



Universidad de Chile

UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN CHILE:  
LOS POSIBLES CAMINOS HACIA UNA MAYOR LIBERTAD DE  
TESTAR**

**Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales**

**VALENTINA CRISÓSTOMO TORO - RODRIGO SALAS CARO**

Profesor guía: Gissella López Rivera

Santiago, Chile

2016

A la profesora, por su enorme ayuda en este proceso.

Valentina y Rodrigo.

A Rodrigo, por su compañía y cariño.

A mis padres, por su apoyo incondicional.

Valentina.

A Valentina, por devolverme la entereza en la penumbra.

A Schweinsteiger F.C., por hacerme sonreír y reafirmar mi vocación.

Rodrigo.

## **Contenido**

INTRODUCCIÓN .....	1
1. LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y LA LIBERTAD DE TESTAR.....	5
1.1.- La sucesión como consecuencia de la muerte.....	5
1.2.- Problemas relevantes de la libertad de testar.....	9
1.3.- Modelos de libertad de testar.....	19
2. LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN CHILE: AMPLITUD Y LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR.....	22
2.1.- El sistema sucesorio original del Código Civil Chileno: Asignaciones forzosas y libertad de testar.....	22
2.2.- Reformas legales al sistema: Restricción progresiva de la libertad de testar .....	35
2.3.- El sistema sucesorio vigente.....	53
3. MODELOS DE LIBRE DISPOSICIÓN EN EL DERECHO COMPARADO .....	62
3.1.- Costa Rica.....	62

3.1.1.- Antecedentes de la libertad de testar en Costa Rica.....	62
3.1.2.- La libertad de testar reconocida en el artículo 595 del Código Civil Costarricense .....	65
3.1.3.- ¿Es el artículo 595 del Código Civil de Costa Rica una limitación a la libertad de testar? .....	69
3.2.- Estados Unidos de América.....	73
3.2.1.- Panorama general .....	73
3.2.2.- Justificaciones en la doctrina estadounidense para la libertad de testar	79
3.2.3.- Restricciones a la libertad de testar .....	82
<b>4. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN AL SISTEMA SUCESORIO</b>	
<b>CHILENO .....</b>	<b>88</b>
4.1.- Diagnóstico de la realidad actual en materia testamentaria .....	88
4.2.- Propuesta de modificación parcial del sistema sucesorio chileno.....	104
4.3.- Propuesta de modificación total del sistema sucesorio chileno .....	110
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>117</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>121</b>

## INTRODUCCIÓN

Quizás uno de los asuntos más sensibles que regula el derecho corresponde al destino que deben tener los bienes que componen el patrimonio de una persona que, por diversas razones, deja este mundo. Podemos decidir muchas cosas a lo largo de nuestra vida: si queremos contraer o no matrimonio, si queremos o no tener hijos, si queremos o no embarcarnos en un emprendimiento o celebrar o no tal o cual contrato. Pero si hay algo que no podemos elegir -al menos al día de hoy- es renunciar a la muerte. El fenómeno sucesorio está inevitablemente presente en nuestras vidas.

Las consecuencias jurídicas de ese fenómeno están reguladas en nuestro país en el Código Civil, cuyo origen se remonta a mediados del siglo XIX. En lo relativo al derecho sucesorio, su libro III ha sido a lo largo de su vigencia, objeto de diversas modificaciones que, si bien no han trastocado esencialmente la estructura del sistema, sí han afectado su mecánica. La protección de aquellos intereses que el legislador estimó

merecedores de mayor resguardo, atentó directamente contra el interés del primer interesado: el del testador mismo.

Lo anterior significa constatar que los cambios introducidos en materia sucesoria en el Código Civil durante el siglo XX redujeron paulatinamente la libertad del testador para disponer de sus bienes de acuerdo a su voluntad, lo que no sólo generaría un desincentivo a ejercer la facultad de testar, sino que también da lugar a situaciones poco afortunadas.

En virtud de lo expuesto, las siguientes páginas tienen por objeto contribuir a una discusión en la cual no pocas voces promueven una necesaria revisión del sistema sucesorio vigente. Para ello, la presente memoria buscará sostener que es posible cautelar de manera eficiente los legítimos intereses que concurren en una sucesión a través de un sistema más flexible, que permita mayor libertad al causante para disponer de sus bienes. La propuesta implica redefinir qué intereses y en qué medida requieren realmente de protección, a la luz de las exigencias y desafíos que tiene nuestro país en pleno siglo XXI.

Para el cumplimiento de los objetivos propuestos, la presente memoria se divide en cuatro capítulos, los cuales tienen un enfoque preeminentemente expositivo. El primer capítulo aborda de modo general el fenómeno sucesorio, describiendo los intereses en juego, los problemas relacionados con la libertad de testar y los modelos que protegen tanto los intereses del testador como los de su núcleo familiar.

El segundo capítulo analiza el sistema sucesorio chileno regido por el Código Civil desde sus orígenes a mediados del siglo XIX y hasta nuestros días. Para ello, se analiza el sistema original del Código de 1855 y cómo a través de sus posteriores reformas, el legislador va limitando la libertad del testador de disponer de sus bienes para después de sus días, a la vez que benefició progresivamente a quienes tenían una posición desmejorada en la sucesión; hasta llegar al sistema sucesorio vigente al día de hoy.

El tercer capítulo analiza dos experiencias de derecho comparado que adscriben al principio de la libertad de testar, como los son las legislaciones de los países de Costa Rica y los Estados Unidos, con el objeto de rescatar cómo se protegen en dichos sistemas los intereses descritos en pugna.

En último término, la memoria finaliza con un cuarto capítulo que, tras dar cuenta de la situación actual del país en materia testamentaria, propone dos opciones *de lege ferenda* para flexibilizar el sistema sucesorio y permitirle al testador una mayor disposición de bienes, sin dejar en la indefensión a quienes merecen la debida consideración del difunto, en su ausencia.

# **1. LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y LA LIBERTAD DE TESTAR**

## **1.1.- La sucesión como consecuencia de la muerte**

El hecho de que nuestra existencia esté sujeta a un final, por próximo o lejano que este sea, es algo todavía inevitable. A pesar de los avances científicos que le han permitido a hombres y mujeres tener una vida más duradera y de mejor calidad, la muerte sigue siendo un obstáculo insalvable; un recordatorio permanente de la fragilidad humana.

Y el derecho, claro está, no puede estar ajeno a esa situación. Tanto es así, que sin ir más lejos, nuestro Código Civil reconoce esta situación al sostener que *"la persona termina en la muerte natural."* Esta constatación de la realidad no es algo meramente simbólico, porque la muerte de una persona como sujeto jurídico trae consigo -además del dolor de la pérdida- una serie de efectos jurídicos, que van incluso más allá del ámbito estrictamente civil. La emancipación del hijo sujeto a patria potestad, cambios en el estado civil de terceros, la pérdida de los derechos de

usufructo, uso y habitación respecto de un bien y la terminación de los contratos de sociedad, mandato civil y matrimonio <sup>1</sup> son sólo algunos ejemplos de la importancia que el derecho le otorga al término de la existencia de una persona.

Sin embargo, de todos los ejemplos ya señalados y de otros varios más que podemos encontrar, es en el fenómeno sucesorio donde realmente la muerte es el objeto directo del derecho. No en vano casi un libro entero de nuestro Código Civil se refiere a la sucesión por causa de muerte, regulando de manera exhaustiva los efectos patrimoniales de la muerte, estableciéndose quiénes pueden suceder a una persona y la forma en la que concurren a la herencia, entre otros.

Esta estrecha relación entre la sucesión por causa de muerte y el patrimonio<sup>2</sup>, se manifiesta en primer lugar, en que el causante puede dejar a su partida una serie de relaciones jurídicas pendientes -algunas como sujeto pasivo y otras como sujeto activo- que deben ser atendidas para evitar la inseguridad absoluta en la cual pueden caer las personas que estaban

---

<sup>1</sup> Ver artículos 270 N°1, 305, 806, 812, 2103 y 2163 N°5 del Código Civil y el artículo 42 de la ley 19.947, que establece una nueva ley de matrimonio civil.

<sup>2</sup> Teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 588 del Código Civil, no sería un disparate pensar que la sucesión por causa de muerte pudo haber sido regulada en el Libro Segundo del Código Civil, al tratar de los bienes y los modos de adquirir.

vinculadas al difunto, en relación al estado de sus derechos y obligaciones. Si consideramos que los herederos son los continuadores jurídicos del difunto, la sucesión por causa de muerte representa una verdadera subrogación personal, una garantía para el normal desarrollo del intercambio comercial<sup>3</sup>.

Lo dicho no difiere mucho del fenómeno de la *successio* que encontramos en el derecho romano clásico, en la cual la muerte del *sui iuris* -aquel que siendo libre no se hallaba sometido a persona alguna, a diferencia del *alieni iuris*, que siendo libre, se encuentra sometido al *paterfamilias* o jefe - genera como consecuencia que una o varias personas se coloquen en el lugar del *sui iuris* respecto de todas las relaciones jurídicas no personalísimas, tanto activas como pasivas.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> SOMARRIVA Undurraga, Manuel. Derecho Sucesorio: Tomo I. Versión de René Abeliuk. Editorial Jurídica de Chile, 8° Ed. actualizada, 2012, Santiago, Chile. pp. 17-18.

<sup>4</sup> Hay que tener en consideración que la proyección jurídica de la familia romana es precisamente la herencia, esto es, la continuidad del poder del padre normalmente a través de sus descendientes, manifestándose sobre todo en la transmisión del patrimonio de aquel a estos. Tanto es así, que en su sentido clásico no hay sucesión posible más que la que modernamente conocemos como "universal" -**in universum ius**-, puesto que la "singular" -**successio in unam rem**- no implica la asunción de deudas. En el derecho clásico, la presencia del heredero -**heres**- en la sucesión civil es absolutamente esencial y la necesidad de determinar en todo caso uno o varios herederos respondería en parte a la conveniencia de que alguien se hiciese cargo de las deudas y acciones del difunto. Sin ir más lejos, la **nuncupatio** testamentaria comienza precisamente con la institución de el o los herederos, al punto que se considera inválida toda cláusula testamentaria que anteceda la **heredis institutio**. La sucesión a título singular es una elaboración del derecho romano postclásico, bajo la influencia de Gayo. SAMPER Polo, Francisco. Derecho Romano. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2° Ed., Julio 2007, Santiago, Chile, pp.189-216.

En segundo lugar, porque la sucesión implica la distribución de los bienes del patrimonio que deja el causante. La sucesión por causa de muerte opera entonces como modo de adquirir el dominio -artículo 588 del Código Civil- a título gratuito. Dicho título será el testamento si la distribución de bienes la realiza el causante en virtud de un acto de última voluntad; será la ley *si en ausencia de éste*, se sucede abintestato. Jurídicamente hablando entonces, la sucesión testamentaria tiene primacía por sobre la sucesión abintestato, porque ésta tiene lugar cuando el difunto no ha dejado testamento.<sup>5</sup> Y está bien que así sea, porque el testamento representa el último acto de disposición que el causante realiza sobre sus bienes; y como señor y dueño de éstos, es legítimo que decida sobre su futuro. A fin de cuentas, la disposición que el causante hace de sus bienes en el testamento es simplemente el ejercicio válido de uno de los atributos del dominio que le corresponden.

Sin embargo, y en atención a los diversos intereses que convergen en una sucesión, sostener categóricamente que el difunto puede decidir sin

---

<sup>5</sup> SOMARRIVA Undurraga, Manuel. Ob. cit. p. 22. Demás está decir que lo señalado requiere ciertas precisiones, en la medida que por ejemplo, nuestro Código Civil contempla en su artículo 996 la posibilidad de suceder tanto por testamento como abintestato.

limitación alguna sobre el destino de sus bienes para después de sus días no es un asunto pacífico<sup>6</sup>.

Este asunto nos lleva a tratar la cuestión de la libertad de testar, la cual podemos entender como *"la facultad que tiene el causante para disponer en la forma en que desee de su patrimonio, para que esta disposición tenga efecto para después de su muerte."*<sup>7</sup>

Y es a esto a lo que nos abocaremos de aquí en más.

## **1.2.- Problemas relevantes de la libertad de testar**

Tal como ya señalamos, diversos son los intereses que concurren en una sucesión y que deben ser conciliados. El primero de todos es el que tiene el propio testador de poder disponer de sus bienes para después de su muerte, con el objetivo de beneficiar con ellos a quienes él desee. Junto con

---

<sup>6</sup> Así, mientras CLARO Solar señalaba que el sistema de la libertad de testar le permitía al testador "cumplir con el conjunto de deberes que las relaciones de su vida le han creado y que los más elementales principios de justicia reclaman que sean cumplidos, otros como BORDA sostenían que "la institución de la legítima responde a un poderoso sentimiento de justicia." Ver ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. "Derecho Sucesorio." Lexis Nexis, 1° Ed., diciembre 2005, Santiago, Chile. pp. 376 - 377.

<sup>7</sup> ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. Derecho Sucesorio. Lexis Nexis, 1° Ed., diciembre 2005, Santiago, Chile. p. 372.

el interés del testador, concurren en la sucesión el interés de la familia del causante, un interés de carácter social y el interés de los acreedores. El interés de la familia responde a la inquietud de dicho núcleo respecto a la participación que le cabe en la distribución de los bienes de aquel de sus miembros que ha dejado de existir. Este interés estaría justificado en la suposición de que la familia del difunto ha contribuido - ya sea directa o indirectamente- en la formación del patrimonio que debe ser distribuido. Y es en razón de ello que los miembros de la familia del testador serían dignos de cierta protección legal, que les garantice participación en la distribución de los bienes que ha dejado el causante. Por otro lado, el interés social responde a una expectativa general de la sociedad de obtener algún beneficio o utilidad de la sucesión, lo cual se justifica por el hecho de que la formación del patrimonio del difunto necesitaría del concurso de la sociedad toda. Tampoco podemos dejar de considerar el interés que tendrán los acreedores del causante en la herencia para la satisfacción de sus créditos, y el que podría llegar a tener cualquier otra persona que se sabe beneficiario o tiene la expectativa de recibir un legado en virtud de acto testamentario.<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Para una revisión de los intereses concurrentes en el proceso sucesorio, ver ELORRIAGA DE BONIS,

En nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar varios ejemplos que dan cuenta de la protección que la ley le otorga a estos diversos intereses coexistentes. Así, encontramos una manifestación evidente de la protección de los intereses sociales en la sucesión de una persona, en el establecimiento del Fisco, en tanto representante económico del Estado y de la sociedad, como "*heredero último*"<sup>9</sup>. Esto sucederá sólo para el caso que falten todos los otros a quienes la ley llama a suceder de acuerdo al orden establecido a partir del artículo 988 del Código Civil. Junto con lo dispuesto por el artículo 995 del Código Civil, y también en la línea de protección de los intereses de la sociedad, podemos mencionar el impuesto a la herencia establecido en la ley N° 16.271. A su vez, el interés de los acreedores del difunto de ver satisfechos sus créditos se protege en nuestro sistema sucesorio a través de las bajas generales de la herencia, que según lo dispuesto por el artículo 959 del Código Civil, se deducen del

---

Fabián. Ob. cit., p.376. También SOMARRIVA Undurraga, Manuel. Ob. cit. pp. 18-19 y RODRIGUEZ Grez, Pablo. Instituciones de Derecho Sucesorio. De los cinco tipos de sucesión en el Código Civil Chileno. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, 2° Ed. actualizada, diciembre 2002, Santiago, Chile. pp. 131-132.

<sup>9</sup> Además, debemos considerar el interés general de la sociedad de que todo patrimonio tenga un dueño. He allí la explicación de que gran parte de las legislaciones contemplan como norma de clausura que el fisco sea heredero de los bienes que nadie ha reclamado. Así por ejemplo, el artículo 1.034 del código Civil de Uruguay señala que: "A falta de todos los que tengan derecho a heredar, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo, heredará el Estado". Igual regla aplica el Código Civil argentino en su artículo 3.588 que señala que: "A falta de los que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto anteriormente, los bienes del difunto, sean raíces o muebles, que se encuentren en el territorio de la República, ya sea extranjero o ciudadano argentino, corresponden al Fisco, Provincial o Nacional, según fueren las leyes que rigieren a este respecto".

acervo o masa de bienes que el causante ha dejado, para posteriormente proceder a la disposición -sea por acto testamentario o en virtud de sucesión abintestato- del resto de los bienes -los cuales constituyen el acervo líquido o partible-.

Sin embargo, los problemas surgen al tratar de conciliar el interés del testador de disponer de sus bienes -en favor de quien quiera y como mejor le parezca-, con el interés de la familia de tomar parte en la distribución de los bienes que el causante ha dejado y que supuestamente contribuyó a formar. Estos intereses son probablemente los más difíciles de conciliar en relación a una sucesión, ya que mientras mayor sea la libertad que detenta el testador para distribuir su patrimonio, más insegura es la posición de los familiares frente a ese patrimonio, con miras a participar de la distribución de los bienes que lo componen. Por el contrario, mientras mayor sea la protección que la ley le otorga a los intereses familiares, más limitada se encuentra la libertad de testador para distribuir sus bienes.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> En nuestro sistema sucesorio, los intereses familiares están representados por las asignaciones forzosas, principalmente por las legítimas. Estas asignaciones gozan de una serie de mecanismos de protección, tales como, la formación de los acervos imaginarios, la prohibición de sujetar las legítimas rigurosas a modalidades y la acción de reforma de testamento, de acuerdo a los artículos 1185 a 1187, 1192 y 1216 del Código Civil respectivamente, son ejemplos de estos mecanismos de protección. Véase ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. Ob. cit. pp. 379 y 380 y RODRIGUEZ Grez, Pablo. Ob. cit. pp. 77 - 130.

En este sentido, el sistema sucesorio chileno *era bastante ecléctico*, porque no obstante contemplar asignaciones cabalmente forzosas en beneficio de familiares -las legítimas y la porción conyugal-, también contemplaba un tipo de asignación que el Código igualmente trataba como forzosa, pero que no lo era en estricto sentido y que le permitía al testador un cierto margen de libertad de disposición -la mejora-; sin perjuicio de poder disponer además de un cuota de libre disposición, y que bajo ciertas circunstancias, esa cuota de libre disposición aumentara significativamente, hasta alcanzar la mitad del as hereditario.

Y decimos que *era bastante ecléctico*, porque tal como desarrollaremos más adelante, a pesar que dicho esquema -que esencialmente se consagra en el artículo 1184 del Código Civil- se mantiene prácticamente inalterado desde mediados del siglo XIX, las modificaciones particulares que sufrió el sistema sucesorio nacional a lo largo del siglo XX llevaron a que su funcionamiento cambiara de tal manera, que en la práctica tendió hacia una mayor protección de los

intereses familiares en desmedro del interés del testador de disponer de sus bienes de acuerdo a su voluntad.<sup>11</sup>

En este juego de intereses, quienes apoyan la primacía del interés del testador de disponer de sus bienes de la forma que más le acomode, abrazan el principio general de la libertad de testar; mientras que los defensores de los intereses familiares en la sucesión adhieren naturalmente a una mayor restricción del ejercicio de dicha libertad.

Quienes apoyan la libertad de testar suelen sostener que permitirle al testador disponer de sus bienes sin limitaciones fomenta que sus hijos se esfuercen en la formación de un patrimonio propio que les otorgue estabilidad económica e independencia. La restricción de la libertad de testar significa para los hijos del testador -de acuerdo a quienes sostienen esta posición- la certeza de que tarde o temprano recibirán parte de los

---

<sup>11</sup> Este cambio progresivo respondió a la intención de otorgar una mayor protección a quienes estaban menos resguardados en el marco de la regulación sucesoria del Código Civil original. Lo dicho se refleja fielmente en el estatuto de filiación vigente al dictarse la ley N° 19.585, respecto de la cual es posible apreciar dos ejes en lo relativo al derecho sucesorio: el principio de igualdad jurídica de todos los hijos y el principio de protección del interés jurídico del cónyuge sobreviviente. Lo interesante es que mientras el primer principio es una idea fuerza de toda la ley, el segundo se fue materializando durante el curso de la tramitación legislativa de la ley en discusión, y como veremos más adelante, son precisamente los cambios relativos al cónyuge sobreviviente los que terminaron distorsionando de mayor forma el sistema sucesorio. Véase LÓPEZ Rivera, Gissella. Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2001, Santiago, Chile. pp. 89-98.

bienes de sus padres, situación que podría llevarlos a perder todo incentivo a trabajar.

Por el contrario, quienes abogan por una libertad limitada de testar sostienen que dejar al testador disponer de sus bienes sin restricciones es algo peligroso y que puede llevar a que ocurran situaciones indeseables. Un sujeto desapegado, falto de cariño por su familia y que no se ve compelido por la ley a tenerle una mínima consideración, puede omitir por completo a su núcleo familiar en la distribución de sus bienes. Esto significaría desconocer el hecho que los miembros de la familia del difunto habrían contribuido en la formación de su patrimonio, y que han sido personas meritorias o dignas de algún tipo ayuda.

Más arriba señalamos que el fenómeno sucesorio tenía una estrecha relación con el patrimonio y mencionamos dos aspectos: la continuidad o proyección de la persona jurídica del difunto en sus herederos como garantía para quienes se vincularon con aquel, y la distribución de los bienes que componen el patrimonio del causante. La mayor o menor importancia que le demos a uno u otro aspecto pareciera ser también relevante a la hora de fijar el margen de acción que tendrá el testador.

Si le otorgamos mayor importancia al primer aspecto, pareciera no ser relevante que el testador designe a una o más personas de su núcleo familiar como herederos, atendido cuál es el real interés del núcleo familiar en la sucesión. En otras palabras, si lo principal en un sistema sucesorio es resguardar el interés de los acreedores, ser heredero (lo que implica asumir deudas hereditarias) no sería realmente beneficioso; incluso podría ser perjudicial. En un sistema con esa impronta, el testador que simplemente quisiera otorgar beneficios a un familiar -o a cualquier persona- con el objeto de satisfacer sus intereses, decidiría lisa y llanamente designarlo beneficiario de uno o más legados. Ahora bien, esa solución -que se utilizaba en el derecho romano clásico<sup>12</sup>- no tiene sentido en nuestro derecho sucesorio desde el momento que existen mecanismos para salvaguardar el patrimonio de los herederos -como es el caso del beneficio de inventario que regula el Código Civil a partir del artículo 1247-, y principalmente, porque las asignaciones forzosas tienen preferencia por sobre los legados, de modo tal que es más conveniente ser heredero, aun con la carga que las deudas hereditarias significan.

---

<sup>12</sup> SAMPER Polo, Francisco. Ob. cit. p. 220.

Si le otorgamos mayor importancia al segundo aspecto, la discusión sobre cuál es el margen de libertad del testador para disponer de sus bienes cobra relevancia, porque el resultado de esa discusión dará cuenta de qué intereses estarán mejor resguardados en la sucesión del causante. Y en esa discusión debemos precisar un aspecto que nos parece esencial: no se puede decir tan livianamente que sólo los familiares merecen protección en virtud de un cierto deber de consideración y por su participación -directa o indirecta- en la formación del patrimonio que se reparte. En primer lugar, porque el sólo hecho de sostener que el núcleo familiar ayuda a la creación del patrimonio del causante es discutible, sobre todo respecto de los hijos<sup>13</sup>. Y en segundo lugar, porque si existe un deber de consideración para con los familiares, ese deber se justificaría por los lazos de afecto desarrollados y que unían al difunto con su núcleo familiar. ***Y si eso es así, entonces lo esencial no es el lazo formal o sanguíneo sino los afectos.*** No se ajusta del todo a la realidad sostener que ***el sólo hecho de ser familiar*** justifica una especial protección en materia sucesoria, a tal punto de excluir a otras

---

<sup>13</sup> Es importante tener en cuenta todos los gastos que implica la crianza de los hijos: proveer alimentos, vestimenta, salud y por sobretodo, educación escolar y universitaria o técnica profesional. Por ello cuesta mucho sostener que los hijos contribuyen a la creación del patrimonio de sus padres, cuando más bien lo que sucede es que consumen una parte importante de éste mientras se encuentran bajo su cargo. En el caso del cónyuge es más razonable sostener que uno de ellos ha contribuido a la creación del patrimonio del otro, en especial cuando uno de ellos se ha dedicado al hogar y al cuidado de los hijos, permitiendo al otro una mayor dedicación en su respectivo trabajo. Sin embargo, este argumento podría analizarse en sede de régimen económico del matrimonio.

personas que puedan ser favorecidas por la distribución de bienes, en virtud de la voluntad expresa del testador<sup>14</sup>. Seguramente el núcleo familiar se verá afectado por la muerte de uno de los suyos y de seguro tiene un interés en el patrimonio del causante digno de ser considerado, así como seguramente el difunto estaba vinculado afectivamente a su familia, pero los afectos del testador no se agotan necesariamente en su núcleo familiar. Si los lazos sanguíneos debiesen ser respetados a todo evento, no se justificaría la existencia de la institución del desheredamiento que regula nuestro Código Civil a partir de su artículo 1207, por dar un ejemplo. En definitiva, un debate en serio sobre la protección de intereses en materia sucesoria no puede dejar de considerar este aspecto. Quien mejor sabe dónde están sus afectos y quiénes merecen mayor consideración es el propio testador.

La defensa de los intereses del testador y de su núcleo familiar han sido recogidos -privilegiando uno por sobre el otro- en las legislaciones de

---

<sup>14</sup> El caso paradigmático en nuestro país era el de la pareja de convivientes que no había contraído vínculo matrimonial. En el evento de que uno de los convivientes falleciera, el otro carecía de cualquier protección en el ámbito sucesorio porque no era legitimario. Sólo si el conviviente fallecido le consideraba en el testamento podía ser beneficiario **hasta** de un cuarto de los bienes del causante, correspondientes a la porción de libre disposición, para el caso fuera beneficiario de la totalidad de esa porción. Dicha situación cambió recientemente con la entrada en vigencia de la ley N° 20.830 que crea el "Acuerdo de Unión Civil", pero subsisten otros casos, según se analizará en los capítulos II y IV.

los diversos países del mundo; tal cual observaremos sucintamente, a continuación.

### 1.3.- Modelos de libertad de testar

Podemos distinguir esencialmente dos modelos en relación a la libertad de testar. Por un lado, encontramos un *modelo sucesorio de libre disposición*, que ampara la libertad de testar de las personas y, por otro, un *modelo de legítimas* que restringe esta libertad en aras de la protección de los intereses familiares.<sup>15</sup>

En el primero de estos modelos, el causante tiene una amplia facultad para disponer de sus bienes y designar a los beneficiarios de éstos. Lo esencial de este modelo es la inexistencia de una obligación de reservar una determinada cantidad o cuota de bienes a algún pariente o familiar y que, de existir alguna limitación<sup>16</sup>, esta no grava a la totalidad o a la mayoría del

---

<sup>15</sup> ELORRIAGA DE BONIS. Ob. cit. pp. 372-374.

<sup>16</sup> Gran parte de los países que optaron por privilegiar la libertad testamentaria presentan modelos que *no son estrictamente puros*, pues sí contemplan restricciones -aunque no de la magnitud de los sistemas restringidos-. Generalmente, se establece cierta cuota de bienes que deben ser dejados a ciertos parientes, o se establece una obligación de carácter alimentario para con ciertos individuos, para que puedan subsistir después del fallecimiento del causante. Con todo, si los beneficiarios no reclaman sus derechos dentro de

acervo disponible. Este sistema, por tanto, privilegia el interés del causante por sobre el estricto interés familiar.

Países como Inglaterra, Canadá, México, Costa Rica, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Panamá y gran parte de los Estados Unidos poseen sistemas sucesorios donde prima la libertad de testar.<sup>17</sup>

En el segundo de estos modelos, la facultad del testador para disponer de sus bienes se encuentra significativamente restringida por la voluntad de la ley de proteger a aquellos que el legislador presume tienen mejor derecho para suceder. A diferencia del primer modelo, en este sí se le impone una obligación al causante, la cual no sólo se refiere a quienes pueden ser beneficiarios, sino que también a la cantidad o cuota de bienes que le corresponde a cada uno. En virtud de esa obligación, la ley determina una porción de bienes -o *legítima*- a la cual queda sujeto el testador cuando dispone de sus bienes, aun en perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

---

cierto periodo, se respeta a cabalidad la voluntad expresamente declarada del causante. Revisaremos más detalladamente algunos casos en el capítulo III.

<sup>17</sup> Véase MARTINIC Galetovic, María Dora. Las asignaciones forzosas y la libertad de testar en el derecho chileno. **EN:** revista jurídica. N° 5. Editorial Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). 2002. Buenos Aires, Argentina. pp. 69-75.

El modelo permite diversas variantes. Así, la legítima puede ser distribuida a partir de una cuota variable o invariable, dependiendo del número de hijos. Países tales como Francia, Portugal y Uruguay <sup>18</sup> son una muestra del primer caso; mientras que países como Suiza, Austria, Noruega, Brasil y Venezuela, son ejemplos del segundo. También hay variantes del modelo que combinan la distribución forzosa de la legítima con una cuota de libre distribución respecto a determinadas personas. Esta variante se conoce como *sistema de mejora*, y se encuentra vigente en España, Argentina, Colombia, Perú y -como veremos a continuación- Chile.

---

<sup>18</sup> El caso uruguayo es bien ilustrativo al respecto: De acuerdo al artículo 870 del Código Civil de la República Oriental del Uruguay, son asignaciones forzosas los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, la porción conyugal y las legítimas. A su vez, el artículo 885 dispone que tienen legítima los hijos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos o naturales; los hijos naturales, reconocidos o declarados tales, personalmente o representados por su descendencia legítima o natural y finalmente los ascendientes legítimos. Sobre esa base, el artículo 887 dispone que "*habiendo un solo hijo legítimo o natural reconocido o declarado tal o descendencia con derecho a representarle, la porción legitimaria será la mitad de los bienes; si hay dos hijos, las dos terceras partes; si hay tres o más hijos las tres cuartas partes.*" La porción legitimaria se divide por partes iguales entre los legitimarios que concurren a la sucesión. Si suceden los ascendientes, la legítima es la mitad de los bienes. La diferencia, dependiendo cada caso, corresponde a la parte de los bienes que puede libremente disponer el testador. Véase: [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Uruguay.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Uruguay.pdf).

## **2. LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN CHILE: AMPLITUD Y LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR**

### **2.1.- El sistema sucesorio original del Código Civil Chileno:**

#### **Asignaciones forzosas y libertad de testar**

El sistema sucesorio original consagrado en el *Código Civil Chileno* no es precisamente el reflejo de lo que don Andrés Bello tenía en mente. Partidario de la libertad de testar más que de un sistema de legítimas, escribe Bello en una nota relacionada al artículo 1343, número 4, del proyecto de 1853 que:

*"las legítimas no fueron conocidas en Roma, mientras a la sombra de las virtudes republicanas se mantuvieron puras las costumbres y severa la disciplina doméstica. Las legítimas no son conocidas en la mayor parte de la Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América; y tal vez no hay países donde sean más afectuosas y tiernas las relaciones de familia, más santo el hogar doméstico, más*

*respetados los padres, o procurados con más ansia de la educación de sus hijos. El legislador de la Luisiana, que ha copiado en parte las disposiciones del Código Civil francés, y de los Códigos Españoles, ha adoptado legítimas, pero con modificaciones considerables. Cuanto más suave el yugo de las leyes, más poderosa es menester que sea la venerable judicatura que la naturaleza confiere a los padres."*<sup>19</sup>

Sin embargo, y a instancias de la Comisión Revisora del proyecto del Código, se incluyeron las legítimas como parte de nuestro sistema sucesorio.<sup>20</sup> Así, el proyecto de 1853 estableció en el Título V del Libro III -artículos 1324 y siguientes- lo que conocemos como "Asignaciones Forzosas", sin contemplar la mejora como asignación forzosa y disponiendo en su artículo 1345 lo que sigue:

---

<sup>19</sup> BELLO, Andrés. Obras Completas. Volumen XII." Impreso por Pedro G. Ramírez. Santiago, Chile, 1888. pp. 315-317.

<sup>20</sup> **RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA SARA.** "CONTRACCIÓN DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS. UNA REFORMA URGENTE AL SISTEMA SUCESORIO CHILENO." **En: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (Coordinador).** "ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL V. JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL. CONCEPCIÓN, 2009." Abeledo Perrot (Legal Publishing). 1° Ed., Julio 2010, Santiago, Chile. p. 426.

*"La legítima rigorosa, es la mitad de lo que corresponde al legitimario sucediendo abintestato.*

*"El testador puede disponer libremente de lo que resta después de satisfechas las legítimas rigorosas."*

En otras palabras, el haber hereditario se dividía en dos mitades; una quedaba destinada para satisfacer las legítimas y la otra quedaba a entera voluntad del testador para disponer de ella entre quienes él estimara. Como podemos apreciar, el proyecto de 1853 establecía un régimen mixto, que conciliaba razonablemente la libertad del testador para disponer de sus bienes y los intereses de quienes la ley beneficiaba como legitimarios.

Don Andrés Bello tampoco era partidario de la mejora, y eso explica su ausencia en el proyecto de 1853. No obstante ello, y nuevamente contra la opinión del caraqueño, la Comisión Revisora decide incorporar la mejora dentro del sistema sucesorio del nuevo Código<sup>21</sup>, pero con la particularidad de que la establece a costa de la porción de libre disposición y no de la porción legitimaria.

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*

Decimos que corresponde a algo particular porque la institución de la mejora <sup>22</sup> -o *mejora de tercio*, como era conocida en el derecho castellano- correspondía a un tercio de la herencia, ***deducido el quinto*** que se permitía reservar para asignaciones al "*alma del testador*" o a terceros -lo que es propiamente una cuota de libre disposición-, con el cual se podía ***mejorar*** la situación de los descendientes, fueran legitimarios o no. Por tanto, lo que nosotros conocemos como mejora, en el derecho castellano-indiano se calculaba sobre la base de las cuatro quintas partes del patrimonio del testador. Con todo, cabe señalar que en la práctica, el quinto de libre disposición también se utilizaba para mejorar la situación de algún descendiente en relación al resto.<sup>23</sup>

Así las cosas, el sistema sucesorio chileno que entró en vigor el 1° de enero de 1857 se configuró, a grandes rasgos, de la siguiente manera:

---

<sup>22</sup> La institución es de origen visigótico, con una evolución que alcanza la Novísima Recopilación de 1805 y que fue plenamente aplicable en el derecho indiano. Para más detalles, ver: GUZMÁN Brito, Alejandro. "La pervivencia de instituciones sucesorias castellano-indianas en las codificaciones hispanoamericanas del siglo XIX." **EN:** DE LA PUENTE Brunke, José y GUEVARA Gil, Jorge Armando (Editores). Derecho, instituciones y procesos históricos. XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. tomo III. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1° Ed., Agosto 2008, Lima, Perú. p.52.

<sup>23</sup> Esto explica que en el derecho castellano se hablara de "**mejora de tercio y quinto.**" Y si bien existe una diferencia por cuanto en un caso -el castellano-indiano- se calcula la porción de la mejora descontando la cuota de libre disposición y en el otro -el del Código original- se calcula sobre el total sin deducciones, la cuantía de las cuotas en cada caso -el tercio castellano-indiano versus el cuarto chileno republicano- permite sostener que la mejora chilena es prácticamente igual a la mejora antigua. GUZMÁN. Ob cit. pp. 53-60.

1.- La sucesión, según lo dispone el artículo 952 del Código Civil, puede ser **testamentaria** o **abintestato**. Es testamentaria cuando el causante distribuye sus bienes en virtud de un acto jurídico unilateral e indelegable como lo es el testamento. Es abintestato cuando no existe testamento y la distribución de bienes se realiza de acuerdo a las reglas que prescribe la ley.<sup>24</sup>

2.- Se instituyen como **asignaciones forzosas** -artículo 1167 del Código Civil- los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos. Las primeras dos tenían el carácter de **bajas generales de la herencia** y por tanto, se deducían del as hereditario antes de su liquidación. A estas asignaciones el testador está obligado, debiendo ser respetadas por él, incluso en perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

---

<sup>24</sup> Tal como ya se señaló en el capítulo anterior, lo descrito requiere ciertas precisiones en cuanto al funcionamiento del sistema sucesorio, en la medida que puede ocurrir que concurren ambas a la vez. Por lo mismo, lo que se está describiendo es la sucesión testamentaria y abintestato en un estado puro, vale decir, sucesión testamentaria debidamente realizada -es decir, respetando las asignaciones forzosas- y distribuyendo la totalidad de bienes del causante, y sucesión abintestato para el caso de ausencia total de manifestación de voluntad del causante -falta de testamento-.

**3.-** La **distribución del caudal hereditario** quedaba regido por lo que disponía el artículo 1184 del Código Civil, el cual decía por ese entonces lo siguiente:

*"La mitad de los bienes, previas las deducciones i agregaciones indicadas en el artículo 959 i las que en seguida se espresan [25], se dividirá por cabezas o por stirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa.*

*No habiendo descendientes legítimos con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.*

*Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones i agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del*

---

<sup>25</sup> En esta parte el Código se refiere a los acervos imaginarios regulados en los artículos 1185 y 1186 del mismo, en virtud de los cuales, tanto las donaciones revocables como las irrevocables hechas en razón de legítimas y/o mejoras, las deducciones relativas a la porción conyugal complementaria y las donaciones irrevocables hechas a terceros se podían acumular imaginariamente al acervo para el cómputo de las legítimas y mejoras. Para el caso que el exceso de lo donado menoscabara la legítima rigorosa o la cuarta de mejoras, los legitimarios contaban con una acción para exigir la restitución del exceso donado procediendo contra los donatarios en el orden inverso al de las fechas de las donaciones. Esta acción, contemplada en el artículo 1187 del Código Civil es la de inoficiosa donación.

*acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, sean o no legitimarios; i otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio."*

4.- La versión original del artículo 1182 del Código Civil señalaba que eran **legitimarios**<sup>26</sup> los hijos legítimos, sea personalmente o representados por su descendencia legítima; los ascendientes legítimos; los hijos naturales, sea personalmente o representados por su descendencia legítima y los padres naturales. Estos legitimarios -de acuerdo al artículo 1183 del Código Civil- concurrían, eran excluidos y representados según el **orden y reglas de la sucesión intestada**.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Entendiendo que la **legítima** es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas; son **legitimarios** precisamente aquellas "ciertas personas" a las cuales la ley les asigna una cuota del haber hereditario. Artículo 1181 del Código Civil.

<sup>27</sup> Las personas suceden por **derecho personal** o por **derecho de representación**. En el primer caso, se sucede por cabezas, lo que significa que los llamados toman entre todos y por partes iguales la porción a la que la ley los llama, salvo que se establezca una proporción diferente. En el segundo caso, se sucede por estirpes, lo que significa que todos aquellos que toman el lugar del representado lo hacen por la porción que le habría tocado a éste. El derecho de representación es esencialmente una ficción legal que le permite a ciertas personas tomar el lugar y los derechos sucesorios de otra. La forma en la que se verifica ese llamado es lo que pasamos a revisar a partir del punto 5.

**5.-** El Código Civil original disponía a partir del artículo 988 el siguiente **orden de sucesión**, bajo el entendido que los primeros en ser llamados a suceder excluían inmediatamente a los que seguían:

**5.1.-** En primer término, la ley llamaba a suceder a los hijos legítimos.

**5.2.-** En segundo término, estaban llamados a suceder los ascendientes legítimos de grado más próximo, a los cuales se sumaban el cónyuge sobreviviente<sup>28</sup> y los hijos naturales. El as hereditario se dividía en cuatro partes si concurrían el cónyuge sobreviviente o los hijos naturales y en cinco partes si lo hacían ambos. En cualquier caso, los ascendientes legítimos se hacían de tres partes del total. Si sólo concurrían los ascendientes, estos llevaban todo el as hereditario.

**5.3.-** A continuación eran llamados los hermanos legítimos, a los cuales también se sumaban el cónyuge sobreviviente y los hijos naturales. Si todos concurrían, la herencia se dividía en tres partes iguales para cada uno de los llamados en este apartado. Si faltaba el cónyuge sobreviviente o los hijos naturales, la herencia se dividía en dos partes iguales a repartir y si faltaban

---

<sup>28</sup> No está demás señalar que, según el artículo 994 del Código Civil de 1855, el cónyuge divorciado no tenía parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido, si el divorcio fuese por su culpa.

ambos la herencia quedaba íntegra para los hermanos. Si entre los hermanos concurren algunos *paternos* o *maternos*, a estos últimos correspondía la mitad de lo que le correspondía a los hermanos *carнаles*, es decir, aquellos con mismo padre y madre.

**5.4.-** En cuarto lugar, la ley llamaba a suceder al cónyuge sobreviviente y a los hijos naturales, siendo éste lugar el que en estricto rigor les correspondía. El haber hereditario se repartía en este caso por iguales partes entre ambos, y la ausencia de uno de ellos implicaba que el otro se quedaba con todo.

**5.5.-** En ausencia de todos los anteriores, eran llamados a suceder los colaterales legítimos; teniendo en consideración que los del grado más próximo excluían a los otros, que el llamado a suceder sólo se extendía hasta el sexto grado inclusive y que la ley no distinguía entre colaterales de simple y doble conjunción a la hora de conferir derechos sucesorios.

**5.6.-** Finalmente, y para el caso que faltaran todos aquellos a los cuales la ley había llamado precedentemente, sucedería el Fisco, como heredero residual de todas las herencias. Este artículo -el 995 del Código Civil- se

mantiene inalterado hasta el día de hoy y representa la norma de clausura en materia de orden sucesorio.

**5.7.-** Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 993 establecía una regulación especial para el caso de la muerte de un hijo natural que no deja descendientes legítimos. Según dicho artículo, se defería la herencia primeramente a sus hijos naturales. En segundo lugar aparecen los padres<sup>29</sup> y en tercer lugar aquellos hermanos que fueren hijos legítimos o naturales de uno o ambos padres.<sup>30</sup> Si al causante le sobrevive su cónyuge, concurrirá junto a los padres o hermanos de aquél, recibiendo la cuarta parte o la mitad de los bienes, respectivamente.

En concreto y bajo el sistema original del Código Civil de 1855, la ausencia de descendencia legítima era el caso que mayor margen de disposición de bienes le daba al causante, pues aun concurriendo otros legitimarios podía disponer de la mitad de sus bienes, quedando la otra mitad para la satisfacción de las legítimas. Esta hipótesis es coincidente con la que don Andrés Bello había propuesto para todos los casos en el

---

<sup>29</sup> Si sólo uno de los padres ha reconocido al causante con las formalidades legales, sólo ese padre le heredará.

<sup>30</sup> Todos los hermanos suceden simultáneamente. En cuanto a las proporciones, se reitera el principio de que el hermano carnal recibe el doble de lo que lleva un hermano paterno o materno.

proyecto de 1853, antes que la Comisión Revisora decidiera incorporar la institución de la mejora al sistema. En este sentido, es claro que el proyecto referido tenía un enfoque más liberal que el Código que entró en vigencia en 1857. Sin embargo, y a pesar de la restricción que significa la formación de la cuarta de mejoras, hay que tener en cuenta dos cosas: en primer lugar, que la mencionada cuarta sólo se forma en presencia de *descendientes legítimos*, sean o no legitimarios, tal como lo hemos señalado. Como los beneficiarios son limitados en relación a quienes pueden válidamente aspirar a suceder al causante, la posibilidad de que no se configure la mejora y esa proporción sea de libre disposición no es algo tan descabellado -como si lo es hoy, según veremos más adelante-. En segundo lugar, que la naturaleza de la cuarta de mejoras es bastante peculiar. Y lo es porque le concede al testador la facultad de disponer de un cuarto de sus bienes a los beneficiarios de la mejora sin limitación alguna. No se puede negar que sea una asignación forzosa porque existiendo beneficiarios, debe formarse; la ley obliga a la asignación. Sin embargo, y a diferencia de la legítima, no establece cuota o proporción a respetar, dependiendo enteramente de la voluntad del causante cómo reparte entre sus descendientes legítimos -en el caso del Código de 1855- ese cuarto.

La libertad de testar, en tanto facultad de disposición de los bienes propios, implica dos cosas: determinar *a quién le dejo* éstos y, hecho lo anterior, determinar *cómo los reparto*. Desde ese punto de vista, la legítima significa la restricción paradigmática a la libertad de testar. La ley le impone al causante *quiénes deben ser sus herederos* y además le señala *cuáles son las proporciones en que debe repartirles sus bienes*, dejándole sólo la determinación de qué bienes exactos van a corresponder a cada quien, siempre y cuando se respeten las cuotas determinadas por la ley, por lo que, en relación a esa asignación, libertad testamentaria prácticamente no existe. Por otro lado, el cuarto de libre disposición que finalmente le confiere al testador el artículo 1184 del Código Civil es la expresión máxima de la libertad de testar, porque el causante determina sin restricción alguna -dentro de ese cuarto-, a quién le confiere sus bienes y en qué proporción.

La mejora, como ya indicamos, es una mezcla de ambas, porque limita los beneficiarios de la asignación, pero no la distribución misma -obviamente, bajo el supuesto de que no se excede del cuarto establecido-. Lo curioso es que con las sucesivas reformas realizadas al sistema sucesorio chileno en relación a la cuarta de mejoras, si bien se fue

ampliando el espectro de beneficiarios de la asignación -lo que en principio supone una mayor libertad para el causante-, se restringió a tal punto la posibilidad de que la cuarta no se formara que, en la práctica, se hizo imposible y la opción de disponer de la mitad de los bienes para el causante prácticamente desapareció. La evolución del sistema sucesorio chileno, en pos de garantizar los intereses de quienes antiguamente quedaban más desprotegidos, terminó restringiendo la libertad de testar a su mínima expresión.

Las diferencias que se establecían en relación a los hijos<sup>31</sup> y la situación del cónyuge sobreviviente<sup>32</sup> son los problemas que esencialmente explican las posteriores reformas que irán transformando al sistema

---

<sup>31</sup> Nuestro Código Civil original hablaba de parentesco legítimo e ilegítimo -tanto por consanguinidad como por afinidad-. En ese contexto, la calidad de **hijo legítimo** estaba dada por el hecho de que la concepción del hijo tuviese lugar durante el matrimonio -verdadero o putativo-, pudiendo ser **legitimados** los hijos cuyos padres contraían vínculo matrimonial posterior a la concepción. Fuera de esos casos, los hijos tenían la calidad de **ilegítimos**. La distinción es esencial por cuanto el estatuto jurídico de unos y otros era diferente, lo cual queda de manifiesto con lo ya expuesto hasta aquí en materia sucesoria.

<sup>32</sup> Recordemos que el cónyuge sobreviviente no era legitimario, por ende no participaba de las legítimas. En su defecto, existía la **porción conyugal**. Esta correspondía a la parte del patrimonio de una persona difunta que la ley le asignaba al cónyuge sobreviviente que carecía de lo necesario para su congrua sustentación. Dicha porción era equivalente a la cuarta parte de los bienes del causante, en todos los órdenes de sucesión salvo el de los descendientes legítimos. En este último caso, el viudo (a) era contado (a) entre los hijos, recibiendo el equivalente a la legítima rigurosa de uno de ellos -1172 y 1178 del Código Civil de 1855-. Tal como ya señaláramos, la porción conyugal era una baja general de la herencia, salvo en el caso del artículo 1178 -el de los descendientes legítimos-, en el cual opera "procesalmente" como si fuera una legítima, aunque no lo sea -lo cual se ve corroborado por lo que dispone el artículo 1191 del Código, cuando señala que el acrecimiento de las legítimas no aprovecha al cónyuge sobreviviente en el caso ya señalado-. En cualquier caso, el cónyuge no era heredero, pero su situación era mejor que la de un legatario cualquiera.

sucesorio chileno y lo encaminarán -deliberadamente o no- hacia una limitación más profunda de la libertad de testar.

## **2.2.- Reformas legales al sistema: Restricción progresiva de la libertad de testar**

El panorama sucesorio actual se explica por las modificaciones legales que se realizaron durante el transcurso del siglo XX. Las leyes N°s **10.271**, **18.802** y -principalmente- **19.585** de 1952, 1989 y 1998 respectivamente, dan cuenta de la evolución que tuvo el sistema sucesorio hasta nuestros días. Dicha evolución está innegablemente marcada por la creciente restricción que sufrió la libertad de testar del causante en nuestro país.

A continuación, describiremos a grandes rasgos cuáles fueron las modificaciones que estas leyes introdujeron y cuáles fueron los efectos que tuvieron en el sistema sucesorio, principalmente en relación a la facultad de las personas para disponer de sus bienes para después de sus días.

1.- La ley N° 10.271, que se promulgó el 29 de febrero de 1952 y entró en vigencia a partir del 2 de abril de ese mismo año, introdujo diversas modificaciones en el Código Civil y vino a atenuar uno de sus principios más esenciales y que subyacían en relación al Derecho de Familia: La preferencia por la filiación matrimonial.<sup>33</sup>

Si bien la igualdad jurídica de todos los hijos recién llegó con la ley N° 19.585 casi al término del siglo recién pasado, el cambio se fue produciendo gradualmente y la ley N° 10.271 es un ejemplo de ese progresivo cambio de mentalidad.<sup>34</sup>

El primer gran cambio lo encontramos en la **configuración del orden de sucesión abintestato** que establecía el Código a partir del artículo 988. Con la reforma legal, los hijos naturales pasaron a concurrir en el primer lugar del orden de sucesión junto con los hijos legítimos, aunque la cuota de aquellos era la mitad de la de éstos. También se

---

<sup>33</sup> PALAVECINO Cáceres, Adriana. Actuales consecuencias sucesorias de la filiación extramatrimonial. **EN:** La semana jurídica. Año 7, N° 336, 2007. pp. 6-7.

<sup>34</sup> Incluso antes de la ley 10.271 podemos encontrar manifestaciones de ese cambio. Así, **la ley 5.750** sobre "**abandono de familia y pago de pensiones alimenticias**", que entró en vigencia el 2 de diciembre de 1935, vino a eliminar la odiosa distinción que el Código original estableció en relación a los hijos ilegítimos. Según el artículo 36 del Código Civil de 1855, los hijos ilegítimos podían ser naturales, de dañado ayuntamiento -los cuales a su vez se subdividían en adulterinos, incestuosos y sacrílegos- o simplemente ilegítimos. La ley 5.750 vino a atenuar la discriminación al modificar el artículo 36 y disponer que los hijos ilegítimos eran o naturales o simplemente ilegítimos, con lo que se derogaron los artículos 37 a 39 y 205.

establece como limitación que las porciones de los hijos naturales, concurriendo con los legítimos, no podrán exceder de un cuarto de la herencia o la mitad legitimaria, según sea el caso.

En la segunda línea de llamados a suceder, se estableció una distribución igualitaria de los bienes entre los ascendientes -a quienes pertenece en rigor el lugar- y el cónyuge sobreviviente e/o hijos naturales que concurren con ellos.

Cambia también la cuota de distribución de los bienes respecto de los llamados a suceder en el tercer lugar abintestato -hijos naturales, cónyuge y hermanos legítimos-, favoreciendo a los hijos naturales, a quienes pasa a corresponder en estricto rigor este lugar en el orden de sucesión.

Producto de lo anterior, se rediseña el cuarto lugar del orden de sucesión, el cual pasa a ser integrado por el cónyuge sobreviviente y los hermanos legítimos, sin perjuicio de que concurren en otros órdenes -como lo hemos visto- según lo establece la ley.

Finalmente, en lo que se refiere al orden de sucesión, se modificó la regla establecida para el caso de la muerte de un hijo natural que disponía el artículo 993 del Código Civil.

El otro gran cambio que introduce la ley 10.271 es la **incorporación como asignatarios de cuarta de mejoras a los hijos naturales y a los descendientes legítimos de éstos**, tal como se constata de los artículos 1167, 1184 y 1195 del Código Civil, a partir de abril de 1952.

Con la entrada en vigencia de la ley 10.271, el tenor del artículo 1184 queda de la siguiente manera:

*"La mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresan, se dividirá por cabezas o por stirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa.*

*No habiendo descendientes legítimos con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.*

*Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones i agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del*

*acervo, para las legítimas rigorosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, sean o no legitimarios, a uno o más de sus hijos naturales o de los descendientes legítimos de éstos; i otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio."*<sup>35</sup>

De este modo, se amplió la facultad del testador de disponer de sus bienes en relación a la cuarta de mejoras, porque con la reforma legal los hijos naturales o sus descendientes legítimos pasaban también a ser beneficiarios de la asignación, por lo que el causante tenía más opciones para distribuir la cuota de bienes correspondientes a esa cuarta.

Sin embargo, si tenemos en cuenta la mecánica con la que funciona el sistema sucesorio chileno, la reforma también significó una restricción. En efecto, para que el testador pueda disponer de la mitad de sus bienes no deben existir beneficiarios de mejora y agregar otro beneficiario a la cuarta significa reducir las chances de que el testador pueda disponer de la mitad del caudal hereditario sin limitaciones. A partir de la ley 10.271 se discutió

---

<sup>35</sup> Lo destacado en negrita corresponde a lo modificado por la ley 10.271, manteniendo en lo demás el texto original del Código Civil de 1855.

si la cuarta de mejoras requería necesariamente la existencia de hijos legítimos para su formación o si bastaba con la existencia de hijos naturales o de la descendencia legítima de estos. En otras palabras, si los hijos naturales **podían por si solos** acceder a la mejora o si lo que la ley estableció era un **derecho a ser considerados beneficiarios una vez formada la cuarta**, lo que ocurría sólo cuando había descendencia legítima.<sup>36</sup> Mientras algunos como don Arturo Alessandri y don Manuel Somarriva sostenían que bastaba la existencia de hijos naturales para que se formara la cuarta de mejoras, otros, como don Pablo Rodríguez Grez, afirmaban que era necesaria la existencia de hijos legítimos para que la cuarta de mejora se formara.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> La diferencia queda clara si atendemos a lo que sucede en materia de orden sucesorio abintestato: lo que la ley 10.271 hizo al modificar el artículo 988 del Código Civil fue darle el derecho a los hijos naturales para **concurrir junto con los hijos legítimos**, los cuales excluyen a todos los otros potenciales herederos. Pero no existiendo hijos legítimos, los bienes no pasan inmediatamente a los hijos naturales, porque en estricto rigor **ese no es su lugar en el orden**. Tanto es así, que la cuota que la ley establece en su beneficio no es la misma que le corresponde a los hijos legítimos. No por nada el artículo 989 parte señalando "Si el difunto no ha dejado **posteridad legítima** (...)" [el destacado es nuestro]. No habiendo descendencia legítima del causante, los hijos naturales concurren junto con el cónyuge sobreviviente y los ascendientes legítimos de grado más próximo de aquel, lo que también significa una cuota diferente en la distribución del as hereditario. El lugar correspondiente a los hijos naturales en el orden de sucesión post ley 10.271 es el tercero, teniendo mejor derecho que el cónyuge sobreviviente y los hermanos legítimos del causante, a quienes les corresponde el cuarto lugar. La ley 10.271 respondió al objetivo de atenuar el favorecimiento de la filiación matrimonial y propender a la igualdad de los hijos, cautelando de mejor manera los derechos de los hijos de filiación no matrimonial, pero seguía existiendo diferencias entre ser hijo matrimonial y no serlo.

<sup>37</sup> Una breve referencia a la discusión, a propósito de la evolución del sistema sucesorio chileno en RODRÍGUEZ Pinto, María Sara. Contracción de las asignaciones forzosas. una reforma urgente al sistema sucesorio chileno. **En:** Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (Coordinador). Estudios de derecho civil V. jornadas nacionales de derecho civil. Concepción, 2009." Abeledo Perrot (Legal Publishing). 1° Ed., Julio 2010, Santiago, Chile. p. 427.

Finalmente, la ley en comento vino a modificar ciertos aspectos de la porción conyugal. Por ejemplo, modificó el artículo 1178 del Código Civil, que originalmente disponía:

*"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, i recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo."*

La ley 10.271 vino a modificar el inciso segundo de este artículo, el cual quedó de la siguiente forma:

*"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 rigurosa corresponda a cada hijo legítimo. Con todo, si sólo hubiere un hijo legítimo, la porción conyugal será igual a la legítima rigurosa de ese hijo."*

Se puede apreciar que con la reforma, la porción del cónyuge sobreviviente se vio favorecida, pues la cuota que le corresponde, en presencia de descendencia legítima, aumentó al doble. En ese sentido, la ley 10.271 constituye un precedente a tener en cuenta para las siguientes modificaciones legales.

Teniendo en mente lo que sucede con la facultad de testar del causante, corresponde preguntarse acerca de la procedencia de potenciar la cuarta de mejoras en desmedro de la cuarta de libre disposición. Con la ley 10.271 en vigor, el testador tenía más libertad para elegir asignatarios de mejora, pero a costa de menores posibilidades de testar sin límites. Está claro que el objetivo de la ley 10.271 -y en general el de las leyes que analizamos en este apartado- no era el de entregar mayor libertad al testador, sino cautelar de mejor manera los intereses de personas a los cuales el sistema original del Código no consideró de manera suficientemente adecuada. Sin embargo, tomando en cuenta la naturaleza particular de la cuarta de mejoras -no es otra cosa que una cuarta de libre disposición atenuada- y la época en la que se verificó la reforma legal, la solución es bastante equilibrada, porque permite proteger intereses

legítimos a la vez que permite preservar un cierto margen de libertad de disposición, aun cuando sea restringida.

**2.-** Años después, la ley N° **18.802**, promulgada el 23 de mayo de 1989 y publicada el 9 de junio de ese mismo año, modificó tanto el Código Civil como el de Comercio, así como la Ley de Menores -la ley N° 16.618-. En lo que nos convoca, esta ley reforzó la posición del cónyuge sobreviviente respecto a la sucesión del cónyuge fallecido.

En materia de porción conyugal, la ley modificó el inciso segundo del artículo 1178 del Código Civil, el cual quedó de la siguiente manera:

*"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 el doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo legítimo. Con todo, si sólo hubiere un hijo legítimo, la porción conyugal será igual a la legítima rigorosa o efectiva de ese hijo."*

El nuevo artículo 1178 mantiene la cuota establecida por la ley 10.271, pero esta vez señala que la porción corresponde al doble de lo que le toca a cada hijo por legítima rigurosa o efectiva, lo que significa que también el cónyuge sobreviviente aprovecha el acrecimiento que favorece a las legítimas rigurosas cuando el testador no ha dispuesto de lo que por cuarta de mejoras o de libre disposición podía. La modificación es una muestra de la creciente preocupación que la sociedad empezó a tomar por la situación del cónyuge sobreviviente cuando el otro fallecía. Y si bien, todavía en esa época el cónyuge sobreviviente no era legitimario, con las reformas realizadas hasta esa fecha, en la práctica era considerado un heredero más.

No cabe duda de lo anterior si se tiene en cuenta que la ley 10.271, al modificar el artículo 1180 del Código Civil, estableció que el cónyuge sobreviviente era considerado heredero en relación a su porción conyugal.

No obstante, siguen existiendo ciertas incompatibilidades que obligan al cónyuge sobreviviente a optar entre la porción conyugal y otros bienes a que tiene derecho en virtud de la muerte del otro cónyuge, como los gananciales de la sociedad conyugal.

La ley 18.802 también benefició al cónyuge sobreviviente al instituirlo asignatario de cuarta de mejoras -artículos 1184, 1195, 1221 del Código Civil-, lo que vino a limitar todavía más la posibilidad de disposición sin restricciones de la mitad del haber hereditario, a cambio de otro posible beneficiario de cuarta de mejoras a elección del causante.

Bajo este esquema, si una persona fallecía dejando un cónyuge que le sobrevivía y dos hijos, los bienes del causante se dividirían de modo tal que dos cuartos satisfacerían las legítimas, incluyendo la porción conyugal correspondiente, la cual equivaldría al doble de lo que le corresponde a cada hijo; un cuarto se destinaría a la mejora, la que si no se dispone expresamente por el testador acrece a las legítimas y a la porción conyugal; y un cuarto para libre disposición, a la que aplica lo mismo que a la cuarta de mejoras en caso de falta de disposición expresa. Si recordamos cómo era el sistema original y lo comparamos con el sistema vigente a la fecha, nos daremos cuenta que el cónyuge sobreviviente, en presencia de descendencia legítima del causante, pasó de tener derecho a una porción conyugal equivalente a la legítima rigurosa de uno de ellos a tener una porción conyugal equivalente al doble de la legítima rigurosa o efectiva de un hijo legítimo, además de poder ser beneficiario de cuarta de mejoras, e

incluso, de no disponer el causante de la cuarta de libre disposición, de tener derecho a ella en virtud del derecho de acrecimiento.

Si ya bajo este esquema sucesorio se aprecia una protección fuerte de los intereses familiares -no sólo de los descendientes- en la herencia del difunto y la libertad de testar queda notablemente disminuida, lo que sucede a partir de 1998 significa una transformación radical del mecanismo del sistema, o más bien, el paso lógico que consolida la evolución progresiva del sistema que se gestó durante el siglo XX.

**3.-** La transformación del sistema sucesorio chileno se consolida con la ley N° **19.585**, promulgada el día 13 y publicada el día 26, ambos de octubre de 1998, la que modifica el Código Civil y otros cuerpos normativos en materia de filiación. La importancia de esta ley en el ámbito sucesorio es fundamental, porque consolida el cambio progresivo del cual fue objeto el esquema sucesorio original del Código Civil. Como es sabido, el marco de la ley 19.585 es el actualmente vigente en nuestro país.

En virtud de la ley 19.585 se elimina la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. El artículo 33 del Código Civil es reemplazado, dando paso a uno nuevo que finaliza señalando que *"La ley considera*

*iguales a todos los hijos*". Con el fin del siglo XX, las odiosas diferencias quedan olvidadas.<sup>38</sup> El estado civil respectivo no es otro que el de hijo y los derechos para todos estos son iguales, independiente de su origen.<sup>39</sup>

En materia sucesoria, esto implica el establecimiento de un estatuto jurídico idéntico para todos los que tienen la calidad de hijo del difunto.

La ley 19.585 también significó para el cónyuge sobreviviente<sup>40</sup> el reconocimiento total de lo que se había insinuado a lo largo del siglo pasado. El Código Civil lo instituye legitimario -artículo 1182- y, por ende heredero. La consecuencia es la supresión de la porción conyugal, por lo

---

<sup>38</sup> Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que la ley sobre efecto retroactivo de las leyes -de 1861- dispone en el inciso primero de su artículo 3° que "El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza; pero los derechos y obligaciones anexos a él, se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos." Ver PALAVECINO. Op. cit.

<sup>39</sup> Desde un punto de vista constitucional, podría sorprender que el país se demorara tanto en realizar una reforma que sin duda era justa y necesaria. La distinción entre los hijos en razón de su origen no puede ser razonable toda vez que dicho origen no depende de ellos mismos. Discriminar entre hijos legítimos y no legítimos, y conceder derechos según el caso, es castigar al concebido por un acto que no le es imputable, lo cual no resiste análisis. Es evidente -y no descubrimos nada en esto- que la forma en que el Código Civil de 1855 regula la filiación parte de la base que **lo correcto** -por lo tanto, **lo debido**- es que la procreación se dé en el contexto del matrimonio de los progenitores. Sólo bajo esa hipótesis los hijos son merecedores de plena protección por parte de las leyes. Lo injusto de la categorización se aprecia manifiestamente en la sub-clasificación de hijos ilegítimos de "**dañado ayuntamiento**", la cual distingue entre hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos, según si la concepción es fruto de un adulterio, incesto o acto sacrílego, respectivamente; como si el adulterio, incesto o acto sacrílego fuera responsabilidad del hijo. La ley 19.585, no sólo en materia sucesoria, responde precisamente al reconocimiento de que estas diferencias son arbitrarias. Ver LÓPEZ Rivera, Gissella. Ob. cit. p.89.

<sup>40</sup> Las modificaciones relacionadas con el estatuto sucesorio del cónyuge sobreviviente no respondían a la idea inicial del proyecto que terminó con la ley N° 19.585, al punto que la derogación de la porción conyugal respondió a una indicación parlamentaria, lo cual fue sugerido por el Ejecutivo, que no podía hacerse cargo de este punto, por ser incompatible con las ideas matrices del proyecto presentado. Así, la reforma en esta materia habría respondido a la variación en la expectativa de vida de las personas al momento de la discusión del proyecto y al hecho de que la igualación de los derechos hereditarios de los hijos llevaría consigo un perjuicio a los intereses del cónyuge sobreviviente. Véase LÓPEZ Rivera, Gissella. Ob. cit. pp. 90 - 91.

que a partir de 1998 no sólo concurrirá en la herencia junto con los descendientes sino que en todo caso. Completa el panorama el recordatorio de que mantiene el derecho para ser asignatario de mejoras; al ser legitimario, le asiste el derecho de acrecimiento respecto de las cuartas de mejoras y de libre disposición si el causante no las ha dispuesto. La supresión de la porción conyugal supone también el término de las incompatibilidades a las que estaba afecto el cónyuge sobreviviente en tanto beneficiario de asignaciones que a su favor se generaban debido a la muerte del otro cónyuge, por lo que si antes este debía optar por los gananciales de la sociedad conyugal o la porción conyugal, ahora puede tener ambas. Si añadimos además el derecho que en virtud del artículo 1337, regla 10° del Código Civil se le confiere al cónyuge sobreviviente para que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a su favor de la propiedad del inmueble en que reside y que sea o ha sido vivienda principal de la familia, nos encontramos con que los intereses del cónyuge sobreviviente están más que resguardados en el nuevo esquema sucesorio.

Lo anterior significó una modificación profunda del orden sucesorio abintestato regulado en los artículos 988 y siguientes del Código Civil. Los

hijos -sin distinción- ocupan el primer lugar del orden, para dejar en segundo término a los ascendientes de grado más próximo y al cónyuge sobreviviente, sin perjuicio de que este, además, concurre con los hijos en el primer lugar y es llamado a suceder en una cuota mucho más beneficiosa.

Finalmente, la incorporación de los ascendientes como asignatarios de cuarta de mejora termina por definir el nuevo sistema sucesorio, actualmente vigente.

Lo curioso de la reforma realizada por la ley 19.585 es que, si lo analizamos acuciosamente, no cambia radicalmente el esquema sucesorio original del Código Civil de 1855, pero el funcionamiento del dicho esquema difiere a tal punto, que en la práctica opera un sistema nuevo. La gran diferencia está en la eliminación de la porción conyugal, con el reconocimiento del cónyuge sobreviviente como legitimario, con todos los derechos que eso conlleva. Pero la estructura en virtud de la cual opera el sistema sucesorio es el mismo: mitad legitimaria, cuarta de mejoras y cuarta de libre disposición.

El artículo clave de régimen sucesorio chileno -el 1184 del Código Civil- después de la reforma de la ley 19.585 queda redactado de la siguiente manera:

*"La mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresan se dividirá por cabezas o por extirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de las sucesión intestada; lo que cupiera a cada uno en esa división será su legítima rigorosa.*

*No habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.*

*Habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya*

*querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio."*

Si bien formalmente es la misma división -aun cuando difiere en los beneficiarios de cada asignación-, el legislador incurrió en un error que, develado, permite apreciar un cambio importante: al establecer la ley a los descendientes, al cónyuge sobreviviente y a los ascendientes tanto legitimarios como asignatarios de cuarta de mejoras, se da la situación que existiendo ***al menos uno de ellos*** siempre se formará la mencionada cuarta, por lo que el testador sólo podrá disponer sin restricciones del cuarto de libre disposición; y faltando todos ellos, ***no es de la mitad de los bienes de los que el testador puede disponer sino de la totalidad de ellos***. Como los legitimarios son también beneficiarios de mejora, la ausencia de todos no sólo significa ausencia de cuarta de mejoras, sino también ausencia de legitimarios a los cuales enterar legítimas.

Y en ese sentido, la impronta original del Código Civil de 1855 desaparece por completo. En la práctica, ahora el testador sólo dispone de un cuarto de sus bienes para distribuir sin restricciones y la posibilidad de

que disponga de todos sus bienes se hace *virtualmente inexistente*. Se puede sostener, teniendo en cuenta que la mejora es una asignación híbrida que permite un margen de disposición, que de todas formas el causante puede disponer de la mitad de su patrimonio, pero sostener aquello sería no considerar la protección que el sistema le confiere a las legítimas -y por tanto a sus legitimarios-. Si ya hacer un testamento es algo más o menos complejo, realizar una distribución de bienes cuidando respetar al pie de la letra las porciones que legalmente le corresponden a cada legitimario, al punto que cualquier mínimo error significa la modificación parcial o total de la asignación realizada, dificulta a tal punto el acto de disposición, que en la práctica no hay incentivos para hacer testamentos. Y como ya sabemos, no dejar testamento significa que la sucesión será abintestato y que las cuartas de mejoras y de libre disposición acrecerán a las legítimas en la proporción que le corresponda a cada heredero llamado a suceder.

Si el esquema sucesorio del Código Civil de 1855 podía considerarse discriminatorio -a los ojos del observador del siglo XXI- y excesivamente protector de los intereses de ciertos hijos en desmedro de otras personas, el actual protege al cónyuge sobreviviente de manera exacerbada y limita la

facultad de disposición del testador como nunca en casi 160 años de vigencia del Código Civil.

### **2.3.- El sistema sucesorio vigente**

El régimen sucesorio chileno no ha sufrido modificaciones después de la reforma que significó la ley 19.585. Por consiguiente, el esquema sucesorio que dicha ley delineó es el actualmente vigente, el cual revisaremos a grandes rasgos:

**1.-** Tal como lo señalamos más arriba, la sucesión sigue siendo *testamentaria* o *abintestato*. Recordemos que si bien la sucesión abintestato tiene una naturaleza subsidiaria, si el acto testamentario trasgrede o derechamente omite las asignaciones forzosas, operarán las reglas de la sucesión intestada aun en perjuicio de las disposiciones expresas del testador. Al respecto, no está de más recordar que de acuerdo a lo que dispone el artículo 1184 del Código Civil, lo que a cada legitimario le corresponde en la mitad legitimaria -la asignación forzosa por excelencia- se determina de acuerdo a las reglas de la *sucesión intestada*.

Teniendo en cuenta eso, podemos sostener que en el régimen chileno puede existir sucesión *puramente intestada*, pero no sucesión *puramente testamentaria*.<sup>41</sup> Si analizamos cómo interactúan ambos estatutos, podemos dar cuenta de las siguientes situaciones:

a) Que el causante deje testamento válidamente otorgado y que respete las asignaciones forzosas. Aquí operará la sucesión testamentaria, con la prevención ya realizada.

b) Que el causante deje testamento válidamente otorgado, pero que no respete o derechamente omita las asignaciones forzosas. Aquí concurrirán los dos estatutos, teniendo en cuenta que ante todo debe enterarse

---

<sup>41</sup> Lo dicho aplica, por cierto, para todos aquellos sistemas que acogen sistemas de legítimas. Desde el momento que la ley determina asignaciones que son obligatorias para el testador y que puede hacer valer incluso en contra de las disposiciones expresas de éste, no existe sucesión testamentaria propiamente tal, porque el testamento no refleja honestamente la voluntad del testador. Precisemos que con esto no sostenemos que el testamento no debe ceñirse a la ley. Todo acto jurídico tiene valor precisamente porque tiene un reconocimiento legal; es la ley la que le confiere fuerza jurídica y vinculante al acto y esto sólo será así si se ciñe a los requisitos que aquella exige. Pero una cosa son los requisitos de existencia y validez que el testamento, como cualquier acto jurídico, debe respetar; otra cosa es la regulación propia de cada acto o contrato, como el de la compraventa, el matrimonio o el mismo testamento; y otra cosa muy distinta es que la ley derechamente vaya contra la voluntad de quienes intervienen en el acto jurídico. Si un acto jurídico contraría el ordenamiento jurídico, usualmente adolecerá de objeto o causa ilícita y carecerá de valor, pero cambiar su contenido y dejarlo subsistente como si fuera la voluntad del declarante es algo extraño, por decirlo menos. Sin duda, esta situación está dada por los límites difusos entre aquello que se estima de orden público de lo que no lo es y que afecta, en general, al derecho de familia.

totalmente, a quienes tienen derecho a ellas, las legítimas y mejoras de la herencia.<sup>42</sup>

c) Que el causante no deje testamento. En este caso la distribución de los bienes se realizará de acuerdo a las normas de la sucesión intestada.

**2.-** Son *asignaciones forzosas* los alimentos que se deben por ley, las legítimas y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge. Los alimentos se deducen del acervo antes de que tenga lugar la distribución de los bienes porque son bajas generales de la herencia, salvo que el testador le haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión, tal como lo dispone el artículo 1168 del Código Civil.

**3.-** La **distribución del acervo líquido** se realiza de acuerdo a lo que dispone el artículo 1184 del Código Civil. En cuanto a este punto y a quienes son **beneficiarios** de cada asignación -tanto de las legítimas, las mejoras y la cuarta de libre disposición- nos remitimos a lo ya señalado a propósito de la ley 19.585.

---

<sup>42</sup> El artículo 996 del Código regula la situación en la cual en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato.

**4.-** En cuanto al **orden de sucesión abintestato**, el panorama actual es el siguiente:

**4.1.-** En el primer lugar del orden de sucesión se encuentran los hijos, sin perjuicio del derecho del cónyuge sobreviviente de concurrir con éstos. La porción del cónyuge sobreviviente cuando concurre junto con los hijos del causante es equivalente al doble de lo que a estos corresponde por legítima rigorosa o efectiva, salvo que concorra con un sólo hijo, en cuyo caso la porción es igual a la legítima rigorosa o efectiva de ese hijo. La porción del cónyuge nunca bajará de la cuarta parte de la herencia o de la cuarta parte de la mitad legitimaria, según sea el caso.<sup>43</sup>

**4.2.-** En segundo lugar, y en ausencia de los hijos, la ley llama al cónyuge sobreviviente y a los ascendientes de grado más próximo del causante. La herencia se divide en tres partes, correspondiendo dos al cónyuge y una a los ascendientes, sea uno o más.

---

<sup>43</sup> Cuando el artículo 988 del Código Civil señala que la porción del cónyuge **no bajará de la cuarta parte de la herencia**, se refiere a la **sucesión abintestato** y cuando señala que **no bajará de la cuarta parte de la mitad legitimaria**, se refiere al caso que la sucesión sea **testamentaria**. Cuando la sucesión es abintestato, al no haber disposición de la cuarta de mejoras ni de la de libre disposición, éstas acrecen a la mitad legitimaria. Por ende, lo que sería el cuarto de las legítimas se convierte en el cuarto de la herencia total. En el caso que exista sucesión testamentaria, si el testador dispone de dichas cuartas no existirá acrecimiento -habrá legítima rigorosa y no efectiva- y por tanto el límite sería el cuarto de la mitad legitimaria. El número de hijos que marca el límite de la cuota que le corresponde al cónyuge es de seis. Si concurren seis hijos y el cónyuge sobreviviente, la mitad legitimaria se divide en ocho porciones: dos para el cónyuge sobreviviente y una para cada hijo. Serían entonces dos octavos de la mitad legitimaria -o la cuarta parte, que es lo mismo- para el cónyuge. Si concurren más de seis hijos, se enterará primero el cuarto correspondiente al cónyuge y el resto se dividirá en partes iguales para cada hijo.

**4.3.-** En ausencia de todos los anteriores, la ley llama a suceder a los hermanos. La reforma al alero de la ley 19.585 mantuvo el criterio según el cual, la porción del hermano de simple conjunción equivale a la mitad de la porción del hermano carnal.

**4.4.-** A continuación, son llamados a suceder al difunto los otros colaterales de grado más próximo, sean de simple o doble conjunción, hasta el sexto grado inclusive. Los de simple conjunción tienen derecho a una porción equivalente a la mitad de la correspondiente a uno de doble conjunción. Los de grado más próximo excluyen siempre a los otros.

**4.5.-** A falta de todos los herederos abintestato designados, sucederá el Fisco, tal cual lo dispone el Código Civil en su artículo 995 desde su origen.

**5.-** Finalmente, cabe hacer mención a una reforma legal de reciente data que tiene incidencia en materia sucesoria. La ley N° 20.830, que crea el "Acuerdo de Unión Civil", fue promulgada el 13 de abril de 2015 y fue publicada el 21 de abril del mismo año. Dicho acuerdo, según lo que dispone el artículo 1° de la ley en comento, consiste en un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de

regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. La ley le confiere a los convivientes civiles derechos sucesorios recíprocos, de modo tal que cada uno de ellos es heredero intestado y legitimario del otro, **concurriendo de la misma forma y gozando los mismos derechos** que le corresponderían al cónyuge sobreviviente del causante. Lo anterior implica que el conviviente civil es beneficiario de mejora tal cual lo es el cónyuge sobreviviente a partir de 1989 con la ley N° 18.802. La importancia de la ley N° 20.830 en términos sucesorios es básicamente la homologación del conviviente civil al cónyuge, sin modificar esencialmente el esquema sucesorio vigente con la ley N° 19.585.

Veamos ahora cómo opera el sistema en un caso concreto: un matrimonio viene de regreso a Santiago desde el sur en su vehículo particular y se ve involucrado en un accidente de tránsito. Producto de dicho accidente, uno de los cónyuges fallece. El difunto no sólo deja a su cónyuge -el cual sobrevive al accidente-, sino que también deja tres hijos, dos de los cuales corresponden a su actual matrimonio. Además le sobreviven sus dos padres y tres hermanos. Supongamos que el causante no ha dejado testamento. Para determinar quiénes tienen derecho a la herencia

del difunto, debemos atender a lo que regulan los artículos 988 y siguientes del Código Civil. En virtud de las reglas de la sucesión intestada, debemos concluir que serán herederos los tres hijos -llamados en el primer lugar del orden- y el cónyuge sobreviviente -que concurre con ellos-.

Antes de poder realizar la partición de bienes debemos determinar cuál es el acervo de bienes a repartir. Si los cónyuges estaban casados bajo el régimen matrimonial de la sociedad conyugal, habrá que liquidar ésta previamente. También habrá que deducir del acervo las bajas generales de la herencia, de modo de contar con el acervo líquido o partible. Hecho aquello, se determinará la cuota correspondiente a cada uno de los herederos.

Siendo tres hijos y el cónyuge sobreviviente los llamados a la sucesión, la herencia se dividirá en cinco porciones: dos para el cónyuge y una para cada hijo. Como los dos quintos de la herencia representan el 40% de esta, se cumple la exigencia del artículo 988 en relación al mínimo que le corresponde al cónyuge del caudal hereditario.

Ahora bien, supongamos que la sucesión es testamentaria. Tanto el cónyuge como los hijos y los padres del difunto son legitimarios. Como

éstos concurren, son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada, debemos nuevamente atender a lo que disponen los mencionados artículos 988 y siguientes del Código Civil.

Como las reglas son las mismas, el resultado necesariamente será el mismo a la hora de determinar a los beneficiarios de la mitad legitimaria: los hijos y el cónyuge son beneficiarios de legítima, en perjuicio de los padres del difunto. Al cónyuge le corresponderán los dos quintos de la mitad legitimaria y cada uno de los hijos un quinto de esta.

Como de la cuarta de mejoras son beneficiarios el cónyuge sobreviviente, los descendientes y/o los ascendientes, sean o no legitimarios, el difunto pudo haber distribuido ese cuarto de sus bienes a uno, algunos o a todos ellos.

Finalmente queda la cuarta de libre disposición, respecto de la cual el difunto pudo haber realizado la distribución que deseara. Podría haber beneficiado con ella a cualquiera de los familiares que le sobreviven, incluyendo a alguno de sus hermanos -los cuales no tenían derecho respecto de parte alguna de los otros tres cuartos ya distribuidos- o bien, a terceros ajenos a su núcleo familiar.

Si el difunto le dejara a su cónyuge la totalidad de la cuarta de mejoras y de libre disposición, este llevaría el 70% del total de la herencia. Si repartiera la cuarta de mejoras y de libre disposición a otros distintos del cónyuge, este se quedaría con el 20% de la herencia. Si la sucesión es testamentaria, el cónyuge llevará, en el peor de los casos, el 12.5% de la herencia -o la cuarta parte de la mitad legitimaria, lo que es lo mismo-.

Ese es el estado de la cuestión al día de hoy.

### **3. MODELOS DE LIBRE DISPOSICIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

#### **3.1.- Costa Rica**

##### **3.1.1.- Antecedentes de la libertad de testar en Costa Rica**

Para conocer la regulación de la libertad de testar en el derecho costarricense es necesario hacer un breve recuento de su historia legislativa civil. La primera legislación propia de Costa Rica e independiente de España, fue el Código General de Carrillo de 1841, normativa que abarcaba materia de naturaleza civil, penal y procesal en un mismo cuerpo legal. Este Código, en materia propiamente sucesoria, estaba basado en el sistema de legítimas. De acuerdo al autor Brenes Córdoba, esta forma de sucesión *"se inspiraba en el antiguo concepto de que el patrimonio más bien pertenecía a la familia que al causante, a pesar de tener éste en vida la libre*

*disposición de los bienes...*"<sup>44</sup>. Esta legislación duró 40 años, al tiempo que era objeto de críticas por las corrientes liberales de la época.

En el año 1881 se promulga la "Ley de Sucesiones" que deroga el Libro Tercero, Título I -"De los Testamentos y Sucesiones"- del Código de Carrillo y consagra por vez primera la libertad de testar en el país. De esta forma, el artículo 21 de la citada ley establecía que "*Toda persona que esté, en la plena posesión de sus derechos civiles, puede disponer libremente de sus bienes por acto de última voluntad, sin más reservas que los siguientes artículos determinan*". Estas "reservas" estaban estipuladas en el artículo 25, el cual señalaba que:

*"Los testadores que tuvieren hijos legítimos, están obligados a dejarles cantidad bastante para su subsistencia hasta la mayoría, y para la adquisición de la enseñanza primaria elemental: los varones deben dejarles además lo necesario para el aprendizaje de un arte u oficio; y dotar con cantidad equivalente cada una de las hijas, a menos que en la educación de ellas se haya*

---

<sup>44</sup> ARROYO Álvarez, Wilberth. El artículo 595 del código civil de Costa Rica: ¿Limitación a la libertad de testar? 2003. p. 15. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12899.pdf>.

*invertido igual o mayor suma; deben asegurar asimismo la subsistencia del hijo o hijos inválidos que tuvieren<sup>45</sup>.*”

La referida ley estuvo vigente unos pocos años, hasta que se promulgó el actual Código Civil de Costa Rica.

Promulgado en 1886 y en vigor desde 1888, el Código Civil de Costa Rica, mantuvo como principio rector del sistema sucesorio la libertad de testar o la *libre testamentifacio*, "*ligando de manera importante tres conceptos: el contrato, la propiedad y la sucesión. Si bien ya en la Ley de Sucesiones se establecía la libertad de testar en este Código particularmente se detalla, amplía y unifica aun más que el anterior*"<sup>46</sup>.

Es así como la libertad de testar se consagra en el ordenamiento jurídico costarricense, actualmente plasmada en el artículo 595 del Código Civil, teniendo como única limitante cierta tutela jurídica que se da a determinadas personas según su parentesco con el causante. Sin embargo, hay autores que no ven en esta disposición una real limitación a la libertad de testar, tal como veremos más adelante.

---

<sup>45</sup> ALPÍZAR Rojas, María del Pilar. Análisis del artículo 595 del código civil de costa rica, a luz de la jurisprudencia costarricense: ¿una verdadera limitación a la libertad de testar? Tesis de graduación para optar por el título de licenciatura en derecho. Costa Rica. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. p.66.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, p.68.

### **3.1.2.- La libertad de testar reconocida en el artículo 595 del Código Civil Costarricense**

Como ya hemos señalado, la libertad de testar en el ordenamiento jurídico costarricense se encuentra recogida en el artículo 595 del Código Civil de ese país. Este dispone que:

*“El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor, y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten. Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero solo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos. Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al*

*morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimentos<sup>47</sup>”.*

Bajo este artículo se reconoce expresamente el derecho de toda persona a disponer libremente por testamento de todos sus bienes. En este sentido, la amplia libertad que tiene el individuo para disponer de sus bienes durante su vida no se trunca al dejar de existir, puesto que aún después de fallecida, ésta puede disponer de sus bienes de la manera que le pareció más adecuada mientras vivía, a diferencia de lo que ocurre en un sistema restrictivo, como es el de legítimas.

Esta disposición legal no hace más que reconocer la autonomía de la voluntad que posee cada individuo, autonomía que es reconocida aún después de la muerte. Si una persona decidió en vida cuál sería el destino de sus bienes para después de sus días, la ley respeta dicha decisión. Priman entonces los deseos del testador por sobre las ideas preconcebidas del legislador acerca de cómo deberían ser distribuidos los bienes de aquél.

Desde luego, no está demás señalar que esta libertad de testar reconocida por la ley, sólo se hará efectiva si el causante otorgó en vida un

---

<sup>47</sup> CÓDIGO CIVIL, Ley N° 63 de 28 de septiembre de 1887, San José, Costa Rica.

testamento de forma válida; de lo contrario, regirán las normas de la sucesión intestada. Es por esto que el artículo 522 del Código Civil de Costa Rica establece que *"la sucesión se defiere por la voluntad del hombre legalmente manifiesta; y a falta de ella, por disposición de la ley"*. En la sucesión intestada, la ley establece un orden de prelación y suple la voluntad no manifestada del causante, lo cual se justifica por el interés general que la sociedad tiene de que todo patrimonio tenga un titular. De esta forma, es *requisito sine qua non* para ejercer esta libertad que se otorgue instrumento apto para disponer de los bienes, el cual no es otro que el testamento.

Es por ello que, en un régimen que consagra la libertad de testar, los requisitos de forma del acto testamentario pasan a tener mayor relevancia, porque al no estar limitado el contenido mismo del testamento -el que es determinado a voluntad por el causante-, *los únicos requisitos que el testador debe observar son los formales*. Es así como la estricta sujeción a lo que disponen los artículos 583 y siguientes del Código Civil de Costa

Rica<sup>48</sup> se torna fundamental con miras a disponer de manera efectiva de todos los bienes que se tuvieron en vida.

Sin embargo, y a pesar de esta amplia libertad testamentaria reconocida por la legislación, el mismo artículo 595 del Código Civil de Costa Rica señala la necesidad de "*dejar asegurados los alimentos*" de los hijos del causante, por determinado tiempo si son hijos sin discapacidad alguna, y por toda la vida en el caso contrario. Aparte de las evidentes diferencias de redacción con la antigua Ley de Sucesiones, fruto de las reformas legales sustanciales -como el hecho que la actual norma no hace distinciones entre hijas e hijos y no habla de hijos legítimos-, el actual artículo 595 del Código Civil de Costa Rica señala con claridad que lo que se debe asegurar a sus hijos son los "*alimentos*". Estos alimentos también comprenden la manutención de los padres del causante y de su consorte, *siempre y cuando* la necesiten.

La sanción jurídica al testador por la inobservancia de este requerimiento de dejar bienes suficientes para cumplir con la obligación

---

<sup>48</sup> Estos requisitos varían si el testamento es abierto o cerrado y comprenden una serie de solemnidades que deben ser observadas al momento de su otorgamiento. Además, el testador deberá ser moral y legamente capaz a la hora de otorgar el testamento. Son incapaces absolutos de testar los que no están en perfecto juicio y los menores de quince años (artículo 591 del Código Civil de Costa Rica).

alimentaria que tiene con sus hijos, ascendientes y consorte es la disminución del caudal hereditario hasta que se encuentre cumplida esta obligación. De esta forma, los herederos a quienes el testador había dejado sus bienes sólo recibirán lo que quede después de que se haya dejado una cantidad suficiente para asegurar los alimentos debidos en los términos del artículo 595 del Código Civil de Costa Rica, y previa estimación de peritos.

Ahora bien, en caso que todos los beneficiarios de alimentos tengan bienes suficientes al momento de fallecer el testador, la ley estipula que éste último no estará obligado a dejarles alimentos. Por lo tanto, en dicho supuesto, recobra toda su fuerza el principio rector del sistema, que contempla la plena libertad de testar que tiene cada persona al momento de disponer de sus bienes a través del testamento.

### **3.1.3.- ¿Es el artículo 595 del Código Civil de Costa Rica una limitación a la libertad de testar?**

Habiendo visto el contenido del artículo 595 del Código Civil costarricense, cabe preguntarnos si realmente contempla o no una limitación

a la libertad de testar. La mayoría de la doctrina costarricense estaba conteste en que el artículo sí contemplaba una real limitación a la facultad del testador de disponer libremente de sus bienes<sup>49</sup>. La jurisprudencia nacional también se ha pronunciado en tal sentido<sup>50</sup>.

Sin embargo, para el análisis de este trabajo, recogemos la incipiente doctrina costarricense que señala que tras un análisis de la naturaleza jurídica de esta obligación establecida en el artículo que nos ocupa, se puede sostener que no estamos en presencia de una real limitación a la libertad de testar -como sí lo sería el sistema de legítimas-, por lo que hasta el día de hoy se le habría dado a la norma un alcance que no posee.

---

<sup>49</sup> Así se han pronunciado diversos autores: Por una parte, Francisco L. Vargas, autor costarricense en juicios universales, ha sostenido que la libertad de testar en la legislación no es un principio absoluto, pues ella se encuentra limitada por la existencia de restricciones legales como la obligación alimentaria para el testador. Por otra parte, los abogados Marta Barahona y Rafael Oreamuno hablan de "derogaciones al principio" de la libertad de testar al sostener que "El legislador ha impuesto una limitación expresa a esta libertad en la disposición contenida en el artículo 595 del Código Civil". En igual sentido se pronuncian las licenciadas Blanco Vargas, Borloz Soto y Murillo Arias, al sostener que "nuestro sistema se conforma fundamentalmente con los rasgos de la libre testamentifacción puesto que se puede disponer del patrimonio en su conjunto, a favor de quien se desee; existiendo sin embargo algunas limitaciones dadas por ley en las que están la obligación alimentaria". En ARROYO Álvarez, Wilberth. El artículo 595 del código civil de Costa Rica: ¿Limitación a la libertad de testar? pp. 26-29.

<sup>50</sup> Así, se ha afirmado que "el derecho de una persona de disponer de sus bienes por testamento, no es, en verdad, absoluto e irrestricto, pues hay en nuestra legislación positiva varias disposiciones de carácter limitativo que están inspiradas en claros principios que están consagrados en el derecho natural, entre los cuales puede citarse el artículo 595 del Código Civil". Igualmente, la jurisprudencia ha señalado que "...No hay duda de que una de las limitaciones a la libre testamentifacción es lo relativo a los alimentos, cuyo importe lo debe cubrir la sucesión, aun cuando haya una única heredera testamentaria...". En ARROYO Álvarez, Wilberth. El artículo 595 del código civil de Costa Rica: ¿Limitación a la libertad de testar? 2003. pp. 29-31.

Principalmente esto es así, debido a que el artículo 595 del Código Civil de Costa Rica le otorga claramente la calidad de **alimentarios y no de herederos** a los parientes allí señalados. El carácter alimentario de la obligación es evidente al tenor literal de la norma, que habla de "*asegurar los alimentos a los hijos*", y de asegurar "*la manutención de sus padres y la de su consorte*" (...) "*mientras la necesiten*".

Así, esta incipiente doctrina viene en señalar que "*el único alcance jurídico que se le puede dar a esta norma es que viene a otorgarles, por vía legal, y no judicial o convencional, la calidad de alimentarios a quienes, en el orden sucesorio del 572 ídem, son herederos en primer grado, algo así como los ius heredes del derecho romano, pero sin que importe esta calidad en el respectivo proceso donde se quiera hacer efectivo el derecho alimentario, pues en ese juicio son acreedores alimentarios como cualquier otro acreedor o, incluso, con menos categoría que otros*"<sup>51</sup>.

Por lo tanto, el artículo 595 del Código Civil costarricense no crearía una obligación mayormente distinta a la obligación que se genera en el derecho de familia, en lo que se refiere a los derechos de los alimentarios. En el caso en cuestión, fallecido el obligado a dar alimentos, pasa tal

---

<sup>51</sup> ARROYO. Op. Cit., p. 13.

obligación a los herederos, como continuadores legales de la personalidad del causante. Es en virtud de esto que, incluso de no existir la norma, los parientes que el artículo 595 del Código Civil de Costa Rica señala podrían acceder al caudal hereditario, por medio de la obligación alimentaria que el causante tenía en vida para con ellos.

La sanción que contiene la norma en comento para el caso que no se haya dejado bienes suficientes con los cuales asegurar los alimentos de los beneficiarios -"el heredero solo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos"-, no es más que la regla básica de todo proceso de juicio universal como es el sucesorio. Los herederos recibirán su parte, sólo después que se haya pagado a los acreedores, así como los gastos de la sucesión, y otros, lo que en nuestro derecho conocemos como "*las bajas generales de la herencia*".

Es precisamente por esto que parte de la doctrina moderna que hemos revisado hasta aquí sostiene que la advertencia contenida en la norma - nótese que ese "con tal que" es condicional- no tiene más que un efecto psicológico en el ánimo de quien otorga un testamento; algo así como un

recordatorio del deber moral para con los parientes más cercanos. Pero lo cierto es que la severa sanción al incumplimiento de ese deber es más aparente que real, debido a que de transgredirse la norma no se invalida el testamento, porque no existen elementos esenciales en su formación comprometidos, conforme al artículo 835 del Código Civil centroamericano<sup>52</sup>.

## **3.2.- Estados Unidos de América**

### **3.2.1.- Panorama general**

Ante todo, resulta necesario señalar a modo preliminar que el derecho sucesorio no es competencia de la legislación federal en los Estados Unidos, por lo que cada estado tiene su propia regulación, lo que dificulta su estudio sistemático. Sin embargo, y a pesar de las diferentes regulaciones, la idea central es la misma en la gran mayoría de los estados: el sistema sucesorio está basado en la libertad de testar y no en el modelo de las legítimas. Por ello se ha dicho que:

---

<sup>52</sup> Este artículo contempla las causales de nulidad absoluta de los actos jurídicos en el derecho costarricense.

*"...the "organizing principle" of American succession law is the "freedom of disposition" or testamentary freedom. Testamentary freedom is "the idea that a person has the right to choose who will succeed to things of value left behind death"<sup>53</sup>"*

Se ha señalado que la legislación sobre sucesiones en los Estados Unidos otorga a los testadores un derecho prácticamente irrestricto para disponer de sus bienes como mejor les parezca. En efecto, el *Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers* dispone que la ley no otorga a las Cortes una potestad para cuestionar la "*sabiduría, justicia o razonabilidad*" de las decisiones de los testadores al momento de distribuir su propiedad<sup>54</sup>. Existe la noción de que la ley sucesoria está "*para facilitar en vez de regular*". Por lo mismo, el *Uniform Probate Code* dispone que el propósito del código es descubrir y hacer efectiva la intención de un causante en la distribución de sus bienes<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> FRIEDMAN, Lawrence M. The Law of Succession in Social Perspective, in *Death, taxes and family property*. En: KELLY, Daniel. *Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante Versus Ex Post Justifications*. (2013). Scholarly Works. Paper 950. p.1133.

<sup>54</sup> *Restatement (third) of Prop.: Wills and other Donative Transfers* § 10.1 cmt. c (2003). En *Ibíd.* p.1127.

<sup>55</sup> *Uniform Probate Code* § 1-102(b)(2), 8 U.L.A. pt. I, at 26 (2010) [en línea] <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/probate%20code/upc%202010.pdf>

En los Estados Unidos la regla básica es que un padre puede no dejar asignación testamentaria alguna a un hijo o nieto, tenga o no razones para aquello. Desde luego hay excepciones, como es el caso de aquellos hijos que hayan nacido después de otorgado el testamento, y puedan querer alegar parte de la herencia<sup>56</sup>. Sin embargo, la regla general es que los hijos en materia sucesoria no tienen derechos hereditarios reconocidos por la ley. Caso aparte es lo que sucede en el estado de Luisiana, en el cual -en virtud de su tradición de "*civil law*"- se establece un sistema de herencias forzosas<sup>57</sup>. Sin embargo, este sistema se ha atenuado a través de los años, al punto que al día de hoy sólo los hijos menores de 24 años, los permanentemente discapacitados o los que puedan serlo debido a una "enfermedad o condición heredable incurable" tienen derecho a la herencia por ley.

La realidad señalada previamente dista de otros países del *common law*, como Inglaterra, Gales, Nueva Zelanda, Australia y algunas partes de Canadá, en el que existe el régimen conocido como "sistema de mantención

---

<sup>56</sup> En este caso, se piensa que el testador no quiso desheredar al hijo que aun no existía al momento de otorgar el testamento.

<sup>57</sup> Así el artículo 1493 del Código Civil de Luisiana señala que: "Forced heirs are descendants of the first degree who, at the time of the death of the decedent, are twenty-three years of age or younger or descendants of the first degree of any age who, because of mental incapacity or physical infirmity, are permanently incapable of taking care of their persons or administering their estates at the time of the death of the decedent". Para acceder al Código Civil de Luisiana visitar: <http://lcco.law.lsu.edu/>.

familiar" *-family maintenance system-*<sup>58</sup>. En estos países se les otorga a los jueces un amplio margen de discreción para apartarse de las disposiciones estipuladas por el testador, cuando éste no ha provisto para ciertos individuos, que son generalmente parte de su familia. Es así como, por ejemplo, la *Inheritance Family Provision & Dependants Act* inglesa de 1975 permite a ciertos familiares del difunto -cónyuge sobreviviente, cónyuge divorciado del difunto que no hubiere contraído segundas nupcias, hijos, personas que hubiesen sido tratadas como hijos durante cualquier tiempo en la duración del matrimonio y personas que hubieren sido mantenidas por el difunto en el tiempo inmediatamente anterior a su deceso- solicitar a los tribunales parte de la herencia, ya sea en forma de una suma fija, una suma periódica o la transferencia de la propiedad de algún bien de la masa hereditaria<sup>59</sup>. Para poder obtener un pronunciamiento favorable de los tribunales, las personas referidas deben acreditar la ***ausencia de una provisión financiera razonable***, salvo que se trate del

---

<sup>58</sup> TATE, Joshua C. *Caregiving and the Case of Testamentary Freedom*. University of California, Davis, 2008. p. 140.

<sup>59</sup> INGLATERRA, *Inheritance (Provision for family and dependants) Act 1975*.

cónyuge sobreviviente, caso en el cual la provisión se determina sea o no necesaria para su mantención<sup>60</sup>.

Como es posible observar, en todos estos sistemas rige como principio sucesorio rector el de la libertad de testar, ya que las disposiciones testamentarias efectuadas libremente por el testador son respetadas, salvo que una de las personas mencionadas con anterioridad considere que no fue provisto de manera adecuada, caso en el cual tendrá derecho a solicitar a los jueces que se le asigne parte de la herencia. Por regla general, se puede hacer la aludida solicitud en la Corte dentro de los seis meses desde que falleció el testador<sup>61</sup>.

Volviendo a la regulación que tiene el derecho sucesorio en los Estados Unidos, si bien no existe una protección especial para la descendencia del testador, sí existe una particular preocupación por el cónyuge sobreviviente. Esta limitación a la libertad de testar viene dada por los "*Elective Shares*" reconocidos en todos los estados del país, salvo en el de Georgia<sup>6263</sup>. El *Elective Share* consiste en conceder en favor del cónyuge

---

<sup>60</sup> *Ibíd.* Sección 1. (2) (a).

<sup>61</sup> *Ibíd.* Sección 4.

<sup>62</sup> KELLY, *Op.Cit.*, p.1128.

<sup>63</sup> Para conocer los derechos del cónyuge sobreviviente en los distintos estados de Estados Unidos ver: <http://www.surviving-spouse-rights.com/>.

una cantidad equivalente, por lo general, a un tercio de la herencia del causante.<sup>64</sup>

En algunos estados el monto específico que un cónyuge sobreviviente puede reclamar depende de si el matrimonio tiene o no hijos menores de edad y también la duración del matrimonio. En la mayoría de los estados, si es que el causante otorgó testamento, el cónyuge sobreviviente deberá elegir entre lo que se le asignó de manera testamentaria o el *Elective Share*<sup>65</sup>, que como dijimos, generalmente corresponde a un tercio de la propiedad del causante.

La principal justificación para otorgar el *Elective Share* a favor del cónyuge sobreviviente se basa en la alta probabilidad de que el cónyuge en vida haya contribuido de manera significativa en la adquisición de la fortuna del otro cónyuge, mereciendo por tanto recibir parte de ese patrimonio, incluso contra los deseos del testador<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Así lo establece, por ejemplo, el Probate Code: Intestate Succession and Wills del Estado de Florida, en su artículo 732.2065. Para acceder al Probate Code de Florida ver: [http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&URL=0700-0799/0732/0732.html](http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0732/0732.html)

<sup>65</sup> NOLO'S Plain-English Law Dictionary [en línea] <http://www.nolo.com/dictionary/elective-share-term.html>.

<sup>66</sup> TRUSHIN, CHEPENIK. A Surviving Spouse's Right to the "Elective Share" in Florida. 2014. [en línea] [http://www.floridaprobate litigationlawyer.com/2014/01/a\\_surviving\\_spouses\\_right\\_to\\_t.html](http://www.floridaprobate litigationlawyer.com/2014/01/a_surviving_spouses_right_to_t.html).

A pesar de la consagración a nivel estatal de los *Elective Shares*, corresponde al cónyuge sobreviviente requerir su cumplimiento en caso que el testador no lo haya hecho en el testamento, por lo que si el beneficiario no demanda su pago, el testamento regirá plenamente, primando el principio de la libertad de testar.

### **3.2.2.- Justificaciones en la doctrina estadounidense para la libertad de testar**

A lo largo de los años se han dado diversas razones para justificar la libertad de testar imperante en los Estados Unidos. En primer lugar, se ha dicho que permitir que cada individuo pueda planificar como mejor le parezca el devenir de sus bienes al tiempo de su muerte, incentiva el trabajo y el ahorro, maximizando el bienestar general de la sociedad. En virtud de este argumento, se ha sostenido que:

*"[A] citizen could scarcely be found who would undertake a great enterprise in his life time if, at his death, he was compelled against his will to leave his*

*estate to ignorant and extravagant children and undeserving wives*"<sup>67</sup>.

La idea central de este argumento se basa en que eliminando la libertad de testar, las personas tendrían menos incentivos para acumular bienes si es que no pueden decidir quién se queda con ellos después de su muerte. Sin embargo, este argumento es válido hasta cierto punto, puesto que podrían existir otras razones por las cuales los individuos se esmeran en acumular bienes más allá de lo estrictamente necesario durante sus vidas. Así, las personas podrían querer ganar prestigio, seguir tradiciones, ensalzar sus egos, alcanzar el poder o simplemente podría ser un hábito<sup>68</sup>.

En segundo lugar, se ha dado el argumento de que la libertad de testar se explica por el fuerte individualismo estadounidense<sup>69</sup>. La tradición de esta nación ha estado marcada por la importancia que se le otorga al individuo más que a lo colectivo, siendo prueba de ello el amplio derecho de exclusión que conlleva el derecho de propiedad. La posibilidad de desheredar a los descendientes implica extender el concepto de propiedad

---

<sup>67</sup> BRACTON. On the laws and customs of England 181. En: TATE, JOSHUA C. Caregiving and the Case of Testamentary Freedom. University of California, Davis, 2008. P. 156.

<sup>68</sup> TATE, JOSHUA C. Caregiving and the Case of Testamentary Freedom. University of California, Davis, 2008. P. 157.

<sup>69</sup> TATE, Op. Cit., p.159.

absoluta más allá de la tumba, priorizando el interés y derechos del individuo por sobre las posibles responsabilidades familiares. Sin embargo, este argumento tampoco es del todo convincente, por cuanto no se aplica a todo el ámbito del derecho hereditario, olvidando que existe una protección especial al cónyuge sobreviviente a través de los *Elective Shares*. La limitación al individualismo también está recogida en la necesidad que tienen los padres de proveer de lo necesario a sus hijos, al menos hasta que alcancen la mayoría de edad.

Un tercer argumento contemporáneo que se utiliza para defender la libertad de testar es entender la herencia como capital humano. Esto quiere decir que la riqueza que se deja a los descendientes es la inversión en su educación. De esta forma "*the business of educating children [became] the main occasion for intergenerational wealth transfer*<sup>70</sup>". Además, debido al aumento de la esperanza de vida, se fue haciendo más necesario consumir los propios recursos durante el periodo inactivo en la adultez, dejando menos expectativas de poder heredar a los hijos. Este argumento, si bien no permite explicar el origen del fundamento de la libertad de testar, sí permite

---

<sup>70</sup> LANGBEIN, John H. The Twentieth-Century Revolution in Family Wealth Transmission. En: TATE, Op.Cit., p.163.

justificar la permanencia del principio. Bajo esta hipótesis, la cantidad de dinero que los padres invierten en la educación de sus hijos permite satisfacer cualquier deber moral que se les pudiese exigir en cuanto a la obligación de proveer de lo necesario a su descendencia<sup>71</sup>. Por tanto, si los padres invirtieron en el hijo durante la vida de este, no debiera molestarse ni presentar reparo alguno por el hecho que el restante del activo que quede a la muerte de sus padres pueda ser otorgado a las personas que ellos deseen.

### **3.2.3.- Restricciones a la libertad de testar**

Si bien el paradigma en los Estados Unidos es la libertad de testar, existen ciertos límites a dicha libertad, más allá de los *Elective Shares* que revisamos con anterioridad. Así, existen doctrinas que buscan limitar la libertad testamentaria, lo que significa en la práctica, que no se respete la voluntad expresamente manifestada por el testador en su testamento.

---

<sup>71</sup> Ibid., p.164.

En efecto, existe la doctrina de la influencia indebida -*Undue Influence*-, que permite al juez ir en contra de una disposición testamentaria expresa cuando el beneficiario de ella o una persona relacionada intervino en la voluntad del testador, sustituyendo su real voluntad.<sup>72</sup> El Black's Law Dictionary la define como " *persuasion carried to the point of overpowering the will, or such a control over the person in question as prevents him from acting intelligently, understanding, and voluntarily, and in effect destroys his, and constrains him to do what he would not have done if such control had not been exercised*"<sup>73</sup>. En general, se aplica esta teoría por los tribunales de justicia cuando el testador no ha dejado bienes a las personas que "comúnmente" son beneficiarios -por ejemplo, hijos o cónyuge-. Si bien la teoría podría recibir aplicación respecto de las asignaciones otorgadas a hijos o cónyuges, la justicia de los Estados Unidos suele emplearla sólo cuando el testador ha dispuesto que sus bienes queden en personas ajenas al núcleo familiar. Esta doctrina no está limitada al

---

<sup>72</sup> En general, la persuasión no es influencia indebida sin coerción y debe ser claramente distinguida del fraude, el cual implica engaño. Ver GIFFORD, Ralph. Will or no will? The effect of fraud and undue influence on testamentary instruments. Columbia Law Review. Vol 20 N° 8 1920. p.862 y ss. [en línea] <http://www.jstor.org/stable/1111266>

<sup>73</sup> "Undue Influence". Black's Law Dictionary:[en línea] <http://thelawdictionary.org/letter/u/page/10/>. La definición señala además que "Undue influence consists (1) in the use, by one in whom a confidence is reposed by another, or who holds a real or apparent authority over him, of such confidence or authority, for the purpose of obtaining an unfair advantage over him; (2) in taking an unfair advantage of another's weakness of mind; or (3) in taking a grossly oppressive and unfair advantage of another's necessities or distress."

análisis de la validez del testamento, sino que es una doctrina general del derecho, como lo sería el estudio de los vicios del consentimiento en nuestro derecho.

Por otra parte, y con el mismo objeto, se aplican las reglas concernientes a la capacidad legal, al fraude y a la fuerza *-duress-*. En cuanto a la capacidad legal o capacidad testamentaria, ésta se refiere a la aptitud de una persona para poder otorgar un testamento válido. La mayoría de los estados tienen un requerimiento de edad *-generalmente 18 años cumplidos-* y exigen capacidad mental. Para tener capacidad mental, el testador debe ser apto para comprender: (i) la naturaleza/extensión de su propiedad; (ii) los objetivos naturales de su propiedad *-a quien normalmente debiera dejar su propiedad-*; (iii) las disposiciones que está realizando en su testamento; y, (iv) la habilidad de conectar todos estos elementos juntos en un plan coherente<sup>74</sup>.

En cuanto a la fuerza o *duress*, ella es definida por el Black's Law Dictionary (sexta edición)<sup>75</sup> como "*Any unlawful threat or coercion used by a person to induce another to act (or to refrain from acting) in a manner he*

---

<sup>74</sup> [en línea] [https://www.law.cornell.edu/wex/testamentary\\_capacity](https://www.law.cornell.edu/wex/testamentary_capacity).

<sup>75</sup>Para acceder a la sexta edición del Black's Law Dictionary ver: [en línea] [https://archive.org/stream/BlacksLaw6th/Blacks%20Law%206th\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/BlacksLaw6th/Blacks%20Law%206th_djvu.txt)

*or she otherwise would not (or would). Subjecting person to improper pressure which overcomes his will and coerces him to comply with demand to which he would not yield if acting as free agent."* En otras palabras, podemos entender por *Duress* la presión ejercida sobre una persona para obligarla a ejecutar un acto que ordinariamente no ejecutaría.

En un sentido más específico, el *Restatement Third of Property* entrega una lista no taxativa de situaciones en que también se coarta la libertad de testar. Entre las reglas que la prohíben o restringen están las relativas a los derechos del cónyuge -que ya revisamos-, los derechos de los acreedores, las restricciones no razonables al matrimonio; las asignaciones que promuevan la separación o el divorcio, las asignaciones racistas, las asignaciones que promuevan actividad ilegal y las reglas contra el mayorazgo y la acumulación<sup>76</sup>. En este sentido, estas materias limitan la libertad de testar, pero con pleno fundamento, por cuanto prohíben, en general, asignaciones testamentarias contrarias a derecho. Por lo mismo, en estricto rigor no representan una limitación a la libertad de testar, sino una

---

<sup>76</sup> Restatement (third) of Prop.: Wills and other Donative Transfers § 10.1 cmt. c (2003), En: KELLY, Op.Cit., p.1139.

expresión del principio general de derecho privado que señala que se puede hacer todo lo que no está expresamente prohibido.

Para finalizar, veremos algunas justificaciones que se estudian en doctrina para restringir la libertad de testar en un modo más general. En primer lugar, se señala que el testador, al momento de redactar su testamento tiene "*información imperfecta*"<sup>77</sup>. A modo de ejemplo, puede que una persona asigne parte de su patrimonio a la cura de una enfermedad como el polio y que 20 años después científicos descubran una cura. Así, redistribuir esa asignación testamentaria - para encontrar la cura de otra enfermedad- es socialmente benéfico y coincidente con la probable intención del testador. De esta forma, no se estaría respetando a cabalidad la voluntad del testador, pero con un justificado motivo, cumpliendo de una forma alternativa su real voluntad.

En segundo lugar, se señala que restringir la libertad testamentaria puede evitar externalidades negativas<sup>78</sup>. El supuesto sería el siguiente: un testador nada deja de su patrimonio para su cónyuge e hijo, quienes no tienen medios de subsistencia propios, y por ello lo más probable es que

---

<sup>77</sup> Ibid., p.1158.

<sup>78</sup> Ibid., p.1161.

ambos deban recibir apoyo del Estado al momento de la muerte de quien les proveía. En este caso, pareciera recomendable -desde un punto de vista social- obligar al testador a proveer un mínimo apoyo a estos sujetos. Como vemos, siempre podrán existir argumentos para permitir que el juez o el legislador opten por limitar la libertad testamentaria, sea de una forma u otra.

## **4. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN AL SISTEMA SUCESORIO CHILENO**

### **4.1.- Diagnóstico de la realidad actual en materia testamentaria**

La realidad actual refleja que en Chile se otorga un número muy reducido de testamentos cada año.

En efecto, de acuerdo a datos proporcionados por el Servicio de Registro Civil e Identificación en virtud de solicitud realizada a través del sistema establecido por la ley N° 20.285, de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el número de testamentos que constan en el Registro Nacional de Testamentos, desglosado por años, es el siguiente:

Año	Número Total
2004	2.712
2005	5.178
2006	5.424
2007	5.478
2008	6.488
2009	6.079
2010	5.439

2011	5.800
2012	6.114
2013	6.377
2014	6.369
2015	5.182 <sup>79</sup>
<b>TOTAL</b>	<b>66.640</b>

Consideremos también lo siguiente: de acuerdo a los datos del Instituto Nacional de Estadísticas, en Chile cada año fallecen casi 100 mil personas. De hecho, para el año 2013, la mortalidad alcanzaba las 99.770 personas<sup>80</sup>. Si hiciéramos la correlación entre fallecidos y testamentos registrados por año, tendríamos que sostener que sólo para el año 2013 el 6.39% de quienes han dejado de existir dejó en vida acto testamentario. Ahora bien, como la correlación no sería exacta, porque malamente se podría sostener que todos aquellos que dejaron testamento fallecieron ese mismo año, el porcentaje probablemente sea incluso menor que el señalado. En cualquier caso, el ejercicio permite visualizar claramente el desuso en el cual se encuentra la facultad de disponer bienes en virtud de acto testamentario.

---

<sup>79</sup> Al 26 de octubre de 2015.

<sup>80</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Estadísticas Vitales Anuario 2013.

Razones para explicar el poco uso del testamento en nuestro país pueden haber muchas y de distinta índole. En primer lugar, no es descartable una de naturaleza más bien psicológica, la cual sería que el testar implica necesariamente pensar en la propia muerte, cuestión que no siempre es fácil de abordar. Muchas personas le temen a la muerte y evitan hablar de ella; con mayor razón no querrán redactar un documento que implique establecer qué pasará con su patrimonio después de sus días. Si bien es difícil saber la real incidencia de este factor, no puede ser descartado al momento de preguntarnos el por qué de tan bajo índice de sucesiones testadas.

Por otra parte, también debemos considerar dentro de los motivos para no testar el desconocimiento de los potenciales testadores. El testar es un proceso más o menos complejo, que requerirá seguramente de asesoría legal, especialmente si se tiene un patrimonio cuantioso. Esto significa que el acto implicará hacerse cargo de honorarios de abogados y gastos notariales que no todas las personas pueden o están dispuestas a solventar.

Otro motivo muy importante a tomar en cuenta es la realidad económica del país. Lo común en esta materia será que el causante no posea

un patrimonio muy abundante al momento de su muerte, por lo que otorgar un testamento resultaría innecesario, considerando que en el mejor de los casos el causante sólo transmitirá sus derechos sobre el bien raíz en que vivía la familia –respecto del cual, como ya se ha señalado, el cónyuge sobreviviente tiene un derecho preferente para su adjudicación y un derecho de uso y habitación vitalicio, en caso que su legítima sea menor que el valor del bien referido. Dado lo anterior, el otorgar un testamento cobraría mayor relevancia en aquellos casos en los cuales se tiene un patrimonio abultado y cuando el objetivo del testador es realizar él la distribución de sus bienes en determinados herederos.

Sin embargo, y más allá de los múltiples factores que puedan explicar por qué en Chile la cantidad de testamentos otorgados es ínfima, quizás el principal de todos sea la escasa libertad de disposición que el causante tiene de sus propios bienes al momento de testar, lo que necesariamente conlleva a recurrir a otras figuras para disponer de esos bienes en vida, incluso algunas al límite de la legalidad. Ya Portalis señalaba que *"si se prohíbe o se restringe demasiado la facultad de testar, las liberalidades disfrazadas y*

*las simulaciones reemplazarán los testamentos, e incluso en las familias más honestas se producirán los más horribles fraudes<sup>81</sup>".*

Ejemplo de lo anterior es la simulación que se realiza al celebrar una compraventa sobre un bien raíz, estableciendo un usufructo vitalicio en favor del causante: de esta manera se le asigna en vida al futuro heredero un bien que podría haber sido heredado por otro legitimario o que podría haber sido repartido entre varios. Y es que tal es la magnitud de las limitaciones a la libertad de testar actualmente en el derecho chileno, que otorgar un testamento no tiene sentido, toda vez que la ley define de antemano quiénes son herederos forzosos y qué proporción de bienes les corresponde. Cabe entonces preguntarse si vale la pena invertir tiempo en disponer en papel lo que el legislador se encargó meticulosamente de desautorizar *ex-ante* a lo largo del Libro III del Código Civil. ¿Sinceramente se ajusta al Chile de pleno siglo XXI un esquema sucesorio que -como vimos en el capítulo II-

---

<sup>81</sup> PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés. En: BARRÍA Paredes, Manuel. Las Asignaciones Forzosas en Chile. Su Estado Actual y una Posible Revisión. Tesis Doctoral para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2013.

es incluso más restrictivo *para la libertad de testar*<sup>82</sup> que el original del Código Civil de 1855?

La realidad de hoy es muy distinta a la que existía a la época que se gestó la regulación sucesoria en nuestro país. La esperanza de vida ha aumentado de manera considerable<sup>83</sup> y la riqueza cambió de naturaleza, mutando de una fortuna basada en la tierra a una que descansa en el capital. Asimismo, y como consecuencia del aumento de la esperanza de vida, la edad en la cual las personas estarían heredando de sus padres es muy diversa de la que solían heredar en el pasado. En efecto, a la luz de lo ya señalado, los hijos estarían heredando de sus padres cuando ya han formado toda su vida y/o están por jubilar. Es por ello que no se justifica la obligatoriedad de que los hijos sean herederos forzosos, puesto que al fallecer alguno de sus padres, no quedarían en una situación de vulnerabilidad como a la que habrían estado mayormente expuestos en el pasado. Muchos han tenido una vida entera para generar su propia fortuna, sin considerar la inversión que sus padres realizaron en ellos al brindarles la

---

<sup>82</sup> Si bien, y tal como lo vimos a lo largo del capítulo III, las reformas del siglo XX ampliaron el espectro de personas que concurren a la sucesión, el costo de esas reformas fue hacer que el sistema sucesorio chileno funcione de manera mucho más rígida, lo que limitó progresivamente la libertad de testar, en los términos que ya vimos: respecto de a quién puedo asignar los bienes y cómo los distribuyo.

<sup>83</sup> Alcanzando la edad de 79 años en promedio. 82 para el caso de las mujeres y 76 en el caso de los hombres. Instituto Nacional de Estadísticas, Proyecciones y Estimaciones de Población, Total País, 2004.

mejor educación que pudieron. Distinto es el caso de los hijos que no han llegado a la mayoría de edad, o tienen una discapacidad permanente que no les permite valerse por sí mismos. En estos casos se justifica plenamente que la ley resguarde los intereses de quienes se encuentran en una posición desmejorada con respecto al resto, lo que puede protegerse mediante un derecho de carácter alimentario en favor de estas personas. Y tiene sentido que así sea, porque a fin de cuentas uno es el responsable de traer sus hijos al mundo, y uno debe hacerse responsables de ellos mientras éstos lo necesiten.

Sobre el particular, Domínguez Águila -al igual que nosotros- se cuestiona “*¿Qué rol cumple, por ejemplo, la legítima, si los hijos son ya personas muy mayores con una vida formada y con un destino que ellos mismos ya se han trazado y en el que poca influencia podría tener la adquisición de algunos bienes del causante? Desde luego, ya no es necesaria para la mantención de esos hijos, porque ninguna obligación patrimonial ha de tener el padre frente a ellos<sup>84</sup>*”.

---

<sup>84</sup> DOMÍNGUEZ Águila, Ramón, Los principios del Derecho sucesorio en el “Código Civil” de Bello y su estado actual. En: BARRÍA. Op. Cit., 182.

Por otra parte, y en relación a la necesidad de un cambio en materia sucesoria, uno de los temas que nuestro derecho sucesorio deja en el total y absoluto abandono, y para el cual no da solución alguna es la continuidad de la empresa familiar. En efecto, son muy pocas las empresas familiares que sobreviven a dos generaciones<sup>85</sup>. Las opciones son múltiples: puede ocurrir que los herederos no quieran continuar con el negocio, optando cada uno por vender su parte, fraccionando la empresa, lo que genera múltiples efectos no deseados -como el despido de las personas que trabajaban en dicha empresa-<sup>86</sup>. Una mayor facultad de disposición le permitiría al causante asignarle la empresa al hijo que ha mostrado mayor compromiso con el negocio familiar o incluso, disponer que la empresa quede en manos de alguien ajeno a la familia, evitando que la empresa se pierda con el cambio de generación.

Todo el sistema sucesorio chileno atenta contra la idea de poder preservar empresas familiares más allá de la primera generación. En primer

---

<sup>85</sup> MARTÍNEZ, Jon. Empresas Familiares Reto al Destino. Ediciones Granica S.A. Santiago. 2010. p. 20. Un estudio en los Estados Unidos arrojó que solamente el 13% de las empresas familiares se mantenía en manos de la tercera generación de la misma familia. En Chile, la media de antigüedad de las empresas familiares medianas y grandes es de 31 años y solo el 16% superan los 50 años de vida.

<sup>86</sup> En este sentido vale la pena ver la nota de El Mercurio del día 9 de octubre de 2015: "Tras un siglo, desaparece último emporio que mantuvo la tradición de antaño en Valparaíso". Este histórico emporio de la ciudad de Valparaíso cerró sus puertas este año por la decisión de los hijos de los fundadores de no continuar con la empresa familiar, luego que sus descendientes eligieran profesiones alejadas del rubro comercial.

lugar, en materia de partición de bienes se establece la imprescriptibilidad de la acción de partición, lo que implica que *"ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión"*, tal como lo dispone el artículo 1317, inciso primero del Código Civil, desde 1855. Así, la continuidad de cualquier empresa resultaría sumamente inestable, al estar sujeta a que en cualquier momento uno de los herederos decidiera ejercer la acción de partición. Por lo demás, el testador no puede imponer la indivisión, puesto que es una facultad que sólo compete a los comuneros.

Si bien el testador puede -con el objeto de preservar la empresa familiar- elegir con qué bienes se pagará la legítima, el que la empresa sea parte del patrimonio afecto al pago de la legítima supone que el causante tenga bienes suficientes para satisfacer el derecho de los demás legitimarios y a la vez preservar la integridad del emprendimiento, lo que difícilmente ocurrirá, si la empresa familiar consume todos los esfuerzos del causante en vida, como es probable que sucediera.

En otros países el derecho ha abordado este problema, regulando la materia de forma específica. Es así como mediante una reforma<sup>87</sup> se modificó el artículo 1.056 del Código Civil Español, el cual ahora establece que:

*"Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o*

---

<sup>87</sup> Ley 7/2003 del 1 de abril de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. España.

*por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia..."*

Como se aprecia, esta normativa favorece significativamente la continuidad de la empresa familiar, al punto que incluso se pone en el caso que no haya suficiente dinero para pagar a los demás herederos que no recibieron su asignación, otorgando un plazo de hasta cinco años para pagar esa deuda a los legitimarios que no recibieron su cuota al momento del deceso del causante.

Otra asignatura pendiente del sistema sucesorio vigente es la desprotección a la que condena a ciertas personas que, si bien podrían legítimamente aspirar a tener una mejor posición ante la sucesión, quedan sin embargo desmejoradas respecto a ella. El caso de las personas que, tanto por opción como por obligación, deciden tener una vida en común sin

vínculo matrimonial de por medio es un buen ejemplo. No obstante la ley N° 20.830 vino a solucionar el problema en relación a las parejas homosexuales, las cuales no pueden contraer vínculo matrimonial, el problema persiste respecto de las parejas heterosexuales que deciden no casarse -o no suscribir el acuerdo de unión civil, a partir del 22 de octubre de 2015-.

Es muy difícil sostener que quienes, por diversas razones, no han querido contraer matrimonio pudiendo hacerlo, sí estarán proclives a firmar un acuerdo de unión civil, toda vez que éste representa un estatuto desmejorado comparado con el matrimonial. Si una pareja heterosexual desea formalizar su relación y obtener la protección que el ordenamiento jurídico le puede otorgar a esa construcción colectiva que significa la vida familiar, lo lógico sería optar por el matrimonio. Y quienes legítimamente no deseen contraer vínculo matrimonial, presumiblemente tendrán menos disposición a perder tiempo en realizar trámites con el objeto de pactar un régimen que en la práctica se configuró para darle cierta protección a las

parejas homosexuales, preservando -discutiblemente por cierto- el contrato matrimonial sólo para las relaciones heterosexuales.<sup>88</sup>

Y si esto es así, seguirá sucediendo que quienes convivan y no contraigan vínculo alguno quedarán a merced de los consanguíneos de aquel de los convivientes que fallezca, sólo pudiendo aspirar a la cuarta de libre disposición, lo que podría ser excesivamente injusto si de llevar toda una vida en común con el difunto, de la noche a la mañana el otro conviviente pierde casi todo derecho a lo que en principio disfrutó con aquel. Se podría sostener que de ocurrir, esto no sería más que una sanción a la negligencia con la que los convivientes decidieron llevar su relación, al no optar por un estatuto que los protegiera, pero lo cierto es que nadie está obligado a contraer matrimonio o firmar un acuerdo de unión civil para ser legítimamente digno de consideración. Y es que, tal como lo señaláramos en el primer capítulo, también se trata de una cuestión de afectos. Los afectos no están limitados a los vínculos sanguíneos o a firmar o no un

---

<sup>88</sup> La única circunstancia que justifica que una pareja heterosexual opte por el acuerdo de unión civil es el hecho de que es más sencillo darle término a este contrato que al vínculo matrimonial. Lo dispuesto por los artículos 26 y siguientes de la ley 20.830 permite una nueva dinámica de construcción familiar, de carácter progresiva, que le permita a los convivientes vivir en comunidad indeterminadamente y tener protección jurídica mutua para el caso de algún evento inesperado, con eventual posibilidad de contraer matrimonio si la relación perdura en el tiempo. Esta sola posibilidad puede que conlleve a la disminución de matrimonios celebrados, pero seguramente también implicará un descenso de la tasa de divorcios, porque habrá una instancia previa al matrimonio para ver si la relación funciona, de modo que quienes se casen seguramente tendrán más sustento para hacerlo.

contrato. *El testador sabe como nadie quien merece de una mejor consideración y quien se encuentra en una situación de mayor necesidad, a la cual pueda contribuir con sus bienes.*

Incluso aquellas modificaciones que tenían como objeto eliminar discriminaciones arbitrarias pueden ser, dado lo rígido del funcionamiento de nuestro sistema sucesorio, completamente odiosas en la práctica. Así, por ejemplo, puede acontecer que uno de los cónyuges fallezca dejando dos hijos. El mayor de ellos está soltero, no tiene hijos y ha logrado estudiar y tener una profesión u oficio que le permite subsistir cómodamente; el menor tiene mayores necesidades porque, a pesar de también contar con una profesión u oficio, posee una familia a la cual debe sustentar, con hijos a los cuales debe pagar sus estudios universitarios - no está de más recordar que esa situación la vive la mayoría de las familias de nuestro país- y pasa mayores dificultades económicas. El difunto, consciente en vida de la situación de su hijo menor, habría querido dejarle uno de los dos inmuebles con los que contaba a su haber, pero las exigencias del régimen sucesorio chileno le impiden concretar su voluntad: uno de sus inmuebles -el que servía de residencia principal de la familia- quedará irremediamente afecto al derecho preferente que tiene su cónyuge sobreviviente en virtud

del artículo 1337, regla 10° del Código Civil. El otro -suponiendo que el primero alcanza a cubrir completamente la legítima del cónyuge, y que no existen más bienes- quedará para los hijos proindiviso, lo que seguramente llevará a que se remate el bien y los coasignatarios se repartan el precio a prorrata. Ni siquiera por medio de la mejora y la cuarta de libre disposición en conjunto el testador lograría entregar el inmueble al hijo menor por la cuota que le corresponde al mayor. En este caso, el principio de la igualdad de derechos entre los hijos perjudicó la intención del testador de disponer sus bienes del modo que creía más justo. Esta situación al día de hoy sólo se podrá resolver de buena manera si el hijo mayor, consciente de las mayores necesidades de su hermano, decide cederle sus derechos hereditarios.

Ese es precisamente el gran pecado del sistema sucesorio chileno, y quizás el gran problema del sistema de legítima y/o mejora: la idea preconcebida del legislador de fijar herederos forzosos y asignar cuotas fijas en virtud de las cuales concurren determinadas personas *desconoce absolutamente cuál es la realidad que deja el causante a su partida*. Y el testador, conociendo esa realidad, es quien está en mejor posición para realizar la distribución de bienes que estime pertinente. Si el difunto no deja testamento por tal o cual motivo, por cierto que es necesario que opere un

sistema abintestato que proteja los intereses de quienes razonablemente se pueda esperar que tengan mejor derecho, *pero ese mecanismo sucesorio es por definición subsidiario al de la sucesión testamentaria*. En definitiva, pareciera más sensato -a objeto de proteger el interés legítimo del núcleo familiar- establecer ciertas garantías mínimas a respetar por el testador y no derechamente afectar la gran mayoría de su patrimonio, lo que no es más que una posición absolutamente paternalista del legislador en relación al derecho sucesorio.

Finalmente, cabe preguntarnos si la fuerte limitación que establece nuestra legislación a la libertad de testar es compatible con el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República que establece que la Constitución asegura a todas las personas "*el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*". La facultad de testar no es más que la facultad de poder disponer de los propios bienes, lo que corresponde a uno de los atributos del dominio que precisamente protege la norma constitucional. La lógica indica que si el causante puede disponer de todos sus bienes en vida como mejor le parezca, también debería poder disponer de sus bienes para después de sus días, a través del testamento. Lo que el sistema sucesorio chileno hace a fin de

cuentas es limitar de manera esencial uno de los atributos del dominio, como lo es el de disposición, lo que reñiría abiertamente con lo dispuesto por el artículo 19 N° 26 de la propia Carta Fundamental.

Sin embargo, se ha tratado de salvar el posible conflicto señalando que la propia Constitución puede establecer limitaciones o restricciones a la propiedad, siempre y cuando deriven de su función social. A ello se sumaría el argumento de que las asignaciones forzosas se justifican en virtud de lo dispuesto por el artículo primero de la Constitución, al establecer que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad<sup>89</sup>. Además está decir que no se comparte esta postura, toda vez que la protección a la familia -la cual vale la pena recordar no está definida en la Constitución y representa en sí misma un problema sujeto a discusión- se puede conseguir de diversas maneras, sin tener que restringir la facultad de libre disposición inherente a toda persona, en relación a su propiedad.

#### **4.2.- Propuesta de modificación parcial del sistema sucesorio chileno**

---

<sup>89</sup> BARRÍA. Op. Cit., p.208.

Como pudimos ver en el Capítulo II, Bello era partidario de la libertad de testar. Ello quedó en evidencia en la nota al proyecto de 1853 que revisamos en su oportunidad.

Sin embargo, la opinión de Bello estaba lejos de ser aceptada en nuestro medio. Prueba de ello es lo que don José Clemente Fabres señalaba para defender el sistema de legítima, al sostener que:

*“Si hubiéramos de omitir las legítimas, veríamos con impasibilidad e indiferencia que un padre vicioso preferiría a los hijos adulterinos, mientras que los legítimos gemían en la miseria; veríamos que un padre caprichoso sin conciencia, preferiría sin razón plausible a uno de los hijos sobre los demás; veríamos que un padre débil o estúpido era dominado por el hijo más astuto o perverso y que le absorbía toda su fortuna; veríamos que el afecto a una segunda mujer haría perecer en la miseria a los hijos del primer matrimonio; veríamos que un padre lleno de vanidad, por dar lustre a su familia, reunía toda su fortuna en uno sólo de sus*

*hijos; y veríamos por fin las mil extravagancias que resultan naturalmente de los vicios, del desorden de las pasiones, de la falta de inteligencia, de energía, etc., etc.*"<sup>90</sup>

Dejando de lado cierto anacronismo -como la mención a los hijos adulterinos-, la opinión de Clemente Fabres refleja bastante bien las aprehensiones que hasta el día de hoy genera tan sólo sugerir que se modifique radicalmente el sistema sucesorio vigente. Conscientes de ese conservadurismo, a ratos cínico y sin sentido<sup>91</sup>, del que adolece nuestra sociedad y teniendo en cuenta también la tradición jurídica continental subyacente, se propone primeramente como opción *de lege ferenda* algo que -nobleza obliga- no es novedoso, pero sí tiene por virtud conciliar aceptablemente los intereses contradictorios en juego: **eliminar la cuarta de mejoras y adoptar el modelo contenido en el artículo 1345 del Proyecto de Código Civil de 1853, manteniendo como legitimarios a los que actualmente ostentan dicha calidad.**

---

<sup>90</sup>FABRES, José Clemente, Instituciones de Derecho Civil Chileno. En: BARRÍA. Op. Cit.

<sup>91</sup> La afirmación puede sonar fuerte, pero situaciones como la tardía legislación del divorcio en nuestro país, a pesar de existir una práctica extendida de "divorcios encubiertos" disfrazados de solicitudes de nulidad por incompetencia del Oficial de Registro Civil, por dar un ejemplo, justifican plenamente el tono de la crítica.

Puede parecer absurdo proponer como modificación legal al sistema sucesorio vigente un modelo pensado el siglo XIX, pero lo cierto es que ese simple modelo decimonónico es más progresista que todo el complejo esquema sucesorio chileno actual. Andrés Bello supo aceptar los reparos de la Comisión Revisora, y a pesar de no compartir las legítimas, logró presentar en el proyecto de 1853 un esquema sucesorio que daba espacio al resguardo de los intereses de los legitimarios y del propio testador de disponer sus bienes. Esa mixtura se percibe claramente cuando Bello finaliza la célebre nota señalada, diciendo:

*“A pesar de estas consideraciones, que creemos justificadas por la experiencia, ha conservado este proyecto las legítimas, aunque acercándose más al nivel de las Partidas y de la legislación romana, que al del Fuero Juzgo, el Fuero Real y las leyes de Toro. Se puede siempre disponer libremente, aun entre extraños, de la mitad de los bienes pero se debe dividir la otra mitad entre los legitimarios”<sup>92</sup>.*

---

<sup>92</sup> BELLO, Andrés. Obras Completas. Volumen XII. Impreso por Pedro G. Ramírez. Santiago, Chile, 1888. pp. 315-317.

Esta idea de Bello -que finalmente no prosperó- de establecer una mitad legitimaria y una mitad de libre disposición, sin considerar la mejora, sigue vigente al día de hoy y es recogida por la doctrina. Por ejemplo, María Sara Rodríguez sostiene que:

*“Para remediar esta situación [la progresiva merma de la libertad de testar en nuestro país] propongo la derogación de la cuarta de mejoras. Esto liberaría la mitad de la herencia para mejoras y disposiciones de libre voluntad; devolviendo a la legítima su proporción clásica de la mitad de la herencia<sup>93</sup>.”*

En la misma línea, don Hernán Corral, afirma que *“un buen incentivo para testar sería ampliar la libertad del testador para asignar sus bienes. Podría pensarse, por ejemplo, en suprimir la llamada cuarta de mejoras, y dejar una mitad de la herencia para los legitimarios y la otra mitad para la libre disposición del testador<sup>94</sup>”*. El diagnóstico de que el bajo ejercicio de la facultad de testar se debe en parte al poco margen con el

---

<sup>93</sup> RODRIGUEZ Pinto, María Sara, “Contracción de las asignaciones forzosas. Una reforma urgente al sistema sucesorio chileno”, Estudios de Derecho Civil V, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 433.

<sup>94</sup> CORRAL Talciani, Hernán, Por la democratización del testamento, En: Diario El Mercurio de 27 de Septiembre de 2008, cuerpo B, 2008, p. 10.

que cuenta el testador es así compartido -al menos implícitamente- por Corral Talciani.

El esquema sucesorio propuesto tiene la gracia de conciliar tanto los intereses de los miembros del núcleo familiar como los del causante. Por un lado, se resguarda a la familia del difunto a través de las legítimas y, por el otro, el testador mantiene una importante -aunque no completa- disposición sobre sus bienes. Ese margen de disposición le permite al testador beneficiar tanto a aquellos potenciales herederos que actualmente tienen una alta probabilidad de quedar al margen en virtud de las reglas de exclusión que operan de acuerdo al orden de sucesión vigente -como es el caso de los ascendientes o hermanos del difunto-, como a aquellos extraños al núcleo familiar a los cuales el causante tenga a bien, sin restricción alguna de cuotas dentro de esa mitad.

A la luz de lo expuesto y siendo realistas, esta alternativa resulta la más viable en el corto o mediano plazo. La adopción de este esquema sucesorio implicaría modificar algunas disposiciones del Código Civil, con el objeto de eliminar la cuarta de mejoras de las asignaciones forzosas y

establecer la facultad de testador de disponer de la mitad de los bienes que componen el acervo líquido.<sup>95</sup>

#### **4.3.- Propuesta de modificación total del sistema sucesorio chileno**

Finalmente, abordaremos una propuesta más radical de transformación del sistema sucesorio vigente. De la revisión que a lo largo de estas páginas hemos realizado de los argumentos de una y otra postura en relación a la libertad de testar, estimamos que no se justifica tener una legislación tan restrictiva para poder conciliar los diversos intereses que concurren en una sucesión. La propuesta anterior es una prueba de ello; sin embargo queremos ir un poco más allá.

En pos de transitar hacia un modelo sucesorio cuyo principio rector sea la libertad de testar, recogemos varios de los argumentos analizados a lo largo de este trabajo. Quizás uno de los argumentos doctrinarios más relevantes a tener en cuenta en pos de una mayor libertad de testar, es el

---

<sup>95</sup> Así, requerirían de algún tipo de modificación o supresión **a lo menos** los artículos 1167, 1184, 1185, 1186, 1187, 1194, 1195, 1204 y 1220. del Código Civil.

análisis de la esencia misma del derecho de propiedad. En este sentido, seguimos a Domínguez Águila cuando se pregunta:

*“¿Por qué habría de admitirse, incluso con protección constitucional, la libertad contractual, lo que implica la libertad dispositiva de los bienes en vida, la libre circulación de los bienes, la libertad de empresa, sin ninguna consideración familiar y no obstante mantenerse la limitación a la libertad para la disposición de los bienes para después de la vida, allí donde esa limitación ya no tiene sentido ni razón?”<sup>96</sup>”*

Si el legislador chileno protege con tanto ahínco el derecho de propiedad, tanto a nivel simplemente legal como constitucional, no se comprende cabalmente cuál es la razón en virtud de la cual un acto de última voluntad como lo es el testamento queda sujeto a tal nivel de dirigismo estatal. Los ejemplos que hemos revisado a lo largo de la exposición dan cuenta que, si la idea era proteger al núcleo familiar, no siempre se consigue el objetivo deseado, sea porque se sobreprotege a un

---

<sup>96</sup> DOMÍNGUEZ Águila, Ramón, Los principios del Derecho sucesorio en el “Código Civil” de Bello y su estado actual. En: BARRÍA. Op. Cit. p.194.

miembro familiar en relación a otro, sea porque se perjudican intereses igualmente dignos de proteger. A la luz de una elemental noción de equidad, no sólo no parece justo que el legislador se aproveche de un hecho futuro y cierto -el único seguro- como la muerte para disponer de los bienes de quien la sufre, sino que raya en lo absurdo que en el afán de cautelar intereses diversos, termine limitando el principal de ellos. Lo primero es injusto porque ese acto de disposición o intervención, si se quiere, representa una limitación esencial de un atributo del dominio de tal magnitud, que si fuera realizado en vida del causante sería probablemente expropiatorio. Lo segundo raya en lo absurdo porque, al final del día, es precisamente el fallecimiento del causante el que da lugar a la sucesión, por lo que es el primer interesado en determinar cuál será el destino de los bienes que conformaron su patrimonio. Al limitar tan desmedidamente la libertad de testar del dueño de los bienes a repartir en favor de los intereses de su núcleo familiar, el legislador termina protegiendo con mayor fuerza una mera expectativa por sobre un derecho.

Como vemos, no se trata sólo de proteger las facultades de dominio de alguien, se trata de ser coherentes con el sistema jurídico mismo y serios a la hora de proteger intereses, para evitar que se den situaciones

indeseadas. Así como el régimen sucesorio vigente no se condice con la nueva realidad del país en cuanto a la mayor esperanza de vida y el cambio en la riqueza, tampoco se condice con el sistema económico del país. Sin embargo, con respecto a esta materia, existió una moción en 1892 que buscó establecer un sistema sucesorio basado en la libertad de testar. Siguiendo las ideas de Bello, los autores de la señalada moción sostenían que:

*“Tiempo es ya que nos desprendamos de estas preocupaciones, que sacudamos esta vergüenza de 35 años y que con ello abramos las puertas del país al establecimiento de las empresas industriales que hoy no pueden prender en Chile porque la liquidación tiene que venir forzosamente a la muerte del fundador sin que la voluntad de éste pueda impedirlo de ninguna manera, si tiene legitimarios. Con la libertad de testar, el padre puede hacer la partición por sí mismo, evitando los gastos consiguientes y puede dejar sus pequeñas propiedades en manos del que mejor pueda atenderlas y compensando a los otros con pensiones que sin*

*perjudicar a la industria son un auxilio poderoso para el que se dedique a profesiones liberales u otras carreras contra los vaivenes de la fortuna o en los días de desgracia. Pero en el desarrollo que damos a nuestra idea no hemos olvidado que es justo atender al alimento congruo de los hijos en todo tiempo. Por eso, al suprimir las legítimas, dejamos subsistente la obligación de proveer a la congrua alimentación de sus hijos o ascendientes desvalidos, por medio de pensión alimenticia”<sup>97</sup>.*

Otra razón que favorece promover la libertad de testar es aquella que presupone que el testador ha cumplido en vida con las pretendidas obligaciones morales para con los hijos, en virtud de un proceso de traspaso de capital humano que se hace durante la vida del testador. La cantidad de recursos que los padres invierten en sus hijos en educación crece día a día y permite -tal como viéramos en el capítulo dedicado al análisis del caso de los Estados Unidos- considerar satisfecha o por cumplida cualquier obligación moral de los padres para con sus hijos, que se pretenda hacer

---

<sup>97</sup> Sesión 23<sup>o</sup> ordinaria de 4 de Agosto de 1892, Boletín, Cámara de Diputados, pp. 308-309.

valer en la sucesión del padre fallecido. El otorgarles educación a los hijos consiste en la mayor herramienta que se puede brindar para los efectos que ellos puedan formar su propia riqueza, sin la necesidad de depender de eventuales herencias. Es por esto que si un padre o madre ha proveído de manera satisfactoria a la educación de sus hijos, éstos nada deberían sentir que se les adeuda.

Por todas estas consideraciones, el sistema sucesorio chileno debería tender a una transformación completa que consagre la más amplia libertad de testar y se ajuste a los parámetros constitucionales del derecho de propiedad, a los intereses que concurren en toda sucesión y a la realidad actual del país. Esto no significa dejar en la indefensión a las personas que dependían del testador al momento de su fallecimiento, como es el caso de los hijos menores de edad o aquellos mayores, pero que sufren alguna enfermedad o discapacidad relevante que no les permite sustentarse por sí mismos. En estos casos, lo que procede es establecer una obligación de carácter netamente alimentaria en favor de estos sujetos, que mire estrictamente a sus necesidades. En este sentido, el modelo costarricense - analizado en su oportunidad- pareciera ser un ejemplo interesante a seguir,

con el objeto de construir un sistema propio que se adapte a las necesidades del país.

En relación a lo anterior, malamente podría considerarse que esta obligación alimentaria venga a coartar la libertad de testar de las personas. En efecto, como esta obligación sería una baja general de la herencia, se descontará del acervo de bienes tal como una deuda hereditaria más, la cual deberá ser solventada antes de poder disponer del resto de los bienes que el testador haya dejado al momento de su muerte.

## CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas hemos tratado de justificar la necesidad de una reforma al sistema sucesorio vigente en nuestro país, que responda de mejor manera a la protección de los intereses que concurren en una sucesión y que sea más acorde con el espíritu y las exigencias de la época que nos toca vivir.

En dicho esfuerzo, hemos sostenido que los intereses que los diversos miembros del núcleo familiar del causante tienen respecto de sus bienes - intereses que fueron progresivamente protegidos por el legislador chileno durante el siglo XX- deben ser resguardados en la medida que su situación responda a circunstancias calificadas que permitan razonablemente exigir del testador una debida consideración.

En caso contrario, estimamos que lo que corresponde es que el testador ejerza en plenitud la legítima facultad que tiene de disponer de sus bienes como mejor le parezca. Razones de naturaleza jurídica, económica y afectiva aconsejan lo ya señalado. Sólo así sería coherente sostener un

régimen de sucesión testamentaria que se encuentra prácticamente en desuso al día de hoy.

A su vez, el aumento en la esperanza de vida ha significado que los hijos tengan más tiempo para alcanzar la mayoría de edad, tener una profesión u oficio y ser autosuficientes que en el pasado, lo que reduce las chances de que al causante le sobrevivan familiares que se encuentren en una real situación de indefensión.

Por ende, no se justifica mantener un sistema sucesorio tan rígido y restrictivo de la libertad de testar como el actualmente vigente. Creemos sinceramente que el testador se encuentra en mejor posición que el legislador para distribuir el patrimonio que subsista más allá de su muerte. A la consideración de que dicha facultad le pertenece por derecho propio, hay que sumar el hecho de que el testador conoce realmente -a diferencia del legislador- cuáles son las circunstancias que rodean a sus seres queridos y quiénes merecen el debido resguardo o consideración de su parte.

En ausencia de testamento válidamente otorgado por el causante, el legislador está no sólo en su derecho, sino que tiene el deber de regular cómo se distribuirán los bienes, protegiendo los intereses de quienes presumiblemente tendrían una mejor consideración de aquel. Pero pudiendo el testador manifestar su voluntad al respecto, no corresponde que el legislador intervenga, salvo en casos justificados como los que hemos esbozado en esta memoria.

Es así como, teniendo en cuenta el origen y evolución del derecho sucesorio chileno en lo referente a las asignaciones forzosas durante el siglo pasado y las experiencias de derecho comparado que hemos analizado, proponemos dos opciones *de lege ferenda* que permitan flexibilizar el sistema sucesorio actualmente vigente y permitirle al testador una mayor disposición de sus bienes.

Sea por la vía de eliminar la cuarta de mejoras y aumentar la cuota de libre disposición a la mitad del haber hereditario o adoptando un sistema de libertad de testar que establezca derechos alimentarios obligatorios en casos justificados, que se deduzcan del as hereditario previamente -como bajas

generales de la herencia-; creemos urgente someter a una revisión seria y desprejuiciada la regulación del Libro III del Código Civil. En medio de la crisis de confianza y el desprestigio generalizado de la política en nuestro país, una reforma de esta naturaleza no parece una mala forma de rectificar el rumbo y volver a tener en cuenta la voluntad de las personas. No por nada en el derecho anglosajón el acto testamentario se designa simplemente *"will"*.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALPÍZAR Rojas, María del Pilar. Análisis del artículo 595 del código civil de costa rica, a luz de la jurisprudencia costarricense: ¿Una verdadera limitación a la libertad de testar? Tesis de graduación para optar por el título de licenciatura en derecho. Costa Rica. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. [en línea] <http://docplayer.es/1300107-Universidad-de-costa-rica-facultad-de-derecho-sede-de-occidente-area-de-investigacion.html>.
- ARROYO Álvarez, Wilberth. El artículo 595 del código civil de Costa Rica: ¿Limitación a la libertad de testar? Costa Rica. 2003. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12899.pdf>.
- BARRÍA Paredes, Manuel. Las Asignaciones Forzosas en Chile. Su Estado Actual y una Posible Revisión. Tesis Doctoral para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2013.
- BELLO, Andrés. 1888. Obras Completas. Volumen XII. Santiago, Chile. Impreso por Pedro G. Ramírez.

-BLACK'S Law Dictionary. [en línea]

[https://archive.org/stream/BlacksLaw6th/Blacks%20Law%206th\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/BlacksLaw6th/Blacks%20Law%206th_djvu.txt).

- CHILE. 1855. Código Civil.

- CHILE. Ministerio de Justicia. 1935. Ley 5.750: Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. Diciembre 2, 1935. 3 pp.

- CHILE. Ministerio de Justicia. 1952. Ley 10.271: Introduce diversas modificaciones en el Código Civil. Abril 2, 1952. 13 pp.

- CHILE. Ministerio de Justicia. 1989. Ley 18.802: Modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la ley 16.618. Junio 9, 1989. 12 pp.

- CHILE. Ministerio de Justicia. 1998. Ley 19.585: Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Octubre 26, 1998. 28 pp.

- CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley 19.947: Establece nueva ley de matrimonio civil. Mayo 17, 2004. 29 pp.

-CONGRESO. Sesión 23° ordinaria de 4 de Agosto de 1892, Boletín, Cámara de Diputados, pp. 308-309.

- CORRAL Talciani, Hernán, Por la democratización del testamento, En: Diario El Mercurio de 27 de Septiembre de 2008, cuerpo B, 2008, p. 10.

-COSTA RICA. Código Civil, Ley N° 63 de 28 de septiembre de 1887.

- DOMÍNGUEZ Águila, Ramón, Los principios del Derecho sucesorio en el “Código Civil” de Bello y su estado actual. En: BARRÍA Paredes, Manuel. Las Asignaciones Forzosas en Chile. Su Estado Actual y una Posible Revisión. Tesis Doctoral para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2013.

- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. 2005. Derecho Sucesorio. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 778 pp.

-ESPAÑA. Ley 7/2003 del 1 de abril de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

-ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Louisiana Civil Code. [en línea] <http://lcco.law.lsu.edu/>.

-FLORIDA. Probate Code: Intestate Succession and Wills. [En línea] [http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&URL=0700-0799/0732/0732.html](http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0732/0732.html).

- FRIEDMAN, Lawrence M. The Law of Succession in Social Perspective, in Death, taxes and family property. En: KELLY, Daniel. Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante Versus Ex Post Justifications. (2013). Scholarly Works. Paper 950. pp. 1125-1185.

-GIFFORD, Ralph. Will or no will? The effect of fraud and undue influence on testamentary instruments. Columbia Law Review. Vol 20 N° 8 1920. p.862 y ss. [en línea] <http://www.jstor.org/stable/1111266>.

- GUZMÁN Brito., Alejandro. 2008. La pervivencia de instituciones sucesorias castellano-indianas en la codificaciones hispanoamericanas del siglo XIX. En: DE LA PUENTE B., J. y GUEVARA G., J. (Editores). Derecho, Instituciones y Procesos Históricos. XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Tomo III. Lima, Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 31 - 88.

- INGLATERRA, Inheritance (Provision for family and dependants) Act 1975. [en línea] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>.

- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Estadísticas Vitales Anuario 2013. [en línea][http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario\\_de\\_publicaciones/pdf/completa\\_vitales\\_2013.pdf](http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/completa_vitales_2013.pdf).

- MARTÍNEZ, Jon. Empresas Familiares Reto al Destino. Ediciones Granica S.A. Santiago. 2010. p. 20

- MARTINIC G., M. D. 2002. Las asignaciones forzosas y la libertad de testar en el derecho chileno. En: Revista Jurídica UCES. Buenos Aires, Argentina. N° 5: pp. 69-75.

- RESTATEMENT (third) of Property: Wills and other Donative Transfers. En: KELLY, Daniel. Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante Versus Ex Post Justifications. (2013). Scholarly Works. Paper 950. pp. 1125-1185.
  
- RODRÍGUEZ Pinto, María Sara. 2010. Contracción de las asignaciones forzosas. Una reforma urgente al sistema sucesorio chileno. En: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
  
- SAMPER Polo, Francisco. 2007. Derecho Romano. 2º ed. Santiago, Chile. Editoriales Universidad Católica de Chile. 421 pp.
  
- SOMARRIVA Undurraga., Manuel. 2012. Derecho Sucesorio. Tomos I y II. Versión de René Abeliuk. 8º ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 751 pp.
  
- TATE, Joshua C. Caregiving and the Case of Testamentary Freedom. University of California, Davis, 2008. pp. 129-193. [en línea] [http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/42/1/articles/42-1\\_Tate.pdf](http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/42/1/articles/42-1_Tate.pdf).

-UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (Coordinador). Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Concepción, 2009. Santiago, Chile. Abeledo Perrot (Legal Publishing). pp. 423 - 433.

- PALAVECINO Cáceres, Adriana. 2007. Actuales consecuencias sucesorias de la filiación extramatrimonial. En: La Semana Jurídica. Santiago, Chile. Año 7 N° 336: pp. 6-7.

-UNIFORM Probate Code [en línea]  
<http://www.uniformlaws.org/shared/docs/probate%20code/upc%202010.pdf>

- URUGUAY. 2002. Código Civil.