagar en numerario la diferencia a los demás partícipes de la sucesión.

El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fé, mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X Libro II.

El derecho a la adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse”

Esta es la estructura que en general mostrara la regla, pero sufrirá otras variaciones, en el “Informe Complementario”, el cual, si bien estaba destinado a armonizar algunos artículos que mantenían diferencias entre los hijos, se incorporaron algunas modificaciones, y entre ellas a la regla en estudio.

La Comisión en este nuevo informe, retomó la idea de la gratuidad del derecho de adjudicación, de manera que se eliminó el inciso tercero “La comisión tuvo en vista que, mientras no se produzca la delación de la herencia, los eventuales herederos sólo

tienen meras expectativas y la ley puede poner condiciones para el ejercicio de los derechos que le corresponden; en la especie establecer que sobre los bienes que por la diferencia se adjudiquen al cónyuge en uso o habitación, el ejercicio de los derechos derivados de su cuota hereditaria quede transitoriamente limitado a la nuda propiedad. Existiendo tal posibilidad jurídica concordó en entregar tales derechos en forma gratuita al cónyuge sobreviviente, considerando que en la inmensa mayoría de las sucesiones son comuneras personas de escasos recursos económicos, y el cónyuge sobreviviente generalmente no tendrá los medios para pagar a los demás herederos la diferencia”¹¹⁰

Asimismo, suprimió la caducidad del derecho de uso o habitación, para el caso de que el cónyuge sobreviviente contrajera nuevas nupcias, “ En cuanto a la condición de permanecer en estado de viudez, que también se contempla en el segundo informe, la comisión concluyó que era inconveniente, porque vulnera la libertad de las personas y podría inducir las a formar solamente relaciones de convivencia para no perder los derechos que contempla este artículo de modo que resolvió suprimirla”¹¹¹

La siguiente es la redacción final que tuvo nuestro artículo, ya que en el tercer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, no fue objetada, completando con esto su trámite legislativo y pasó a ser Ley de la República.

Artículo 1.337 “El partidor liquidará lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presentes las reglas que siguen:

10° Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.

¹¹⁰ Informe complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Diario de Sesiones. Sesión 16 (Anexo de documentos), L338 ord., de 22 de Julio de 1.998, Página 1.542.

¹¹¹ Informe complementario de la C. de Constitución del Senado, Ob. Cit., Página 1.542.

Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, este podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios.

El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fé mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II.

El derecho a la adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse”.

4.4.- Denominación:

Aún no existe acuerdo en la doctrina, acerca de la manera que se denominará este derecho, así los autores hablan indistintamente de “derecho de atribución preferencial”¹¹², “atribución preferente”, “derecho de adjudicación preferente”¹¹³.

Quienes hablan de atribución preferente, lo hacen teniendo en vista, la institución de la “attribution preferentille” de la legislación francesa y que vimos en el punto 2 de éste capítulo. Ahora bien, técnicamente la expresión de “attribution” corresponde a nuestra adjudicación.

Parece mejor utilizar la expresión, “adjudicación preferente”, ya que por una parte, corresponde a la elegida por los legisladores y por otra, es la expresión que técnicamente más le acomoda.

¹¹² DOMINGUEZ AGUILA, RAMON, “Las reforma al derecho sucesoral de la ley 19.585”, en “Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte”, Facultad de Derecho Universidad de Concepción, N° 32 y siguientes.

¹¹³ PEÑA GONZALEZ, CARLOS, Ob. Cit., Página 76; MUÑOZ SANCHEZ, ANDREA, Ob. Cit., Página 142; COURT MURASSO, EDUARDO, “Nueva ley de Filiación”, Editorial Jurídica Conosur, 1.999, Página 228; CAPRILE BIERMANN, BRUNO, Ob. Cit. N° 2.

4.5.- Definición

Es un derecho otorgado al cónyuge sobreviviente, para que al tiempo de la distribución del haber hereditario, exija que su cuota hereditaria, sea enterada con preferencia, mediante la adjudicación en propiedad del inmueble en que resida y sea o haya sido la vivienda principal de la familia, como de los bienes muebles que la guarnecen, siempre y cuando estos sean de propiedad del difunto. Y que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, pueda constituir derechos de uso o habitación según corresponda.

4. 6.- Requisitos

4.6.1.- El beneficiario es el cónyuge sobreviviente.

El único heredero al que se le concede este derecho, es al cónyuge sobreviviente, sin distinguirse si es el marido o la mujer. No tendrá este derecho aquel cónyuge incapaz o indigno de suceder al causante, así como el desheredado. Tampoco aquel que culpablemente ha dado lugar al divorcio.

4.6.2.- El cónyuge sobreviviente debe concurrir por su cuota hereditaria.

El cónyuge debe tener vocación hereditaria, es decir, debe ser heredero del causante, ya sea testamentario (a título de legitimario, asignatario de cuarta de mejoras o libre disposición) o abintestato.

No podrá ejercer este derecho en el caso de que concorra como legatario ¹¹⁴ o por su cuota de gananciales¹¹⁵

¹¹⁴ DOMINGUEZ AGUILA, RAMON, Ob. Cit., N° 43.

¹¹⁵ Como vimos anteriormente, la Comisión de Constitución decidió eliminar la referencia a los gananciales de la norma propuesta por el SERNAM, esto porque se refería a un juicio distinto del que se estaba tratando en el precepto. En todo caso, y como veremos más adelante, existen autores que se pronuncian por extender la norma en estudio a la partición de gananciales.

4.6.3.- El inmueble sujeto a esta adjudicación debe ser o haber sido la vivienda principal de la familia.

Debemos entender por vivienda familiar, aquel “piso, casa o departamento que sirve de morada o habitación a la familia”, en rigor, “todo espacio delimitado con techos y paredes susceptible de brindar alojamiento a un grupo de personas, siempre y cuando tengan ese preciso destino”¹¹⁶ y se desarrolle en ella la vida familiar.

Exige esta regla que la vivienda sea la principal de la familia, con ello se descarta, todas las segundas viviendas, como las de fin de semana o veraneo.¹¹⁷

Asimismo, establece que ella debe “ser o haber sido la residencia principal de la familia”. En el primer caso, apunta el legislador a que el cónyuge sobreviviente y sus hijos habiten en ella al momento de fallecer el causante; en el segundo, basta que el viudo o viuda siga residiendo en el inmueble, aunque los hijos ya se han ido del hogar familiar.

En todo caso, y a pesar de que la norma utiliza el concepto de familia clásico (ambos padres y los hijos), no debe descartarse la situación de aquellos matrimonios que no hayan tenido descendencia y la de los cónyuges separados de hecho. En este último caso, debe señalarse, que le corresponde este derecho, al cónyuge sobreviviente que se quedó en el hogar común junto con los hijos.

4.6.4.- El cónyuge sobreviviente debe tener en la vivienda familiar su residencia habitual.

La finalidad de la norma, es permitir que el cónyuge sobreviviente no sea desalojado del lugar en donde residió toda su vida y crió a sus hijos. Por lo tanto, el legislador exige que el cónyuge resida en el hogar familiar que se pretende adjudicar.

Con esta norma se pretendió excluir, a aquellos cónyuges que habiéndose separado de hecho del causante, no mantuvieran su residencia en la vivienda familiar, y que al momento de fallecer su marido o mujer, pretendieran adjudicársela.

¹¹⁶ ELORRIAGA DE BONIS, FABIAN. “El concepto de vivienda familiar en los artículo 141 y 1.337, regla 10 del Código Civil” EN “*Derecho Sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*”, Ob. Cit., Página 108

¹¹⁷ DOMINGUEZ AGUILA, RAMON, Ob. Cit., N°39; CAPRILE BIERMAN, BRUNO. Ob. Cit., Página 21.

4.6.5.- Los bienes muebles deben guarnecer el hogar común.

Los bienes muebles que pueden ser objeto de la adjudicación en propiedad o la constitución del derecho de uso, son aquellos que guarnecen el hogar común. Es decir, aquellos que sirven para equipar la vivienda familiar, excluyéndose con eso, todos aquellos que no tienen tal fin.

No puede determinarse exactamente que bienes tendrán esa finalidad, pues dependerá básicamente del grupo familiar que tengamos en frente, distintos serán en el caso de una vivienda campesina y una de ciudad, o una de una familia de escasos recursos a una de clase media o alta. Esta es una situación de hecho que deberá resolver el partidor en su oportunidad.

En todo caso, siempre quedarían fuera las colecciones de libros, pintura, discos, esculturas; las joyas o alhajas etc., usualmente de gran valor, cuyo objetivo no es dotar a la vivienda familiar.

4.6.6.- Los bienes deben formar parte del patrimonio del causante

Lo que señala este requisito, es que los bienes que se pretenden adjudicar o constituir derechos de uso o habitación, deben haber sido de propiedad del causante, y por lo tanto estar dentro de su patrimonio, al momento de su fallecimiento.

Se excluyen de esta manera, aquellos bienes que el causante tenía en carácter de mero poseedor.

Se presenta en este punto un problema que desarrollaremos más adelante, como es la situación del inmueble adquirido durante el matrimonio, que pasa a formar parte del haber social y que a la muerte del causante, no se encontrará en su patrimonio, quedando fuera del derecho de adjudicación preferente.¹¹⁸

4.6.7.- El cónyuge no debe permanecer en estado de viudez, para conservar la propiedad del inmueble o el derecho de uso o habitación.

A diferencia con lo que ocurre en la legislación argentina, el cónyuge no pierde este

¹¹⁸ CAPRILE BIERMANN, BRUNO, Ob. Cit. N° 47; COURT MURAZO, EDUARDO Ob. Cit. Página 232.

derecho por contraer matrimonio nuevamente.

En la norma aprobada por la Cámara de Diputados, se contemplaba una idea similar, pero en el Informe Complementario de la Comisión de Constitución del Senado, se eliminó.

4.7 .- Derecho de adjudicación preferente: En propiedad o constitución de derechos de uso o habitación.

Como hemos visto, esta regla presenta dos modalidades, por una lado, permite adjudicarse el dominio de la vivienda familiar y los bienes muebles que la guarnecen. (inciso primero N° 10 del artículo 1.337) y por otro, constituir derechos de uso o habitación sobre ellos. (inciso segundo del N° 10 del artículo 1.337). El ejercicio de ellos, dependerá del valor de la cuota hereditaria y los bienes a adjudicarse.

A simple vista pareciera, que la norma nos otorga un derecho disyuntivo. Si la cuota hereditaria es de igual o mayor valor que los bienes objeto de la adjudicación, es posible adjudicarse estos en propiedad. Pero si la cuota es de menor valor, sólo es posible constituir sobre ellos derechos reales de uso o habitación, según corresponda. En este sentido opinó don Ramón Domínguez A.¹¹⁹

Claramente esta no es la interpretación que debemos dar a la norma, el inciso segundo del N° 10 del artículo 1.337, esta puesto para el caso de que el valor de la cuota hereditaria, no le permita, adjudicarse plenamente la propiedad del inmueble familiar y/o los muebles que la guarnecen, permitiéndole constituir en su favor derechos de uso o habitación en la parte faltante, y con ello cumplir la finalidad de la norma.

Esto se ve corroborado, con la historia fidedigna del precepto, que en la redacción propuesta por la Cámara de Diputados señalaba, que si los bienes adjudicados excedían el valor de la cuota hereditaria, el cónyuge disponía de un derecho de usufructo gratuito y vitalicio por el saldo. “Esto significa que el usufructo se prevé justamente para cubrir aquella parte en que no alcancen los derechos hereditarios para la adjudicación en

¹¹⁹ DOMINGUEZ AGUILA, RAMON, Ob. Cit., N° 32 y siguientes.

propiedad, pero habría en todo caso, adjudicación en propiedad hasta el monto de dichos derechos hereditarios”¹²⁰. Si bien esta redacción desapareció, el espíritu de la norma se conserva.

Aún cuando, ya hemos dicho que no estamos frente a derechos incompatibles, ambos tienen características diferentes, y con el fin de dar un orden a nuestro estudio, los trataremos en forma separada.

4.7.1 Adjudicación en propiedad.

El legislador le otorga al cónyuge sobreviviente, la posibilidad de adjudicarse la propiedad del inmueble familiar y los bienes muebles que lo guarnecen.

Señala el inciso primero del N° 10 del artículo 1.337: *“Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto”*

4.7.1.1.- Características:

- a) Es un derecho personalísimo, que no puede transferirse ni transmitirse. Así lo señala el inciso final del N° 10 del artículo 1.337 *“El derecho de adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse”*
- b) Es un derecho absoluto en cuanto a su ejercicio, de manera que respecto de él no habrá abuso del derecho.
- c) Es un derecho renunciable. Ya que al estar establecido en su beneficio, el cónyuge puede renunciar a él (Artículo 12). En todo caso, esta renuncia sólo puede realizarse una vez deferida la herencia, ya que de lo contrario estaríamos frente a un pacto prohibido por la ley.

¹²⁰ MUÑOZ SANCHEZ, ANDREA, Ob. Cit., Página 146.

- d) No se le exige al cónyuge sobreviviente, mantener la propiedad de los bienes que se adjudicó preferentemente. Una vez que se le haya adjudicado, podrá hacer con ella lo que estime más conveniente, venderla, arrendarla etc.
- e) Es indiferente el valor o la dimensión de la vivienda familiar. A diferencia de las reglas que rigen el derecho de atribución preferencial en España, la versión nacional no establece un límite de valor a la vivienda que se pretende adjudicar.
- f) Para algunos autores es un derecho condicional, que sólo tendrá lugar cuando el valor total de la vivienda y su mobiliario es inferior o igual a la cuota hereditaria del cónyuge¹²¹

4. 7.1.2.- Ejercicio del derecho.-

Consagra la norma, la posibilidad de que el cónyuge sobreviviente solicite al partidor la adjudicación en dominio, tanto de la vivienda familiar como de los bienes muebles que la guarnece.

Podrá adquirir el dominio de tales bienes, siempre que la cuota hereditaria cubra el valor de ellos.

Puede ocurrir, que el valor de la cuota sea inferior al de los bienes, de manera que, el cónyuge sobreviviente deberá escoger con que bienes enterará su cuota.

Como vimos, este derecho es renunciable, de manera que el cónyuge podría no ejercerlo, y solicitar en cambio la constitución de derechos de uso o habitación sobre los mismos, veremos más adelante la opinión que nos merece tal situación.

Una vez adjudicado el inmueble o parte de él, de acuerdo al inciso final del artículo 659 del Código de Procedimiento Civil, las resoluciones que lo ordena deberá reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces del lugar donde se encuentra ubicado el bien raíz.

¹²¹ COURT MURASSO, EDUARDO, Ob. Cit., Página 233.

4.7.2.- Constitución de derechos de uso o habitación.

Contempla el legislador, una solución para el caso, de que el valor de la cuota hereditaria no sea suficiente para adjudicarse íntegramente, la propiedad del inmueble familiar y los muebles que la guarnecen. Otorgando al cónyuge sobreviviente, la posibilidad de solicitar al juez partidor, la constitución de derechos de uso o habitación sobre los bienes que no adquiera el dominio.

Señalan los incisos segundo y tercero del N° 10 del artículo 1.337 “Si el valor de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, este podrá pedir que sobre las cosa que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuito y vitalicios.

El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro de Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II’

4.7.2.1.- Características

a) Estos derechos son gratuitos, de manera que el cónyuge sobreviviente nada tendrá que pagar por ellos.

La norma aprobada por la Comisión de Constitución del Senado en su Primer Informe, contemplaba la posibilidad de constituir derechos de uso o habitación, sobre lo no adjudicado en propiedad, pero debía pagar por ellos a los demás herederos. Este inciso fue eliminado, manteniendo estos derechos con carácter de gratuito.

b) También son vitalicios.

La norma aprobada en la Cámara de Diputados, establecía que este derecho caducaba, cuando el cónyuge contrajera matrimonio nuevamente, referencia que fue posteriormente eliminada.

c) Son derechos personalísimos, intransferibles, intransmisibles e inembargables.

- d) Para algunos autores, sólo operaría en el caso de que la cuota hereditaria sea de menor valor que los bienes a adjudicarse.¹²²

4.7.2.2.- Ejercicio del derecho.

Si el valor de la cuota hereditaria no es suficiente para adquirir el dominio tanto del inmueble familiar como los bienes que la guarnecen, contempla esta norma la posibilidad de constituir derechos de uso o habitación, sobre los bienes que no ha adquirido en dominio.

Así, si la cuota hereditaria, sólo permite adjudicarse la vivienda familiar y no los bienes muebles, el cónyuge podrá solicitar se constituya sobre estos, un derecho de uso, gratuito y vitalicio.

Si la cuota hereditaria sólo permite adjudicarse parte de la vivienda familiar, el cónyuge sobreviviente podrá solicitar que sobre el restante se constituya un derecho de habitación, de iguales características. Y sobre los muebles, un derecho de uso.¹²³

En todo caso, pueden darse tantas combinaciones como la imaginación permita, y así por ejemplo, el cónyuge sobreviviente podría adjudicarse el dominio de parte de los bienes muebles, y constituir sobre el resto y el inmueble derechos de uso y habitación.

O bien, renunciar a adjudicarse la propiedad de la vivienda familiar y su mobiliario, para luego solicitar al partidor se constituya en su favor derechos de uso o habitación. Nos merece dudas, esta forma de ejercicio del derecho, ya que se aleja de su espíritu y podría prestarse como una fuente de lucro para el cónyuge, quien se adjudicaría el dominio de otros bienes del causante y constituiría estos derechos sobre el inmueble familiar y su

¹²² COURT MURASSO, EDUARDO, “El derecho de adjudicación preferente en la nueva regla 10° del artículo 1.337 del Código Civil”, en *“Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar”*, Ob. Cit., Página 156.

¹²³ Para don Eduardo Court Murasso, no sería posible la constitución de un derecho de habitación, sobre la parte de la vivienda familiar no adjudicada en propiedad. Ya que, a su juicio, el derecho de habitación debe constituirse sobre la “totalidad del inmueble familiar”. Fundamenta esta opinión, en una interpretación literal de la norma y en la imposibilidad de inscribir una adjudicación parcial. COURT MURASSO, EDUARDO, “El derecho de adjudicación...”, Ob. Cit., Página 153.

mobiliario. Para don Jorge Barahona, esta alternativa sólo sería posible previo acuerdo con los demás comuneros.¹²⁴

La adjudicación mixta permitiría cumplir con la finalidad asistencial del derecho, permitiéndole al cónyuge que sobrevive residir en la vivienda familiar debidamente equipada, por el resto de su vida.

Para que el derecho de habitación sea oponible a terceros, la resolución que lo constituye deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces del lugar donde se encuentra el inmueble. Esta inscripción sólo es una medida de publicidad.

De acuerdo a la parte final del inciso tercero del N° 10 del artículo 1.337, en todo lo no modificado por esta norma, los derechos de uso u habitación se registrarán por el Título X del Libro II del Código Civil.

Así, el habitador y el usuario, este último en el caso que constituya un derecho sobre cosas que deban restituirse en especie, deberá confeccionar inventario de los bienes (Artículo 813). Este inventario debe ser solemne, es decir, debe practicarse previo decreto judicial ante un ministro de fé y dos testigos (relación de los artículos 812, 755 del Código Civil y 858 del Código de Procedimiento Civil).

4.8.- Situación del cónyuge sobreviviente casado en sociedad conyugal.

Uno de los requisitos que establece el inciso primero del N° 10 del artículo 1.337, es que los bienes que pueden ser objeto de esta adjudicación, deben ser de propiedad del causante al momento de su fallecimiento.

Gracias a este requisito, se ha presentado un importante problema¹²⁴, que dice relación con el cónyuge sobreviviente casado en sociedad conyugal y cuya vivienda familiar ha sido adquirida a título oneroso, durante la vigencia del matrimonio.

¹²⁴ BARAHONA GONZALEZ, JORGE, “ Partición hereditaria y derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar” en “*Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*”, Ob. Cit., Página 134

¹²⁴ CAPRILE BIERMANN, BRUNO, Ob. Cit., N° 50; BARAHONA GONZALEZ, JORGE, Ob. Cit., Página 130; COURT MURASO, EDUARDO, Ob. Cit., Página 232.

Esto, porque el inmueble familiar pasará a formar parte del haber social y al momento de fallecer uno de los cónyuges integrará la comunidad de gananciales, y no será parte del patrimonio del difunto, quedando fuera del derecho de adjudicación preferente.

Inclusive, si con posterioridad, ingresara el bien raíz a la masa hereditaria, luego de la liquidación de gananciales, no cumpliría con el requisito antes señalado.

Frente a esta perspectiva, la situación de este cónyuge sobreviviente, se verá bastante desmedrada frente a los otros que contrajeron matrimonio o adoptaron el régimen de separación de bienes o participación en los gananciales. Aún frente a aquellos casados bajo el régimen de sociedad conyugal, en que la vivienda familiar es propia de uno de ellos.

Todo lo anterior, resulta aún más difícil si se piensa que la mayoría de las viviendas familiares en este país, se encuentran en tal situación, quedando fuera de la norma.

Se han presentado diversas soluciones a esta dificultad, ya que sería injusto que gracias a una redacción deficiente del precepto, se perjudicara a determinados cónyuges.

Doña Andrea Muñoz - al comentar la eliminación de la expresión “cuota de gananciales” en la norma propuesta por el ejecutivo- señala que no se altera con esta modificación la finalidad de la norma, ya que, el cónyuge sobreviviente se adjudicará parte del inmueble familiar en la liquidación de los gananciales, y sobre el restante podrá solicitar al partidor se constituya derecho de habitación. Reconociendo, implícitamente que el inmueble familiar en este caso, no integrará los bienes de propiedad del causante y extendiendo el uso del derecho de adjudicación preferente a la liquidación de los gananciales.¹²⁵

¹²⁵ “Sin embargo, conviene aclarar que esta modificación no altera el sentido de lo que se pretendía con la iniciativa original ya que en los hechos, si la residencia principal de la familia era un bien perteneciente a la sociedad conyugal, a la muerte del causante, el cónyuge sobreviviente se hará dueño de la mitad del mismo, por lo que si con cargo a su cuota hereditaria tiene este derecho de adjudicación preferente, lo cierto es que ello le permitirá completar, sino, la propiedad total del bien, al menos una parte importante del mismo, quedando el saldo en calidad de derecho de habitación” MUÑOZ SANCHEZ, ANDREA, Ob. Cit. , Página 145.

Asimismo, don Bruño Caprile Biermann, propone extender el derecho de adjudicación preferente a la liquidación de los gananciales. Lo cual sería de gran importancia, ya que no debe olvidarse que concurren a ella, no sólo el cónyuge sobreviviente, sino además los herederos del causante e inclusive terceros que podrían adjudicarse el inmueble familiar, en el caso de su venta por medio de una subasta. Señala Caprile, “Reconociendo que se trata de una cuestión opinable, nos atrevemos a proponer una interpretación diversa, que postula que el cónyuge sobreviviente está facultado para invocar el derecho de adjudicación preferente incluso en la partición de los gananciales”¹²⁶

Para don Eduardo Court Murasso, la extensión del derecho de adjudicación preferente a la liquidación de los gananciales se encuentra fundado en el artículo 1.776, el cual señala que la división de los bienes sociales se regirá por las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios.¹²⁷

Para don Jorge Barahona, la extensión de la norma no sería posible, ya que la finalidad perseguida por el legislador, fue precisamente descartar esa posibilidad. La solución que plantea, si bien es similar a la anterior, tiene una técnica distinta, el partidor de los gananciales debería tener en vista la regla del N° 10 del artículo 1.337 y la remisión que plantea el artículo 1.776, proponiéndole al cónyuge sobreviviente la adjudicación voluntaria del bien familiar.¹²⁸

También, el cónyuge sobreviviente podría solicitar se enteren sus gananciales con parte de la propiedad de la vivienda familiar, y en aquello de lo cual no es dueña, ejerza en la distribución de la herencia su derecho a constituir derechos de uso o habitación, al momento de la partición de la herencia. O bien, que entere sus gananciales con otros bienes, por ejemplo bienes muebles que guarnecen la vivienda familiar, y al momento de ejercer sus derechos hereditarios, constituya un derecho de habitación sobre el inmueble de la familia. Lo cual no parece justo, atendido que este último es gratuito y vitalicio.

Pero cualquier solución, no ataca al fondo del problema, como es no haber considerado la situación de la vivienda familiar como bien social. Es posible que se

¹²⁶ CAPRILE BIERMAN, BRUNO, Ob. Cit., N° 50.

¹²⁷ COURT MURASSO, EDUARDO, “El derecho de adjudicación preferente...”, Ob. Cit., Página 159.

¹²⁸ BARAHONA GONZALEZ, JORGE, Ob. Cit., Página 130.

planteen en el ejercicio de la norma, todas estas y muchas más, las que aporte la imaginación.

Quizás, la mejor forma de dar solución a este problema, sea eliminar el requisito de que los bienes pertenezcan al causante al momento de su fallecimiento, modificando el precepto en la parte que corresponda.

Esto, porque sería innecesaria tal mención, ya que antes de proceder a la liquidación y distribución de la herencia, deben separarse del patrimonio del difunto todos aquellos bienes que no le pertenecen y liquidarse los gananciales, y así establecer fehacientemente los bienes que integran la masa hereditaria, quedando en ella solamente bienes del causante.

Es necesario que nuestros legisladores, se planteen una solución de esta naturaleza, y prevenir con ello, largas discusiones doctrinarias como las que tuvimos durante más de un siglo en torno a la ya derogada porción conyugal.

4.9.- Constitucionalidad del derecho de adjudicación preferente.

Durante la tramitación de este proyecto de ley, la norma en estudio nunca fue objeto de alguna impugnación por ser inconstitucional. Pero, el hecho de que en su momento no se haya formulado algún reclamo de este tipo, no nos permite concluir que esté del todo ajena a él.

El artículo 1.337 N° 10, concede al cónyuge sobreviviente preferencia en la adjudicación de la propiedad de la vivienda familiar y su mobiliario. Y en determinados casos la constitución de derechos de uso o habitación con carácter de gratuitos y vitalicios, sobre estos bienes.

Se ha sostenido, que el precepto vulneraría nuestra constitución, y en especial al principio de igualdad ante la ley y el derecho de propiedad.

El principio de igualdad ante la ley, está consagrado en el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica. Se recoge dentro del derecho sucesoral, a través del

principio de igualdad sucesoria, el que consiste en “la repartición igualitaria de la herencia o de parte de ella”¹²⁹

Se transgrede con el derecho de adjudicación preferente, tanto la igualdad en valor (los herederos deben recibir lotes que tengan igual valor) como en especie (los herederos deben recibir lotes que contengan bienes de la misma naturaleza y calidad), los cuales rigen las normas de la partición.

Cuando el legislador, otorga al cónyuge el derecho, a solicitar que se le adjudique con preferencia la propiedad del inmueble familiar y los muebles que la guarnecen, vienes a vulnerar la igualdad en especie, ya que estos bienes “serán asignados al beneficiario del mismo en forma preferente”¹³⁰. Los bienes objeto de este derecho, no pasarán por la formación de lotes, los que deberán contener bienes de naturaleza similar, los cuales posteriormente serán repartidos entre los herederos, por medio de un sorteo (Artículo 1.337 N° 7 y 8)

En el caso de que el cónyuge, no adquiriera íntegramente la propiedad de la vivienda familiar y los muebles que la guarnecen, le otorga la ley la prerrogativa de solicitar al partidor la constitución de derechos de uso y habitación, sobre aquella parte que no ha adquirido en propiedad. Se vulnera con ello, el principio de igualdad en valor, puesto que al ser ellos gratuitos, el cónyuge además de enterar su cuota con bienes en dominio, se verá beneficiado con el uso y la habitación, sin pagar nada a cambio. Recibiendo más de lo que llevarán los otros herederos.

La norma, atentaría además, contra el derecho de propiedad, consagrado en el artículo N° 24 de la Constitución Política de la República.

Esto, porque el dominio que adquirirán los demás herederos sobre la vivienda familiar y los muebles que la guarnecen, se podrían ver limitados por la constitución de derechos de uso o habitación sobre ellos, a favor del cónyuge sobreviviente. Ya que los demás herederos, no podrán ejercer las facultades de uso y goce que les otorga el derecho de propiedad.

¹²⁹ DOMINGUEZ AGUILA, RAMON y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMON, Ob. Cit., 1.998, Página 106.

¹³⁰ CAPRILE BIERMANN, BRUNO, Ob. Cit., N° 17.

En ambos casos, estamos frente a una posible transgresión de los principios que informan a nuestro derecho a través de la Constitución.

En el primer caso, porque el cónyuge sobreviviente tendrá un tratamiento diferente a los demás herederos, que le permite adjudicarse con preferencia ciertos bienes, inclusive, constituir gratuitamente derechos reales sobre cosa que no son de su propiedad, produciendo un desmedro en la cuota hereditaria de ellos.

En el segundo caso, los herederos que se han adjudicado el dominio de parte o la totalidad de la vivienda familiar y los bienes mueble, verán limitado el ejercicio de sus facultades como dueño, al permitirle al cónyuge constituir derecho de uso o habitación gratuito y vitalicios.

La pregunta que debe formularse, es si este derecho en sus dos modalidades, adolece o no de inconstitucionalidad.

Situación similar se presentó respecto de la institución de los bienes familiares, ya que se señalaba que la declaración de un bien como familiar, limitaba la facultad de disposición sobre él. En aquella ocasión, se tuvo en vista un informe que preparó don Carlos Peña González, en el que se señala que, si bien el proyecto de ley podría constituir una limitación al derecho de propiedad sobre aquellos bienes susceptibles de ser declarados como familiares, debía tenerse en vista que la limitación se justificaba en la necesidad de proteger a la familia matrimonial, conforme al valor que se desprende del artículo 1º de la Constitución. Y siendo la protección de la familia matrimonial, de interés general de la sociedad, se enmarca dentro de las limitaciones a la propiedad autorizadas por la Constitución, en virtud de la función social de ella.¹³¹

Para don Jorge Barahona González, es perfectamente aplicable lo expuesto para el caso de los bienes familiares, en cuanto la limitación al derecho de propiedad que resulta de la aplicación del inciso segundo del N° 10 del artículo 1.337, se justifica por la protección a la familia matrimonial.¹³²

¹³¹ Citado por don Jorge Barahona González, en “Atribución preferente de la vivienda: posibles objeciones de constitucionalidad” en *“Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar”* Ob. Cit, Página 163.

¹³² BARAHONA GONZALEZ, JORGE. Ob. Cit. Página 164.

Como muy bien señala este autor, esta idea es rebatible, puesto que sería un argumento válido frente a la concurrencia de hijos extramatrimoniales. Pero, ¿Qué ocurre con los hijos matrimoniales?, se justificaría una norma contra ellos para protegerlos como integrantes de la familia matrimonial.

A nuestro parecer la regla podría justificarse plenamente con otro precepto, el artículo 1º inciso 4, en donde se señala que “ El estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece” y el artículo 19 N° 1, en el cual la constitución le asegura a todas las personas “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”.

Ambas normas están orientadas a promover, respetar y proteger la integridad de los habitantes de la nación. De manera que, sería perfectamente posible que se afectara la facultad de uso y goce de los bienes, en pos de la integridad física y psíquica del cónyuge sobreviviente.

En la actualidad, el viudo o la viuda será una persona de avanzada edad, muchas veces enfermo, que se verá expuesto a las decisiones que sus hijos adopten por él, pudiendo ser alejado del hogar familiar y llevado a casa de uno de sus hijos o a un asilo. Transformando su forma de vida, en un momento en que no está en condiciones de hacerlo, vulnerando con ello, su integridad psíquica.

CONCLUSIÓN

En la presentación de este trabajo, señalamos que nuestro principal objetivo era mostrar la evolución de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente, a través de la historia del Código Civil.

Luego de un detallado estudio, de cada una de las reformas que sufrió nuestra legislación civil, puede llegar a las siguientes conclusiones:

1° . - En el Código original, se otorgaba al viudo o la viuda una asignación de carácter alimenticio, como es la porción conyugal. Existía además la posibilidad de que fuera heredero abintestato y/ o testamentario.

De la forma en que la porción conyugal fue concebida por Andrés Bello, esta se aplicaba en escasas oportunidades, ya que como vimos, se imputaban a ella los bienes propios, los gananciales y todo aquello que el viudo o la viuda recibiera en la sucesión testamentaria y abintestato de su marido o mujer premuerto.

Los escasos derechos hereditarios del cónyuge, se justificaban por la realidad social de la época, en donde la expectativa de vida de las personas era muy baja, debiendo preferirse por lo tanto, la protección de los hijos del eventual causante, por sobre el cónyuge sobreviviente, que gracias a los gananciales quedados a la liquidación de la sociedad conyugal, tendría los bienes suficientes para subsistir a lo menos modestamente.

2° - Con el paso de los años, el aumento de la expectativa de vida y la incorporación de otros regímenes patrimoniales de matrimonio, hizo necesario evaluar un cambio en los derechos sucesorales del cónyuge y en especial de la porción conyugal.

De esta forma, cada vez que se modificaba la legislación civil, cualquiera fuera el motivo principal para ello, los legisladores de turno introducían cambios en los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente, incrementándolos cada vez más, tendencia que vemos hasta nuestros días.

3° . - Así en la Ley 10.271, se aumentó la cuantía de la porción conyugal, para el caso de que el viudo o la viuda concurrese con varios hijos legítimos, permitiéndose además, que el cónyuge sobreviviente no imputara a la porción conyugal, lo que se le otorgaba por medio de testamento, aumentando con ello la cuantía de los derechos hereditarios con relación a lo existente en el Código Civil de 1.855.

4° .- Los que con la Ley 18.802, se ven aún más incrementados, puesto que esta reforma alcanza nuevamente a la cuantía de la porción conyugal, la que aprovechará el aumento que sufre la mitad legitimaria al no disponerse por el causante de la cuarta de mejoras y /o la cuarta de libre disposición. Asimismo, se incorpora al cónyuge como eventual asignatario de cuarta de mejoras.

De esta forma, el causante podía beneficiar a su cónyuge con la cuarta de mejoras, la cuarta de libre disposición, llevando además porción conyugal, ya sea integra o complementaria.

5° .- A pesar, que los derechos del viudo o la viuda, fueron mejorando considerablemente, la doctrina siempre pensó en seguir la tendencia mundial, de eliminar la porción conyugal y otorgarle al cónyuge la calidad de legitimario.

6°.- La porción conyugal, aún cuando fue objeto de una serie de modificaciones, seguía conservando una serie de defectos que llevaron a su desaparición.

El principal de ellos, dice relación con su poca aplicación en la práctica, esto porque a pesar de la introducción de otros regímenes patrimoniales, la mayoría de los matrimonios en Chile, se contraen bajo el régimen de sociedad conyugal, lo que lleva a que en el momento de la muerte del marido o la mujer, la sociedad se disuelva

provocando la división del haber común, y quedando el sobreviviente con su mitad de gananciales, los que se deben imputar en su oportunidad a la porción conyugal.

Por otro lado, esta asignación arrastraba desde su nacimiento, una serie de discusiones doctrinarias, en cuanto a la forma de cálculo e interpretaciones de diferentes normas.

7°.- Es por eso que al momento de modificar nuevamente el Código Civil, por medio de la Ley 19.585, el legislador abolió la porción conyugal e instituyó al cónyuge sobreviviente como legitimario.

Estableció además, un límite mínimo a la porción legitimaria del cónyuge, y le otorgó un derecho en la partición de la herencia.

Y continuó siendo, eventual asignatario de cuarta de mejoras y cuarta de libre disposición.

8°.- Gracias a esta última reforma, el cónyuge sobreviviente se encuentra en una posición bastante privilegiada.

El cónyuge concurrirá a la sucesión del causante desde el primer orden de sucesión. La cuantía de su porción legitimaria ascenderá a una o dos legítimas efectivas o rigurosas, no pudiendo ser inferiores al 25% de la herencia o la mitad legitimaria.

Asimismo, el cónyuge puede ser beneficiado por el causante con la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición.

Pudiendo llevar hipotéticamente, el 62.5% de la herencia y correspondiéndole a los demás herederos “hijos del causante” el 37.5% de la herencia.

Debiendo recordarse además, que el actual régimen sucesorio del cónyuge, es totalmente independiente del régimen patrimonial del matrimonio adoptado por los cónyuges. De manera, llevara su parte en la herencia con prescindencia de lo que le haya correspondido a título de gananciales.

9°.- No contento con esto, el legislador le otorga un derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar y los bienes muebles que lo guarnecen, pudiendo solicitar al partidor la “adjudicación preferencial” de estos bienes (Artículo 1.337 N° 10) . La modalidad de este derecho variará de acuerdo al valor de la cuota hereditaria.

El cónyuge podrá adjudicarse la propiedad de la vivienda familiar y los muebles que la guarnecen, en todo aquello que el valor de la cuota hereditaria se lo permita. Si el valor de la cuota es similar al de la vivienda y los muebles, adquirirá la propiedad íntegra de ambos. Pero si el valor de la cuota hereditaria es menor, adquirirá la propiedad de lo que alcance, permitiéndole constituir derechos de uso o habitación según corresponda, en lo que no haya adquirido en dominio.

Cuando el cónyuge, adquiere la propiedad íntegra del inmueble familiar y los bienes muebles que lo guarnecen, no existe mayor problema, puesto que solo se ha completado su cuota hereditaria con preferencia sobre ciertos bienes.

Diferente es el caso, en que constituya derechos de uso o habitación sobre parte de estos bienes, porque al ser ellos gratuitos y vitalicios, viene a vulnerar los derechos de los demás herederos, los que deberán conformarse con la nuda propiedad.

Así, el cónyuge sobreviviente, de además estar en posición de llevar gran parte de la herencia, puede solicitar la adjudicación de inmueble familiar y los bienes muebles que lo guarnecen, aún cuando dado el valor de su cuota hereditaria no sea suficiente.

10°.- De esta forma, el Código Civil, dio un giro respecto del sujeto de protección en el derecho sucesoral, las normas tienden hoy en día a favorecer al viudo o a la viuda, que al momento de fallecer el causante se encontrarán en una situación más desmedrada que los hijos de éste, a diferencia de lo que ocurría a finales de siglo XIX.

La regla general, será que el cónyuge sobreviviente tenga a la muerte de su marido o mujer 65 años o más, época en que no estará en condiciones de emprender un nuevo trabajo para subsistir, en que estará más propenso a enfermedades, necesitando descansar y no ser alejado del hogar familiar.

11°.- Debemos señalar, finalizando con ello esta trabajo, que si bien, podemos estar de acuerdo en la forma y el contenido de las modificaciones a los derechos hereditarios del viudo o la viuda, consideramos que esta última modificación en determinadas situaciones es excesiva, perjudicando a los demás herederos en sus legítimas expectativas.

Todos estos derechos se justifican plenamente, si estamos frente a un cónyuge de avanzada edad, pero no en aquellos casos en que el causante no supera los 40 años y tiene hijos que aún no han concluido su educación, en donde el viudo o la viuda esta en condiciones de seguir laborando.

Además el legislador, no consideró la situación de los cónyuges separados de hecho, puesto que tienen los mismos derechos, que los que han permanecido junto al causante. Salvo, que este mismo obtenga una sentencia de divorcio o bien lo desherede en su oportunidad.

Ojalá que nuestros legisladores, no abandonen la tendencia de mejorar los derechos hereditarios del cónyuge, buscando en este caso solucionar los problemas expuestos en este número.

BIBLIOGRAFIA

1. **ABARCA, MANUEL**, “La emancipación de la mujer en el derecho romano”, Tesis, Universidad de Chile, 1.998.
2. **ABELIUK MANASEVIC, RENE**, “La Filiación y sus efectos”, Editorial Jurídica de Chile, 2.000.
3. **ABELIUK MANASEVIC, RENE; ROJAS BESOAIN, OLGA Y TASSO FUENTES, MIREYA**, “Estudio critico de la jurisprudencia del Código Civil”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1.955.
4. **AGUIRRE VARGAS, CARLOS**, “Obras jurídicas de don Carlos Aguirre Vargas”, Imprenta Gutenberg, Santiago de Chile, 1.891.
5. **ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO**, “Reformas introducidas al Código Civil y a otras leyes por la ley 10.271”, Imprenta Universitaria, Santiago, 1.955.
6. **ALVAREZ CRUZ, RAUL**, “Manual sobre las reformas al Código Civil (Ley 18.802)”, Impresos Ogar, Santiago de Chile, 1.989.
7. **BARAHONA GONZALEZ, JORGE**, “Partición hereditaria y derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar”, en *Derecho Sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, Adros Impresores, 2.000.
8. **BARRIGA ERRAZURIZ, GONZALO**, “La cuarta de mejoras en relación a los hijos naturales”, Revista Derecho y Jurisprudencia, Título 64, Sección Derecho.
9. **BARROS ERRAZURIZ, ALFREDO**, “Curso de derecho civil. Tercer Año. Segunda Parte” Editorial Nacimiento, Santiago, 1.931.
10. **BELLO, ANDRES**, “Obras completas”, Tomo XI, Impreso Pedro Ramírez. Santiago de Chile, 1.890.

11. **CAFFARENA DE JILES, ELENA**, “¿Debe el marido alimentos a la mujer que vive fuera del hogar común?”, Ediciones Universidad de Santiago, Santiago de Chile, 1.938.
12. **CAPRILE BIERMANN, BRUNO**, “El derecho de adjudicación preferente: comentarios del artículo 1.337 N° 10 del Código Civil”, en Revista de Derecho de Universidad Católica de la Santísima Concepción, Volumen VII, N° 7, 1.999.
13. **CARDENAS C, ROSARIO y WEBER M, VERONICA**, “Situación del cónyuge sobreviviente en la Ley 19.585”, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Andrés Bello, 2.000.
14. **CLARO SOLAR, LUIS**, “Explicaciones de derecho civil chileno y comparado”, Tomo XV, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1.940.
15. **COOD, ENRIQUE**, “Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil”, Comisión Nacional Organizadora del Centenario, Santiago de Chile, 1.958.
16. **CORRAL TALCIANI, HERNAN**, “La protección de la vivienda familiar a favor del cónyuge sobreviviente. Panorama en el derecho comparado”, en *Derecho Sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, Adros Impresores, 2.000.
17. **COURT MURASSO, EDUARDO**, “Nueva ley de filiación”, Editorial Jurídica Conosur, 1.999.
18. **COURT MURASSO, EDUARDO**, “El derecho de adjudicación preferente en la nueva regla 10 del artículo 1.337 del Código Civil”, en *Derecho Sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, Adros Impresores, 2.000.
19. **DE LA MAZA R, LORENZO Y LARRAIN RIOS, HERNAN**, “Reformas introducidas al Código Civil por la Ley 10.271” Imprenta Universitaria. Santiago, 1955.
20. **DOMINGUEZ BENAVENTE, RAMON Y DOMINGUEZ AGUILA, RAMON**, “Derecho Sucesorio”, Editorial Jurídica de Chile, 1.999
“Derecho Sucesorio”, Editorial Jurídica de Chile, 2.000.

21. **DOMINGUEZ AGUILA, RAMON**, “Las reformas al derecho sucesoral de la ley 19.585”, en *Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte*, Facultad de Derecho, Universidad de Concepción.
22. **ELORRIAGA DE BONIS, FABIAN**, “El concepto de vivienda familiar en los artículo 141 y 1.337, regla 10 del Código Civil”, en *Derecho Sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, Adros Impresores, 2.000.
23. **EYZAGUIRRE, JAIME**, “Historia del Derecho”, Editorial Universitaria, 9º Edición, Santiago de Chile, 1.989.
24. **FABRES, JOSE CLEMENTE**, “La porción conyugal según el código civil chileno”. Imprenta Cervantes, 1.908.
25. **GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO**, “Derecho Privado Romano”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1.997.
26. **ILLANES RIOS, CLAUDIO**, “El régimen sucesorio y las nuevas normas de la ley N° 19.585”, en Ciclo de Charlas del Colegio de Abogados de Chile, *Ley N° 19.585 Nuevo Estatuto de Filiación*, Revista del Abogado, Santiago de Chile, 1.999.
27. **MAZZINGHI, JOSÉ ADOLFO**, “El derecho del cónyuge sobreviviente sobre la vivienda familiar en el derecho sucesorio argentino”, en *Derecho Sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, Adros Impresores, 2.000.
28. **MORAND VALDIVIESO, LUIS**, “De los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente en la legislación comparada”, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1.955.
29. **MUÑOZ SANCHEZ, ANDREA**, “Aspectos sucesorios de la reforma”, en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio a la luz de las normas y principios de la Ley 19.585*, Servicio Nacional de la Mujer, L.O.M. Ediciones Ltda, 2.000.

30. **PARADA GUZMAN, CESAR**, “Nuevas normas de filiación”, en Ciclo de Charlas del Colegio de Abogados de Chile, *Ley N° 19.585 Nuevo Estatuto de Filiación*, Revista del Abogado, Santiago de Chile, 1.999.
31. **PEÑA GONZALEZ, CARLOS**, “Sobre la situación del cónyuge sobreviviente en la Ley 19.585”, en *El nuevo estatuto filiativo en el Código Civil Chileno*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1.999.
32. **PINOCHET CONTRERAS, OSCAR**, “La porción conyugal y los acervos imaginarios”, Imprenta Nacimiento, Santiago, 1.926.
33. **RAMOS PAZOS, RENE**, “Derecho de Familia”, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Actualizada, 1.998.
34. **RIPERT, GEORGES Y BOULANGER, JUAN**, “Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1.979.
35. **RODRIGUEZ GREZ, PABLO**, “Estudio crítico de la porción conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada en la legislación chilena”, Editorial Jurídica de Chile, 1.961.
36. **RODRIGUEZ GREZ, PABLO**, “Instituciones de Derecho Sucesorio”, Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición, 1.995.
37. **ROZAS VIAL, FERNANDO**, “Sucesión por causa de muerte. Historia, textos, jurisprudencia y comentarios”, Editorial Jurídica de Chile, 1.990.
38. **SANTOS MARTINEZ, JUSTINIANO ENZO**, “Porción Conyugal”, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, 1.993.
39. **SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL**, “Sucesión por causa de muerte”, Imprenta Nacimiento, Santiago de Chile, 1.938.
40. **SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL**. Versión de René Abeliuk. “Sucesión por causa de muerte”, Imprenta Nacimiento, Santiago de Chile, 1.961
“Derecho Sucesorio”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1.996.

