



II DE
FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO CIVIL CHILENO

 rubicón
EDITORES

NORMAS CITADAS

Ley N° 5.750. Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Diario Oficial, 2 de diciembre de 1935.

Ley N° 19.585. Modifica el Código Civil y otros Cuerpos Legales en Materia de Filiación. Diario Oficial, 26 de octubre de 1998.

Ley 19.947. Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. Diario Oficial, 17 de mayo de 2004.

Ley N° 20.680. Introduce Modificaciones al Código Civil y a otros Cuerpos Legales, con el Objeto de Proteger la Integridad del Menor en Caso de que sus Padres Vivan Separados. Diario Oficial, 21 de junio de 2013.

JURISPRUDENCIA CITADA

Atala Riffoy niñas vs. Chile, Corte Interamericana de Justicia, 24 de febrero de 2012.

I con I, Tribunal de Familia de Pudahuel, 13 de abril de 2015 (demanda de cuidado personal), Rol N° 1.853-2014.

Q con S, Tribunal de Familia de Puerto Natales, 9 de febrero de 2015 (demanda de cuidado personal), Rol N° 150-2014.

M con H, Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, 30 de abril de 2015 (demanda de cuidado personal), Rol N° 4.516-2014.

S con B, Juzgado de Familia de Puerto Montt, 24 de mayo de 2014 (demanda de cuidado personal), Rol N° 1.428-2013.

S con C, Tercer Juzgado de Familia de Santiago, 20 de abril de 2014 (demanda de aumento y modificación de RDR), Rol N° 1.405-2013.

Z con Ch, Juzgado de Letras y Familia de San Javier, 26 de marzo de 2014, Rol N° 377-2013.

TRES VISIONES DE LA IGUALDAD PARA EL DERECHO SUCESORIO

María Agnes Salah Abusleme*

I. EL SENTIDO DE LA IGUALDAD EN MATERIA SUCESORIA

Cuando una persona fallece surgen diversos criterios para distribuir sus bienes. La pregunta más general sobre la forma en que las cosas pueden distribuirse, admite, como es natural, respuestas diversas.¹ Serán determinantes en estas respuestas las ideas filosóficas y políticas que inspiran a quienes las contestan.² La noción de justicia latente en cada una de ellas será central para determinar el posible rol, en lo que es relevante para este trabajo, que puede jugar la igualdad. Como es fácil de anticipar, varios enfoques no pondrán un mayor acento en la igualdad, lo que conlleva

* Profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, msalah@derecho.uchile.cl. Agradezco a Pablo Aguayo W. los comentarios realizados en la elaboración de este trabajo.

¹ Siguiendo a CANE, quien agrega que la justicia es uno de los fines que sigue el derecho. CANE (2001): 404.

² No es casualidad que HARRIS reflexione alrededor de esta idea presentando al lector las posibles respuestas a la distribución de los bienes que darían libertarios, comunitaristas e igualitarios, ante la muerte de una persona que le sobreviven desde familiares hasta el representante de la autoridad fiscal. HARRIS (2001).

importantes implicancias para el derecho sucesorio. Así, por ejemplo, los enfoques funcionalistas guiados por la escuela del análisis económico del derecho privilegiarán la instalación de las normas de la eficiencia en el ámbito sucesorio, especialmente en el caso de sucesiones intestadas.³ Por su parte, enfoques con un trasfondo libertario propenderán dar énfasis a la protección de la voluntad de las personas, cuestionando la necesidad de que la igualdad forme parte de una teoría de la justicia.⁴

En este trabajo, se parte de la base que la igualdad es una noción central para la estructura del derecho sucesorio. Las reglas sucesorias permiten alcanzar importantes objetivos desde la perspectiva de la igualdad. A quienes creen que no es la mejor sede para realizar este tipo de reflexiones, se les puede rebatir tanto desde una perspectiva histórica como instrumental. Como se apreciará a lo largo de este trabajo, las reglas del derecho sucesorio chileno han estado, desde sus inicios, íntimamente conectadas a la idea de igualdad. De hecho, como se expone, numerosas luchas en el ámbito sucesorio se han vestido con la consigna de la igualdad. Una y otra vez, las reformas de esta área del derecho han tenido como inspiración directa la idea de igualdad. Además, aun cuando es innegable la relevancia de otras áreas del derecho para lograr fines relacionados con la distribución de bienes, como son las sedes impositivas y de protección social, el derecho privado es una herramienta que permite alcanzar soluciones relevantes para las personas, que difícilmente se podrían alcanzar de otra forma. Un nítido ejemplo de ello se encuentra en la posibilidad de que un heredero goce de por vida del inmueble donde vivía con el causante. Una medida de este tipo difícilmente pueda ser alcanzado por la vía tributaria o de protección social, puesto que es esa casa, y no otra, donde se espera que siga viviendo el heredero sobreviviente.

3 HIRSCH (2004), analiza las reglas supletorias en materia sucesoria y la posibilidad de extender las reglas contractuales que persiguen aumentar la eficiencia y disminuir los costos de transacción.

4 NOZICK (1999): 232-233. El autor pone énfasis en la adquisición original de los bienes, de forma tal que la respuesta a la distribución justa mirará a si cada persona es titular de los bienes que posee bajo la distribución existente gracias a medios legítimos (150-153). Para el autor, no se plantea la relevancia de alcanzar la igualdad formal (213, 224-227).

Teniendo entonces en consideración la importancia de la igualdad en materia sucesoria, se intentará vincular las diversas manifestaciones de la igualdad presentes en nuestra historia local con aquellas elaboradas en sede teórica. Considerando que el desarrollo y análisis profundo de la igualdad se ha alojado en el ámbito de la teoría política y filosófica, las reflexiones que allí se realizan contribuirán de manera importante en el análisis crítico y propositivo de las normas de derecho privado en materia de sucesiones que constituyen un reflejo de la noción de igualdad. En concreto, serán tres las visiones acerca de la igualdad que se presentarán, según se dará cuenta en cada uno de los tres apartados siguientes. Cada una de ellas refleja un rol diverso en beneficio de positivos resultados para el derecho sucesorio. Presentar explícitamente las formas en que estas comprensiones de la igualdad se han desarrollado en el pasado, podrá contribuir en la formulación de posibles reformas futuras.

II. TRATAR A TODAS, A TODOS Y A TODO DE MANERA IGUAL

La idea de igualdad no se ha manifestado en nuestra legislación sucesoria a través de la consagración de un enunciado genérico o la estipulación de un principio.⁵ Sin embargo, el sentido con que con mayor frecuencia se alude a la noción de igualdad es el más básico, esto es, el de tratar a todas, a todos y a todo de igual forma. Cada vez que se ha estimado que existen grupos de personas o cosas iguales, se ha respondido, tal como anticipara ARISTÓTELES, con una proporción en que "la división se

5 Efectivamente, al momento de la dictación del Código, y no obstante constituir a juicio de la doctrina uno de los principios centrales del mismo, no se incorporó un reconocimiento o llamado general a la igualdad. Constitucionalmente en cambio, ya se había asentado su reconocimiento. Véase: artículo 19 número 2° de la Constitución Política de la República en vigencia, Reglamento Constitucional Provisorio del Pueblo de Chile, de 1812 (artículo xxiv), Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818 (artículo 1°), Constitución Política del Estado de Chile de 1822 (artículo 6°), Constitución Política del Estado de Chile de 1823 (artículo 7°), Constitución Política de la República de Chile de 1828 (artículo 125) y Constitución de la República Chilena de 1833 (artículo 12 N° 1).

hace de la misma manera para las personas y con relación a las cosas”.⁶ Esta es la idea de igualdad que podría estimarse se encuentra latente en la doctrina chilena cuando aborda la noción de igualdad en materia sucesoria. Así, por ejemplo, PEÑAILILLO señala que el principio de igualdad “se traduce en la repartición igualitaria de la herencia o de una parte de ella, entre los asignatarios”.⁷

Ahora bien, y tal como diera cuenta HART, la finalidad de tratar a las personas iguales de forma similar, y a las diferentes de forma distinta, elemento central de la justicia, constituye una idea que es en sí misma incompleta, en tanto todas las personas se parecen en algunos aspectos y se diferencian en otros.⁸ Partiendo de esta base, uno de los principales objetivos de este apartado será mirar la forma en que la igualdad, tal como anticipara el mismo HART, ha dependido de las consideraciones fundadas en las diversas concepciones morales de persona y sociedad.⁹ Como resultado de lo anterior, la forma de promover esta tradicional noción de igualdad ha sido la de combatir aquellas discriminaciones que en cada época se han considerado arbitrarias. Esto da cuenta de que más que una fórmula exacta, la igualdad se ha manifestado como un conjunto de ensayos destinados a alcanzar la tan ansiada igualdad.

El análisis de la igualdad en este sentido se centra en dos elementos, tal como la filosofía moral lo ha hecho recurrentemente, definir la igualdad entre qué personas y qué cosas. Ahora bien, más que una construcción progresiva de la noción de igualdad, los esfuerzos del derecho privado se han encaminado a implementar modificaciones legales destinadas a eliminar criterios de diferenciación para el reconocimiento de preferencias sucesorias que se ha ido considerando que no son razonables.¹⁰ El

mecanismo para hacerlo ha consistido en la eliminación de aquellas reglas que excluían a ciertas personas de su posibilidad de heredar o las diferenciaban perjudicialmente. Este es el caso de la eliminación de criterios como el sexo, la primogenitura, la naturaleza de la filiación o la necesidad de vinculación matrimonial, que devinieron con el tiempo en criterios de diferenciación sucesoria poco razonables, y ciertamente contrarios a la igualdad. Si se hace una analogía con la gramática, la principal técnica del legislador para alcanzar este sentido de la igualdad, ha sido la de la eliminación de los adjetivos calificativos que acompañaban a los sustantivos. Así, el “hijo mayor de sexo masculino”, o el “hijo ilegítimo de la mujer” o “el hijo adoptado”, devino simplemente en “el hijo”, los “órdenes regulares” y “órdenes irregulares” devinieron simplemente en los “órdenes sucesorios”. En otras ocasiones la técnica empleada ha sido la de la igualación de personas que no eran consideradas en forma previa por la legislación. Ejemplo de ello es el caso de los convivientes civiles, en que simplemente se debe entender que donde se contempla al cónyuge la referencia también debe extenderse al conviviente civil. La forma tradicional de abordar la igualdad sucesoria en este primer sentido se manifiesta a través de diversas reglas e instituciones que, según se analizará, están presentes principalmente en el ámbito de los causantes, de los herederos y de los bienes. Ella también en todo caso alcanza otras áreas del derecho sucesorio, como la de los legatarios y los acreedores.

En relación con las personas, pensando principalmente en los causantes y los herederos, la noción de igualdad siempre ha inspirado reglas presentes en la legislación civil. Respecto de los causantes, la igualdad que llamó la atención de nuestro legislador al momento de la dictación

6 ARISTÓTELES (2009): 74-75, 1131a y 1131b.

7 PEÑAILILLO ARÉVALO (1968): 59. En igual sentido, RAMOS PAZOS (2008): 16-17.

8 HART (1961): 155.

9 HART (1961): 158.

10 Parece pertinente mencionar que es en el ámbito constitucional donde se han discutido más profundamente los requerimientos de la igualdad. La idea de igualdad que se ha ido asentando en la dogmática y la jurisprudencia chilena y comparada, aunque no exenta

de críticas, se un examen de la razonabilidad de las diferencias que se pudieran establecer. Tal como da cuenta CORREA, se han planteado diversos criterios que permitirían considerar una disposición como razonable y por tanto acorde con la igualdad (CORREA SUTIL: 102-107). El primero que el autor menciona se refiere a que el “el trato diverso solo se justifica en la medida en que las situaciones se diferencien en aspectos fácticos objetivos y relevantes” (107). Trasladando este análisis al derecho sucesorio, se podría señalar que se han eliminado aquellos aspectos fácticos que no son relevantes para establecer diferencias sucesorias, y por tanto, no son razonables desde la perspectiva de la igualdad.

del Código Civil, fue la de los comurientes. Como consecuencia de lo anterior, BELLO se opuso, en nombre de la equidad y la racionalidad, a aquellas presunciones contenidas en el Código Civil francés destinadas a definir quién sobreviviría a quién en caso que, estando llamadas a sucederse recíprocamente, murieran en un mismo acontecimiento. Esta oposición se materializó con posterioridad en la regla de nuestro Código Civil, aún vigente, en virtud de la cual aquellas personas que mueren en un mismo acontecimiento se entiende que han fallecido en un mismo momento, de forma que ninguno de ellos podía considerarse como heredero del otro.¹¹

En el ámbito de los herederos, BELLO conscientemente borró varias diferencias que existían en la legislación anterior, luchando contra el criterio del sexo y el lugar relativo de nacimiento como medida de promoción de la igualdad. El Código Civil incorporó como consecuencia, en su artículo 982, la regla que señala que en las sucesiones intestadas “no se atiende al sexo ni a la primogenitura”. Esta disposición, que representó en el Código Civil la abolición de los mayorazgos,¹² ha sido mirada como el ícono del reconocimiento de la igualdad sucesoria.¹³ De hecho, no parece una generosidad excesiva si se le cataloga como una de las innovaciones estructurales más relevantes que enfrentó el Código Civil al momento

11 Artículos 79 y 958 del Código Civil. Ya en un artículo publicado hacia 1939 en “El Araucano”, BELLO se refirió a la inequidad de las reglas de las contenidas en las *Partidas* que miraban al sexo y edad para definir el momento de la muerte: “Privar a los herederos de alguno de ellos de toda la sucesión, por indicios tan débiles como los que suministra la diferencia de sexo, o de unos pocos años o meses de edad, es una manifiesta injusticia”. BELLO LÓPEZ (1885): 291. En el primer proyecto del Código Civil, y basado en la idea de equidad, BELLO diseñó una fórmula probabilística basada en la equidad. BELLO LÓPEZ (1887): 7-9; 11, nota f) a artículo 6º. Posteriormente, en el proyecto de 1853 la regla ya había más bien adquirido una redacción equivalente a la actual. BELLO LÓPEZ (1888): 26.

12 La implementación de la abolición de los mayorazgos a nivel legislativo, respondiendo al llamado del artículo 162 de la Constitución de 1833, fue el resultado de varias discusiones en el Senado en las que BELLO también participó. En esta materia, resulta ilustrativo ver el informe elaborado por BELLO en conjunto con Ramón ERRÁZURIZ, a solicitud del Senado, así como sus intervenciones en el mismo. BELLO LÓPEZ (1885): LXIII-XCVII.

13 PEÑAILILLO ARÉVALO (1968): 61; DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2006): 222; RAMOS PAZOS (2008): 16-17; ELORRIAGA DE BONIS (2010): 113; y, DOMÍNGUEZ BENAVENTE Y DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011): 115 (tomo I).

de su promulgación. La consagración de la igualdad entre hermanos y hermanas, así como los mayores con los menores, fue uno de los mayores aciertos de la época y fue la medida de igualdad promovida por BELLO.

La igualdad referida a las personas también estuvo presente en la época de la dictación del Código en diversas instituciones sucesorias que persisten hasta hoy. Quizás una de las más interesantes es el caso del derecho de representación, en que pensando en la igualdad de los descendientes, se crea esta ficción legal para el caso de los causantes que no quisieran o pudieran heredar.¹⁴ No solo mira la igualdad por el hecho de respetar a los hijos del ausente sino que también porque entre ellos procede la estirpe.¹⁵ La doctrina también ha destacado otros ámbitos donde se encuentra presente la igualdad de los herederos. Siguiendo la enumeración de PEÑAILILLO,¹⁶ se puede mencionar la concurrencia por partes iguales de los ascendientes en la sucesión intestada (artículo 989 inciso 1º); la formación de los acervos en tanto permitirían borrar las desigualdades que hubieran podido afectar a los herederos (artículos 1185 y siguientes); la reciprocidad para suceder abintestato entre padres e hijos, cónyuges y colaterales (artículos 988 a 992); la tasación y avalúo de los bienes por peritos en protección de la igualdad de las cuotas de los herederos (artículo 657, esta vez del Código de Procedimiento Civil); la obligación de garantía en la partición de la comunidad hereditaria, en tanto todos los herederos deben concurrir a prorrata al saneamiento de la evicción (artículos 1345 y 1347); la rescisión por lesión en caso de verse un heredero perjudicado en más de la mitad de su cuota (artículo 1348); la igualdad del pasivo, en tanto las deudas se dividen entre los herederos

14 Institución reconocida en los artículos 984 y siguientes del Código Civil. De hecho, ya decía BELLO en el primer proyecto de Código Civil, a propósito de lo que se transformaría en el artículo 987, “sería duro que la incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación del padre perjudicara a los hijos”. BELLO LÓPEZ (1887): 18.

15 El reconocimiento de la igualdad como inspiradora de esta norma se encuentra en PEÑAILILLO ARÉVALO (1968): 62; DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2006): 222; SOMARRIVA UNDURRAGA (2007): 142 y 147 (tomo I); y, RAMOS PAZOS (2008): 17.

16 PEÑAILILLO (1968): 62-66 y 70-71.

a prorrata de sus cuotas (artículo 1354 y siguientes) y la igualdad presente para el pago de los legados (artículo 1360).¹⁷

Cuando se han corregido aquellas diferenciaciones injustificadas en relación con los posibles herederos, la pregunta que toma mayor relevancia es aquella que se refiere a la igualdad de los bienes heredados. CLARO SOLAR narra magníficamente la forma en que BELLO, siguiendo las ideas de SAVIGNY, consideró que la sucesión era una materia que pertenecía al estatuto personal, como consecuencia de lo cual el domicilio se erigió como la regla definitoria de las normas aplicables a la apertura de las sucesiones.¹⁸ Esta concepción trajo como consecuencia la noción de unidad con la que debía concebirse el patrimonio de los causantes, sin que fuera propio atender a la naturaleza mueble o inmueble de los bienes que lo compusieran, o el origen o rama familiar del cual proviniesen. Surge así el artículo 981, que declara que la ley no atiende al origen de los bienes para “reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas”. Con ello, se dejaron de lado las antiguas disposiciones recogidas en las leyes españolas.¹⁹ Adicionalmente, las reglas de la partición también buscaron el logro de la tan ansiada igualdad en relación con los bienes. De esta forma, en el proceso de adjudicación de la masa hereditaria entre los herederos, el Código compele a lograr la igualdad mediante la formación de lotes, compuestos de forma semejante cada uno de ellos, esto es, con bienes de igual naturaleza y calidad (artículo 1337, reglas 7ª y 8ª).

Sin embargo, en otras áreas el codificador estimó que debían establecerse diferencias entre ciertas personas. Así, a pesar de que BELLO superó algunas desigualdades históricas en relación con los hijos,²⁰ persistieron

17 Identificando varias de las normas enunciadas, entre otras, DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2006): 222-223; RAMOS PAZOS (2008): 17; ELORRIAGA DE BONIS (2010): 54-55, 115-116, 441-450, 477, 756; y, DOMÍNGUEZ BENAVENTE y DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011): 115-118 (tomo i).

18 CLARO SOLAR (2013): 35-38.

19 Según propia nota de BELLO al Proyecto de 1853, se deroga así lo mencionado en la Ley 15 del Toro y la Ley 1, tít. 2, lib. 3 del Fuero Real. BELLO LÓPEZ (1888): 263, nota artículo 1142.

20 Además de la eliminación del criterio del sexo y la primogenitura, BELLO eliminó las diferencias que se aplicaban a los hijos naturales e ilegítimos dependiendo de si eran del padre o la madre. BELLO LÓPEZ (1888): 317, nota a artículo 1343 N° 4.

las diferencias consagrando diversas categorías de hijos que se encontraban en una situación desmejorada si se les comparaba con los hijos legítimos.²¹ Todas ellas afectaban tanto a causantes como a herederos. Se instauraban así dos órdenes sucesorios dependiendo de si ellos eran legítimos o naturales.²² En el orden conocido como regular, los hijos legítimos preferían a los naturales e ilegítimos. Otro tanto ocurría con los hermanos y los ascendientes.²³ En paralelo, se planteaba un orden llamado irregular para los hijos naturales. En ellos nuevamente tenían preferencia los hijos legítimos y se daba un diverso trato a los ascendientes según la voluntariedad del reconocimiento, concurriendo también los hermanos, tanto naturales como legítimos en un mismo orden.²⁴ Las desigualdades también se extendieron a los adoptados quienes no fueron considerados al momento de la dictación del Código. Aludiendo a un aparente desuso en de la institución de la adopción, y sin perjuicio de ánimo de restablecerla, BELLO se inclinó por no mencionarlos en esta materia en el Código.²⁵

La configuración social no fue un obstáculo para la existencia de este tipo de discriminaciones.²⁶ Tampoco influyeron aquellas voces favorables

21 Tal como da cuenta ETCHEBERRY y VELOSO, a la época de la dictación del Código se reconocían las siguientes categorías de hijos: “los legítimos; los naturales, que habían obtenido el reconocimiento voluntario como tales; los simplemente ilegítimos reconocidos para el solo efecto del derecho de alimentos; los simplemente ilegítimos no reconocidos y, por último, los llamados de ‘dañado ayuntamiento’, esto es, los adúlteros, los incestuosos y los sacrílegos”, ETCHEBERRY COURT y VELOSO VALENZUELA (1991): 22.

22 Los hijos ilegítimos solo tenían derecho de alimentos (antiguo artículo 280 del Código Civil). Por su parte, la categoría de los hijos de dañado ayuntamiento fue eliminada por la Ley N° 5.750 de 1935.

23 BARROS ERRÁZURIZ (1931): 108.

24 El artículo 993 del Código Civil en su redacción original se iniciaba con la siguiente frase: “Muerto un hijo natural que no deja descendientes legítimos, se deferirá su herencia en el orden y según las reglas siguientes [...]”.

25 BELLO LÓPEZ (1887): 19, nota i).

26 Los nacimientos fuera del matrimonio han sido una constante en Chile, véase DÍAZ *et al.* (2016): 37-79. De hecho, MILANICH señala que a la época de la dictación del Código Civil “casi el 23% nacían fuera del matrimonio”. MILANICH (2009): 116. En la actualidad la cifras

a la igualdad ya presentes en la época de la Revolución Francesa.²⁷ Ellas persistieron por un largo tiempo sin nota de la doctrina. El reflejo de estas diferencias era la percepción de un diverso grado de cercanía según la forma de filiación.²⁸ La situación de los hijos naturales se mejoró legislativamente de manera parcial en 1952, permitiendo que concurrieran por la mitad de los hijos legítimos.²⁹ Sin embargo, la suficiencia de las reglas que hace más de un siglo era supuestamente sinónimo de la mayor garantía de igualdad, se desvaneció y dio lugar a nuevos criterios para medir la igualdad. El año 1972, se envió un proyecto de filiación única al Congreso que no tuvo éxito, viendo la luz definitiva la reforma de filiación en 1998, aunque no exenta de críticas.³⁰ Esta reforma igualó en el

dan cuenta que el 73% de los niños son considerados no matrimoniales, "Primer Boletín de Información Semestral 2016", Servicio de Registro Civil e Identificación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: 7, disponible en http://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Boletin_Semestral_SRCel_2016_Datos.pdf [fecha de consulta 2 de mayo de 2018].

27 MILANICH da cuenta de la ausencia crítica de la doctrina incluso antes de la dictación del Código Civil, MILANICH (2009): 104. Sintomático parece que Pedro LIRA, en 1944, refiriéndose a los cambios sufridos por el Código Civil a cerca de 100 años de su dictación, daba cuenta que en el caso del derecho sucesorio no había sufrido cambios mayores atendido el simplificado método implantado por el Código. LIRA (1944): 221.

28 Baste recordar la forma en que BELLO reflexionaba en relación con los hijos ilegítimos: "[...] En la sucesión intestada, ¡qué de consecuencias horribles! El honor de la madre, el de una familia entera, la moral y la decencia pública necesariamente comprometidos por la prole ilegítima que no puede poner en claro sus derechos sin sacar a luz las vergonzosas flaquezas de una conexión clandestina. Luego, ¡qué campo al fraude para formar filiaciones, añadiendo a la calumnia el perjurio! ¿Y qué duro no es en la sucesión testamentaria poner a la madre en el conflicto de revelar su flaqueza o de contravenir a la ley? [...] Por lo tocante a la obligación natural, debe presumirse en la madre la inclinación a cumplir con ella; y cuando le sea demasiado repugnante el reconocimiento solemne de un hijo, la libertad que tiene para disponer por testamento de una parte considerable de sus bienes, le proporcionará suficientes medios para proveer a la suerte de la prole inocente que no se atreva a reconocer, sobre todo, por la vía del fideicomiso secreto". BELLO LÓPEZ (1888): 317, nota a artículo 1343 N° 4. Interesantes también resultan los comentarios de BELLO en relación con la justificación de los órdenes sucesorios y la posición de hijos ilegítimos y naturales. BELLO LÓPEZ (1887): 22, nota n).

29 Artículo 1°, Ley N° 10.271 de 1952.

30 CORRAL TALCIANI (1993): 27. Tendiendo como trasfondo la protección de la familia fundada en el matrimonio como cuerpo fundamental de la sociedad, CORRAL daba cuenta

ámbito sucesorio a los hijos,³¹ dejando atrás aquellas diferenciaciones, que tal como identifican ETCHEBERRY y VELOSO, podrían considerarse como discriminatorias en tanto atentatorias contra el principio de igualdad.³²

La legislación sobre adopción también debió modificarse de acuerdo con las concepciones imperantes sobre esta institución. Primero, asimilando a los adoptados en gran medida a la desmedrada situación de los hijos naturales.³³ Después, dejándolos en una situación comparativamente perjudicial, concurrendo ya sea por la mitad que a los hijos legítimos, o en la desmejorada situación de los hijos naturales.³⁴ De a poco comenzó a instalarse la idea de igualar jurídicamente a todos los hijos,³⁵ lo que vio transformaciones generales y definitivas solo el año 1999.³⁶

Una tercera área relacionada con los herederos en que se puede apreciar la igualación de las personas se refiere a las relaciones de pareja. Algo de igualdad estuvo presente en la mente de BELLO al dictarse el Código: prefirió considerar la "porción conyugal" respecto del cónyuge sobreviviente, fuera hombre o mujer.³⁷ Sin embargo, las diferencias calaban hondo la sucesión del cónyuge al tener que realizarse el cálculo de su patrimonio a fin de definirse si correspondía deferirles una asignación por concepto de "porción conyugal". Esta antigua baja general de la

de que en materia sucesoria existen regímenes que, si bien mejoraban la situación de hijos naturales, no la igualaban a los hijos nacidos dentro de una relación matrimonial (32-34).

31 Ley N° 19.585 de 1998.

32 ETCHEBERRY COURT y VELOSO VALENZUELA (1991): 23-27.

33 Ley N° 5.343 de 1934, artículo 17, posteriormente modificado por el artículo 6° de la Ley N° 10.271 de 1952.

34 Ley N° 7.613 de 1943, en particular, artículo 24.

35 La ley N° 16.346 de 1965 contemplaba la institución de la "legitimación adoptiva" y la Ley N° 18.703 de 1988, reconocía dos formas de adopción la "simple", que no constituía estado civil y la "plena", que hacía caducar los vínculos de filiación anteriores.

36 Ley N° 19.620 de 1999, sin perjuicio de dejar vigentes los estatutos establecidos por leyes anteriores en materia sucesoria (artículo 45).

37 Nomenclatura que prefirió antes que la llamada "cuarta marital", procedente solo respecto de los bienes del marido. BELLO LÓPEZ (1887): 96, nota a).

herencia solo procedía respecto de aquellos cónyuges que se consideraran como “pobres”.³⁸ A través de la reforma introducida por la ley que introdujo reformas en materia de filiación en 1998, dejó de ser relevante la situación económica del cónyuge sobreviviente. El único criterio de suficiencia pasaría a ser la existencia de una vinculación matrimonial con el causante. A partir de ese momento, la o el cónyuge sobreviviente tiene asegurada una porción de la legítima rigurosa que va entre el 25 y 50% de los bienes del causante. Un segundo gran avance orientado por la idea de igualdad es aquel que se dio en el ámbito de las relaciones de pareja a través de la incorporación del acuerdo de unión civil, que beneficia a parejas de igual o mismo sexo. Utilizando la técnica de la asimilación, la ley equiparó en materia sucesoria al conviviente civil sobreviviente al cónyuge sobreviviente.³⁹

Hay dos áreas donde se ha planteado la posibilidad de realizar algunas reformas en materias sucesorias que, en el contexto de este trabajo, pueden vincularse con la noción de igualdad referida en este apartado. La primera, se refiere a la existencia de diferencias en cuanto a la libertad de testar de que gozan las personas en Chile. La segunda, al distinto tratamiento dado a los hermanos de doble y simple conjunción.

La forma en que la pregunta por la igualdad se manifiesta en aquellas áreas donde existe libertad en materia sucesoria apunta a reflexionar sobre la existencia de personas que gozan de un diverso grado de libertad de testar. Así, por ejemplo, en el caso de Chile esta pregunta permite reflexionar en torno a si se conforman con la igualdad las abismantes diferencias en el grado de libertad de testar de que gozan las personas según cuál sea su estructura familiar. En concreto, una persona soltera, sin descendientes o ascendientes, puede disponer libremente de la totalidad de su herencia. En cambio, quienes están relacionados a través del contrato de matrimonio o acuerdo de unión civil, o quienes tienen

descendientes o ascendientes vivos al momento de fallecer, ven restringida su libertad absoluta de testar a una cuarta parte de la herencia. Ciertamente, la valoración de dicha diferencia involucra la prioridad que se da a la igualdad en comparación con otros valores en juego, como se ha habitualmente indicado, la protección del núcleo familiar en contraposición a la libertad.⁴⁰ Si se promueve el abandono de la idea de que la única preocupación de las personas pudieran necesariamente ser sus familiares, podrían tener un mayor reconocimiento el pluralismo valorativo de las personas, tanto en relación con la vida como la muerte.⁴¹ Se puede concluir entonces que la protección de miembros del grupo familiar ha prevalecido en la configuración de la legislación sucesoria,⁴² en desmedro de la libertad de testar del causante y el legítimo ejercicio de sus posibles preferencias morales, filosóficas o religiosas.⁴³ Con ello, se tiende a resaltar las diferencias de las personas y no lo esencialmente similares que tienen: que son personas.

La segunda área en que se han manifestado diversas reflexiones en relación con el sentido de la igualdad se refiere a la situación de los hermanos. Ya BELLO, al considerar en el tercer orden sucesorio a los hermanos, tanto de doble como de simple conjunción, luchó por la igualdad en un doble sentido. Primero, por cuanto esta regla surgió como una reacción

40 BELLO, justificando las asignaciones forzosas, reflexionaba que “[s]e ha creído conciliar así el derecho de propiedad con la obligación de proveer al bienestar de aquellos a quienes se ha dado el ser, o de quienes se ha recibido. Se han omitido aquellas otras restricciones que tuvieron por objeto asegurar las legítimas, y precaver en la distribución de los bienes la desigualdad a que podían ser inducidos los padres por predilecciones caprichosas; aun cuando en ello no defraudasen verdaderamente a ninguno de los legitimarios”.

41 El exceso de libertad se ha mirado con recelo por algunos. Así UGARTE menciona que “la legítima asegura que una parte sustancial de la herencia pasará a la muerte del causante al cónyuge sobreviviente y a los hijos, resguardándose de este modo el patrimonio familiar y, por tanto, la unidad y solidez de la familia”, UGARTE VIAL (2007): 251.

42 Ver, DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2006): 223-227; ELORRIAGA DE BONIS (2010): 113 y SOMARRIVA UNDURRAGA (2007): 18-19.

43 SOMARRIVA UNDURRAGA (2007): 20 (tomo I). De hecho, dichas preferencias pueden ser gravadas con un recargo impositivo de hasta un 40%, si los asignatarios tienen un parentesco más lejano o si fuera inexistente (artículo 2º de la Ley N° 16.271 de 1965).

38 Principalmente, artículos 959 N° 5, 1173 y 1178 del Código Civil en su redacción original.

39 Así, el artículo 16 de la Ley N° 20.830 de 2015 estableció que el conviviente civil concurre en la sucesión de la misma forma y con los mismos derechos del cónyuge sobreviviente.

frente a la desigualdad que sufrían los medios hermanos en la legislación vigente con anterioridad al Código Civil, ya que se veían privados de la herencia en la medida que existieran hermanos carnales. Así, con la incorporación de los hermanos de simple conjunción en el tercer orden sucesorio, aunque fuera por la mitad de los hermanos de doble conjunción, BELLO intentó establecer una regla que evitara lo que consideraba una desigualdad.⁴⁴ Segundo, BELLO igualó a todos los hermanos de simple conjunción de forma que no se diferenciara entre aquellos que los unía por vínculo materno (hermanos uterinos) de aquellos que se encontraban unidos por el padre (consanguíneos).⁴⁵ Pensando en que los órdenes sucesorios se miran como la distribución de bienes que habría hecho el causante si hubiera declarado su voluntad, surgen razonables preguntas si un causante haría diferencias entre hermanos con los que ha nacido y se ha criado, sin perjuicio que sean de simple o doble consanguinidad. Han surgido voces que consideran que dicha regla constituye una excepción al principio de igualdad.⁴⁶

III. LA IGUALDAD DE LOS RECURSOS

No es coincidencia que DWORKIN inicie sus reflexiones sobre la igualdad con un ejemplo vinculado a las sucesiones: un padre, con cierto nivel de riqueza, debe distribuir sus bienes entre sus hijos que tienen diversas características y necesidades “uno de ellos es ciego, otro un vividor con gustos caros, un tercero con perspectivas políticas y ambiciones onerosas, otro un poeta con necesidades modestas, otro un escultor que trabaja con costosos materiales, y así”.⁴⁷ El énfasis del planteamiento de DWORKIN se destaca como propio de la igualdad de recursos.⁴⁸ Bajo esta perspec-

tiva, no se satisface el criterio de igualdad simplemente por una división aritmética de los recursos que puede siempre ser arbitraria. Por ello, en muy pocas palabras, el autor propone lo que denomina “prueba de la envidia”, a través de la cual se presupone la existencia de un mercado en que las personas van dividiendo y distribuyendo los bienes de acuerdo con las ofertas que cada una realice por ellos, finalizando el proceso cuando nadie prefiere los recursos obtenidos de otra persona. En este proceso la suerte juega ciertamente un rol como elemento definidor de la satisfacción que cada persona alcance.⁴⁹ Una vez finalizado dicho ejercicio, las personas dispondrán de los bienes para realizar con ellos lo que estimen.⁵⁰ El complemento más importante de este planteamiento está dado por un sistema de seguros, que operarían en aquellos casos de mala suerte “bruta”, como el caso de una discapacidad, respecto de los que la mayor parte de las personas estaría dispuesta a tomar un seguro.⁵¹ El aporte de este planteamiento, en comparación con aquel que mira a la igualdad de bienestar de las personas, es que la decisión acerca de la forma de vida de las personas se toma considerando el impacto que sus elecciones producen en la vida de otros atendido los recursos que ellos requieren.⁵²

Existen dos materias del ámbito sucesorio en que se pone énfasis en algunos de los elementos que destaca DWORKIN en su propuesta. En ellas, el legislador realiza un análisis similar al que sustenta DWORKIN, particularmente en lo que se refiere a la idea de tomar en consideración la situación de los demás al definir la situación de igualdad de una persona. La primera, se refiere a la imposibilidad de deducir ciertos gastos de la herencia. La segunda, en tanto, se refiere al proceso de partición hereditaria.

44 BELLO LÓPEZ (1887): 20-21, nota II) realizada al artículo 15.

45 BELLO LÓPEZ (1887): 16, nota b) realizada a artículo 2º.

46 DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2006): 222 y DOMÍNGUEZ BENAVENTE y DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011): 705.

47 DWORKIN (1981a): 186. Traducción de la autora.

48 DWORKIN defiende la igualdad de recursos por sobre la igualdad de bienestar, noción que critica por ser vaga, incierta y problemática, así como por no dar cuenta de la forma en que las personas cambian sus preferencias en el tiempo. DWORKIN (1981a): 190-194.

49 DWORKIN (1981b): 284-287. A través de una perspectiva de este tipo, el autor espera llegar a un equilibrio entre lo que la distribución de los bienes es en un momento determinado, elemento con las diversas habilidades de que gozan las personas. (311).

50 DWORKIN (1981b): 307.

51 En oposición a la mala suerte “opcional”, como por ejemplo la que caracteriza a un apostador, que se determina por la voluntad de las personas y respecto de la que no todos estarían dispuestos a tomar un seguro. (293-298).

52 DWORKIN (1981b): 288.

En relación con los gastos que pueden deducir antes de llegarse al acervo final a ser repartido entre los herederos, BELLO reflexionó durante el proceso de redacción de nuestro Código Civil acerca de las razones por las que los gastos de educación extraordinarios en beneficio de un hijo no podían descontarse como tales, sino que debían imputarse a la cuarta de libre disposición. Así señalaba, “[s]i un padre expendiese una suma considerable de dentro en la educación de un hijo, ¿sería justo cargársela en su legítima, reduciéndole tal vez a la indigencia? El padre puede haber elegido un arte o profesión no adecuada a la capacidad del hijo, o demasiado costosa, o poco lucrativa, o tal vez inútil; y el hijo llevaría toda la pena de un desacierto que no puede razonablemente imputársele. ¿No figurará esta clase de gastos en el acervo? Esto sería lo mismo que cargarla por iguales partes a la mitad de bienes de que el padre puede disponer libremente, y a la mitad de que deben salir las legítimas; y de esta manera serían gravados todos los legitimarios para favorecer a uno solo”.⁵³ Se denota así, la importancia que se concede al potencial efecto que podría haber provocado la deducción de ciertos gastos de educación de los hijos pensándose en la posición relativa de los demás herederos, situación que alteraría tácitamente la distribución de la herencia. Teniendo aquello en mente, el legislador no permitió su deducción como gastos generales.

La norma más trascendental en esta materia se encuentra en el artículo 1337, regla 7, una de las pocas normas del Código que consagró desde el inicio de su vigencia expresamente la igualdad. De acuerdo con ella, “[e]n la partición de una herencia o de lo que de ella restare, después de las adjudicaciones de especies mencionadas en los números anteriores, se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible.” Más allá de la obvia remisión a la

⁵³ BELLO LÓPEZ (1887): 90-91. Concluyendo el mismo BELLO que “[n]o hay peligro de que un padre se arredre de incurrir en estas expensas extraordinarias por no disminuir la cuota de bienes de que puede disponer a su arbitrio. Los padres son inducidos suficientemente a ellas por la ternura hacia sus hijos y por un poderoso auxiliar de este afecto, la vanidad, el orgullo de familia, la ambición. Lo más ordinario es que se inviertan en un hijo favorito, o a lo más en los hijos varones. Son expensas de predilección: verdaderas mejoras”. BELLO LÓPEZ (1887): 91.

noción de igualdad en el primer sentido estudiado, el procedimiento planteado por BELLO mira a que todos los participantes en el proceso de partición queden relativamente conformes. Para eso, confiere a los herederos una especie de poder de veto destinado a adecuar los lotes sucesorios que serán asignados en el proceso de partición.

IV. LA IGUALDAD DEMOCRÁTICA

Elizabeth ANDERSON se ha identificado como una de las principales críticas del planteamiento de la igualdad de DWORKIN. Bajo su perspectiva de la igualdad, y apoyándose en la concepción de SEN sobre la libertad,⁵⁴ lo relevante será la creación de una comunidad en que todos se pueden plantear como iguales frente a los demás, lo que denomina ‘igualdad democrática’. Ello se traduce en que el principio de igualdad debe incorporar criterios de distribución que se condigan con aquel planteamiento.⁵⁵ A diferencia de otras visiones de la igualdad, particularmente aquellas que miran los recursos, las distribuciones diversas no se fundan en un simple sentimiento de compasión en relación con quienes se consideran como desaventajados; posición que para ANDERSON no sería realmente respetuosa y preocupada por quienes se beneficiarían ante una distribución de recursos.⁵⁶ La respuesta que la autora da considera un aspecto negativo y uno positivo. El negativo implica que se deben eliminar las formas de opresión. En tanto, en lo positivo, las personas deben organizarse en un orden social conformado por relaciones de igualdad no jerárquicas.⁵⁷

⁵⁴ ANDERSON (1999): 316. En relación con lo anterior, se destaca el trabajo de SEN quien se enfoca en lo que denomina las “capacidades de las personas”, de forma tal que pone en evidencia que más que mirar la igualdad de los bienes mismos, se debe poner acento en que, atendido el hecho de que las capacidades de las personas son diferentes, la igualdad para cada una de ellas también lo es. SEN (1980): 219.

⁵⁵ ANDERSON (1999): 289.

⁵⁶ ANDERSON (1999): 306-307. La autora en su trabajo dedica varias líneas a argumentar las razones por las que el sistema de seguros propuesto por DWORKIN no funcionaría adecuadamente, tomando especialmente en consideración el hecho de que no daría cuenta de lo que los ciudadanos estiman que se deben entre sí. (308-310).

⁵⁷ ANDERSON (1999): 313.

Como consecuencia de lo anterior, “las circunstancias individuales, como la discapacidad, influyen sobre cuántos recursos se necesitan para funcionar como un igual. Las personas que no pueden utilizar sus piernas puede que requieran más recursos —sillas de rueda, camionetas adaptadas especialmente— para lograr una movilidad comparable a aquella que poseen las personas que pueden deambular. Por tanto, la igualdad en el espacio de las capacidades, puede demandar una división desigual de los recursos necesarios para acomodar a los discapacitados”.⁵⁸

Se plantea así la pregunta sobre las implicancias de este sentido de la igualdad en materia sucesoria. El derecho sucesorio se podría beneficiar en dos aspectos de esta tercera perspectiva de la igualdad. Primero, su justificación permitiría que ciertas instituciones sucesorias se concibieran como acordes o coherentes con la igualdad, y no como contrarias a la igualdad o con una justificación ajena a la propia igualdad. Un ejemplo de ello, según se explicará en el párrafo siguiente, lo constituye el derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar y los bienes que la guarnecen y la constitución de derechos de habitación y uso sobre ellos. Segundo, esta noción de igualdad permitiría pensar en reformas sucesorias que beneficien a ciertos grupos de interés. Esto es, con esta noción de igualdad en mente, es posible identificar características que presentan ciertos grupos de personas, a fin de que se traduzcan en regulaciones que recojan aquellas circunstancias que ameritan un tratamiento diferenciado en materia sucesoria.⁵⁹

⁵⁸ ANDERSON (1999): 320.

⁵⁹ Parece interesante mencionar la relación de una teoría de este tipo con el principio de la diferencia de RAWLS, en virtud del cual, se “producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad”. RAWLS (1995): 27. ANDERSON se plantea la pregunta acerca de si la igualdad democrática es tan demandante como el principio de la diferencia de RAWLS, a lo que responde que en el caso del último no se permiten aquellas diferencias que no mejoren la situación de quienes se encuentren en una situación menos ventajosa, por lo que la igualdad democrática demandaría una forma menos exigente de reciprocidad. ANDERSON (1999): 326. Interesante en todo caso resultan las implicancias que puede alcanzar el desarrollo de la noción de reconocimiento en RAWLS. Véase en igual sentido, AGUAYO WESTWOOD (2015).

El año 1998 se introdujo la institución conocida como la adjudicación preferente en beneficio del cónyuge sobreviviente, que hoy también beneficia a los convivientes civiles. En virtud de ella se permite que el cónyuge o conviviente civil sobreviviente se adjudique preferentemente la vivienda principal de la familia y su mobiliario, gozando de un derecho de habitación y uso, gratuitos y vitalicios, por aquella parte que excediera de su cuota hereditaria.⁶⁰ Desde sus inicios, esta institución ha debido justificarse en relación con el principio de igualdad, siendo el resultado bastante poco exitoso. En efecto, ya durante su discusión, este derecho se concibió como una excepción a la igualdad.⁶¹ Esta idea ha persistido en la doctrina.⁶² Así, por ejemplo, DOMÍNGUEZ ha señalado que “se contra- viene el principio de la igualdad, ya que uno de los sucesores, el cónyuge sobreviviente, tiene derecho a llevar un gravamen sobre dicho bien si su valor supera sus derechos como sucesor, de tal modo que los principios que informaban la igualdad tanto en valor como en especie del art. 1337 resultan derogados a su respecto”.⁶³ Prosigue señalando que producto de lo anterior, la igualdad se habría perdido, o al menos, no guardaría nitidez. Su justificación residiría en el principio constitucional de protección de la familia, reconocido constitucionalmente en el artículo 1º,⁶⁴ siendo esta institución útil, como da cuenta SOMARRIVA, para “reforzar la situación del cónyuge sobreviviente como una manera de prevenir que la concurrencia con los hijos extramatrimoniales terminara creando

⁶⁰ Artículo 1337, regla 10ª del Código Civil y, respecto de los convivientes civiles se debe entender la remisión a esta regla en virtud de lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley Nº 20.830.

⁶¹ CORRAL TALCIANI y NÁSSER OLEA (2000): 97-98, dando cuenta de la opinión vertida en el Primer Informe Comisión de Constitución del Senado.

⁶² Entre otros, CAPRIE BIERMANN (1999): 46; COURT MURASSO (2000): 147; y, RAMOS PAZOS (2008): 17.

⁶³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2006): 229.

⁶⁴ ELORRIAGA DE BONIS (2010): 758; BARAONA GONZÁLEZ (2000a): 127; y, BARAONA GONZÁLEZ (2010b). Este último autor, de hecho, consideraba una buena medida aquella moción presentada en la discusión del proyecto que proponía que este derecho no fuera gratuito, BARAONA GONZÁLEZ (2000a): 135.

una brusca alteración en la situación familiar”.⁶⁵ Como nota de interés, cabe mencionar que esta institución no es del todo nueva en nuestra legislación. En 1906, en la ley que creó los “Consejos de habitaciones para obreros”, se establecía la posibilidad de declarar la indivisión del hogar del obrero cuando habían menores de edad dentro de los descendientes del causante, quienes además tenían derecho a habitar el bien inmueble común hasta que todos ellos alcanzaran la mayoría de edad.⁶⁶ En la misma ley se establecía también un derecho de adjudicación preferente, el cual beneficiaba en primer lugar al cónyuge sobreviviente.⁶⁷

Estatutos sucesorios como el reseñado se justificaban a comienzos del siglo pasado y se justificarán siempre, atendida la importancia que revisten ciertos bienes, como son los inmuebles donde reside una familia. Su importancia no es solo económica, sino que se vincula al bienestar y desarrollo de las personas. Tal como recordaba BELLO en su primer proyecto de este Libro, “El valor de afección que tienen ciertas especies, particularmente los bienes raíces, nace de un sentimiento natural del corazón humano, que merece la atención del legislador. Los recuerdos de familia dan placeres inocentes; y las leyes deben fomentar el cultivo de todos los afectos que dulcifican y ennoblecen la vida social”.⁶⁸ Si se reflexiona de acuerdo con esta tercera noción de la igualdad, instituciones como las reseñadas se transforman en un reflejo o manifestación de la igualdad, antes que en una excepción a la misma.

Una mirada de la igualdad en este tercer sentido debiera también servir para identificar grupos que por sus características especiales merecen de alguna distribución de recursos que les permita un trato digno a cada una de ellas. Una concepción de este tipo puede impulsar importantes reformas al derecho sucesorio chileno. Ella persigue que se consideren de forma seria las peticiones de las personas con discapacidad, de forma

65 SOMARRIVA UNDURRAGA (2007): 622 (tomo II).

66 Artículos 25 y 26 de la Ley N° 1.838 de 1906.

67 Ley N° 1.838 de 1906, artículo 26.

68 BELLO LÓPEZ (1887): 16, nota b.

que más que buscar una compensación por su discapacidad, se remuevan las desventajas sociales que otros imponen sobre ellos por el hecho de su discapacidad.⁶⁹ Otro tanto se puede decir respecto de los hijos menores de edad del causante o los adultos mayores que estuvieran a su cargo.⁷⁰ En estos casos, el derecho privado constituye una herramienta muy relevante para lograr los objetivos que se esperan alcanzar. Las asignaciones preferentes de bienes, la posibilidad de realizar asignaciones especiales o la concesión de una mayor participación en la herencia, son posibles soluciones que van de la mano de esta noción de igualdad. En efecto, si se piensa que el principal bien que generalmente queda al momento de fallecer una persona de edad adulta es su casa, se puede constatar inmediatamente la relevancia de la intervención del derecho privado. Así, en el caso de una persona con discapacidad que sobreviva al causante, difícilmente pueda seguir viviendo en la casa que compartía con el causante antes de su deceso, si no se establecen normas de adjudicación preferente, y uso gratuito, en su beneficio. Si bien el Estado podría a través de sus herramientas proveer de una vivienda idónea a la persona con discapacidad, es irrefutablemente obvio el valor que dicha vivienda podría representar para la salud y bienestar de quienes ya vivían en ella. De esta forma, el derecho privado es quien provee de las mejores y más eficientes soluciones para un dilema como este.

La profundización de la noción de igualdad en materia sucesoria requiere de reformas que, como se ha mencionado, principalmente tienen sede en el ámbito de la sucesión intestada. Ello es relevante especialmente si se considera que la mayor parte de las sucesiones abiertas en Chile corresponden a aquel tipo de sucesión. Sin embargo, existe en la actualidad una relevante barrera de entrada hacia la sucesión testada, que ciertamente atenta contra la igualdad, dificultando que las personas

69 ANDERSON (1999): 334. Solo existen normas generales relacionadas con la discapacidad, sin que tengan un foco en el derecho sucesorio, destacando en la materia la ley N° 20.422 de 2010, SALAH ABUSLEME (2015): 98.

70 Decreto N° 162 de 2017 que promulga la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

puedan otorgar un testamento en que manifiesten su voluntad para después de su fallecimiento.⁷¹ Resulta beneficioso para la estimación de esta desigualdad fáctica la internalización de que el testamento no solo es una herramienta relevante para la distribución patrimonial del causante, sino que también, un instrumento que cumple importantes funciones relacionadas principalmente con los hijos.⁷² Como resulta evidente, la necesidad práctica de asesorarse por un letrado y de dar cumplimiento de las exigentes formas necesarias para dar a conocer la última voluntad por las formalidades que nuestra ley precisa. El llamado a la simplificación de las formas, y ciertamente las instituciones sucesorias, es la medida de mejora que permite alcanzar este fin que se condice con la igualdad en este tercer sentido.⁷³

La idea de igualdad en un primer sentido no admite distribuciones diversas en número. Por su parte, la noción de igualdad de recursos refuerza la idea de que no parece idóneo mirar los gustos o el patrimonio del heredero receptor cuando se distribuyen los bienes hereditarios. Las críticas que DWORKIN realiza a las concepciones de la igualdad que se fundan en el bienestar proveen de importantes insumos en cuanto a las dificultades que este tipo de reglas producen. Particularmente, porque los medios económicos no son la única medida del bienestar, y las opciones que pueden tomar las personas con sus vidas son muy diversas.⁷⁴ En consecuencia, si se sigue la visión de la igualdad de los recursos, la tendencia debería ser la de dejar lo mismo a cada uno de los herederos.

71 Incluso ELORRIAGA ha identificado que no se respeta la igualdad en cuanto a la posibilidad de otorgar ciertos tipos de testamentos por parte de extranjeros. ELORRIAGA DE BONIS (2010): 235.

72 Si bien el objeto propio del testamento según la definición del Código es la disposición de todo o parte de los bienes (artículo 999), se pueden realizar importantes declaraciones como el reconocimiento de un hijo (artículo 189 del Código Civil), el restablecimiento de los padres cuya filiación se ha determinado judicialmente (artículo 203) o el nombramiento de un tutor o curador (apartado §2, del Título XIX, del Libro I del Código Civil, "De la tutela o curaduría testamentaria").

73 SALAH ABUSLEME (2015): 95-96.

74 DWORKIN (1981a): 186-187.

Sin embargo, bajo la tercera noción de igualdad, se podrían admitir reparticiones diversas, aun cuando la situación en que se encuentran los herederos receptores sea desmejorada debido a sus propias acciones. Con ello, se podría por ejemplo, defender la posibilidad de dejar una parte distinta de la herencia según la situación económica del receptor. Bajo esta tercera perspectiva de la igualdad, la distribución hereditaria se ocuparía de quienes se encuentran en una situación inferior producto de las reglas de la economía imperante y aun cuando ello se deba a su falta de talentos.⁷⁵ En ese sentido, una idea de igualdad de este tipo no se encuentra lejos de la ya derogada institución de la porción conyugal, en que se miraba a la situación económica relativa del cónyuge, beneficiando solo a aquellos que se miraran como "pobres".⁷⁶

V. CONCLUSIONES

La noción de igualdad es relevante en materia sucesoria. En esta área del derecho privado se aprecia prístinamente la relevancia del derecho civil como herramienta para responder a las necesidades que impone la igualdad en un determinado tiempo.

El concepto de igualdad en su sentido más básico ha sido una de las fuentes de inspiración de nuestra legislación sucesoria, asumiendo los desafíos que cada época ha impuesto. Como se mostró, su comprensión se encuentra muy vinculada, más que a la naturaleza de las personas y las cosas, a las concepciones que se tienen de ellas. En la primera visión de la igualdad, el legislador básicamente se ha desprendido de aquellas desigualdades poco razonables, injustas e inequitativas, históricamente contenidas en las leyes. Como consecuencia de lo anterior, una gran tarea que ha abordado el legislador ha sido aquella destinada a igualar personas, o de forma más precisa, la situación de ciertas personas.

75 ANDERSON (1999): 325.

76 La sede donde también podría repercutir una idea de este tipo son los impuestos a las herencias, en que solo se mira el monto de la asignación y la pertenencia al grupo familiar del causante y no la situación económica del asignatario (artículo 2º Ley de 16.271).

Otras nociones de igualdad, permiten realizar importantes ejercicios en torno a las reglas sucesorias. Ellas permiten mirar el conjunto de posibles herederos, así como la distribución de bienes, de forma novedosa. Con ello, instituciones como el derecho de adjudicación preferente se miran como una manifestación de la igualdad y no como una excepción a ella. Igualmente, respecto de otros grupos de personas cuya situación también amerita el establecimiento de normas especiales, nuevas concepciones acerca de la igualdad permiten innovaciones de gran relevancia. La ley y la dogmática tienen el desafío de incorporar criterios más sofisticados de igualdad en el ámbito sucesorio. Con ello, se puede alcanzar una igualdad ya no matemática, porcentual o numérica, sino que una igualdad que tome en consideración la situación y la dignidad de las personas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUAYO WESTWOOD, Pablo (2015). "¿Distribución o Reconocimiento? Un Análisis a Partir de John Rawls", *Cuadernos de Filosofía*, Vol. 2, N° 2, pp. 11-28.
- ANDERSON, Elizabeth (1999). "What Is the Point of Equality?", *Ethics*, Vol. 109, N° 2, pp. 287-337.
- ARISTÓTELES (2009). *Ética a Nicómaco* (trad. María Araujo y Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2000a). "El derecho de adjudicación preferente en la nueva regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil", en CORRAL TALCIANI, Hernán (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica N° 4, Derecho Sucesorio Actual y Adjudicación de la Vivienda Familiar* (Santiago de Chile, Universidad de los Andes), pp. 123-140.
- (2000b). "Atribución preferente de la vivienda familiar: posibles objeciones de constitucionalidad", en CORRAL TALCIANI, Hernán (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica N° 4, Derecho Sucesorio Actual y Adjudicación de la Vivienda Familiar* (Santiago de Chile, Universidad de los Andes), pp. 161-173.
- BARROS-ERRÁZURIZ, Alfredo (1931). *Curso de Derecho Civil*, Vol. 5 (4ª edición corregida y aumentada, Santiago de Chile, Editorial Nascimento).
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1885). *Obras Completas de Don Andrés Bello, Opúsculos Jurídicos*, Vol. IX, (Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez).
- (1887). *Obras Completas de Don Andrés Bello, Proyectos de Código Civil*, Vol. XI (Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez).
- (1888). *Obras Completas de Don Andrés Bello, Proyecto de Código Civil (1853)*, Vol. XII (Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez).
- (1890). *Obras Completas de Don Andrés Bello, Proyecto Inédito de Código Civil*, Vol. XIII (Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez).
- CANE, Peter (2001). "Distributive Justice and Tort Law", *New Zealand Law Review*, Vol. 4, pp. 401-419.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno (1999). "El derecho de adjudicación preferente: comentario del artículo 1337 N° 10 del Código Civil", *Revista de Derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción*, Vol. 7, N° 7, pp. 37-62.
- CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De la Sucesión por Causa de Muerte*, Tomo 1 (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1993). "¿Igualdad de lo desigual? Notas sobre la equiparación jurídica entre hijos legítimos e ilegítimos", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 1, pp. 21-37.
- CORRAL TALCIANI, Hernán y NASSER OLEA, Marcelo (2000). "El concepto de vivienda familiar en los artículos 141 y 1337, regla 10ª, del Código Civil", en CORRAL TALCIANI, Hernán (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica N° 4, Derecho Sucesorio Actual y Adjudicación de la Vivienda Familiar* (Santiago de Chile, Universidad de los Andes), pp. 83-103.
- CORREA SUTIL, Jorge (2011). "Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?", *Anuario de Derecho Público* (Santiago de Chile, Universidad Diego Portales), pp. 96-126.
- COURT MURASSO, Eduardo (2010). "El derecho de adjudicación preferente en la nueva regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil", en CORRAL TALCIANI, Hernán (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica N° 4, Derecho Sucesorio Actual y Adjudicación de la Vivienda Familiar* (Santiago de Chile, Universidad de los Andes), pp. 141-160.
- DÍAZ, JOSÉ, GALLEGO, FRANCISCO y LAFORTUNE, Jeanne (2016). "Nacimientos fuera del matrimonio en la historia de Chile: algunos hechos estilizados", *Estudios Públicos*, N° 142, pp. 37-79.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2006). "Principios del Derecho Sucesorio en el Código de Bello y su estado actual", *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, N° 219-220, pp. 215-236.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2011). *Derecho Sucesorio* (tercera edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- DWORKIN, Ronald (1981a). "What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 10, N° 3, pp. 185-246.

- (1981b). "What Is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 10, N° 4, pp. 283-345.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2010). *Derecho Sucesorio* (2ª edición actualizada, Santiago de Chile, Abeledo Perrot / Legal Publishing).
- ETCHEBERRY COURT, Leonory VELOSO VALENZUELA, Paulina (1991). "Proposiciones relativas a una nueva normativa en ciertas materias de filiación", en BARROS BOURIE, Enrique (coord.), *Familia y Personas* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), pp. 20-35.
- HARRIS, J. W. (2001). "Inheritance and the Justice Tribunal", en MUNZER, Stephen (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* (New York, Cambridge University Press), pp. 106-137.
- HART, H. L. A. (1961). *The Concept of Law* (Oxford, Oxford University Press).
- HIRSCH, Adam. (2004). "Default Rules in Inheritance Law: A Problem in Search of Its Context", *Fordham Law Review*, Vol. 73, N° 3, pp. 1031-1101.
- LIRA URQUIETA, Pedro (1944). *El Código Civil y el Nuevo Derecho* (Santiago de Chile, Imprenta Nascimento).
- MILANICH, Nara (2009). "El perfil local del patriarcado legal transnacional: el Código Civil chileno en una perspectiva comparativa", en PURCELL, Fernando, y RIQUELME, Alfredo (eds.), *Ampliando Miradas. Chile y su Historia en un Tiempo Global* (Santiago de Chile, RIL Editores), pp. 95-128.
- NOZICK, Robert (1999). *Anarchy, State, and Utopia* (reimpresión, Oxford, Blackwell Publishers).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1968). "El principio de igualdad en el derecho sucesorio", *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, N° 143, pp. 59-109.
- RAMOS PAZOS, René (2008). *Sucesión por Causa de Muerte* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- RAWLS, John (1995). *Teoría de la Justicia* (trad. María Dolores González, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).
- SALAH ABUSLEME, María Agnes (2015). "Las reglas sucesorias chilenas: una crítica desde los principios" en VIDAL OLIVARES, Álvaro *et al.* (eds.), *Estu-*

dios de Derecho Civil X, Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 87-100.

SEN, Amartya (1980). "Equality of What?", en McMURRING, Sterling (ed.), *The Tanner Lecture on Human Values*, Vol. 1 (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 197-220.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (2007). *Derecho Sucesorio* (Versión de ABELIUK MANASEVICH, René, séptima edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

UGARTE VIAL, Jorge (2007). "Protección de la legítima contra los legados de cuerpo cierto", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 2, pp. 251-288.

NORMAS CITADAS

Ley N° 1.838, Consejos de Habitaciones para Obreros. Diario Oficial, 20 de febrero de 1906.

Ley N° 5.343, Establece los Derechos y Obligaciones Referentes a la Adopción. Diario Oficial, 6 de enero de 1934.

Ley N° 5.750, Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Diario Oficial, 2 de diciembre de 1935.

Ley N° 7.613, Establece Disposiciones sobre la Adopción. Diario Oficial, 21 de octubre de 1943.

Ley N° 10.271, Introduce Diversas Modificaciones en el Código Civil. Diario Oficial, 2 de abril de 1952.

Ley N° 16.271, Ley de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones. Diario Oficial, 10 de julio de 1965.

La ley N° 16.346 de 1965, Establece la Legitimación Adoptiva, Diario Oficial, 20 de octubre de 1965.

Ley N° 18.703, Dicta Normas sobre Adopción de Menores y Deroga Ley N° 16.346. Diario Oficial, 10 de mayo de 1988.

Ley N° 19.585, Modifica el Código Civil y Otros Cuerpos Legales en Materia de Filiación. Diario Oficial, 26 de octubre de 1998.

Ley N° 19.620, Dicta Normas sobre Adopción de Menores. Diario Oficial, 5 de agosto de 1999.

Ley N° 20.422, Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad". Diario Oficial, 10 de febrero de 2010.

Ley N° 20.830, Crea el Acuerdo de Unión Civil. Diario Oficial, 21 de abril de 2015.

Decreto N° 162, Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Diario Oficial, 7 de octubre de 2017.