



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Escuela de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHILENO DE LA SUCESIÓN
POR CAUSA DE MUERTE

Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

CARLOS ALFONSO ZAMBRANO JECHAN

Profesor Guía: Sr. Eduardo Picand Albónico

Santiago de Chile

2017

A mi querida familia.

A mis queridos amigos.

En especial, a mi madre,
Viviana Isabel, fuente
infinita de amor.

C. Z. J.

Primavera del año 2017

AGRADECIMIENTOS

Quiero extender principales agradecimientos a todos los miembros de mi familia, a mi madre y mis hermanos Valeria, Juan Ignacio, Florencia y Francisca; su apoyo y cariño fue fundamental en este recorrer; al punto que motorizó todas las fases de esta investigación y sin cuyo despliegue no pude haber finalizado. A mis amigos, cuyas buenas energías y sentido constructivo de la vida es esencial y un recurso necesario en los proyectos que emprendo.

Agradezco al profesor Eduardo Picand Albónico su dedicación dispensada en la impartición experta de asignaturas destinadas al estudio de la disciplina del derecho internacional privado, una de las cuales cursé, comprobando así su destreza educativa y saber jurídico, del que dejo aquí constancia.

Agradezco enormemente también a todos los académicos, trabajadores, funcionarios y prestadores de servicios de las facultades de Derecho de la Universidad de Chile y la Universidad de Concepción, ambas instituciones en las que tuve la fortuna de estudiar. La realización de su valioso cometido resulta esencial para la reproducción, desempeño, extensión y resistencia de la educación pública de nuestro país.

Pero con estrecha relación a las circunstancias materiales de acometimiento de esta investigación, quisiera dirigir gratitudes a los funcionarios de la Biblioteca Central de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

El Autor

Universidad de Chile, Santiago, 2017

TABLA DE CONTENIDOS

I. Resumen.....	11
II. Introducción	
1. Internacionalización de la sucesión o la sucesión multinacional.....	12
2. Breve justificación de la investigación y referencia al plan.....	16
III. Capítulo I. Sistemas de Sucesión Internacional	
1. Fundamentos generales de los sistemas de sucesión internacional	20
1.1. Norma de conflicto sucesoria, calificación y principio de contacto razonable.....	20
1.2. Concepciones jurídicas de la sucesión hereditaria.....	23
1.2.1. Nociones sustanciales.....	23
1.2.2. Formas comparadas de la transmisión de bienes.....	24
1.2.3. Técnicas conflictuales comparadas de la sucesión y principios informantes de la sucesión Internacional.....	25
1.2.4. Principio de armonía internacional de decisiones.....	27
1.2.5. Principio de efectividad de decisiones internacional.....	27
2. Modalidades de sistemas de sucesión internacional.....	29
2.1. Sistema de unidad.....	29
2.1.1. Descripción y fundamento.....	29
2.1.2. Crítica.....	31
2.2. Sistema de fraccionamiento.....	32
2.2.1. Descripción y fundamento.....	32
2.2.2. Crítica.....	34
2.3. Sistema intermedio.....	35
2.3.1. Descripción y fundamento.....	35
2.3.2. Críticas especiales al sistema de fraccionamiento e intermedio.....	35
2.4. Sistema de concesión del principio unitario al sistema de fragmentación.....	37
2.5. Sistema de autonomía conflictual.....	37

2.6. Sistemas de sucesión universal como modo de adquirir el dominio.....	38
3. Más allá de la antinomia unidad-pluralidad sucesoria: la teoría de la sucesión internacional de Antonio Boggiano.....	39
3.1. Calificación de la herencia en el derecho internacional privado.....	39
3.2. Calificación conforme al derecho internacional privado extranjero y el reenvío como forma coordinación.....	41
3.3. Breve comentario a la teoría de Boggiano.....	42

IV. Capítulo II. Competencia Judicial Internacional del Foro del Asunto Sucesorio

1. Disociación de la competencia judicial internacional y el proceso de localización.....	46
1.1. Dogmática de la disociación.....	46
1.2. Caso: sucesión de Federico Torres Alvarado y Alicia López Villagómez.....	49
1.3. Caso: sucesiones de Nicolás Rusovic Babobic, Milan Setencic Rusovic, Jane Setencic Rusovic y de Stane Rusovic.....	50
2. Los foros del asunto sucesorio.....	52
2.1. La no exclusividad competencial del foro chileno.....	52
2.2. La jurisdicción chilena como foro de situación y el exequatur.....	54
2.3. Caso: sucesión de María de Caso Orrego.....	55
2.4. Posibilidad de elección de un foro extranjero.....	56
3. Calificación de pretensión jurisdiccional y competencia judicial internacional.....	59
3.1. Calificación e identificación de la pretensión con contenido internacional.....	59
3.2. El carácter restringido del artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales.....	60
3.3. Conocimiento de una pretensión sucesoria por un tribunal chileno frente a una cuestión iniciada ante tribunal extranjero.....	61
3.4. Competencia del foro de situación ante la interposición de pluralidad de pretensiones entre las que figura una de carácter inmueble no sucesoria.....	62
3.5. Ruptura de la unidad judicial de la sucesión.....	63
3.6. Caso: sucesión de Wilhem Heimlich Bessel.....	64
4. Competencia para conocer de asunto judiciales no contenciosos de relevancia internacional relativos a la sucesión testada.....	72
4.1. Orden judicial de protocolización del testamento otorgado de conformidad con el derecho chileno.....	72

4.2. Publicación del testamento abierto otorgado ante cinco testigos y apertura del testamento cerrado.....	72
4.3. Dación de la posesión efectiva de la herencia.....	73

V. Capítulo III. Derecho Aplicable a la Sucesión Multinacional en General

1. Determinación unitaria del derecho aplicable a la sucesión multinacional.....	74
1.1. La categoría de sucesión como supuesto genérico: delimitación formal del ámbito de aplicación material de la <i>lex successionis</i>	74
1.2. La estabilización del tiempo en la norma de conflicto sucesoria.....	76
1.3. Caso: sucesión de Carlos Muñoz Baeza.....	77
1.4. Rigidez y multilateralidad del punto de conexión de la regla de conflicto sucesoria.....	78
1.5. El carácter jurídico del punto de conexión "ultimo domicilio del causante".....	79
1.6. Excepcionalidad y generalidad del artículo 955 del Código Civil en el subsistema de atribución.....	80
2. Determinación fragmentaria del derecho aplicable a la sucesión multinacional.....	83
2.1. Normas conflictuales de fragmentación.....	83
2.2. Imperatividad o renunciabilidad de la determinación fragmentaria del derecho aplicable: potestades jurídicas y orden público familiar.....	84
2.3. El derecho de preferencia para el pago de derecho sucesorios de los asignatarios chilenos.....	88
3. Ámbito de aplicación material de la <i>lex successionis</i>	90
3.1. La apertura de la sucesión y el hecho de la muerte como objeto excluido de la atribución.....	90
3.2. Caso: sucesión de Juan Clark o Guillermo Clarkson.....	93
3.3. Transmisión del patrimonio del causante y la posesión legal.....	94
3.4. Delación de asignaciones por causa de muerte y la situación de los comurientes.....	95
3.5. La dignidad para suceder.....	97
3.6. Aceptación o repudiación de la sucesión y la forma de su actualización.....	98
3.7. Administración de la comunidad hereditaria e inclusión equivalente del <i>trust</i> de los sistemas de <i>common law</i>	99
3.8. Partición de la comunidad hereditaria.....	102

3.8.1. Derecho que rige en general la partición.....	102
3.8.2. Acción de partición, orden público Internacional y el principio de libre circulación de los bienes.....	103
3.8.3. La denominada "capacidad" para ejercer la acción de partición es una <i>legitimatío ad causam</i> y no <i>ad processum</i>	105
3.8.4. Derecho aplicable a las condiciones para ejercer la acción de partición.....	106
3.8.5. Partición y fragmentación hereditaria de los artículos 15 N° 2 y 998 del Código Civil: aclaraciones sobre la competencia judicial Internacional y el derecho aplicable ante el arbitraje de partición.....	107
3.8.6. Efectos de la partición.....	111
3.8.7. Emplazamiento a los coparticipes situados fuera de Chile en el juicio particional.....	112
3.8.8. Partición y superposición de derechos aplicables y competencia judicial por operación de un sistema angloamericano.....	114
4. Materias excluidas de la <i>lex successiois</i>	115
4.1. La capacidad para suceder.....	115
4.1.1. Situación de las personas humanas y del <i>nasciturus</i>	116
4.1.2. Situación de las personas jurídicas extranjeras: la capacidad para suceder como capacidad patrimonial.....	117
4.1.3. Caso: sucesión de Juan Nepomuceno Rojas Bustamante.....	119
4.1.4. Persona jurídica de derecho privado extranjera.....	121
4.1.5. Caso: institución de Escuelas Nieto como asignatario testamentario.....	122
4.1.6. Opinión del estudio.....	122
4.2. Las incapacidades relativas para suceder.....	123
4.3. El estado civil.....	126
4.4. Caso: sucesión de Ángel Roque Oliveda.....	127
4.5. Caso: sucesión de María de Caso Orrego.....	129
4.6. Efectos registrales de la sucesión.....	130
4.7. Los derechos parasucesorios.....	131
4.8. Caso: sucesión del causante de iniciales J.N.B.O.....	131
4.9. Declaración judicial de vacancia de la herencia y las funciones de los cónsules extranjeros y chilenos.....	133

VI. Capítulo IV. Derecho Aplicable a la Sucesión Intestada

1. Concepto, ámbito material y derecho aplicable a la sucesión intestada.....	135
2. Derechos de transmisión y representación: las posibilidades de nacionalización de la determinación de los derechos sucesorios conforme con un ordenamiento extranjero.....	135
3. Caso: representación de chilenos descendientes de un boliviano.....	137
4. Calificación jurídica del fenómeno de apropiación del estado de bienes hereditarios.....	137
5. El Fisco heredero y la potestad atributiva y de pago preferente del artículo 998 del Código Civil.....	142
6. El funcionario consular chileno y la sucesión intestada.....	142

VII. Capítulo V. Derecho Aplicable a la Sucesión Testamentaria

1. Nociones generales.....	145
2. El otorgamiento de testamento en país extranjero como un hecho institucional: resolución de conflicto móvil y localización general de sus elementos.....	145
2.1. Forma del testamento otorgado en el extranjero conforme con el derecho foráneo.....	148
2.2. Concepto operativo de testamento ológrafo y la validez de la forma ológrafa del testamento otorgado en el extranjero.....	149
2.3. Caso: sucesión de la ciudadana francesa Cabriolier.....	153
2.4. Invalidez del testamento privilegiado otorgado en el extranjero de conformidad con el derecho foráneo.....	156
3. La forma del testamento otorgado en el extranjero conforme con el derecho chileno y trámites subsecuentes.....	158
4. Capacidad para otorgar testamento.....	161
4.1. Capacidad activa: capacidad de goce regida atributivamente como capacidad de ejercicio.....	161
4.2. Capacidad activa de las personas en situaciones no comprendidas en el artículo 15 del Código Civil: <i>lex loci testamentii</i> , la influencia del <i>favor validitatem</i> y el reenvío operativo en el estatuto personal.....	165
5. El cónsul chileno y el testamento del chileno en el extranjero.....	168

6. Necesidad y condiciones de reconocimiento de las asignaciones testamentarias.....	169
7. Derecho aplicable a la sucesión testada.....	171
7.1. Regla general.....	171
7.2. Asignaciones forzosas en la herencia de un testador chileno.....	172
7.3. Asignaciones forzosas en la herencia de un testador extranjero.....	176
7.4. El derecho de sustitución.....	177
7.5. El desheredamiento o exheredación.....	178
7.6. Interpretación del testamento.....	179
7.7. La forma de la revocación del testamento.....	180
7.8. Nombramiento y ejercicio de albaceazgo o ejecutores testamentarios.....	183
7.9. Caso: sucesión de Carlos Neckelman.....	183

VIII. Capítulo VI. Derecho Aplicable a la Sucesión Contractual

1. Noción general.....	185
2. Derecho aplicable a la sucesión contractual.....	187
3. Sistema jurídico chileno, sucesión contractual y transportación.....	188

IX. Capítulo VIII. *Trust* Angloamericano como Institución Sucesoria Desconocida: Localización y Reconocimiento por Equivalencia Funcional

1. Planteamiento.....	190
2. Noción general de <i>trust</i>	191
3. El <i>trust mortis causa e inter vivos</i> como formas sucesorias.....	193
4. <i>Trust</i> sucesorio como institución desconocida.....	194
5. Naturaleza sucesoria del <i>trust</i> y aplicabilidad del artículo 955 del Código Civil.....	196
6. Existencia, validez y límites operativos del <i>trust</i> frente a su localización por el derecho chileno en un ordenamiento que reconoce la institución.....	197
7. Existencia, validez y límites operativos del <i>trust</i> frente a su localización por el sistema chileno en el propio derecho chileno o uno afín.....	197
8. Forma equivalente de reconocer el <i>trust</i> en Chile.....	198

9. Utilidad del reconocimiento equivalente: los derechos sustanciales de los herederos y legatarios.....	230
10. Limitaciones al reconocimiento equivalente.....	201

X. Conclusiones

1. El carácter ecléctico del sistema chileno de sucesión internacional.....	202
2. La calificación jurídica del concepto general de sucesión, su construcción jurisprudencial y la reconciliación de sistemas de sucesión opuestos.....	203
3. La ruptura de la unidad judicial de la sucesión como fenómeno necesario.....	204
4. La finalidad esencialmente nacionalizadora del sistema atributivo sucesorio.....	205
5. La atenuación o casi inexistente tendencia en la legislación de resguardar el orden público internacional bajo normas de aplicación necesaria.....	205
6. Los efectos sucesorios de la descomposición analítica propio del sistema de atribución.....	206
7. La acogida jurisprudencial de la distinción doctrinal entre cuestión previa y cuestión principal: la riqueza normativa de su desempeño.....	207
8. La diferencia entre normas sustanciales y atributivas y su desempeño en la extensión operativa del derecho de pago preferente.....	207

XI. Referencias Bibliográficas

1. Literatura científica.....	209
2. Jurisprudencia.....	212
3. Fuentes jurídico-formales.....	214

RESUMEN

El presente trabajo pretende reconstruir general y dogmáticamente el subsistema atributivo nacional configurado por el plexo de normas conflictuales relativas a la sucesión por causa de muerte ínsitas en el ordenamiento jurídico. Para lograrlo, apoyándose en literatura científica, jurisprudencia y fuentes jurídico-formales, clasifica y descompone analíticamente el fenómeno sucesorio en momentos que tienen relevancia conflictual para luego, especificar el modo en que el subsistema de atribución trata tales instancias, esto es, el modo en que es preterido y aplicado los ordenamientos jurídicos que podrían estimarse competentes para regularlas desde el punto de vista sustancial.

Por otra parte, dado que es presupuesto lógico y operativo de aplicación de normas conflictuales la determinación de la competencia judicial internacional del foro llamado a aplicarlas ante un asunto sucesorio internacional, esta investigación especifica los presupuestos de instalación de dicha competencia en la judicatura chilena conforme con sus propias normas orgánico-competenciales, evalúa su incidencia en la aplicación de ordenamientos sucesorios extranjeros y reconoce diligencia judiciales y administrativas aptas de ser ejecutadas ante la verificación de una sucesión multinacional conectada con el sistema jurídico de Chile.

INTRODUCCIÓN

1. Internacionalidad de la sucesión o la sucesión multinacional

El Código Civil –cuyo articulado, en este estudio, será referido sin su alusión–, contiene un subsistema atributivo o sistema de derecho internacional privado. Su pretensión es designar el derecho aplicable a toda relación jurídica internacional al amparo de distintos puntos de conexión. En el subsistema conflictual, a su vez, se alojan normas atributivas que se refieren de modo general al fenómeno sucesorio, especificando hipótesis de lo que generalmente cabe referirse como una sucesión multinacional o internacional.

No es posible definir ni aproximarse ontológicamente al concepto de sucesión multinacional. Lo que cabe connotar como sucesión por causa de muerte, o aun la muerte misma, son fenómenos que no revisten, en estricto sentido, aptitud para ser cualificadas por adscripciones o predicados basados intrínsecamente en la nacionalidad. Antes bien, la sucesión *mortis causa* en cuanto categoría jurídica regulada por el ordenamiento chileno solo puede ser reconocida retrospectivamente una vez que se constatan sus efectos de derecho en él previstas.

La sucesión puede así bien comprenderse jurídicamente, en su acepción más propia, como la transmisión del patrimonio de una persona o de bienes determinados. Bajo este marco, cabe conceptuarla como un determinado modo de adquirir el dominio de la herencia –o en sentido subjetivo, con mejor precisión, el derecho real de herencia recaído sobre el patrimonio del *de cuius* o una parte de él–, o incluso algún bien determinado en especie o cuerpo cierto (legado de especie), según la entiende el artículo 588 del Código Civil.¹

Aun así, esta pesquisa conceptual no da cuenta del sentido en que una sucesión puede reclamar cualificación internacional hasta que se expresa el problema de justicia distributiva relativo a la medida o porción que corresponde a cada heredero o legatario que sobreviven al causante en dicha traslación patrimonial, no solo según los criterios con que el

¹ SOMARRIVA, Manuel y ABELIUK, René. 2008. Derecho Sucesorio. Tomo I. 7ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. p. 24. En adelante, todas las referencias a disposiciones legales cuya fuente no sea individualizada se entenderán hechas al Código Civil de Chile.

sistema sucesorio nacional los identifica para una sucesión en particular, sino en razón de la propia nacionalidad de estos sujetos. Se da el caso que nuestro ordenamiento distingue el modo en que son determinados los derechos sucesorios que corresponde a cada asignatario atendiendo, precisamente, a un criterio de nacionalidad, si se dan ciertas circunstancias.

Esta distinción que efectúa el Código Civil supone, ante todo, que los efectos jurídicos de la muerte de una persona concitan relaciones jurídicas aptas de ser regulada sustantivamente tanto por el derecho nacional como por un derecho extranjero dependiendo de si esta dejó su último domicilio en Chile o en el extranjero. La sola potencialidad de aplicación del derecho extranjero que autoriza la norma conflictual del artículo 955 por un órgano de jurisdicción chileno, revela un conflicto de competencia regulativa que tuvo en miras el legislador a la hora de consagrar semejante regla. Bajo este ángulo, la sucesión es internacionalizada, y bien puede aludirse como sucesión internacional o multinacional. Con esta expresión se sugiere el hecho de que ante una relación jurídica sucesoria de la que en principio se habría de hacer cargo el ordenamiento chileno, cabe también aplicar las normas sustanciales de uno o más sistemas jurídicos extranjeros, por estar estos razonablemente conectados a la sucesión

El presupuesto básico para que un órgano jurisdiccional chileno competente internacionalmente esté en pie de aplicar derecho extranjero o resolver acerca de diligencias relativas a la sucesión internacional está dado por esta última circunstancia, esto es, que una determinada persona muera dejando su último domicilio fuera de Chile. Sin embargo, antes de llevarse a cabo tales actuaciones, cabe notar que el hecho puede ser enteramente indiferente a nuestro sistema, pues, como es obvio, todos los días ocurren muertes fuera de nuestro país –de chilenos o extranjeros–, sin que se desencadenen efectos jurídicos relevantes sancionados por el ordenamiento chileno. En tal caso, la regla de conflicto del artículo 955 funge funcionalmente constatando y reconociendo la incompetencia del orden nacional para avocarse a la regulación de esa sucesión absoluta y radicalmente extraña a nuestro medio jurídico.

Con todo, dado que la regulación chilena de la herencia es fundamentalmente una ordenación que dirime problemáticas de justicia distributiva, sobre la base de asignaciones de derechos subjetivos, la verificación de la muerte en país extranjero suscita relevancia desde un ángulo internacional por cuestiones relativas al esquema de distribución que traen consigo el derecho nacional. Estas cuestiones son de índole personal o real.

Desde un punto de vista personal, la identificación del derecho extranjero que rige una determinada sucesión torna relevante cuando existen personas chilenas poseedoras de vocación sucesoria en la herencia que originó un fallecimiento fuera de Chile. Esa identificación se vuelve relevante, pues las asignaciones de los derechos sucesorios de los chilenos quedarán amparadas por el derecho nacional so pretexto de tutelar el interés patrimonial que asisten a sus nacionales allí envuelto. Para intervenir, la regulación chilena deberá precisar que aspectos de la sucesión extranjera son regidas por el derecho chileno y a un mismo tiempo, reconocer como derecho aplicable general un ordenamiento foráneo mediante una regla de conflicto nacional. Este caso deja entrever que la identificación de la norma de conflicto sucesoria chilena solo toma relevancia una vez que el foro chileno asume competencia judicial internacional, pues de otro modo, no existiría razón alguna para recurrir al sistema de atribución y mediante su puesta en movimiento, a un derecho extranjero.

Otras veces, sin embargo, a pesar de que la sucesión comporta una relación jurídica puramente nacional, como sería aquella derivada de un causante que ha muerto dejando su ultimo domicilio en Chile –y ante ella se ha determinado la competencia del foro chileno para proceder a las actuaciones correspondientes–, sus aspectos adjetivos o procedimentales pueden tener cierta relevancia internacional. Aquello se verifica cuando se trata de dilucidar el modo en que han de intervenir los extranjeros o chilenos ante una sucesión nacional que se encuentran fuera del territorio de la Republica. No es posible, una vez puesta la regulación nacional como ley general regente de una sucesión argüir su coexistencia, desde el punto de vista interno del sistema, con otra ley perteneciente a otro Estado. Para el juez chileno será necesario aplicar siempre y en todo momento el derecho nacional y nada más que el derecho nacional, aunque existan asignatarios extranjeros. Siendo esto así, la internacionalidad de la relación se fundamenta solo en el modo en que el ordenamiento chileno establece diligencias para que extranjeros o chilenos ausentes del territorio nacional estén en pie de recoger la porción que de conformidad con el derecho chileno les fue deferida.

Desde un punto de vista real, la internacionalización de la sucesión se presenta una vez que, determinada su regulación de conformidad con el derecho extranjero, ha de resultar imperativo efectuar ciertas diligencias de carácter sucesorias en el país, por estar aquí ubicados determinados bienes. Nuevamente aquí lo que ha acontecido es que el derecho chileno ha querido intervenir en la regulación de la sucesión extranjera, y para lograrlo, le ha resultado forzoso identificar el estatuto general aplicable a la sucesión extranjera, esto es, el

ordenamiento que rige en el último domicilio del causante –derecho extranjero altamente conectado con el fenómeno–, según informa la norma conflictual chilena.

Las hipótesis de sucesiones internacionales, recién solo dibujadas, que se dejan reconocer en ordenamiento nacional asumen el siguiente esquema lógico: primero se establece la competencia judicial internacional de la judicatura chilena para conocer de la sucesión internacional y solo una vez hecho esto, se procede a la identificación de las normas conflictuales nacionales que especifican como ha de ser aplicado el derecho foráneo en conjunto al sistema nacional. Así las cosas, al establecer el punto de inicio y básico para la operatividad de la norma conflictual sucesoria, esto es, la competencia judicial internacional del tribunal chileno, lo que se tiene presente, como decimos, es un problema de distribución de derechos jurídicos y subjetivos establecidos por diferentes ordenamientos concurrentes.

El grado de su reconocimiento de los derechos subjetivos de los extranjeros tal como lo son en sus ambientes originales, es la misma medida en que los sistemas extranjeros son reconocidos por el ordenamiento nacional. La legislación conflictual en general, y la atributivo-sucesoria en particular, materializa esa precisa medida. Lo hace resolviendo la determinación de los derechos sucesorios del extranjero bajo el fundamento de protección de expectativas de ver tutelado su porción en una determinada herencia, de conformidad con un derecho foráneo razonablemente conectado a la sucesión. Frente a ello, concurre el interés de los chilenos de asignarse sus porciones en la misma sucesión, sobre la base del ordenamiento nacional.

La conformación de este tipo de reglas se direcciona, en fin, a la distribución de pertenencia vía reconocimiento de derechos de los extraños en sentido literal. Estos son, como agudamente señala un autor, “aquellos hombres y mujeres con quienes, por así decirlo, nos topamos por primera vez. No sabemos quiénes son ni que piensan, aun así los reconocemos como hombres y mujeres. Son como nosotros, pero no son uno de nosotros, de modo que cuando decidimos su pertenencia debemos considerarlos a ellos tanto como a nosotros mismos”.²

² WALZER, Michael. 2015. Las Esferas de la Justicia. Una Defensa del Pluralismo y la Igualdad. 2ª ed. México D. F., Fondo de Cultura Económica. p. 45

2. Breve justificación de la investigación y referencia al plan

Esta investigación ha principiado con un periodo de recopilación de antecedentes tendientes a consultar el estado de la sucesión internacional en la doctrina y jurisprudencia chilena. Nos hemos apercibido en el proceso que la manualística chilena pese a tener ingentes obras dedicadas a la parte general de la dogmática del derecho internacional privado, a menudo no se ocupa con pretensiones de exhaustividad del análisis de la temática que nos convoca.

No significa esto, empero, que la sucesión internacional no haya tenido previamente estudios especializados. Así, el año 1944, el señor Mario González Alvarado presentó una memoria de prueba³ a la Universidad de Chile tendiente a abarcar un estudio sistemático. La obra, sin embargo, se estructura en su mayor parte prefiriendo puntos de vista doctrinales comparados que se alejan de la realidad del ordenamiento jurídico nacional, deviniendo en un trabajo de gran aporte para alinear el tratamiento atributivo del fenómeno sucesorio bajo una concepción esencialista, naturalista o idealista de los institutos jurídicos basados en su clasificación bajo una categoría conceptual, pero, sin embargo, carece de un desarrollo dogmático. El trabajo de González, no por incumplimiento de sus propios fines, a la hora de estudiar el sistema nacional de atribución sucesoria, se limita a exponer las normas que lo componen, sin evaluar pormenorizadamente sus relaciones internas ni menos sus coordinaciones con el tratamiento civilístico de la sucesión por causa de muerte.

En lo que parece una dirección de continuidad con la obra recién aludida, el año 1962 los señores Heriberto y José Benquis Camhi presentaron una exhaustiva y extensa memoria de prueba⁴ a la misma universidad. El estudio tematiza en torno al desarrollo del subsistema de atribución chileno para la materia sucesoria en su especificidad. Con todo, la obra contiene ciertas omisiones al estudio de hipótesis de instalación de competencia judicial internacional que en este tópico puede alcanzar la judicatura chilena, lo que trasunta, a veces, en puntos de partida que quiebran la estructura lógica que relaciona –en nuestra legislación y cualquiera otra– semejante competencia con el momento de determinación del derecho aplicable a la sucesión internacional. Omite, a su vez, reflexiones tendientes a

³ GONZALEZ, Mario. 1944. La Sucesión ante el Derecho Internacional Privado. Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

⁴ BENQUIS, Heriberto y BENQUIS, José. 1962. Problemas Sucesorios de Derecho Internacional Privado. Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

conectar la teoría de la cuestión previa, preliminar o incidental, a hipótesis sucesorias desconocidas para el foro chileno, disminuyendo su riqueza normativa y amplias posibilidades de reconocimiento del derecho extranjero, e incluso desvirtuando soluciones atributivas a momentos sucesorios en que predominan caracteres personales antes que traslaticios.

Este gran aporte de los señores Benquis, sin embargo, se destaca por tratar el asunto bajo una aproximación estrictamente dogmática y se apoya en gran parte, en el “Estudio crítico de la jurisprudencia del Código Civil: La sucesión legal” de los señores René Abeliuk, Olga Rojas y Mireya Tasso, que la Editorial Jurídica publicó el año 1955. Su sistematización para los fines de la disciplina del derecho internacional privado se la debemos a estos memoristas y a cuyo través hemos podido acceder nosotros, en vista que no pudimos obtener directamente mentado trabajo profesional.

En los prolegómenos, y en los comentarios que tuvieron a bien consignar los profesores patrocinadores y revisores de ambas obras universitarias se llama la atención sobre el poco estudio que la doctrina nacional extiende a la sucesión en su faceta multinacional. A un mismo tiempo, admite las complicaciones que importa acometer un estudio semejante. Tal domesticación de la materia ante ese diagnóstico, conjunto con entregar una re-sistematización del pronunciamiento del ordenamiento chileno acerca de la sucesión internacional es lo que nos ha motivado a nosotros a seguir en la línea de estudio de estos memoristas, nutriendo así el proyecto colectivo que comporta la construcción de la teoría del derecho internacional privado.

Esta investigación ha querido dar un orden distinto al plan de estudio confeccionado por los señores Benquis. Acaso uno que acentúe las interrelaciones entre los fines competenciales y atributivo-sustanciales ínsitos en la temática ensayada, teniendo a la vista la realidad del ordenamiento chileno, sin introducción de direcciones excesivamente conceptuales, y, en fin, privilegiando orientaciones lógico-normativas ante la observación del ordenamiento jurídico chileno. Hemos querido agregar, asimismo, alguna somera jurisprudencia que hemos recolectado para apoyar la organización del trabajo, y conectar el tratamiento atributivo del fenómeno sucesorio a sus antecedentes civiles o materiales.

En ese entendido, el plan de esta investigación se estructura de la siguiente forma.

En el Capítulo I se plantea un estudio comparativo de los sistemas sucesorios internacionales que pueden reconocerse doctrinalmente y en los sistemas positivos de derecho del orbe. En este se adjunta una célebre propuesta de Antonio Boggiano tendiente a articular sistemas que exhiben rasgos en sus instancias de calificación jurídica opuestos que algunos trabajos aluden con entusiasmo, y al que hemos aquí formulado reparos.

En el Capítulo II nos explayamos acerca de la hipótesis y el modo en que la judicatura chilena puede asumir competencia judicial internacional en materia sucesoral. Se coloca especial énfasis en identificar el fenómeno de ruptura judicial a que conducen las normas orgánico-competenciales chilenas, y en distinguir la esfera aplicativa de las normas competenciales y normas atributivas como directivas de finalidades enteramente diferentes.

En el Capítulo III se tematiza acerca del derecho aplicable a la sucesión multinacional en general, esto es, un análisis conflictual de cada uno de los momentos del fenómeno sucesorio al margen de las especificidades que le proveen sus modalidades posibles. El estudio incorpora fases de la sucesión consistentes en materias pertenecientes al así denominado “estatuto personal” que inciden en la sucesión

En el Capítulo IV y V se estudia el tratamiento internacional que el derecho chileno confiere a la sucesión intestada y testada, respectivamente, en cuanto modalidades sucesorias explícitamente reguladas por el ordenamiento nacional, esto es, como hechos institucionales calificados por nuestro sistema. En la primera de estas modalidades se hacen presente acápites vinculados a la sucesión del Estado; en la segunda, se discurre en torno a la distinción entre otorgamiento de testamento y a lo que propiamente puede denominarse sucesión testada *stricto sensu*, como fenómenos que merecen y tienen en el ordenamiento, estatutos atributivos diferenciados.

En el Capítulo VI y VII tratamos hipótesis sucesorias no calificadas especial y explícitamente por el ordenamiento jurídico chileno: la sucesión contractual y la sucesión de origen angloamericana mediada por la figura del “*trust*”. Procuramos tratar de extender reconocimiento nacional a estas formas sucesorales desconocidas, respetando las delimitaciones formales del sistema jurídico nacional y construir un tratamiento conflictual destinados a estas instituciones basado en reglas de nuestro propio orden jurídico.

Por último, este estudio acusa sucintas conclusiones. En todo caso, conforman enunciados que sintetizan la lógica conflictual del sistema de sucesión por causa de muerte que ha parecido relevante al autor explicitar en el texto.

Se espera con ello entregar un aporte teórico y práctico a una línea investigativa iniciada por otros que exhiba un desarrollo mínimamente ordenado y sistemático.

Capítulo I

SISTEMAS DE SUCESIÓN INTERNACIONAL

1. Fundamentos generales de los sistemas de sucesión internacional

1.1. Norma de conflicto sucesoria, calificación y principio de contacto razonable

La estructura general de la norma de colisión,⁵ le imprime a la categoría jurídica utilizada una relativa indemnidad o autonomía conceptual, respecto al derecho conectado. El fenómeno se transporta, en sus propios términos y extensiones, al ámbito de la sucesión internacional, en cuanto el concepto de sucesión es propiamente una categoría jurídica de la que se vale el subsistema de atribución para elaborar una norma de conflicto sucesoria. Esta indemnidad conceptual, correlativamente, se traduce en que la construcción de la norma de conflicto sucesoria se haya enteramente sujeta a la naturaleza jurídica asumida previamente –desde el punto de vista lógico–, por un legislador, enraizada en características culturales, sociales y religiosas que nutren a cada Estado.⁶

De esta suerte, el carácter formal de la regla conflictual en general, y de la norma de colisión sucesoria en particular, apareja una reserva del estudio de la naturaleza jurídica de la institución hereditaria a la esfera de la dogmática del derecho civil de modo preferente a la del derecho internacional privado; lo cual, no quiere decir bajo ningún respecto que la controversia por concepciones o naturalezas jurídicas de las que se ocupa la civilística sea indiferente al campo de la dogmática internacional privada. Muy por el contrario al postulado de una autonomía absoluta y radical de normas sustanciales y conflictuales, el principio de contacto razonable, al imponer a los Estados un deber de investigación del derecho más próximo a la cuestión a decidir, y sobre ello, localizar la relación jurídica, al amparo de una

⁵ Véase, GOLDSCHMIDT, Werner. 1990. Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico. 7ª ed. Buenos Aires, Depalma. pp. 79 y ss.

⁶ ALBORNOZ, Jorge. 2003. Sucesión hereditaria. En: FERNANDEZ, Diego. (coord.). Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur. Buenos Aires, Zavalía. p. 841.

elección razonable del derecho sustancial,⁷ obliga al legislador nacional a efectuar una proposición adecuada y razonable del subsistema de atribución, en relación a la toma de partido expresada en sus normas materiales.

A contrario sensu, importa una transgresión del principio de contacto razonable la verificación de la disonancia absoluta entre normas conflictuales y normas sustanciales privadas. Es Goldschmidt quien reprocha semejante descoordinación señalando que es “asombroso” que ordenamientos jurídicos que proclaman enfáticamente en la órbita de su derecho sucesorio, una determinada configuración sustancial de la sucesión, se afilien luego a un sistema conflictual incompatible a aquella. En su concepto, una estrategia de conexión de este tipo resulta ser destructora para las posibilidades tanto de la localización, como de la comprensión adecuada del instituto sucesorio, en cuanto torna ininteligible la sucesión en su expresión multinacional, respecto de su concepto primigenio nacional.⁸ La autonomía o dependencia relativa en que está colocada la regla conflictual respecto al sistema civil de sucesión se traduce, pues, en que teniendo aquella propia entidad y objeto dilucidados autónomamente –la localización de la relación sucesoria internacional–, el proceso de localización de todas formas debe quedar supeditado, desde el punto de vista de la corrección valórica que importa la vigencia del imperativo contacto razonable, al influjo de concepciones sucesorias aportadas por las normas sustanciales de su propio sistema.

Desde el ángulo contrario, la esfera delimitada de independencia del sistema sustancial en relación al sistema atributivo se presenta como un campo de libertad para el legislador estatal para evaluar el contenido y la fisonomía del sistema de sucesión. Por una parte, esta condición explica las diferentes mutaciones a lo largo de la historia humana de la sucesión por causa de muerte, como su pluralidad de expresión en los diversos sistemas jurídicos nacionales del orbe. Constatar este hecho es lo que lleva a sugerir a Villarroel y Villarroel, que la sucesión es un fenómeno jurídico universalmente conocido en el mundo, pero de regulación sumamente heterogénea.⁹ Por otra parte, la autonomía del legislador sustancial explica la especial dificultad de conexión que exhiben los órdenes jurídicos en presencia de sucesiones internacionales, problema que tiene su génesis en las tendencias de regulaciones domésticas de concebir varios elementos de la transmisión de bienes como

⁷ BOGGIANO, Antonio. 2000. Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 2ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. pp. 22 y ss.

⁸ GOLDSCHMIDT. óp. cit. p. 360.

⁹ VILLARROEL, Carlos y VILLARROEL, Gabriel. 2015. Derecho Internacional Privado. Santiago, Ed. Jurídica. p. 298.

materias de orden público, disminuyendo así el campo de acción de los particulares para decidir el derecho aplicable de sus sucesiones.¹⁰

Debe apreciarse también que la maximización del contacto razonable que impera en sede internacional no solo propone directrices para un correcto diseño de la norma de conflicto sucesoria requiriéndole debida coordinación y conformidad con los conceptos del sistema del foro, sino que, además, orienta la aplicación misma del derecho sustancial a una relación jurídica determinada. Pues, dado que la norma no puede ser aplicada sin previa consulta de los sistemas extranjeros concurrentes que definen la internacionalidad de la relación sucesoria, habrá que recurrir al criterio de razonabilidad del contacto entre relación jurídica y sistema de derecho, a efectos de elegir el ordenamiento jurídico-sustancial bajo cuya operatividad y aplicación habrá de agotarse la conexión. En el escenario amplio que comporta el proceso de aplicación de la norma de colisión, el derecho extranjero debe ser considerado e interpretado teniendo en cuenta como incide en el caso el elemento internacional.¹¹ De consiguiente, la extensión de la regla de sucesión internacional frente a un caso concreto, está determinada por la corrección de localizar los aspectos relacionados de algún modo u otro a la sucesión, en algún ordenamiento estatal y foráneo que acuse vinculación estrecha y razonable con la relación.

Si aquella valoración termina por inspirar la aplicación de la norma atributiva sucesoria, y contándose ya con un significado primario establecido de la sucesión aportado por su propio sistema estatal, este podrá extenderse en el momento funcional de calificación, colocado ya en relación al ordenamiento enviado por virtud de la regla atributiva sucesoria, mitigando o corrigiendo la dirección puramente nacional del concepto. En esta dimensión funcional de la calificación comparece el interés de tener un “sistema que permita el traspaso de manera ordenada, por carriles de razonable seguridad, garantizado el pago de los tributos pertinentes, contemplando con justicia el ingreso de cada cosa o bien inmaterial relicto al patrimonio de otros sujetos, legitimados por el juego armónico entre la voluntad del causante y la voluntad legal, en tanto esta última puede determinar la imposibilidad a ciertas personas de porciones razonables en ‘lo dejado’ por aquel”.¹²

¹⁰ ALBORNOZ. óp. cit. p. 841.

¹¹ FERNANDEZ, José y SANCHEZ, Sixto. 1996. Curso de Derecho Internacional Privado. 3ª ed. Madrid, Civitas. p. 313.

¹² ALBORNOZ. óp. cit. pp. 841 y 842.

1.2. Concepciones jurídicas de la sucesión hereditaria

1.2.1. Nociones sustanciales

En el orden sustancial, las nociones jurídicas vinculadas a la transmisión de la propiedad se dejan identificar en concepciones sucesorias totales, cuyos contenidos y significados sólo son reconocibles internamente, esto es, puestos en relación al propio sistema sustantivo del que forman parte. Cabe constatar en la pluralidad de ordenamientos civiles, al menos, la concepción romana y la noción germana.

Vale la pena antes prevenir que estas configuraciones de la sucesión se expresan en sistemas positivos solo de modo parcial, en la medida en que su posicionamiento en órdenes vigentes, por razones funcionales y prácticas, puede bien incorporar elementos exógenos y distintos a las proyecciones que sugieren sus fundamentos jurídico-privados más generales. Este es el caso de la sucesión chilena, cuya fisonomía se deja identificar en el concepto de patrimonio concebido como universalidad jurídica, pero que admite, a un mismo tiempo, y pese a que la sucesión solo es reconocible como categoría universal, sucesiones a título singular. Por lo dicho, las alternativas romana y germana, solo se presenta como concepciones puras en la órbita de la teoría, sirviendo de criterio general para la descripción del sistema sucesorio y explicando la puesta en movimiento de sus aspectos predominantes, mas no de todos. En la realidad de los sistemas jurídicos existentes, se suelen combinar elementos de las concepciones romanas y germanas, dando paso a sistemas sucesorios eclécticos.

Conforme a la concepción romana, la herencia constituye, ante todo, una sucesión universal en un patrimonio unitario e ideal, compuesto de relaciones jurídicas activas y pasivas. Esta fisonomía ha sido históricamente argumentada en la naturaleza de la sucesión basada en una prolongación de la personalidad del causante, que envuelve a su vez, la perpetuación de su voluntad subjetiva.¹³ Una continuidad de esta naturaleza permite que el heredero pase a ser no solo sujeto activo y pasivo en cada una de la relaciones jurídicas en las que participaba el difunto, sin necesidad de que las relaciones activas o derechos “sean transmitidos individualmente y con los modos particulares de cada uno de ellos, sino que subintra también en los hechos constitutivos que justificaban cada uno de los derechos de su

¹³ GOLDSCHMIDT. óp. cit. p. 359.

titular”.¹⁴ Consecuencialmente, al abrigo del sistema clásico se verifica una confusión del patrimonio dejado por el difunto con aquel que pertenece al heredero, sin deslindes que reconocer en esta acumulación, pues el causahabiente no puede tener sino solo un patrimonio. Con ello, surge la responsabilidad de este último frente todas y cada una de las deudas que contrajo en vida su causante, fenómeno nominalizado tradicionalmente como “responsabilidad *ultra vires hereditatis*”.

De acuerdo a la concepción germánica, en cambio, la herencia constituye un simple reparto del patrimonio familiar, concebida la acumulación de activos a distribuirse como un conjunto de bienes individualmente considerados. En ese entendido, se explica que su sistema haya conocido limitaciones a las disposiciones *mortis causa* en relación a los bienes inmuebles –considerados sustento del haber familiar–, en coexistencia con la posibilidad para disponer con entera libertad de bienes muebles. Con todo, la transmisión comportaba para los herederos, solo una vez ocurrida la repartición sucesoral, la obligación de pagar las deudas que el fallecido contrajo en vida, rasgo de traslación opuesto al régimen de gravamen universal de los activos transmitidos a que están asociadas las deudas hereditarias en el sistema romano, conformado por el solo hecho de muerte del causante. Esta obligación posterior a la distribución de bienes asumida por los partícipes de la herencia, en el sistema germano, ascendía hasta valor de los bienes que pertenecían al difunto, modalidad de responsabilidad típicamente llamada “responsabilidad *intra vires hereditatis*”.¹⁵

1.2.2. Formas comparadas de la transmisión de bienes

En las diversas regulaciones nacionales, y producto de las diferencias conceptuales que los distintos sistemas de sucesión domésticos asumen, la transmisión de bienes a las personas que acrediten la calidad de herederos del causante puede configurarse bajo distintas formas. Albornoz¹⁶ indica que existen, englobados bajo concepciones romanistas de la herencia, sistemas de transmisión instantáneos, en los que el patrimonio transmisible pasa de manera inmediata y sin intermediarios a un nuevo titular. Esta forma de concederse la transmisión –

¹⁴ ELORRIAGA, Fabián. 2010. Derecho Sucesorio. 2ª ed. Santiago, Abeledo-Perrot. p. 14

¹⁵ GOLDSCHMIDT. óp. cit. p. 359.

¹⁶ ALBORNOZ. óp. cit. pp. 842 y ss.

directa e instantánea–, en el derecho moderno y continental convive con el otorgamiento de potestades al heredero de renunciar a la sucesión o de aceptarla con beneficio de inventario, formulas dilucidadas para amparar el origen volitivo de la adquisición de derechos, o bien, mitigar la conspicua injusticia que comporta la adquisición de un patrimonio recargado de deudas.

En ordenamiento sucesorales donde los principios de protección de autonomía de la voluntad del heredero e integridad de su patrimonio alcanzan mayor intensidad de resguardo, la transmisión de bienes no se verifica hasta que el heredero acepte la sucesión de su causante, quedando en el intertanto el caudal hereditario vacante. La condición de aceptación a la que está sujeta la sucesión –y solo una vez cumplida, claro está–, define una transmisión *mortis causa* directa, pero diferida.

Por último, en el orbe se presentan sistemas en que la transmisión es indirecta y diferida. Típicamente, esta fisonomía viene organizado por la consagración en sistemas angloamericanos de la figura del “*trust*”, apta de operar en la órbita de las sucesiones tanto legales como testamentarias. Conforme con esta institución, los bienes son colocados en dominio bajo la administración de un ejecutor de la sucesión, con el objeto preciso de pagar las deudas hereditarias y liquidar el remanente a los herederos. Realizadas dichas operaciones, ocurre una segunda traslación en dominio del ejecutor a los herederos que, como es obvio, ha sido diferida en el tiempo, por haber intercedido una tercera persona en la relación conformada por el causante y el asignatario por causa de muerte.

1.2.3. Técnicas conflictuales comparadas de la sucesión y principios informantes de la sucesión Internacional

Desde una perspectiva estrictamente internacional, la idea fundamental de definir sistemas de sucesión internacional –al margen de su coincidencia con la concepción jurídica de la sucesión que dirimió el legislador civil–, es responder la cuestión acerca si es preciso regular unitariamente o fragmentariamente el despliegue de cada uno de los momentos y elementos del fenómeno sucesorio. De suerte tal que la pregunta por el sistema sucesorio internacional inquiera sobre la utilización de una técnica determinada de regulación en que se formalizará la norma de conflicto sucesoria.

De este modo, las concepciones romana y germánica debieran tener expresión en normas de derecho internacional privado, de las que emanan, como técnica regulatoria disponible para el legislador, a su vez, los denominados sistemas de unidad y de fraccionamiento, respectivamente, acompañados de variantes eclécticas. Asimismo, se constatan sistemas *sui generis*, que responden a fundamentos diferenciados de los principios que importan el binomio romano-germano, pero que, de algún modo, han tomado sus rasgos fundamentales a partir de tales concepciones tradicionales.

En general, el concepto que confiere a la sucesión una fisonomía de masa patrimonial única y en que la muerte de su titular desata la transmisión de dicho patrimonio al heredero continuador de su persona, conduce a sostener su regulación bajo una ley unitaria. Por el contrario, de la idea germánica de una herencia múltiple y dilucidada a partir de bienes singularmente considerados, se deriva una regulación conflictual fragmentaria cuyo objeto es determinar el derecho aplicable a transmisión de cada uno de los bienes del difunto dispuesto a la repartición, conforme con el derecho del lugar en que se encuentran situados dichos bienes.

Por su parte, cada una de las técnicas disponibles al legislador se encuentran inspiradas en principios jurídicos dirigidos a obtener la armonía internacional de decisiones y su efectividad. En el ámbito del derecho privado, entre las que figura la disciplina del derecho internacional privado, tales mandatos de optimización se identifican con los fines de sus reglas consideradas en su conjunto, metas que expresan lógicas inmanentes al orden jurídico y, por lo tanto, sirvientes a su interpretación o comprensión de su discernimiento práctico, a efectos de su correcta aplicación. Pero también, se identifican con fines entendidos como objetivos trascendentes al orden jurídico, esto es, como objetivos ideales a los que este debiera tender.¹⁷ Bajo estas lógicas –interna y externa al campo del derecho vigente–, los principios jurídicos de armonía internacional de las decisiones y de efectividad, aparecen “controlando, críticamente y sustancialmente, la solución del caso proyectada por el sistema jurídico extranjero competente según las normas de conflicto del foro”.¹⁸

¹⁷ BARROS, Enrique. 2005. Justicia y eficiencia como fines del derecho privado patrimonial. En: Estudios de Derecho Civil I. Santiago, LexisNexis. p. 9.

¹⁸ BOGGIANO. óp. cit. p. 44.

1.2.4. Principio de armonía internacional de decisiones

En el caso del principio de uniformidad o armonía internacional de decisiones, su acción apareja la finalidad de realizar la solución justa de la totalidad e integridad multinacional de los casos jusprivatistas. Por oposición, su vigencia niega la mutilación del caso en diversos aspectos puramente nacionales. Sin embargo, la realidad estatal del derecho internacional privado trae consigo que las situaciones privadas internacionales son decididos por autoridades nacionales de diversos Estados, asunto por el cual, la uniformidad y armonía impone un deber de coordinación y cooperación de agentes nacionales, cuya inobservancia obstaculizará la solución justa y uniforme del caso, esto es, una decisión unitaria e idéntica a cualquier país que hubiere decidido la cuestión y se encontrare razonablemente conectado con el asunto decidido.¹⁹

En referencia al ámbito sucesorio, esta necesidad que revela el principio de uniformidad inspira, *prima facie*, una técnica unitaria en la reglamentación de la relación sucesoria, toda vez que el requerimiento de justicia y estabilidad que el principio reclama se concreta respetando la naturaleza universal del patrimonio transmisible del causante si así lo han venido a configurar las normas sustanciales de un determinado sistema jurídico. De ser este el caso, corresponde a los sistemas de atribución determinar un solo derecho aplicable al todo jurídico que el patrimonio conforma, reconociendo, como dato inmutable y sustantivo, la condición de *universitas ius* del caudal hereditario dejado por el causante y los rasgos de una *successio per universitatem* de su transmisión como herencia.

1.2.5. Principio de efectividad de decisiones internacionales

El principio de efectividad arranca de una mirada factual de la realidad en el desempeño de las normas internacionales privadas que, frecuentemente, al asumir una perspectiva estatal, es incapaz de ocuparse de la integridad de la relación privada y de sus aspectos multinacionales, adjudicando su solución a un mismo derecho estatal. Una cosa distinta a la aspiración de la uniformidad y armonía en las decisiones internacionales dice Boggiano, “es

¹⁹ Ídem. p. 40.

determinar en qué medida es realizable la uniformidad de soluciones, en las variables circunstancias históricas del derecho positivo”.²⁰

De este modo, el imperativo de efectividad, *prima facie*, obra como límite y complemento a la armonía internacional, promoviendo el despedazamiento de la situación internacional cuando su localización bajo una ley unitaria no permita regular una solución justa al mismo tiempo que realizable; y, en consecuencia, torne ineficaz la decisión. Transportada su vigencia a la órbita sucesoral, se vuelve harto evidente que el principio de efectividad inspira una técnica o método de carácter fragmentario, en relación a la forma de la regulación de la relación jurídica que comporta la sucesión por causa de muerte.

2. Modalidades de sistemas de sucesión internacional

2.1. Sistema de unidad

2.1.1. Descripción y fundamento

El sistema de unidad consiste en disciplinar todas las consecuencias jurídicas derivadas de la sucesión, a una misma y única ley. Esta ley debe ser la personal del causante que indiscutidamente es la de su nacionalidad;²¹ y con algunos respectos, puede ser considerada perteneciente a esta clase, la de su domicilio.

El fundamento de la técnica unitaria se identifica, en primer lugar, en la calidad de proyección jusprivatista internacional de la herencia que, a su vez, ha sido ideada como prolongación de una voluntad subjetiva del causante. A veces esa voluntad emana en forma expresa, otras veces, es la ley la que presume esa voluntad tomando usualmente como fundamento las relaciones de familia.²² Siendo esto así, las consecuencias jurídicas de la

²⁰ Ídem. p. 41.

²¹ VILLARROEL. 2015. óp. cit. p. 298.

²² A la sucesión convergen una pluralidad de intereses, entre ellos el familiar. En Chile, este interés está representado por la indicación del legislador de las personas que van a suceder al causante. Para ello, en la sucesión intestada, el legislador trata de interpretar la voluntad del causante, y se pone en el caso de que este hubiere hecho testamento, instituyendo órdenes de sucesión de herederos legítimos que comienza con los parientes más próximos del causante, y termina con los más alejados. Por otra parte, en la sucesión testamentaria este interés de la familia alcanza tutela en las denominadas asignaciones forzosas, que son aquellas que el testador está obligado a efectuar, y que el legislador suple aun con perjuicio de sus disposiciones

muerte del causante no podrían quedar reguladas por estatutos diferenciados, como si tuvieran fuente en voluntades distintas o contradictorias.²³

A su turno, el sistema se afirma en la existencia de un deber de correspondencia que habría entre la concepción de la herencia como universalidad jurídica, es decir, una unidad ideal de derechos que toma entidad y naturaleza diferenciada de los bienes singulares que la componen. Esta universalidad jurídica se abstrae –consigna Savigny– de toda valoración sobre su situación en el mundo físico.²⁴ Ni siquiera es posible dirimir la situación corporal de la universalidad jurídica evaluando la ubicación de la mayoría de los bienes singulares que componen el patrimonio transmisible, puesto que no se están localizando esos bienes *uti singuli*, sino en tanto integrantes de la universalidad. En concepto de Goldschmidt, la norma conflictual relativa a la sucesión, como se dijo, debe defender esta unidad envuelta en la doctrina romana, “sometiéndola a un solo derecho que la reglamente, aunque los diversos bienes se hallen supeditados a diversas soberanías”.²⁵

Aún más específicamente, Guzmán opina que el factor de conexión consistente en la nacionalidad del causante envuelto en reglas de conflicto sucesorias se fundamenta en el carácter de atributo de la personalidad que acusa el patrimonio del *de cuius*. Así, como lo sostienen los exponentes de la teoría clásica, el patrimonio de un sujeto de derecho constituye un elemento inherente a su personalidad, y si es verdad que al morir su titular las relaciones allí radicadas no se extinguen, sino que todo lo contrario, continúan jurídicamente en la persona de sus sucesores, se termina por concluir que al estar impresas del carácter personal que suponen semejante atributos, la sucesión debe conectarse a un sistema jurídico mediante un factor permanente que tenga el mismo carácter.²⁶

Debe notarse, antes bien, que esta línea de argumentación no parece extenderse al factor de conexión consistente en último domicilio del causante, toda vez que este criterio aparece dotado de aptitud móvil. Por lo tanto, si se le considera como factor de conexión de la regla de colisión sucesoria en el contexto de un sistema unitario, se rompería el carácter

testamentarias expresas. La tutela de este interés se funda en que el grupo familiar ha tenido participación importante en la adquisición del conjunto de activos y pasivos constitutivos del patrimonio del causante, en conjunción al ambiente en que este ha vivido. Incluso, en el patrimonio transmisible pueden encontrarse comprendidas herencias que el difunto recibió de otras personas, principalmente parientes suyos. Véase, SOMARRIVA, Manuel y ABELIUK, René. 2008. óp. cit. pp. 18 y ss.

²³ GOLDSCHMIDT. óp. cit. p. 359.

²⁴ SAVIGNY, Friedrich K. 1879. Sistema del Derecho Romano Actual. Tomo VI. Madrid, Ed. F. Góngora y Compañía. pp. 297 y ss.

²⁵ GOLDSCHMIDT. óp. cit. p. 377.

²⁶ GUZMÁN, Diego. 1989. Tratado de Derecho Internacional Privado. 2ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. p. 529.

permanente que reclama la regulación de los aspectos del estatuto personal. Siendo esto así, la consideración del domicilio para determinar el derecho aplicable a la sucesión debe responder a otros fundamentos distintos al carácter personal de que estaría imbuido el derecho a heredar.

Al efecto, se ha venido sosteniendo que la unidad legal que concita la utilización de factor de conexión domiciliar se aviene con un fundamento más general de resguardo del interés de orden y armonía que debiese primar en las decisiones internas, y se conforma mejor con el principio de uniformidad y armonía internacional de las decisiones, defendiendo la unidad multinacional de la herencia del fraccionamiento que pueden imponerle una pluralidad de sistemas estatales, “haciendo una herencia multinacional, varias herencias nacionales rotas”.²⁷ Por otra parte, la unidad del régimen sucesorio internacional resulta una situación ventajosa para los acreedores de las deudas hereditarias quienes, en omisión de un sistema de estas características, para satisfacer sus créditos, estarían sujetos a la carga de concurrir al territorio donde estén situados los bienes sobre las que recae sus respectivos derechos personales.²⁸ En ese sentido, la consideración del factor domicilio atiende más a la protección de los intereses de los acreedores vinculados con el difunto que ven en este elemento “más que la nacionalidad y la situación de los bienes, el centro de las relaciones jurídicas de una persona”.²⁹

En concepto de Wolff, la fundamentación de un sistema unitario bajo la noción personal del derecho de sucesión conforma una excesiva mistificación del fenómeno jurídico. En efecto, para el jurista inglés, conviene sustentar el sistema de unidad solamente sobre el interés que subyace en el ordenamiento del foro tendiente a la protección de los créditos ínsitos en el patrimonio transmitido, concebido como universalidad.³⁰ La conexión sobre la base del domicilio del difunto, así las cosas, expresaría esta tutela primaria que, en términos pragmáticos, facilita la ejecución que deben emprender los acreedores hereditarios en contra de la sucesión al dejar indemne de fraccionamiento al caudal hereditario. Dice:

“Cuando el fallecido deja varios inmuebles en diferentes países, estos junto con su propiedad mueble forman una masa única, cuyas partes se tratan igualmente. Todos los coherederos son copropietarios de cualquier bien

²⁷ BOGGIANO. óp. cit. p. 514.

²⁸ VILLARROEL. 2015. óp. cit. p. 299

²⁹ GUZMAN. óp. cit. p. 539

³⁰ WOLFF, Martin. 1958. Derecho Internacional Privado. Traducción Española de la 2ª ed. Inglesa por Antonio Marín López. Barcelona, Bosch. p. 540

que pertenezca a la propiedad, y toda ésta es responsable de las deudas del fallecido del mismo modo que durante su vida. Si, mientras el testador estaba vivo, uno de los coherederos había recibido ciertas donaciones, por ejemplo, como un anticipo o para el matrimonio, por las que, conforme a la ley personal del fallecido, es responsable de la división de la propiedad, tal “responsabilidad indiferenciada” es fácil de cumplir cuando hay una sola masa a la que deban llevarse los dones. Las complicaciones que surgen cuando los varios grupos de propiedad de un patrimonio tienen que ser distribuidos según reglas diferentes se evitan así”.³¹

La facilidad practica que sustenta la unidad legal de la sucesión, desde esta óptica pragmática, es consistente con el hecho de que a los acreedores les es indiferente la persona misma del heredero siempre que puedan –con felicidad–, ejecutar eficazmente sus derechos crediticios. Pero la satisfacción del interés del acreedor es imposible antes de haberse determinado judicialmente el valor del conjunto de los bienes que integra el patrimonio transmitido. Por esta razón, el patrimonio del causante –siempre universalidad jurídica–, constituye la garantía general y principal de los acreedores del difunto. Evidentemente, esta situación en la que se ven los acreedores de la herencia favorece tanto la rebaja, como la completa supresión de los costes procesales asociados al cobro, soslayándose las dificultades y el retardo procedimental y, correlativamente, favoreciendo la brevedad del desarrollo y verificación de la liquidación y repartición del caudal hereditario en el escenario internacional.³²

2.1.2. Crítica

Sostiene Wolff que la simplicidad para llevar a cabo la repartición de la masa hereditaria se compensa por una desventaja sustantiva. Si las normas materiales llamado a aplicarse a todos los bienes que componen la herencia, incluso los que se hayan situados fuera de los límites territoriales del ordenamiento a que pertenecen dichas reglas, difiere del derecho sucesorio en el que están sitos bienes inmuebles integrantes del haz hereditario, los

³¹ WOLFF. óp. cit. pp. 540 a 541.

³² FELDSTEIN, Sara. 2000. Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Buenos Aires, Ed. Universidad. p. 296.

derechos sobre ellos adquiridos conforme a las normas materiales llamadas a aplicarse a la relación sucesoria son puramente nominales. Y lo serán, toda vez que los tribunales encargados de aplicar las normas sustanciales no tienen –de hecho y de *iure*–, poder alguno para ejecutar los derechos adquiridos conforme a la ley que rige la sucesión.³³

Por eso, bajo este prisma, la solución unitaria, tratándose de los inmuebles, se riñe con la justicia. Mientras que tratándose de muebles no existe tal antinomia, desde que la situación del bien puede mudarse en cualquier momento, quedando siempre las condiciones de realización del derecho al puro azar de coincidencia entre el ordenamiento material y su ubicación.

2.2. Sistema de fraccionamiento

2.2.1. Descripción y fundamento

Según el sistema de fraccionamiento o pluralidad de sucesiones, cada bien mueble o inmueble es reglamentado por su *lex situs*.³⁴ Constituye, pues, un sistema territorial que concibe la materia sucesoral como parte del así denominado estatuto real. Consecuencia de ello es que existirán, en concurso, tantos sistemas jurídicos llamados a ser aplicados a relaciones jurídicas reales involucradas en la sucesión, cuantos territorios sirvientes de situación de bienes a ser transmitidos existan.³⁵

La técnica fragmentaria toma su fundamento de la concepción germana de la sucesión en el sentido que aquella ve en esta, ante todo, una repartición de bienes singulares que prescinde de elementos personales radicados en el causante y sus asignatarios, excluyendo una comprensión de herencia como *universitas ius*. Por ello, al poder situar físicamente el bien repartido en una locación determinada, resulta adecuado determinar su derecho aplicable mediante un factor de conexión de carácter territorial.³⁶

Desde otro punto de vista, la fragmentación sucesoria ha sido sustentada, a su vez, en la soberanía del Estado a cuya ley compete en forma exclusiva controlar la transmisión de

³³ WOLFF. óp. cit. p. 540.

³⁴ GOLDSCHMIDT. óp. cit. p. 359.

³⁵ GUZMÁN. óp. cit. p. 529.

³⁶ Ídem.

los bienes situados dentro de su territorio. Pues, en la medida que el concepto unitario de soberanía no admite divisiones, forzoso es concluir que ella se ejerce en todos los bienes de que el patrimonio se encuentra compuesto. De este modo, existiría interés público en que la ley del lugar donde se encuentra ubicados los bienes de la herencia rija la transmisión de los bienes específicamente situados en su ámbito geográfico. Y ya que se admite poder de la ley local para regular las cosas sitas dentro del territorio donde aquella impera, no existe razón para discriminar sobre tal sujeción en relación a la naturaleza mueble o inmueble de ellas.³⁷

Vienen a añadirse a estas argumentaciones, objeciones sustanciales a la concepción romana que hemos preferido desarrollarlas bajo este acápite por exhibirse mejor como fundamentos del sistema de fraccionamiento. Se afirma, en primer lugar, que los asignatarios de la herencia no deben ser jurídicamente reconocidos como continuadores de la persona del fallecido, sino auténticos sucesores de sus derechos, tal como resulta de operar un modo de adquirir antecedido de un título traslativo de dominio.

En segundo lugar, se enuncia que no es exacto sostener que las sucesiones se fundan en la volición del causante, sino que aquella es más bien una situación consecuencial verificada al operar la previsión legislativa o hipótesis normativa de la sucesión en la que se tuvo en vista razones de orden público de importancia para la organización política de los Estados y el régimen económico del suelo. Esto no quiere decir que, para lograr su cometido, el legislador haya desatendido presuntivos sentimientos o inclinaciones naturales del causante, pero tales móviles naturales no son esenciales, sino puramente secundarios al momento de justificar dogmáticamente la sucesión.³⁸

Seguimos a Feldstein cuando señala que la línea de argumentación construida a partir del concepto unitario e indivisible de soberanía no se adecúa a concepciones modernizadoras del derecho tendientes, en la hora hoy, a la integración de diversos sistemas jurídicos estatales.³⁹ A esto cabe decir que el resultado localizador que acarrea el principio de unidad no envuelve un problema de soberanías tanto como no lo envuelve ninguna norma conflictual multilateral; pues, el efecto localizador de tales normas consiste, esencialmente, en la consideración de disposiciones extranjeras con la finalidad de integrar la premisa mayor del silogismo judicial, en cuya virtud, se resolverá un asunto de transcendencia privada, abandonando todo juicio o valoración sobre los poderes públicos del Estado

³⁷ FELDSTEIN. óp. cit. p. 297

³⁸ Ídem.

³⁹ Ídem. p. 298.

extranjero que las ha dictado.⁴⁰ Por otra parte, hacer plenamente identificables el concepto de orden público con leyes de carácter territorial no es razonable, en el entendido que ambas merecen deslindes y fisonomías propias.⁴¹ Se abona en este estudio lo sostenido por la jurista argentina, señalando que la categoría jurídica de orden público se trata de un concepto indeterminado del derecho a la que están llamados a colmar los jueces del fondo para cada caso concreto. Será en atención a las características propias del caso, puestas en relación a un concepto elemental o abstracto de orden público las que definirán si aquel puede ampararse en este, y con ello, poner limitaciones a la aplicación del derecho foráneo. Debe descartarse, empero, una identificación apriorística general y necesaria.

Por último, a la dilucidación del sistema unitario como una técnica que satisface el principio de uniformidad y armonía internacional de las decisiones, se le antepone una objeción en orden a señalar que la técnica de fraccionamiento favorece en mejor medida la inmutabilidad del régimen internacional de los bienes evaluados como objeto de relaciones jurídicas. Conforme con esta premisa, los bienes, en caso de ser regulados atributivamente por el derecho de su situación, continuarán sujetándose durante la transmisión que acarrea la sucesión por causa de muerte, por la misma ley que aplicaría en caso de ser objeto de transferencias por actos entre vivos.⁴²

2.2.2. Crítica

Se objeta generalmente la técnica de fraccionamiento en el sentido de quedar la sucesión sometida a normas contradictorias en el caso de que sea diverso el contenido de las leyes de los países donde estén situados los bienes.

⁴⁰ Véase, RAMIREZ, Mario. 2010. Curso Básico de Derecho Internacional Privado. Santiago, Abeledo-Perrot. pp. 50 y ss.

⁴¹ FELDSTEIN. óp. cit. p. 298.

⁴² Ídem.

2.3. Sistema intermedio

2.3.1. Descripción y fundamento

Entre los sistemas mencionados configurados por oposición de criterios, existe una técnica intermedia denominada “sistema de división sucesoria”. Opera sobre la base de dividir el régimen internacional de la sucesión atendiendo a la naturaleza de los bienes. Si se trata de bienes muebles aplica la ley personal del causante (teoría unitaria). Y respecto a los inmuebles, se aplica la ley de su situación (teoría fragmentaria).⁴³ En la doctrina anglosajona, la referencia al sistema intermedio aparece como un sistema autónomo de fundamentos y estructura propia.⁴⁴

La técnica intermedia emerge como una forma de atenuar los efectos del sistema de fraccionamiento, en atención a la estimación pecuniaria que tenían los bienes en consideración a su naturaleza, durante la vigencia del derecho antiguo. En efecto, en tiempos pretéritos, los bienes muebles eran de escaso valor en relación a los inmuebles, razón por la cual los señores feudales no podían permitir que la sucesión de su tierra fuera afectada si uno de sus vasallos adquiría un domicilio extranjero.⁴⁵ Es así como esta situación empírica justificó que el derecho feudal realizara una distinción entre muebles e inmuebles a las que les asignó un tratamiento conflictual diferenciado. Con todo, a pesar del aumento de valor e importancia de las cosas móviles, el sistema continuó vigente en ordenamientos anglosajones y algunos continentales.⁴⁶

2.3.2. Críticas especiales al sistema de fraccionamiento e intermedio

Para Wolff existen al menos tres puntos relevantes que importan la acogida del sistema de fraccionamiento o su variante intermedia, y que revisten características que la hace objetable. Estas son, en primer lugar, el problema de la responsabilidad frente a deudas que en vida tenía el causante; en segundo, la distribución de los bienes cuando el fallecido ha

⁴³ GOLDSCHMIDT. óp. cit. p. 360.

⁴⁴ WOLFF. óp. cit. p. 539.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ GUZMAN. óp. cit. pp. 529 y ss.

concedido mejoras a uno de los beneficiarios mediante transferencias patrimoniales realizadas en vida y; en tercer orden, la aplicación de la doctrina inglesa de elección.⁴⁷

En cuanto al pago de las deudas hereditarias con cargo a la masa, señala el autor que, al operar el fraccionamiento, se produce una división reglamentaria del patrimonio transmisible, en el sentido que la agrupación de bienes que lo componen pasa a ser regulada conforme al derecho del lugar en que estos se ubican. Por consiguiente, los acreedores hereditarios están en pie de entablar demandas contra cualquiera de estas masas fraccionadas, a su arbitrio. Cuando los créditos se hacen valer con cargo a una sola fracción del patrimonio transmitido, se suscita la pregunta por el derecho a reembolso que tiene el heredero de fracción, frente a las otras masas fraccionadas. Pues bien, si el causante ha previsto una solución en el testamento, se deberá disciplinar la posibilidad de un reembolso conforme a la voluntad allí expresada, pero si no existe testamento, la cuestión es dudosa. El jurista inglés es de la opinión de que la forma de resolver este inconveniente es preguntándose qué fracción habría escogido razonablemente el fallecido para hacer frente al reembolso si hubiera vivido. Al amparo de esta pregunta, es justificable presumir que el causante habría pagado en una suma de dinero efectivo o mediante la venta de bonos, acciones, u otras propiedades muebles, salvo que existan especiales razones para creer que hubiese preferido realizar bienes inmuebles para hacer frente al pago, caso este último en que será aplicable la *lex situs* del bien respectivo.

En relación a la imputación de alguna transferencia realizada por el causante en vida a alguno de sus herederos, se objeta el fraccionamiento en el sentido de que, en ausencia de reglamentación de la sucesión mediante acto testamentario, inmediatamente surge la pregunta relativa a qué fracción debe ser computado tal valor. Responde Wolff que la imputación debe hacerse a aquella fracción de la masa que ha llegado a ser más pobre por la transferencia patrimonial efectuada, esto es, a la masa que la propiedad enajenada hubiera pertenecido suprimida mental e hipotéticamente la enajenación. Consecuencialmente, será el derecho de la situación de la fracción empobrecida de la masa hereditaria la que se ocupará de decidir el modo de colacionar el valor.

En lo tocante a la doctrina de la elección inglesa,⁴⁸ desconocida para el derecho continental, la fragmentación produce la interrogante si el ejercicio de la elección se hace

⁴⁷ WOLFF. óp. cit. pp. 542 y ss.

⁴⁸ La doctrina inglesa de la elección trata el caso en que un testador A deja algo de su propiedad a B y por el mismo testamento algo de la propiedad de B a C. En tal caso, nace para B un deber de elección: puede recibir el

aplicable por regir la ley personal del causante, en el caso inglés, el derecho del domicilio, o bien, porque el inmueble legado se encuentra sito en Inglaterra. El jurista inglés es de la opinión que la elección opera precisamente por regir la ley del domicilio.

2.4. Sistema de concesión del principio unitario al sistema de fragmentación

Se basa en que existen sistemas jurídicos que observan el principio unitario para reglar las consecuencias jurídicas de la sucesión. Sin perjuicio de aquello, tales sistemas normativos formulan excepciones a favor de la ley de la situación de un bien determinado, bajo condición de que la regla de conflicto sucesoria vigente en el sistema de la *lex situs* prescriba en ese preciso caso, aplicar su propio derecho. Así, por ejemplo, se estructuraba, antes de la suscripción por Alemania del Reglamento del Parlamento Europeo y Consejo N° 593/2008 (Roma I), el artículo 28 de su Ley Introdutoria al Código Civil.⁴⁹

Como se ve, el sistema se cimienta en la positivación de solución frente a la generación de un problema de reenvío.

2.5. Sistema de autonomía conflictual

Señala Villarroel y Villarroel que en la doctrina alemana han surgido posturas que reivindican el derecho del causante a construir la regla de conflicto sucesoria, por la vía de respetar su decisión en orden señalar la ley aplicable a su sucesión. Evidentemente, las doctrinas voluntaristas en este capítulo del derecho suelen ser objetadas arguyendo que la materia sucesoria tiene aspectos sustancialmente diferenciados al derecho de contratos y de las obligaciones, materias estas donde impera con toda vigencia, el principio de autonomía de la voluntad.⁵⁰

legado con cargo a conceder a C su propiedad en la forma que fue distribuida por el testador, o bien, puede retener su propiedad, pero correlativamente, pierde su legado hasta el monto requerido para compensar a C (WOLFF. óp. cit. p. 546).

⁴⁹ Ídem. p. 546.

⁵⁰ VILLARROEL. 2015. óp. cit. p. 303.

Es necesario notar que esta línea de argumentación se deja comprender, aludiendo a una estructuración de la sucesión como institución fundamentada en nociones ajenas al respeto de la voluntad del causante; lo cual, resulta contradictorio con la fundamentación del derecho de sucesión sobre la base de una voluntad expresa o tácita del *de cuius*. De lo anterior se colige que la tendencia a enfocar las materias sucesorales al resguardo del orden público pone en evidencia que la sucesión *mortis causa* no conforma, esencialmente, parte del estatuto personal y que su inclusión en los sistemas jurídicos obedece, actualmente, a una decisión heterónoma del legislador que se ve en la necesidad de resolver el conflicto por la apropiación de bienes que quedaron disponibles a la muerte del causante; decisión que, sin embargo, admite espacios de libertad en la sucesión testada. Sin perjuicio de ello, que la sucesión no participe esencial y exhaustivamente del estatuto personal no quiere decir que en países del sistema continental la herencia no merezca ser caracterizada como *successio per universitatem*; y por ello, conducente a su regulación bajo una sola ley.

2.6. Sistemas de sucesión universal como modo de adquirir el dominio

Observa Guzmán una variante diferenciada al esquema trazado por la concepción romana. Merece mención autónoma los sistemas que consideran el fallecimiento de una persona como un hecho jurídico que origina la traslación de dominio, entendiendo por traslación, estrictamente, la operación de un modo de adquirir.

Fundamentando el rol que cumple el último domicilio del causante en el contexto del sistema, el tratadista sugiere que la muerte de una persona es “un hecho de la naturaleza que produce consecuencias jurídicas y, como tal, debe estar regido por la ley del lugar en que tenía su asiento el causante, porque bajo esa ley se verifica el hecho jurídico del fallecimiento”.⁵¹ En su concepto esa ley es, indiscutidamente, la ley de domicilio que tenía el fallecido antes de experimentar la terminación de sus funciones vitales.

Así, por referencia al derecho chileno, el jurista considera que la corrección de utilizar el antedicho factor trasunta en que el domicilio consiste en la residencia acompañada real o presuntiva del ánimo de permanecer en ella. En esa calidad, el factor en cuestión fija –con mejor aptitud que la nacionalidad y la situación de los bienes que componen la sucesión–, el

⁵¹ GUZMAN. óp. cit. p. 530.

núcleo de las relaciones jurídicas de un sujeto de derecho. Hay sobre este aserto, una suerte de presunción de normalidad de la que se vale el derecho, para situar las antedichas vinculaciones.

Siendo esta la descripción del sistema chileno de Guzmán, se observa en su comprensión un alejamiento del sistema sucesorio bajo fundamentos que configuran el derecho de sucesión en una voluntad trascendental del causante, como lo explicaba Savigny. La sucesión, en este orden de cosas, es entendida estrictamente como un modo de adquirir el dominio, y por ello, un asunto que merece ser regulado heterónomamente por el legislador, al margen de la consideración personal del causante, sin perjuicio de las incidencias de familia que el instituto sucesorio concita.

3. Más allá de la antinomia unidad-pluralidad sucesoria: la teoría de la sucesión internacional de Antonio Boggiano

3.1. Calificación de la herencia en el derecho internacional privado⁵²

Boggiano intenta conciliar los efectos, *prima facie*, opuestos, que se desprenden de la regulación diferenciada –unitaria o fragmentaria–, que concitan las distintas concepciones sustanciales de la herencia. Piensa que la conciliación de ambos regímenes es posible, tomando como punto de partida una orientación funcional respecto de la calificación de la cuestión jurídica a resolver. La pregunta crítica que se intenta responder para estar en pie de aplicar las normas de conflicto pertinentes, por referencia al derecho argentino, es cómo hemos de saber si un caso multinacional planteado ante un juez es un caso de sucesiones, o bien, del régimen patrimonial del matrimonio, o de donaciones *mortis causa*, o de contrato de herencia, o sencillamente de una transmisión individual de un derecho real o personal.

Para responder esta pregunta –una pregunta relativa a la calificación de una transmisión dominical, y, por lo tanto, una asunción de una determinada concepción sustancial sobre la herencia–, el jurista arguye que, en el sistema de derecho argentino, la causa de la transmisión hereditaria es absolutamente distinguible de su objeto que recaería sobre los bienes del causante fallecido o patrimonio transmisible. Esta disociación se funda

⁵² BOGGIANO. óp. cit. pp. 537 y ss.

principalmente en que el fenómeno de sucesión sólo puede ser reconocido, en sus términos más elementales por su causa –la muerte del *de cuius*–, aspecto que lo diferencia de otros actos o relaciones de derecho. En su concepto, esta manera de identificar la categoría elemental y abstracta de sucesión resulta un proceder autorizado por la regulación, en la medida que el propio legislador se valió del concepto de causa para realizar una mínima descripción de la transmisión, valga la redundancia, *mortis causa*. Así, en el derecho argentino, la norma de conflicto sucesoria integra una sección dedicada a la “transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondan”.

Respecto al objeto de la transmisión sucesoria –la traslación del patrimonio del *de cuius*–, el jurista apunta que el juez de un caso de sucesión multinacional debe esforzarse en descubrir una interpretación de la norma adecuada a su funcionamiento internacional. En ese entendido, no es posible entender el objeto de la transmisión, de modo general y equivalente al concepto de patrimonio definido como conjunto de derechos activos y pasivos del difunto, como lo aporta las concepciones continentales. Pues, de ser así de restringida la calificación, se excluiría del concepto jurídico de sucesión otras transmisiones *mortis causa*, no universales sino singulares, como efectivamente se transmite los derechos por causa muerte en el sistema jurídico anglosajón. Por lo tanto, identificada que sea la causa de la transmisión, la calificación de su objeto debe ser lo suficientemente extensiva para hacer que el tipo legal de la regla atributiva capte una relación jurídica indeterminada de transmisión de derechos por causa de muerte; y de esta suerte, es el derecho extranjero el que, en definitiva, debe calificar si la sucesión *mortis causa* es universal o singular.

Con todo, admitiendo la integración del derecho extranjero para extender el campo de significado de la categoría pertenecientes a la regla de conflicto sucesoria, cabe preguntarse, qué parte del derecho aplicable debe proporcionar semejante definición, ¿el derecho civil extranjero o el derecho internacional privado extranjero? Responde Boggiano que de calificarse conforme a un derecho sustancial extranjero que concibe la herencia como universalidad jurídica, no existen problemas si en el derecho foral se llega a la misma a la misma conclusión según las concepciones sustanciales del Estado en cuyo territorio se conoce el asunto. Sin embargo, si en el derecho extranjero la sucesión se estructura como una pluralidad de transmisiones singulares, debieran aplicarse las normas del foro relativas a la transmisión singular de cada especie de derechos, reales o personales. Esta última situación tiene lugar toda vez que, al haberse calificado funcionalmente una sucesión conforme a un ordenamiento jurídico fragmentario, el objeto debe ser concebido de esta

forma, razón por la cual, resultan aplicables, ya agotada la calificación funcional, múltiples normas de conflicto nacionales para cada relación singular que compone la herencia. Con todo, para el jurista “esta diáspora de la herencia internacional origina toda clase de incongruencias e injusticias”.⁵³

3.2. Calificación conforme al derecho internacional privado extranjero y el reenvío como forma coordinación

La prevención de la fragmentación conceptual de la sucesión que concita la calificación funcional radica –siempre con Boggiano–, en “la búsqueda de un concepto jurídico autónomo, propio del [derecho internacional privado] y no deducido del derecho civil aplicable, de la sucesión por causa de muerte”.⁵⁴ Según este proceder, se debe partir de un concepto indeterminado de herencia sobre la base de la disociación causa-objeto, como antes se explicó. Luego, se debe examinar qué concepto de herencia tiene el derecho internacional privado extranjero, y no qué concepto de herencia tiene el derecho civil de ese mismo sistema. La corrección de calificar de este modo se fundamenta en que es dable encontrar en los distintos sistemas conflictuales “una imagen típica de herencia internacional” en cuanto a la sumisión del objeto transmitido a un derecho o a varios derechos aplicables, de manera autónoma a su fundamento más sustancial. En palabras del jurista argentino:

“No se trata ahora de saber si el objeto transmitido es una pluralidad de derechos aislados o una universalidad jurídica. Se trata de saber si esa transmisión está regida por un derecho en cuanto a todos o algunos bienes, formando una universalidad determinada por un solo derecho aplicable, o por varios derechos en cuanto a otros bienes que no forman conjuntos y que son regidos por un derecho distinto para cada bien”.⁵⁵

Boggiano piensa que la averiguación del concepto internacional, por la vía de consultar el sistema atributivo de la *lex causae*, se concreta mediante el mecanismo de reenvío y no mediante la concepción dominante en la norma sustancial extranjeras cuyas

⁵³ Ídem. p. 540.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Ídem. p. 541.

posibilidades de efectividad son nulas; y del alto riesgo de fragmentación de la herencia. A esto lo ha denominado “calificación autónoma de la herencia”.⁵⁶

En ese orden de ideas, en concepto del jurista, el reenvío conforma el instituto mejor orientado a otorgar mayor uniformidad en las decisiones internacionales, con lo que se quiere decir que su uso, constituye una preparación inorgánica y espontánea de la unificación del derecho internacional privado judicial, además de asegurar el debido respeto al elemento internacional “como [derecho internacional privado] y privado extranjero, sin adjuntar al derecho privado extranjero las muletas del [derecho internacional privado] propio”.⁵⁷

3.3. Breve comentario a la teoría de Boggiano

En concepto de este estudio, la teoría de Boggiano resulta admisible solo parcialmente. Agudamente, el jurista establece una fuerte argumentación a efectos de sustentar una calificación funcional, sobre la base de la referida disociación entre causa y objeto de la relación jurídica sucesoria internacional. Este recurso dogmático refuerza la necesidad de conjugar tanto el derecho doméstico, como el extranjero para construir el concepto de sucesión objeto de la aplicación de las reglas atributivas del sistema jurídico del juez competente. Sin embargo, una vez que el jurista detecta la complicación que revista la orientación funcional de la calificación ofrece un mal remedio que denominó “calificación autónoma de la herencia internacional”, por la cual desvía la dirección funcional de su identificación del concepto de sucesión internacional.

La teoría de calificación autónoma suplementada por la admisión del reenvío no satisface la complicación que surge de la calificación funcional. Muy por el contrario, al confundir dos operaciones propias de la parte general de la disciplina del derecho internacional privado –calificación y reenvío–, pierde de vista la importancia que reviste para la aplicación judicial del derecho conflictual la definición de los conceptos jurídicos, como condición primaria de aplicación de la regla atributiva.

⁵⁶ Ídem. p. 545.

⁵⁷ Ídem.

La necesaria dilucidación de los conceptos jurídicos integrantes de las normas atributivas, bajo las cuales se encuadra y opera la relación jurídica al compás de las concepciones inscritas en el sistema de derecho del foro, haya su justificación en que, solo una vez establecido semejante significado, la situación jurídica internacional puede ser objeto de una conexión, bajo los estándares de proximidad que le impone la maximización del contacto razonable al sistema de atribución del fuero. Dejar que la calificación se entremezcle con la aplicación del derecho extranjero importa, antes que todo, un vaciado de la categoría que impide cumplir, en buenos términos, con el establecimiento e identificación de la situación jurídica cuya localización se pretende.

En el caso de la calificación de autónoma de la herencia, obviándose el momento de definición conceptual que impone la estructura nomológica de la regla atributiva, se establece una sustracción de la aplicación de la regla atributiva del foro estableciendo un significado difuso en el seno del ordenamiento nacional, para proceder a aplicar directamente el derecho internacional privado del sistema extranjero interviniente en el conflicto competencial. Frente a aquello cabe preguntarse: ¿por qué habría de considerarse lo que denomina un “reenvío” cuando ni siquiera ha tenido aplicación concreta alguna norma de colisión del ordenamiento jurídico del juez que permitan siquiera, “enviar” la relación jurídica ya calificada a otro sistema jurídico?

Por otra parte, la noción de “concepto internacional” que adjudica a los subsistemas atributivos de los ordenamientos jurídicos resulta cuestionable en la medida que las normas de conflicto, entre ellas las relativas a la sucesión, se hallan –felizmente–relativamente influidas por los conceptos sustanciales del derecho sustancial de cada Estado. No aceptar este relativo influjo genera la descoordinación al interior del propio sistema estatal que –y así lo hemos consignado–, Goldschmidt reprochaba.

La incorrección de Boggiano radica, pues, en un punto de partida del todo equivocado, esto es, creer que la norma de conflicto sucesoria está dotada de un peso conceptual totalmente distinto al ordenamiento nacional al que pertenece, como si hubiera sido producida bajo un legislador de diversa índole. Notamos en esta teoría del jurista argentino un punto de vista similar al que propone la calificación autónoma de Rabel,⁵⁸

⁵⁸ Para una síntesis del asunto, véase, MARIS, Stella. 1971. El problema de las calificaciones en el derecho internacional privado. Lecciones y Ensayos. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires (43):223-230. pp. 227 y ss.

tendiente al desconocimiento del carácter estatal de las normas de colisión, pensamiento que se riñe con toda percepción democrática del derecho moderno.⁵⁹

Unido a ello, de aceptarse que la proposición de Boggiano es auténticamente un “reenvío”, y no una inmediata calificación *ex lege causae*, o alguna construida mediante un concepto sincrético de sucesiones internacionales por su “funcionamiento internacional”, su intervención resulta criticable en ordenamientos jurídicos cuya admisión no ha sido establecida positivamente, y al que solo cabe pronunciarse judicialmente bajo normas residuales de equidad del sistema. Por lo tanto, la admisión de su teoría como forma de compatibilizar las distintas percepciones de la herencia en los sistemas del orbe, aparte de desconocer la voluntad democrática del legislador nacional –quien ha tenido un determinado derecho estatal a la vista para consignar soluciones internacionales–, abre paso a pronunciamientos judiciales de escasa observancia a criterios legales aptos de ser aplicados a casos similares bajo una dirección *erga omnes*.

La solución de Boggiano, pues, no puede considerarse más legítima que proceder, con todas las dificultades que ello implica–, bajo una auténtica calificación *ex lege fori* de dirección funcional. Esta orientación haya asidero legal en las normas de hermenéutica dispuesta para la aplicación judicial del derecho legislado y que reviste un mínimo de control, por la vía de contrastar la calificación judicial con un método de conocimiento del sentido de los preceptos legales reglamentado por la misma ley.⁶⁰ Por otra parte, establece un organización en el proceso de conexión aduciendo que la calificación se corresponde con un momento que debe tener lugar –en términos lógicos y temporales–, antes que la localización de la relación jurídica; hecho que no impide su despliegue funcional considerando en la

⁵⁹ En relación a la existencia y validez de las normas jurídicas, el derecho pre-moderno se caracteriza por tener un sistema de producción no legislativo. En su seno, las normas descienden de desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, además de una pluralidad de fuentes y ordenamientos de instituciones diferentes (Imperio, Iglesia, príncipes, municipios, corporaciones, etc.), ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica. Como referente residual de las fuentes, además de material para el desarrollo jurisprudencial y doctrinal, se hacía referencia al derecho común y romano, cuya validez no dependía de su fuente de origen, sino de la justicia o racionalidad intrínseca de sus contenidos. Véase, FERRAJOLI, Luigi. 2003. Pasado y futuro del Estado de derecho. En: CARBONELL, M. (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta. p. 13 y ss.

⁶⁰ Para una descripción de la calificación funcional, véase, FERNANDEZ, José y SANCHEZ, Sixto. óp. cit. pp. 343 y ss. Para una noción de justificación de decisiones en que puede sustentarse la teoría de calificación funcional, véase, HABERMAS, Jürgen. 2005. Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso. 4ª ed. Madrid, Trotta. pp. 233 y ss. y MARINONI, Luiz; PÉREZ, Álvaro y NUÑEZ, Raúl. 2010. Fundamentos del Proceso Civil. Hacia una Teoría de la Adjudicación. Santiago, Legal Publishing. pp. 40 y ss. Para una noción de la interpretación jurídica en la aplicación del derecho legislado, véase, QUINTANA, Fernando. 2000. Principios del derecho, interpretación y argumentación. Anuario de Filosofía Jurídica y Social (18):291-301. pp. 294 y ss.

propia calificación, los conceptos jurídicos de los sistemas de derechos extranjeros concurrentes.

Asimismo, el respeto a la voluntad democrática del legislador que subyace a la calificación *ex lege fori* de dirección funcional, impide acoger en términos generales y abstractos alguna forma de reenvío, reservando esta técnica sólo para ciertas materias especiales, donde se trata, antes que desafiar el mandato de aplicación que especifica la regla atributiva del foro, de proteger y realizar su auténtico sentido. Pues bien, esta legitimidad en el reenvío sustentado por Boggiano, no se aprecia en lo más mínimo.

Capítulo II

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DEL FORO DEL ASUNTO SUCESORIO

1. Disociación de la competencia internacional y el proceso de localización

1.1. Dogmática de la disociación

Antes de examinar las formas de determinación del derecho aplicable a la sucesión, se precisa dilucidar las hipótesis en que son competentes los tribunales de la República para conocer de un conflicto multinacional en materia sucesoria. Esta prioridad lógica que asume la configuración de los límites jurisdiccionales de un Estado determinado, resulta imperativa a la hora de ordenar sistemáticamente el caso, tomando nota de su aspecto internacional, si ha de querer evitarse un condicionamiento por parte del foro tendiente a la aplicación de normas nacionales en su propia sede de jurisdicción. La omisión de esta prioridad acarrea, como se ve, la completa nacionalización de un caso primigeniamente multinacional.

Desde un punto de vista enteramente normativo, la disociación de la determinación de competencia judicial internacional y la órbita del derecho aplicable al litigio internacional entraña –pese a la relación estrecha existente entre ambas problemáticas–, una separación entre la finalidad o naturaleza de las normas dirimientes de la competencia judicial internacional y las normas de derecho internacional privado. Con ello, esta disociación plantea, inmediatamente, un límite externo a sus correspondientes órbitas de aplicación. Las normas de competencia jurisdiccional, por una parte, tienen formalmente una naturaleza procesal, y desde el punto de vista internacional, han sido dispuestas para resolver, *a priori* y en abstracto, el mínimo de contacto razonable que debe existir entre las partes, la causa y el objeto de la litis internacional, y un foro que asume, en razón de su idoneidad para avocarse al conocimiento de estos elementos, potestad jurisdiccional para resolverlo. Las normas de derecho internacional privado, en cambio, tienen una orientación sustantiva, toda vez que

conforman métodos directos o indirectos para determinar la regulación, desde el punto de vista sustancial, que va a regir una situación jurídico-privada internacional.⁶¹

No obstante lo dicho, la disociación planteada en la distinción entre la finalidad o naturaleza de normas competenciales y normas atributivas no es suficiente para fundarla e insertarla en el seno de sistemas positivos. Pues, pese a que pueda distinguírsela en el plano doctrinal, en la realidad de los sistemas positivos puede no expresarse explícitamente. El fenómeno se verifica, típicamente, en sistemas atributivos contruidos mediante reglas atributivas unilaterales, cuya operatividad suponen, como es evidente, normas que establecen competencia judicial internacional a los tribunales pertenecientes al territorio donde rige el derecho del foro. De contracara, la consagración de reglas atributivas multilaterales comporta de inmediato la concreción y aparición explícita de la disociación entre competencia y derecho aplicable, pues da a entender que la situación jurídica internacional está en pie de suscitarse, permanecer y extinguirse en un lugar distinto al del foro competente para conocer de él, y por ello, el legislador la ha conectado a un derecho aplicable determinado mediante un criterio multilateral o universal.⁶² Los indubitados términos multilaterales de la regla de conflicto sucesoria chilena dan cuenta de la separación de la órbita de competencia y la esfera del derecho aplicable existente en nuestro medio para la materia sucesoria.

En Chile la disociación entre competencia y derecho aplicable como problemáticas diferenciadas vinculadas al asunto internacional ha sido de antaño conocida por la judicatura quienes ha señalado, por ejemplo, que la norma del artículo 16 no se refiere a la competencia de los tribunales en relación con los bienes a que alude. Este precepto se refiere, más bien, al estatuto jurídico aplicable a los bienes situados dentro del territorio de la Republica, pero no contiene norma alguna relativa a la aptitud de los tribunales chilenos para conocer de litigios a que puedan dar lugar esos bienes. La norma es, así las cosas, “una regla decisoria litis o de fondo, y no una ley atiente a la jurisdicción o competencia de los tribunales”.⁶³

⁶¹ BOGGIANO. óp. cit. pp. 111 y ss. En el mismo sentido, y apoyándose en la distinción de normas ordenatoria litis y decisoria litis para distinguir problemas procesales de problemas atributivos y sustanciales, GOLDSCHMIDT. óp. cit. pp. 429 y ss.

⁶² Véase, RAMIREZ. óp. cit. p. 51.

⁶³ ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de fecha 18 de mayo de 1987. En: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales (tomo 84, sección 2ª) (cons. 48°). p. 68. Doctrina recopilada por FIGUEROA, Gonzalo. 1996. Repertorio de Legislación y Jurisprudencias Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias. Tomo I. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. p. 112.

Pero con mayor adecuación a la sucesión internacional, la propia Corte Suprema ha asentado la siguiente doctrina:

“La excepción contemplada en el artículo 955 del Código Civil, según la cual la sucesión de bienes por causa de muerte queda sometida a las leyes del ultimo domicilio de la persona, se refiere al dominio de esos bienes y a los derechos que sobre ellos pudiere establecerse; pero no tiene influencia sobre la jurisdicción de las autoridades chilenas para juzgar y resolver sobre los derechos de cada cual en una sucesión abierta en el extranjero respecto de los bienes situados en Chile”.⁶⁴

Con todo, esta distinción analítica del todo necesaria entre normas competenciales y sustanciales no siempre es observada en materia sucesoria. Existe jurisprudencia en tribunales inferiores que, asignando efectos procesales a las reglas de conflicto nacionales, excluye la competencia de la judicatura chilena para conocer de acciones sucesorias relativas a bienes que se encuentran fuera de nuestro país, incluso cuando la sucesión se ha abierto en Chile. Este resultado se logra mediante una lectura *a contrario sensu* de la norma atributiva del artículo 16, que dispone que los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile. No pudiendo recurrirse a una norma nacional para resolver el caso, se concluye –erradamente–, que no se tiene aptitud jurisdiccional para resolverlo.

Por otra parte, en Cortes de Apelaciones ha acaecido el fenómeno contrario –pero de igual censura dogmática–, en el sentido de que una vez que se da por establecida la competencia judicial internacional de la judicatura para conocer de un caso de sucesión transfronteriza, se procede inmediatamente, sobre la base de esta decisión, a demarcar el derecho aplicable restringiéndolo solo al ordenamiento jurídico nacional.

A continuación, se expresan casos demostrativos de cada uno de estos yerros.

⁶⁴ EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 27 de diciembre de 1918. En: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales (tomo 16, sección 1ª). p. 511. Doctrina recopilada por FIGUEROA, Gonzalo. 1996. Repertorio de Legislación y Jurisprudencias Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias. Tomo I. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. p. 113.

1.2. Caso: sucesión de Federico Torres Alvarado y Alicia López Villagómez

Antes de fallecer en Chile los cónyuges Alicia López Villagómez y Federico Torres Alvarado, este último de nacionalidad boliviana, padres de cinco hijos matrimoniales, encontrándose ambos en grave estado de enfermedad, procedieron a enajenar múltiples bienes raíces de los que eran dueños, a cuatro de sus hijas, excluyendo de esta operación a Guillermo Torres López, también hijo de los causantes. Hechas las transferencias, ambos murieron en Chile.

Poco tiempo después, don Guillermo Torres Villagómez, de nacionalidad y domicilio en Bolivia, interpuso demanda ante el 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta en contra de sus hermanas, pretendiendo la nulidad absoluta de los contratos de venta referidos. Las hermanas del actor lo demandan reconvenzionalmente arguyendo que Guillermo Torres ha percibido rentas de inmuebles situados en Bolivia de que sus padres eran dueños; fondos que no han les han sido restituidos, en la parte que les corresponde, en su calidad de herederas. De los términos de la pretensión hecha valer, se desprende que las hermanas del actor dedujeron acción de petición de herencia.

En el trámite de contestación a la demanda reconvenzional, el señor Guillermo Torres reclamó la incompetencia absoluta del tribunal para entrar en conocimiento de la acción deducida, invocando el artículo 16. Sostuvo que el tribunal sería incompetente absolutamente para entrar al conocimiento de la acción deducida por vía de reconvección, respecto de los frutos civiles de los bienes hereditarios que se encontraría en la ciudad de Oruro, Bolivia.

Luego, al resolver la pretensión contenida en la demanda reconvenzional, el tribunal razonó sobre su competencia del siguiente modo:

"Teniendo a la vista el texto de la norma legal en comento [el artículo 955], es posible concluir, que ésta contiene un inequívoco mandato, cuando dispone que la sucesión en los bienes de una persona debe someterse al ordenamiento legal vigente en el domicilio en que se abre; el cual, según la misma disposición, corresponde, por regla general, al último que la persona difunta haya tenido.

En la especie la sucesión de los señores Torres Alvarado y López Villagómez, se abre en Chile, por corresponder a su último domicilio, sin

embargo, sólo es posible jurídicamente que los bienes situados dentro del territorio nacional chileno se sujeten a las leyes patrias, y en consecuencia, respecto de bienes que se sitúen en el extranjero, ello no es posible, como ocurre con aquellos cuyos frutos civiles persiguen las actoras reconventionales".⁶⁵

El presente caso es interesante en un doble aspecto. En primer lugar, como se viene diciendo, el órgano de jurisdicción basa su ineptitud para conocer de una pretensión sucesoria recurriendo exclusivamente normas que tiene por único objeto señalar el derecho aplicable a que potencialmente se habría circunscrito el pedido en caso de pasar a radicarse la competencia en dicho tribunal. Por lo tanto, omite en su resolución toda referencia a normas de competencia. Pero, además, como más adelante se sostendrá, el tribunal comete un yerro en la estimación de los campos de aplicación de las normas del artículo 955 y 16, en términos tales que atribuye a la segunda ser una regla excepcional a la primera (y por ello la prefiere en su aplicación). Como pronto se argumentará, los términos atributivos y especiales del artículo 955 convierten a esta disposición en una excepción al artículo 16, y no al revés.

1.3. Caso: sucesiones de Nicolás Rusovic Babobic, Milan Setencic Rusovic, Jane Setencic Rusovic y de Stane Rusovic

A petición del Consulado de la República Socialista Federativa de Yugoslavia en Chile, que ostentaba la calidad de mandatario de Rade Rusovic, de Joko Setencic y de Marko Kostic, se otorgó, mediante resolución de 23 de marzo de 1983, a dichas personas, en su condición de únicos y universales herederos, la posesión efectiva de las herencias intestadas de Nicolás Rusovic Babovic, de Milan Setencic Rusovic, de Jane Setencic Rusovic viuda de Kostic y de Stane Rusovic viuda de Setencic, "sin perjuicio de otros herederos con iguales y mejores derechos".

El Fisco de Chile, aduciendo no encontrarse establecido, por los medios idóneos de prueba, el parentesco legítimo de los peticionarios con los causantes anteriormente referidos, formula oposición a la gestión de los primeros, impetrando que se modifique el

⁶⁵ CUARTO Juzgado de Letras Civil de Antofagasta. Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2014. Rol C-290-2010 (cons. quincuagésimo).

auto de posesión efectiva en el sentido de excluir a las personas que figuran como destinatarias del otorgamiento, y que en su lugar, se le conceda, a falta de otros herederos con mejor derecho, la herencia dejada por los causantes de la República Socialista de Montenegro (República Socialista de Yugoslavia).

Habiéndose admitido a tramitación incidental la oposición fiscal se tuvo por legítimo contradictor al Fisco de Chile. En tal calidad, el Fisco dedujo demanda ante el tribunal que se encontraba conociendo de la actuación no contenciosa, reiterando los términos de su oposición y promoviendo así una litis de carácter sucesoria. La parte demandada, esto es, las personas que hasta el momento figuran en el auto de posesión efectiva evacuado, no contestó la demanda y se la tuvo por contestada en rebeldía. Vino a comparecer esta parte recién para el trámite de la dúplica, en que solicitaron el rechazo de la demanda, arguyendo que las sucesiones de que se trata en el juicio se abrieron en el lugar del último domicilio de los causantes, ubicado en la República Socialista Federativa de Yugoslavia, por lo que se rigen por la ley de dicho Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 955, excepción que no nominaliza y que resultó acogida en primera instancia.

Recurrida la sentencia de primer grado, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas expresó que la excepción de jurisdicción resultaba extemporánea toda vez que debió haberse interpuesto en el trámite de contestación de la demanda. A reglón seguido, expresó lo siguiente:

“Que, para afinar lo razonado sobre el tópico de la normativa por la que debe decidirse la controversia suscitada en torno a las herencias comprendidas en el pleito, y aun aceptándose como supuesto que la legislación yugoslava fuese aplicable al caso –dada la disposición del artículo 955 del Código Civil– es lo cierto que tal legislación no ha sido formalmente acreditada en el juicio, el cual de todas maneras, debe resolverse conforme al principio de la inexcusabilidad, previsto en los artículos 73 inciso 2º de la Constitución Política del Estado y 10 inciso 2º del Código Orgánico de Tribunales; de suerte que, habida consideración de los antecedentes ya apuntados sobre la aquiescencia y sumisión demostrada por las partes a la ley chilena, habrá de ser ésta la normativa conforme a la cual se dirimirá el pleito, sin que sea necesario acudir para

ello a la pauta subsidiaria de "los principios de equidad", a que se refiere el artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil".⁶⁶

Lo argüido extemporáneamente por la parte demandada es que la sucesión se abrió en el extranjero, y, por mérito de ese hecho, es la judicatura de la República Socialista Federativa de Yugoslavia la que debe conocer del pleito iniciado por el Fisco de Chile. El propio tribunal de segunda instancia califica esta excepción como de aquellas que hacen valer su falta de jurisdicción. El tribunal tiene por extemporánea la alegación, radicando en los tribunales chilenos la competencia judicial internacional para conocer del caso, sobre la base de una sumisión tácita. Con todo, de este mismo hecho, deduce inmediatamente el derecho aplicable al conflicto que se avocó, momento en que incurre en un notorio error.

2. Los foros del asunto sucesorio

2.1. La no exclusividad competencial del foro chileno

Para dirimir la competencia judicial internacional de la judicatura de Chile, de no existir un tratado vigente que regule los límites de actuación jurisdiccional sus tribunales con otro país, es necesario determinar si existe regla de competencia internacional que establezca tanto la exclusividad del foro chileno para conocer de un conflicto de naturaleza sucesoria, como las hipótesis en que la judicatura chilena puede conocer de la cuestión internacional ya suscitada.

Conviene, antes bien, observar que en Chile no existe norma de competencia internacional que establezca la exclusividad de la judicatura chilena para conocer de un determinado asunto, en razón de su naturaleza sucesoria. Esta conclusión surge del propio tenor de la regla de competencia territorial que el legislador ha instituido en el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, con ocasión de consagrar normas que determinan la competencia en materias civiles entre tribunales de igual jerarquía. La regla relativa a la sucesión dice:

⁶⁶ ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Sentencia de fecha 6 de agosto de 1991. Sin especificación de Rol. [www.microjuris.cl cita online: MJCH_MJJ1938].

“Será juez competente para conocer del juicio de petición de herencia, del desheredamiento y del de validez o nulidad de disposiciones testamentarias, el del lugar donde se hubiere abierto la sucesión del difunto con arreglo a lo dispuesto por el artículo 955 del Código Civil.

El mismo juez será competente para conocer de todas las diligencias judiciales relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de los bienes que el difunto hubiere dejado”.

Por su parte el artículo 955 establece que la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvos los casos expresamente exceptuados. En la medida en que esta conjunción de reglas radica la competencia relativa referente a la sucesión en el tribunal del lugar donde esta se hubiere abierto, instancia que tendrá lugar en el último domicilio del causante, tanto el foro chileno como el extranjero son potencialmente aptos para conocer de diligencias sucesorias. Esta solución es enteramente compatible con el artículo 327 del Código de Derecho Internacional Privado.

La circunstancia sobre la que queda determinada la competencia judicial internacional para conocer de un litigio sucesorio es, pues, de carácter universal. Esta igual posibilidad de radicación de competencia territorial por el que se decide el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales se reafirma en el artículo 149 del mismo cuerpo legal, cuya hipótesis normativa refiere precisamente a la apertura de una sucesión en el extranjero que comprenda bienes situados dentro del territorio chileno.

Por otra parte, semejante igualdad queda palmariamente afirmada en la eficacia que alcanzan las decisiones judiciales extranjeras que se pronuncian sobre materia sucesoria, previa satisfacción de los requisitos que el ordenamiento establece para su reconocimiento mediante exequatur. En efecto, no existiendo tratados internacionales de nuestro país con un Estado determinado que regulen la fuerza que las resoluciones judiciales evacuadas por sus tribunales han de tener en Chile; y no pudiendo recurrirse al principio de reciprocidad, las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros pueden tener en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos. Este reconocimiento de efectos opera bajo el supuesto que han sido dictadas por un tribunal foráneo competente para conocer de un determinado conflicto sucesorio, siempre que tales decisiones satisfagan las condiciones establecidas en el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil. Al efecto, la hipótesis de la circunstancia 4° de esta disposición refiere precisamente a las condiciones de ejecutoriedad

de la decisión judicial, entre ellas, los presupuestos de validez del proceso en que han sido dictadas.

En Chile, mentado reconocimiento de resoluciones es usual.⁶⁷

2.2. La jurisdicción chilena como foro de situación y el exequatur

El artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales reserva en forma exclusiva la competencia para otorgar la posesión efectiva de la herencia al tribunal del lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que lo pida si aquel no lo hubiera tenido, en el evento de que la sucesión respectiva se haya abierto en el extranjero y comprenda bienes dentro del territorio chileno. En el acto dación de posesión efectiva siempre intervendrá un órgano jurisdiccional al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 19.903.⁶⁸ Esta última disposición establece que las posesiones efectivas de herencias que no se han originado en sucesiones intestadas abiertas en Chile, serán conocidas por el tribunal competente de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Ambas normas deben ponerse en relación con el artículo 27 de la Ley N° 16.271 de Impuestos a la Herencias, Asignaciones y Donaciones que establece:

“Cuando la sucesión se abra en el extranjero, deberá pedirse en Chile, no obstante lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil, la posesión efectiva de la herencia respecto de los bienes situados dentro del territorio chileno, para los efectos del pago de los impuestos establecidos por esta ley.

La posesión efectiva, en este caso, deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que pida la posesión efectiva, si aquél no lo hubiere tenido”.

⁶⁷ Solo a modo de ejemplo, véase, EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 13 de enero de 2016. Rol N° 17.741-2015, y EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 8 de junio de 2009. Rol N° 2.771-2009.

⁶⁸ ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 3 de diciembre de 2013. Rol N° 2.055-2013. En ese mismo sentido, ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Rol N° 5.363-2016.

De este modo, existiendo bienes hereditarios situados en Chile, se torna necesario realizar el pedimento que mandatan las normas referidas ante la judicatura chilena. Al efecto, la Corte Suprema ha establecido la imperatividad del trámite petición de posesión efectiva de la herencia respecto de los bienes situados en Chile, cuya apertura no se verifique en el país, sobre la base del carácter de orden público de las disposiciones de los artículos 149 del Código Orgánico de Tribunales y 27 de Ley N° 16.271. La evidente consecuencia de la imperatividad que se vislumbra en el establecimiento de la judicatura chilena como foro de situación, es que las decisiones judiciales extranjeras o cartas rogatorias de carácter sucesorias que se refieran a bienes situados en Chile no pueden ser reconocidas sin previo cumplimiento de estas condiciones, esto es, sin dación de la posesión efectiva al interesado por el tribunal chileno competente.⁶⁹

2.3. Caso: sucesión de María de Caso Orrego

La imperatividad del establecimiento de la judicatura chilena como foro de situación frente a la existencia de bienes hereditarios situados en Chile se aprecia en el siguiente caso.

El ciudadano norteamericano Andrew Lee Burgess solicita en Chile posesión efectiva de la herencia dejada por su madre fallecida en el Estado de California, Estados Unidos, caudal integrado por bienes situados en Chile. Al pedimento se opone el hermano de la fallecida, alegando en primer lugar, que no se ha acreditado la calidad de hijo legítimo de solicitante respecto de la causante, y en segundo, que el tribunal ante cual se solicitó la dación de posesión efectiva es incompetente para conocer de esta diligencia.

El Juzgado de Letras de Villa Alemana de primera instancia rechaza la oposición y concede la posesión efectiva a Andrew Lee Burgess. El opositor apela de esta resolución. A la incompetencia planteada por el apelante, en fallo de 1° de septiembre de 1994 la Corte de Apelaciones de Valparaíso expresó en sus considerandos décimo y undécimo:

⁶⁹ “Que conforme a lo expuesto, para que pueda cumplirse en Chile una sentencia judicial extranjera que decreta la adjudicación de bienes hereditarios situados en territorio nacional respecto de una sucesión cuya apertura no se produce en el país, necesariamente ha de solicitarse y obtenerse en Chile la posesión efectiva de tales bienes, norma de orden público cuyo cumplimiento no ha sido acreditado en este caso y que, en consecuencia, impide dar curso a la presente carta rogatoria”. EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 11 de junio de 2015. Rol N° 914-2015. (visto quinto).

“Décimo: Que, por haber fallecido la causante en San Diego, California, Estados Unidos, aparentemente procedería que esta sucesión debiera regirse por la disposición aludida aplicándose la ley de ese Estado, pero, en este caso, se ha producido una de las excepciones referidas en dicho artículo 955, consistente en la existencia de bienes en Chile, como sucede en esta sucesión, por lo que corresponde, como se ha dicho, aplicar el mencionado artículo 27 de la ley 16.271 que prescribe que cuando la sucesión se abra en el extranjero deberá pedirse en Chile no obstante lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil, la posesión efectiva de la herencia respecto de los bienes situados dentro del territorio chileno, para los efectos del pago de los impuestos establecidos por esta ley.

Undécimo: Que dada la existencia de bienes en Chile, y siendo el último domicilio de la causante en Chile en la ciudad de Villa Alemana, calle Arrieta N° 75, debe tramitarse y concederse la posesión efectiva en nuestro país, siendo competente para conocer de esa gestión el Tribunal de esa comuna, por lo que no es procedente la petición del actor de incompetencia del Tribunal, y que la sucesión deba abrirse en el extranjero”.⁷⁰

2.4. Posibilidad de elección de un foro extranjero

Del reconocimiento general que los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil extienden a las jurisdicciones foráneas, se desprende la facultad que el ordenamiento jurídico confiere para celebrar válidamente pactos por los cuales las partes se someten a la competencia de tribunales extranjeros como principio generalmente aplicable, salvo que exista disposición que lo prohíba. Con mayor precisión, las reglas de prórroga de competencia establecidas en los artículos 181 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, en armonía a las establecidas en los artículos 318 y siguientes del Código de Derecho Internacional Privado, posibilitan que un tribunal que no es naturalmente competente para conocer de un determinado asunto puede llegar a serlo si para ello las

⁷⁰ ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 1° de septiembre de 1994. Rol N° 133.216-1993.

partes convienen en atribuirle expresa o tácitamente competencia, para la contienda trabada entre ellas.

Esta facultad, acarrea que la competencia del juez para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles de toda clase sea determinada, en primer término, sobre la base del factor de elección de foro, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio. La sumisión sólo puede referirse al juez que ejerza jurisdicción ordinaria y que la tenga para conocer de igual clase de negocios y en el mismo grado. Por su parte, el artículo 182 del Código Orgánico de Tribunales establece que la prórroga de competencia solo procede en primera instancia, entre tribunales ordinarios de igual jerarquía y respecto de negocios contenciosos civiles.

La Corte Suprema ha otorgado validez general al pacto sumisivo de jurisdicción extranjera. En la sentencia de 22 de enero de 2008 de Rol N° 3247-2006, resolvió que su celebración no padece de objeto ilícito, basando su decisión en las disposiciones relativas al exequatur en el Código de Procedimiento Civil; en el articulado referente a los pactos de sumisión en el Código de Derecho Internacional Privado y; en la normativa de sometimiento al sistema jurisdiccional arbitral extranjero que permite la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional. Al efecto, sostuvo:

“Que en consecuencia no corresponde restarle validez a la cláusula por la cual las partes sustrajeron de los tribunales chilenos la resolución de los conflictos que pudieren suscitarse, por tratarse de un pacto lícito que no contraría el orden público chileno”.⁷¹

En materia de sucesión transfronteriza, la posibilidad práctica de sumisión se desprende expresamente de los términos en que la resolución de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en el caso que arriba hemos denominado “sucesiones de Nicolás Rusovic Babobic, Milan Setencic Rusovic, Jane Setencic Rusovic y de Stane Rusovic”, determinó su propia competencia judicial, precisamente por no haberse alegado en forma y oportunamente la excepción perentoria de falta de jurisdicción de la judicatura chilena en primera instancia, de donde se desprende, *a fortiori*, que se omitió también la alegación de excepción dilatoria de incompetencia, de conformidad con el derecho procesal chileno.⁷² Si

⁷¹ EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 22 de enero de 2008. Rol N° 3.247-2006 (cons. noveno).

⁷² Véase, ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Sentencia de fecha 6 de agosto de 1991. Sin especificación de Rol. [www.microjuris.cl cita online: MJCH_MJJ1938].

bien la resolución utiliza el término “sumisión”, como un hecho jurídico de las partes dirigido a la determinación de la ley aplicable al conflicto sucesorio, lo cierto es que no cabe atribuírsele un efecto de mayor alcance que el de una sumisión tácita de jurisdicción, en la medida que su existencia se argumenta conforme a los hechos constitutivos que definen, en los términos nacionales, una prórroga de competencia, y en términos interamericanos, la sumisión a un juez determinado como lo permite el artículo 321 Código de Derecho Internacional Privado. El empleo de este vocablo legal debe entenderse según su propio contexto normativo, en términos procesales y no como el ejercicio de una suerte de autonomía conflictual de índole sucesoria y de alcances sustantivos. Por otra parte, según se desprende de los antecedentes mostrados en el fallo, las partes no pactaron en orden a determinar un derecho aplicable.

Se entiende por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan (art. 321 CDIP). Se entiende, por otra parte, hecha la sumisión tácita por el demandante, con el hecho de acudir al juez interponiendo la demanda; y por el demandado, con el hecho de practicar, después de apersonado en el juicio, cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria de competencia. Se excluye de la órbita de la sumisión tácita la prosecución del juicio en rebeldía del demandado (art. 322 CDIP).

Con lo dicho, conforme con ambas normativas –la nacional e interamericana–, debe entenderse excluida la posibilidad de elegir el foro especial de situación de los bienes ubicados en territorio chileno encargado de otorgar la posesión efectiva de la herencia, pues, el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales además de revestir la calidad de norma de orden público, refiere a un acto judicial no contencioso como es semejante otorgamiento. Pero nada impide, otorgar competencia judicial a un órgano jurisdiccional extranjero sobre las materias regidas de modo general por el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, en concordancia al artículo 955, siempre que alguna de las partes sea nacional del Estado a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio. Es perfectamente posible, así las cosas, establecer un foro extranjero dedicado al conocimiento del litigio sucesorio, mientras el foro chileno se avoca al conocimiento de actuaciones judiciales no contenciosas que imperan realizarse en Chile.

3. Calificación de pretensión jurisdiccional y competencia judicial internacional

3.1. Calificación e identificación de la pretensión con contenido internacional

El artículo 148 del Código Orgánico contiene una regla de competencia territorial que determina el tribunal que debe conocer de los precisos asuntos sucesorios que la norma enuncia. Como es condición de aplicabilidad de la disposición el establecimiento de la naturaleza de la acción deducida, la pretensión del demandante debe ser objeto de una elemental calificación, a efectos de dilucidar si lo sometido a la decisión judicial deriva de una petición de herencia, desheredamiento y validez o nulidad de disposiciones testamentarias; o bien, en diligencias judiciales relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de los bienes que el difunto hubiere dejado. De aquella operación depende, en definitiva, que la competencia quede radicada en el tribunal del lugar donde se hubiere abierto la sucesión del difunto, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 955.

Conforme con la legislación chilena, la naturaleza sucesoria del objeto de la litis sometido al conocimiento de un tribunal, están dadas por el contenido de la categoría de sucesión que emplea el artículo 955, en la medida en que esta disposición es la que determina el derecho aplicable a la sucesión, esto es, el derecho conforme al cual se resuelve la controversia de relevancia jurídica de que se ocupa el tribunal respectivo. La regla antedicha, por su ubicación en el título I “Definiciones y reglas generales” con que se inicia el Libro Tercero “De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos”, caracteriza de índole sucesoria todas las cuestiones organizadas en el mismo título inicial, donde se encuentra contenida, y en los títulos que le siguen.

Con todo, para hacer aplicable la regla de conflicto del artículo 955 a resultados de una calificación, se precisa, antes, identificar el objeto de semejante calificación. Para ello, el adjudicador debe conectar los hechos concretos que sustentan la pretensión jurisdiccional ante él hecha valer con el derecho extranjero que el actor invoca. En ese entendido, la calificación conforme al derecho chileno con que se establece la naturaleza del conflicto de relevancia jurídica se halla determinado por una identificación previa de la materia factual que sirve de base al pedido realizado al tribunal, sobre la base del derecho extranjero invocado.⁷³

⁷³ VILLARROEL. 2015. óp. cit. p. 66.

La identificación de la materia de la calificación, por tanto, debe distinguirse de la operación de calificación propiamente tal. Mientras la identificación tiene por objeto delimitar y definir los hechos sometidos a debate y evaluar sus alcances internacionales en relación al derecho extranjero invocado, la calificación es el establecimiento de la naturaleza jurídica del pedido al tribunal que ha de establecerse conforme al derecho del fuero y que se materializa en la subsunción de la pretensión definida, bajo alguno de los conceptos sobre los que tematiza el artículo 148 Código Orgánico de Tribunales. Ello, en definitiva, dirime su competencia judicial internacional.

Debe aclararse, sin embargo, que, dado que la determinación del derecho aplicable y el establecimiento de la competencia judicial internacional conforman dos operaciones relativamente autónomas, la utilización del artículo 955 tiene su basamento solo para discriminar sobre el tópico o naturaleza de la pretensión hecha valer, sin que esta disposición tenga incidencia directa en la determinación de la competencia judicial internacional.

3.2. El carácter restringido del artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales

Como ha quedado dicho, la competencia internacional del tribunal ante quien se formula una determinada pretensión sucesoria depende de la regla de competencia territorial prevista para la materia sucesoria: el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales. A su vez, tal determinación competencial requiere ser precisada sobre una calificación, en conformidad al derecho nacional que consagra el artículo 955 y una identificación del objeto de la calificación conforme al derecho extranjero invocado.

Antes bien, conviene observar que el supuesto normativo del artículo 148 Código Orgánico ha sido estructurado considerando determinadas acciones judiciales y diligencias no contenciosas de manera más detallada y precisa que el tipo legal de la regla de conflicto del artículo 955. Semejante técnica del legislador procesal le impone a la norma orgánica y competencial un carácter restringido respecto del campo de aplicación de la regla de conflicto sucesoria. Esto quiere decir que, si bien el objeto identificado sobre la base del derecho extranjero puede ser calificado conforme al derecho nacional como de naturaleza sucesoria, pudiese no corresponder a ninguna de los elementos contemplados en la hipótesis de la regla de competencia territorial especial para la materia, debiendo entonces,

definirse la competencia judicial internacional recurriendo a reglas generales de competencia.

Se puede observar, así las cosas, que a pesar de que la norma de competencia y la regla de conflicto sucesorias están conectadas por la referencia que la primera hace a la segunda, la disociación de la competencia y el derecho aplicable se concreta en las diferentes orbitas de aplicación que cada una previene. Mientras la regla atributiva es de carácter general, la norma orgánica opera sobre determinadas y limitadas hipótesis.

3.3. Conocimiento de una pretensión sucesoria por un tribunal chileno frente a una cuestión iniciada ante tribunal extranjero

La forma en que se construye la referencia material del artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales posibilita el conocimiento de una pretensión sucesoria ante tribunal chileno en circunstancias que las diligencias no contenciosas relativas a una sucesión ya se encuentren iniciadas ante un tribunal extranjero ubicado en el último domicilio del causante. A ese resultado se llega si se califica la pretensión sucesoria bajo una acción distinta de las enunciadas en el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, por no corresponder a ninguna de ellas; y en su lugar, se le subsume en las reglas que imponen determinar la naturaleza mueble o inmueble de la acción (arts. 135 y 138 COT), sobre la base del artículo 5° del mismo Código.

La presente interpretación sugiere que la regla del artículo 5° del Código Orgánico, al no distinguir entre controversias internas e internacionales, otorga jurisdicción a los tribunales chilenos a todo litigio iniciado en nuestro país, cualquiera que sea la nacionalidad de las partes y el lugar de apertura de la sucesión. Manteniendo siempre el Estado la función jurisdiccional, y no encuadrándose la acción en el artículo 148 del mismo Código, debe determinarse si la acción es inmueble o mueble, y de no poder precisarse esta naturaleza, se hace aplicable la regla general de competencia territorial del artículo 134 del Código Orgánico. En todas estas reglas, se hace uso de factores que posibilitan materialmente la determinación de competencia de los tribunales del Estado chileno, a pesar de que la sucesión se hubiere abierto en un Estado extranjero. Y si se determina la competencia del tribunal sobre la base de ese razonamiento, la decisión judicial torna en un deber

inexcusable para el tribunal que conoce de la pretensión hecha valer, de conformidad a los artículos 76 de la Constitución, y 10 y 112 del Código Orgánico.

3.4. Competencia del foro de situación ante la interposición de pluralidad de pretensiones entre las que figura una de carácter inmueble no sucesoria

Habiéndose hecho valer alguna pretensión sucesoria en conjunto a alguna de carácter inmueble, pero no sucesoria, el artículo 148 del Código Orgánico pierde aplicabilidad, en la medida que la norma está prevista sólo para el caso en que las pretensiones que enuncia sean el objeto exclusivo del juicio. A un mismo tiempo, de haberse hecho valer una pretensión inmueble, el artículo 135 del mismo Código, a falta de convención competencial entre litigantes, y siempre que la cuestión no verse sobre el cumplimiento de un contrato, radica la competencia en el tribunal del lugar donde se encuentra la especie reclamada, incluso si una misma acción tuviere por objeto reclamar cosas muebles e inmuebles (art. 137.1 COT). La prioridad definitiva en favor de la competencia del tribunal antedicho, en caso de pluralidad de pretensiones, se deja descubrir en el inciso 2° del artículo 137 del Código Orgánico que señala que esta regla resulta aplicable a los casos en que se entablen conjuntamente dos o más acciones, con tal que una de ellas por lo menos sea inmueble.

Lo que cabe advertir en el inciso 2° del artículo 137 del Código Orgánico, es que el legislador radica la competencia en el tribunal del lugar en que estuvieren situados los inmuebles, con independencia de la naturaleza jurídica reputada sobre las otras pretensiones hechas valer, en la medida que solo requiere para determinar la competencia territorial, la múltiple interposición de pretensiones y que, de ellas, por lo menos una, sea inmueble. Con ello, la determinación de la naturaleza jurídica de alguna pretensión como de índole sucesoria resulta inútil para desvirtuar la preeminencia competencial del tribunal de la situación.

En el ámbito doméstico, fue este criterio al que arribó la Corte de Apelaciones de Concepción en resolución que revocó una sentencia de primer grado que había hecho lugar a la excepción de incompetencia del tribunal del lugar en que se encontraban ubicado el inmueble, cuya cuota hereditaria se reclamaba bajo una acción reivindicatoria especial de heredero. En esa oportunidad el demandante interpuso conjuntamente a aquella pretensión, una acción de petición de herencia y en subsidio a aquella interposición conjunta, acción

reivindicatoria de cuota; y en subsidio de ésta última, una acción innominada de dominio, todas las cuales refieren al mismo inmueble. El Tribunal de Alzada discurre al siguiente tenor:

“Que en ninguna parte la ley atiende a la distinción entre acciones principales y consecuenciales para fijar la competencia del tribunal, como lo pretende la demandante, pues el criterio del legislador está referido a que si entre las varias acciones contenidas en la demanda hay alguna que debe reputarse inmueble, esta última es la que determina dicha competencia”.⁷⁴

El carácter interno del conflicto en que fue invocado este razonamiento no es óbice a su aplicabilidad como criterio determinante de la competencia internacional de una judicatura avocada al conocimiento de múltiples pretensiones de naturaleza sucesoria e inmuebles no sucesorias, toda vez que la competencia del juez de situación quedó reconocida en la norma del artículo 325 Código de Derecho Internacional Privado. Como condición de aplicación de la regla, siguiendo su tenor literal, basta que se interponga acciones sobre bienes inmuebles.

A su vez, la preeminencia competencial por el juez de situación se halla comprendida, al menos frente a la interposición conjunta de acciones inmuebles y acciones muebles –y es discutido si las pretensiones sucesorias pueden o no calificarse sobre la base de la naturaleza de los bienes que la componen–, en el artículo 326 del Código Internacional. Esta disposición establece que, en caso de interposición de acciones reales sobre bienes muebles o inmuebles, hubiere bienes situados en más de un Estado, podrá acudirse a los jueces de cualquiera de ellos, salvo que lo prohíba para los inmuebles la ley de la situación. Esta prohibición, en nuestro sistema jurídico, está dado precisamente por el inciso 2° del artículo 137 del Código Orgánico de Tribunales, cuando se interponen acciones reales inmuebles y no sucesorias

3.5. Ruptura de la unidad judicial de la sucesión

La estructura del artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, como se ve, encierra materias sucesorias que se erigen como condición de aplicación de la norma. Estos tópicos

⁷⁴ ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 3 de enero de 2008. Rol N° 1.938-2007 (cons. quinto).

no cubren todo el espectro del concepto de sucesión. Dado que la regla establece un factor determinante de competencia especialísimo sobre materias taxativamente señaladas que no abordan exhaustiva y orgánicamente la materia sucesoria, la sucesión internacional puede ser conocida por tribunales diversos.

El fenómeno de ruptura judicial no debe ser confundido con la forma fragmentaria que ciertas legislaciones, desde el punto de vista material, regulan la sucesión hereditaria.

3.6. Caso: sucesión de Wilhem Heimlich Bessel

Para ilustrar de mejor modo la íntima relación que existe entre identificación del objeto de la calificación, la calificación misma y la determinación de competencia del foro de litigio sucesorio conviene observar el siguiente caso ventilado ante la judicatura chilena entre los años 1995 y 1998.

El 1° de febrero de 1988 falleció don Wilhem Heimlich Bessel, en la ciudad de Linkenheim-Hochstetten, Republica de Alemania, bajo el imperio de su testamento ológrafo otorgado en dicho país el 30 de agosto de 1987. El causante dejó una considerable fortuna en Alemania, de la que no se tienen antecedentes precisos. En el acto testamentario se designó como herederos a sus nietos Erik y Susan Heimlich Mac Adoo.

En Alemania, el Juzgado de Primera Instancia de Karlsruhe, reconoció la calidad de herederos de los nietos del causante, mediante el otorgamiento del certificado de heredero, previa discusión en distintas instancias ante la judicatura alemana. Estas objeciones habían sido promovidas por Doris Heimlich Mimica, hija legítima del causante, y Franka Mimica Cecuk, cónyuge sobreviviente, quienes no fueron incluidas en testamento del señor Heimlich Bessel, para que fueran incorporadas como herederas en la sucesión. Además, dicha judicatura reconoció la validez del testamento difunto.

Doris Heimlich Mimica y doña Franka Mimica Cecuk, dedujeron demanda, ante el 2° Juzgado Civil de Valdivia en contra de los herederos testamentarios, para que se les reconozca una asignación forzosa, pretensión esta que sustentaron en los párrafos 2303 y 2309 del Código Civil alemán. En concepto de la demandante, tales disposiciones consagran un derecho concedido al cónyuge sobreviviente y a los hijos legítimos para exigir de los herederos testamentarios se les pague en dinero equivalente a la mitad de lo que les hubiere

correspondido como herederos intestados. Este derecho cuya declaración se pide, consistiría en una prestación de carácter personal e indemnizatoria. La demandante sostuvo que el tribunal chileno es competente para conocer de este juicio porque las partes involucradas en el litigio están en Chile, lo que así dispondría tanto la ley alemana como la chilena.

Antes de la contestación de la demanda, la parte demandada promovió excepción dilatoria de incompetencia del tribunal. La sostuvo haciendo presente que el causante era ciudadano alemán, fallecido en Alemania y cuya sucesión se rige por la ley alemana, bajo el imperio del testamento y la posesión efectiva de los bienes otorgada por resolución del Juzgado de Primera Instancia alemán, la que fue recurrida por los demandantes para que el mismo tribunal modificara la resolución que otorgó dicha posesión y las incluyera como herederas, objeción esta que, en definitiva, fue rechazada. Se sostuvo la incompetencia conforme al artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, que dispone que es juez competente el del lugar donde se hubiere abierto la sucesión del difunto, esto es, el juez de la ciudad alemana que ya resolvió esta materia.

En concepto de la demandada, la aplicabilidad de la norma competencial nacional surge de la circunstancia de que la pretensión hecha valer es de carácter personal tendiente al reconocimiento de derechos que derivan de normas sucesorias alemanas, y conforme a lo pedido, esto es, la declaración de tener derecho a una asignación forzosa en la sucesión del causante. De conformidad al derecho chileno esta pretensión consiste en el ejercicio de una acción de reforma de un testamento. Habiendo sido reconocido por el tribunal alemán el testamento, su impugnación corresponde a dicho tribunal de conformidad con el artículo 148 del Código Orgánico, materia que debe entenderse incluida en las referidas a la validez o nulidad de disposiciones testamentarias. Se invocó además el artículo 327 Código de Derecho Internacional Privado, como principio general de derecho internacional, que otorga competencia igualmente en materia sucesoria, al del lugar en que el difunto tuvo su último domicilio.

La excepción de incompetencia interpuesta fue rechazada por el tribunal de primer grado. Su resolución fue apelada, y por esa vía, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia. Al efecto, se sostuvo por el 2° Juzgado Civil de Valdivia, con el objeto de considerarse competente para conocer y resolver el conflicto ante él promovido, lo que sigue:

“1) Debemos concluir al igual que la jurisprudencia que la calificación de las instituciones jurídicas debe hacerse por la Lex Fori, esto es de acuerdo con la ley chilena, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil, que dispone que la sucesión se regla por la ley del último domicilio del causante, en este caso, la legislación alemana, hechos no discutidos, que Alemania fue su último domicilio y allí se abrió la sucesión. Así determinada que la ley que rige esta sucesión es la alemana, corresponde decidir si este Tribunal es o no competente para disminuir el conflicto.

2) Que no encontrándose Alemania vinculada a tratado internacional con Chile, deben resolverse los problemas de competencia territoriales; que el artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales da jurisdicción a los tribunales chilenos, en consecuencia, el litigio iniciado en nuestro país, cualquiera que sea la nacionalidad de las partes y el lugar de apertura de la sucesión, no quita jurisdicción a los tribunales chilenos, preceptos que no distinguen entre litigios internos o internacionales.

3) Que el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales, da como norma general el domicilio del demandado; y que el artículo 138, distingue entre las acciones que se reputan muebles conforme a lo prevenido en los artículos 580 y 581 del Código Civil”.⁷⁵

Finalmente, reafirma su competencia para conocer del asunto atento al domicilio de los demandados; y que no lo impide lo dispuesto en el artículo 148 del Código Orgánico, ya que éste se refiere taxativamente a determinadas situaciones, ninguna de las cuales ha sido invocada en la demanda.

Habiéndose confirmado la resolución que determinó en el sentido de que el tribunal de primer grado tenía competencia para conocer del conflicto, el 2º Juzgado Civil de Valdivia el 13 de octubre de 1995 dictó sentencia definitiva acogiendo la pretensión de la parte demandante, aplicando las disposiciones invocadas del Código Civil alemán, según el envío que le mandataba realizar la norma de conflicto sucesoria del artículo 955.

⁷⁵ Estos considerandos fueron referidos textualmente en la resolución recaída sobre el recurso de apelación deducido en contra de la sentencia definitiva 1º grado. El fallo de 2º grado consta en ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 19 de noviembre de 1996. Rol N° 6.684-1996.

Contra esta sentencia definitiva, la parte demandada –la sucesión de don Wilhem Heimlich Bessel–, dedujo recurso de apelación. En dicha instancia, la Corte vuelve a reflexionar acerca de la competencia que anteriormente había reconocido radicada en el 2° Juzgado de Valdivia, fundamentando esta renovación de debate, en que la resolución que confirmó la competencia no produce cosa juzgada respecto de lo sustancial del conflicto y solo surte dicho efecto únicamente sobre el ámbito procesal. En consecuencia, para el Tribunal de Alzada el debate resulta plenamente renovable en cuanto a definir la naturaleza jurídica de la acción formulada en la demanda, y la procedencia o improcedencia de la petición.

Al conocer de la apelación, la Corte revocó la sentencia de primer grado. Entre otras consideraciones, algunas de naturaleza sustantivas al compás de la legislación alemana y otras adjetivas, para revocar, efectuó declaraciones que reprocharon la competencia instalada en la judicatura chilena. A la sazón, se dijo en el considerando vigésimo:

“De todo lo expuesto, se infiere, que la materia sometida a la jurisdicción de los tribunales chilenos, cualquiera que sea la naturaleza de la acción, llámese asignación forzosa, o asignación dineraria de carácter personal; las resoluciones consecuenciales que obligan a prestaciones de hacer, los juicios sucesorios iniciados y tramitados en Alemania, las impugnaciones, la nacionalidad extranjera de todos sus protagonistas y particularmente la existencia de otros juicios pendientes sobre similares materias y aparentemente aún no resueltos, todo lo que surge del mérito de autos desbordan, a juicio de los sentenciadores, la jurisdicción o competencia tanto en lo sustantivo como en lo procesal de los tribunales chilenos, e importarían una imprudente intromisión de un juzgamiento privativo y ya subsumido por los órganos jurisdiccionales de la República Alemana”.⁷⁶

Este desborde competencial de la judicatura chilena, que en concepto de la Corte de Apelaciones de Valdivia se verifica en el proceso, se concluye a resultas de un razonamiento que inicia reconociendo que no se aprecia con claridad si la acción deducida en el proceso tiene por finalidad declarar un derecho, o darle ejecución a un asunto ya declarado por la judicatura alemana, por cuanto los diversos elementos que componen la sucesión ya han sido conocidos por el tribunal alemán. Por ello se dice el considerando decimocuarto:

⁷⁶ Ídem.

“Es juez competente el del último domicilio del difunto para intervenir en la apertura de la sucesión, testamento, facción de inventario, guarda y aposición de sellos, etc. y para conocer del ejercicio de los derechos que por la ley nacen de la misma apertura. La legislación de este mismo domicilio debe aplicarse para la solución de los conflictos que se susciten entre los herederos, sin perjuicio de los derechos de chilenos, los cuales están resguardados por el artículo 998 del Código Civil”.⁷⁷

Precisamente, conforme con el Tribuna de Alzada, es el tribunal del último domicilio del difunto el que debe conocer todos los asuntos de la sucesión, entre ellos, el ejercicio de los derechos derivados de la sucesión testada, bajo una concepción amplia de la competencia territorial sucesoria. A este respecto, la Corte, aunque avizoraba como nebulosa e indefinida la pretensión incoada, estuvo por resolver que lo pretendido en la causa era la reformación del testamento de Wilhem Heimlich Bessel. Pues, de la lectura del testamento fluye que la intención del testador fue privar a su hijo y cónyuge de toda participación en la sucesión. Por lo tanto, a la luz del derecho chileno, la acción debe calificarse de reforma de testamento; y no de petición de herencia, porque no se fundamenta en una preterición de un legitimario a lo que le corresponde como asignatario forzoso. Lo ejercido por el demandante, pues, se trata de una acción sucesoria de reforma de testamento, cuyo objeto es reconocer derechos de los demandantes como asignatarios forzosos, en circunstancia que un testamento otorgado en Alemania no les ha dejado lo que por ley chilena les corresponde (artículos 1216 y 1221 del Código Civil).

Siendo esta la calificación que hace el Tribunal de Alzada sustenta fundamentos dirigidos a sostener la incompetencia. En el considerado decimoséptimo se lee:

“Que todos los tratadistas de Derecho Internacional, coincidentes a la cita de la jurisprudencia chilena, acuden unánimemente, como fuente de principios supletorios, para definir estos conflictos del Código de Derecho Internacional Privado, que confirma sensiblemente el principio que la justicia competente en materia sucesoria, debe ser definida por el juez en que el finado tuvo su último domicilio, coherente, además, con las normas del Derecho alemán.

⁷⁷ Ídem.

Dentro de los complejos matices de las acciones propuestas, las etapas procesales agotadas en Alemania, y algunos episodios laterales, no ayudan precisamente a clarificar estas incógnitas de carácter previa, por lo que este Tribunal de segundo grado no se siente habilitado ni suficientemente informado de todos los hechos y problemáticas jurídicas definidas en Alemania, por lo que carece del convencimiento necesario para dar acogida favorable a las pretensiones de los actores”.⁷⁸

Al dictarse esta sentencia, los actores dedujeron contra ella recurso de casación en el fondo y en la forma. En lo que es relevante a los puntos sobre competencia, los pretensores fundamentaron el recurso de casación formal alegando que el fallo de segunda instancia se pronunciaba en contra de otra pasada en autoridad de cosa juzgada. El pronunciamiento dictado que había producido cosa juzgada es la resolución que había rechazado la excepción de incompetencia impetrada, y, en consecuencia, radicó la competencia judicial internacional en los tribunales chilenos para conocer del asunto sometido ante ellos. En efecto, en concepto de los recurrentes se había revocado el fallo de primera instancia so pretexto de que los tribunales nacionales no serían competentes, lo cual implica rever, dentro del mismo proceso, un asunto ya resuelto mediante resolución ejecutoriada. Se agregó que la fijeza competencial se refuerza en la dictación de la sentencia definitiva de primer grado.

Por otra parte, se argumentó por los recurrentes que el fallo de segunda instancia adolece del hecho de haber sido pronunciada la sentencia con omisión de consideraciones de hecho o derecho que sirven de fundamento a la sentencia. Se sostiene en que, habiendo dicho los jueces de Alzada que las pretensiones deducidas no estaban bien delimitadas y descritas en cuanto a la determinación de su naturaleza, tal circunstancia no impidió al mismo tribunal declarar que la competencia la tenían los jueces alemanes, viciando el fallo con la omisión de los fundamentos que orientaron la decisión.

Al resolver el recurso deducido, la Corte Suprema señaló que el fallo no fue dictado contra otro pasado en autoridad de cosa juzgada pues, la resolución que resolvió sobre la competencia de la judicatura chilena para conocer del asunto corresponde a un auto. Lo es, toda vez falla un incidente del juicio, sin establecer derechos permanentes en favor de las partes. Siendo esta su naturaleza, no puede producir cosa juzgada. En el considerando sexto expresa los motivos de esta conclusión:

⁷⁸ Ídem.

“Que, por su parte, la resolución de fs. 53 se fundamentó en que no encontrándose Alemania vinculada, en lo que ahora interesa, mediante un tratado internacional con Chile, debían resolverse los problemas de competencia territorial de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales, que le da competencia a los tribunales chilenos en la materia específica que se debate en autos, y se decide así el rechazo de la excepción de incompetencia planteada como dilatoria por la parte demandada.

Como corolario a lo señalado y en relación a la materia de que se trata se debe concluir que el fallo de una excepción dilatoria como lo es sin duda la excepción de incompetencia del tribunal hecha valer es un acto procesal que dilucida una cuestión previa que habilita al juez para que siga conociendo del asunto y que no compromete la decisión sobre el mérito de lo planteado.

Indudablemente la excepción opuesta y que los jueces de la instancia fallaron de la manera que se viene señalando, es la dilatoria de incompetencia. Así lo han entendido las partes y así fue decidido”.⁷⁹

Luego, al pronunciarse sobre la causal que fue fundamentado el recurso expresó que las argumentaciones desarrolladas por el tribunal *ad quem* se contradicen con consideraciones del tribunal *a quo*, que el aquel había hecho suyos. Estas consideraciones entendían bien definida la pretensión hecha valer. En efecto, en el fallo de primera instancia se había establecido claramente que la parte demandante solicita se declare, en definitiva, que doña Franka Mimica Cecuk y Doris Hedwig Heimlich Mimica tienen derecho en la sucesión de don Wilhelm Georg Walter Heimlich, en la forma de asignación forzosa y; que la parte deberá pagar esta asignación dentro de tercero día de ejecutoriada la sentencia. También la Corte de Apelaciones de Valdivia había hechos suyos consideraciones que delimitaban jurídicamente la pretensión, al estar fundamentadas con el derecho alemán invocado; y consideraciones que entendían que el ejercicio de este derecho extranjero era mediante un proceso declarativo de lato conocimiento, como el que fuera incoado por los demandantes. Al efecto, resulta de interés reproducir el considerando decimo:

⁷⁹ EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 19 de marzo de 1998. Rol N° 322-1997.

“Que las argumentaciones desarrolladas por el tribunal de alzada en el motivo 12 se contradicen abiertamente con los considerandos 1º, 8º y 14º de la sentencia de primera instancia y que la Corte de Apelaciones hizo suyos.

En efecto, en el primero se hace una clara narración de las acciones entabladas y de las peticiones de la demanda y es así como se señala que a la parte demandante solicita se declare en definitiva, que doña Franka Mimica Cecuk y Doris Hedwig Heimlich Mimica tienen derecho en la sucesión de don Guillermo Heimlich Bessel, también llamado Wilhelm Georg Walter Heimlich, a una asignación forzosa igual a un 25% para la cónyuge sobreviviente y a un 12,5%, para la hija legítima, o la cantidad que el tribunal estime.

Que la parte demandada deberá pagar esta asignación forzosa dentro de tercero día de ejecutoriada la sentencia.

Que su parte se reserva el derecho para obtener el cumplimiento del fallo en juicio separado o conforme al artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

Que la demandada deberá pagar las costas.

En el motivo 8º, también reproducido por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, como se dijo, se expresa, en lo pertinente el parágrafo 2.303 del Código Civil alemán, respecto de los asignatarios forzosos; monto de la asignación forzosa, dispone que si por disposición testamentaria un descendiente del causante fuere excluido de la sucesión, podrá exigir la asignación forzosa al heredero. La asignación forzosa consiste en la mitad de la cuantía de la porción hereditaria legal. Los padres y el cónyuge del causante tendrán el mismo derecho si por disposición testamentaria fueren excluidos de la sucesión”.⁸⁰

Finalmente, la Corte Suprema, al dictar sentencia de reemplazo, confirma el fallo de primer grado con declaración que la determinación de la cuantía de los derechos de las asignatarias se hará en un juicio diverso o en la etapa de cumplimiento correspondiente.

⁸⁰ Ídem.

4. Competencia para conocer de asunto judiciales no contenciosos de relevancia internacional relativos a la sucesión testada

4.1. Orden judicial de protocolización del testamento otorgado de conformidad con el derecho chileno

La protocolización un testamento otorgado en país extraño surge de la necesidad de proveer de publicidad sobre su existencia. Ello se logra mediante la agregación del instrumento respectivo al final del registro de un notario. Evidentemente, al haber sido otorgado en país extraño, no pudo ser agregado en el libro protocolo de algún escribano chileno con anterioridad.

Para estos efectos, en caso de tratarse de un testamento otorgado en el extranjero, pero de conformidad con el derecho chileno, según se ocupa de regular el artículo 1.029, el jefe de Legación chilena debe remitir una copia del testamento abierto, o de la carátula del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores de Chile; el cual, a su vez, abonando la firma del jefe de Legación, debe remitir dicha copia al juez del último domicilio del difunto en Chile, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio. No conociéndose al testador ningún domicilio en territorio nacional, la copia será remitida a un juez de letras de Santiago, para que ordene su protocolización en la notaría que el mismo juez designe. Como se ve, en la testamentifacción realizada en país extranjero no cabe la posibilidad de que se omita la protocolización.

Esta necesidad no es expresada en términos formales y ciertos por el legislador frente al otorgamiento de testamentos otorgados en país extraño y de conformidad las normas que rigen en ese determinado Estado. Por ello, basta que el testamento cumpla los requisitos exigidos en el artículo 1.027. Acreditados que sean estos frente al tribunal llamado a otorgar la posesión efectiva de la herencia, semejante dación podrá llevarse a cabo.

4.2. Publicación del testamento abierto otorgado ante cinco testigos y apertura del testamento cerrado

De conformidad al artículo 1.020, si el testamento abierto ha sido otorgado ante cinco testigos, es necesario proceder a su publicación, lo cual consiste, en la comparecencia de

los testigos ante la presencia judicial, a efectos que reconozcan sus firmas y la del testador. Por otra parte, de conformidad al artículo 1.025, la ejecución del testamento cerrado debe estar antecedida del trámite de su apertura, diligencia que consiste en la comparecencia del funcionario autorizante como de los testigos a la presencia judicial, con el objeto de que reconozcan sus firmas y las del testador, declarando además si en su concepto está cerrado, sellado o marcado como en el acto de entrega.

4.3. Dación de la posesión efectiva de la herencia

Según expresa el artículo 1° de la Ley N° 19.903, las posesiones efectivas de herencias, originadas en sucesiones intestadas abiertas en Chile, serán tramitadas ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, de conformidad a lo dispuesto en la presente ley. Las demás serán conocidas por el tribunal chileno competente. De esta suerte, la dación de posesión efectiva originadas en sucesiones abintestato de carácter internacional, y las sucesiones testadas nacionales o internacionales deben ser solicitadas siempre ante un tribunal y no intervendrá en el acto el Servicio de Registro Civil. Si la sucesión –testada o intestada– se abre en el extranjero y comprende bienes situados dentro del territorio chileno, la posesión efectiva de herencia debe pedirse al tribunal del lugar en que tuvo el causante su ultimo domicilio en Chile, o en el domicilio del que la pida si aquel no lo hubiere tenido (artículo 149 COT). Si la sucesión testada se abre en Chile, será competente el mismo tribunal, y subsidiariamente el del lugar del domicilio del interesado (148 y 134 COT).

Se otorga la posesión efectiva de la herencia al que la pida, sea chileno o extranjero. Conforme con ello, el otorgamiento de testamento en el extranjero conforme con las normas foráneas será objeto de control judicial al momento de solicitarse la posesión efectiva de la herencia ante el tribunal competente, en el entendido que, para la dación de la posesión efectiva se requiere exhibir por el peticionario, un testamento “aparentemente valido en el que se le instituya heredero” (art. 877 CPC).

Capítulo III

DERECHO APLICABLE A LA SUCESIÓN MULTINACIONAL EN GENERAL

1. Determinación unitaria del derecho aplicable a la sucesión multinacional

La norma de conflicto sucesoria del sistema jurídico chileno está contenida en la regla del artículo 955. Esta disposición reza al siguiente tenor:

“La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvos los casos expresamente exceptuados.

La sucesión se regula por la ley del domicilio en que se abre; salvas las excepciones legales.”

Del propio tenor de la regla fluyen sus características esenciales. Se trata, en efecto, de una norma que incorpora un supuesto de hecho basado en una expresión lingüística genérica; su efecto localizador se subordina a un tiempo determinado y concreto; la norma utiliza un punto de conexión rígido y jurídico y; se trata de una regla de aplicación genérica en relación a normas especiales que protegen el interés de herederos chilenos al mismo tiempo que una regla excepcional respecto a otras normas de conflicto inspiradas en el principio de territorialidad.

1.1. La categoría de sucesión como supuesto genérico: delimitación formal del ámbito de aplicación material de la *lex successionis*

El sujeto gramatical del contenido proposicional de la norma de conflicto es “la sucesión”. Esta expresión –la sucesión–, a efectos de asignarle el legislador efectos atributivos, no viene acompañada de adjetivos o calificaciones, de donde se desprende que la regla no realiza distinciones en relación a clases o modos que puede asumir de conformidad con el ordenamiento civil chileno.

Ha dicho la Corte Suprema que el precepto del artículo 955 se encuentra inserto entre las disposiciones comprendidas en el Libro Tercero del Código Civil denominado “De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos”, en su Título I, “Definiciones y reglas generales”. Conforme con ello, la disposición se halla ínsita en un contexto normativo propio del derecho sucesorio, desde que, en especial, reglamenta la sucesión en sus diversas clases, los llamados a ella, la ordenación, revocación y reforma de testamento, las asignaciones testamentarias, las asignaciones forzosas, la apertura, aceptación y repudiación de la sucesión, la facción de inventario, los ejecutores testamentarios, etc. En general, este estatuto está destinado a la regulación de obligaciones, derechos y acciones que de dichas instituciones pueden derivarse.

De este modo, en lo atinente a dichas materias, el legislador determina la normativa legal aplicable a la sucesión en los bienes de una persona difunta, entendiendo como tal la regulación referente a la transmisión del dominio del conjunto de bienes que formaban parte del patrimonio del causante, a la asunción de determinadas cargas modales, a los derechos que sobre dichos bienes es posible establecer y adquirir; y, a las acciones que a su respecto puedan ejercitar aquellas personas a quienes la ley o el testador ha llamado a suceder a cualquier título.⁸¹

En el ámbito dogmático, este contenido de la regulación sucesoral resuelve el problema de la determinación del sustrato material de la así denominada *lex successionis*, esto es, la órbita de competencia material atribuida al derecho sustancial designado por la norma de conflicto sucesoria. Dado que la categoría de sucesión aparece empleada legalmente de modo puro, su conceptualización refiere funcionalmente a todas y cada una de las consecuencias jurídicas relacionadas a la transmisión de dominio desencadenadas por causa de muerte de una determinada persona. Debe entenderse, por tanto, que la sucesión, pese a comportar una categoría general y amplísima, mantiene limitación precisamente en su carácter y fisonomía de modo de adquirir el dominio acaecido en el hecho jurídico de la muerte de una persona y la necesidad de pervivencia de su patrimonio, tal como lo entiende el Código Civil en su artículo 588.

⁸¹ Véase, EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 8 de junio de 2004. Rol N° 1.062-2003.

1.2. La estabilización del tiempo en la norma de conflicto sucesoria

El domicilio, en nuestro sistema jurídico, está constituido por elementos objetivos y subjetivos que lo dejan en situación de ser mudado geográficamente, y con ello, ocasionar un conflicto móvil si es utilizado en el sistema atributivo como factor de conexión. Por su parte, el desplazamiento de elementos facticos o jurídicos que integran el punto de conexión puede incidir en la determinación del derecho aplicable a una situación jurídica internacional cuyo proceso de constitución se consolida en lapsos no inmediatos, toda vez que la determinación jurídica que intenta la localización puede fundarse en múltiples factores constituidos en diversos tiempos. La aplicación del artículo 955 excluye sin excepción esta eventualidad.

La posibilidad de conflicto móvil en relación al factor domicilio utilizado por la norma de conflicto sucesoria, ha sido –en razón de la materia– anulado por la vía de estabilizar temporalmente su punto de conexión. Con ello, el legislador ha circunscrito su operatividad sobre la base de un límite temporal determinado y concreto. En la norma del artículo 955, el momento que delimita la conexión, se avizora en la dependencia de la localización a los hechos que constituyen la apertura de la sucesión.

La apertura de la sucesión es el hecho jurídico que habilita a los herederos a tomar posesión de los bienes de la herencia y se los transmite en propiedad.⁸² En este instante, queda fijado el derecho de las personas que son llamadas a la sucesión del difunto, transformando la expectativa de constituirse en herederos de que da cuenta la posesión de vocación sucesoria, en auténticos derechos subjetivos sucesorios.⁸³ Por ello, la apertura de la sucesión equivale a la constitución de la relación jurídico-sucesoria que es el objeto de la localización.

La apertura tiene lugar al momento de la muerte del causante en su último domicilio. Por consiguiente, semejante apertura liga la relación que ha nacido a la vida jurídica, a un territorio y tiempo determinado. Pero, además, su regulación está determinada por la ley del domicilio en que esta verificó. De esta suerte, tanto la constitución de la relación sucesoria,

⁸² SOMARRIVA. 2008 óp. cit. p. 35

⁸³ EXCELENTISIMA Corte Suprema. Sentencia de 9 de agosto de 2012. Rol N° 3.135-2012. Véase los considerandos sexto y séptimo donde se reproduce la doctrina según la cual la calidad de asignatario de la herencia, no se adquiere en plenitud hasta que se verifique la apertura de la sucesión. En el considerando séptimo expresamente se alude una tendencia jurisprudencial contenida los fallos del 24 de agosto de 1989, publicado en Fallos del Mes, N° 369, p. 444; 30 de octubre del 2003, publicado en Fallos del Mes, N° 515, p. 648.

como su atribución quedan determinadas, jurídicamente sobre la base del mismo espacio temporal.

1.3. Caso: sucesión de Carlos Muñoz Baeza

La estabilización de la relación jurídica sucesoria en el sistema atributivo, bajo la dependencia del hecho de la apertura de la sucesión es precisamente el criterio que ha tenido a la vista la justicia civil a efectos de hacer valer derechos que dimanen de la calidad de heredero. Así por ejemplo el 14° Juzgado Civil de Santiago, en resolución de 9 de octubre de 2012, en la causa Rol C-11.772-2011, resolvió acoger la acción de petición de herencia de la hija de nacionalidad francesa de Carlos Muñoz Baeza.

El causante había fallecido en Perth, Western, Australia, el 6 de julio del año 2010. Para determinar el derecho aplicable a la sucesión, el tribunal expresamente dijo en el considerando décimo tercero de la sentencia definitiva:

“Que establecido lo anterior, es menester consignar previamente, que el marco jurídico aplicable es aquel vigente a la fecha en que se produjo la apertura de la sucesión del causante, es decir, la legislación vigente al 6 de julio del año 2010.

Que por la doctrina se ha definido la apertura de la sucesión como: ‘El hecho que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes hereditarios y se los transmite en propiedad’ (Manuel Somarriva). En nuestro ordenamiento jurídico, la apertura de la sucesión se encuentra regulada en el artículo 955 del Código Civil. El citado precepto señala que ‘[l]a sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvos los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvas las excepciones legales’.⁸⁴

⁸⁴ DECIMO CUARTO Juzgado Civil de Santiago. Sentencia de 9 de octubre de 2012. Rol C-11.772-2011 (cons. décimo tercero).

1.4. Rigidez y multilateralidad del punto de conexión de la regla de conflicto sucesoria

De la integración de ambos incisos que componen el artículo 955, se deduce que dicha norma determina el derecho aplicable a la sucesión sobre la base del factor de conexión “último domicilio del causante”. Esta forma de la atribución se ampara en un punto de conexión cerrado o determinado, toda vez que determina el derecho aplicable de modo rígido o mecánico, abstrayéndose de los aspectos materiales del caso. Por otra parte, la rigidez de la conexión le imprime a la norma un carácter neutral, pues localiza la relación sucesoria sin evaluar la compatibilidad de principios y valores del sistema jurídico determinado por el sistema atributivo, respecto de los aspectos axiológicos que se hayan insertos en la propia sucesión.⁸⁵

La poca restricción o discriminación que esta forma de la conexión franquea a la competencia legislativa de los Estados, convierte a la disposición del artículo 955 en una norma de conflicto multilateral, bajo cuyos efectos todos los sistemas jurídicos del orbe tienen la potencial competencia de proveer de reglas materiales para regular la relación sucesoria verificada y conocida por un tribunal chileno. La multilateralidad así establecida define el énfasis de la norma de conflicto sucesoria de proveer a la regulación de la sucesión haciendo énfasis en su internacionalidad, bajo una estrategia puramente formal o normativa. El carácter formal del contacto se arraiga en la proximidad razonable que se supone satisface el punto de conexión utilizado, pues es el legislador quien –apriorísticamente y en abstracto–, dirimió la valoración de razonabilidad del contacto recurriendo a un factor rígido de conexión. De este modo, excluye toda valoración ulterior sobre la calidad de la conexión bajo parámetros empíricos vinculados al caso concreto. Por otra parte, la multilateralidad supone una disociación explícita entre la competencia del tribunal llamado a aplicar el derecho sucesorio extranjero y el derecho sucesorio aplicable.⁸⁶

Los antecedentes de esta configuración se remontan al artículo 1.113 del “Proyecto Inédito de Código Civil” en el que se hizo constar la preferencia del codificador por la doctrina jurídica de Friedrich Karl von Savigny. El jurista alemán enseñaba que en general, el derecho

⁸⁵ Véase, CALVO, Alfredo-Luis. 2004. La norma de conflicto del siglo XXI. En: FERNANDEZ, J., SANCHEZ, S. et al. *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos. Vol. 2. Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y VARIA.* Madrid, UAM y Eurolex. pp. 1.347 y ss.

⁸⁶ RAMIREZ, óp. cit. p. 51

de sucesión se regla según el derecho local del domicilio que tenía el difunto al momento de su muerte; y, que dicha solución –hacerlo depender todo del domicilio–, es la que ha sido universalmente admitida en el mundo.⁸⁷

Por su parte, la doctrina de Savigny asentaba que la solución que apareja la elección por el legislador de este punto de conexión se conforma con el objeto de indagar a qué derecho local pertenece por su naturaleza el derecho de sucesión, es decir, donde reside su verdadero asiento. Tal naturaleza se basa en que la sucesión “consiste en la transmisión del derecho del difunto a otras personas, lo cual constituye una extensión del poder y de la voluntad del hombre más allá del término de la vida; y esta voluntad que continúa obrándose unas veces expresa, (sucesión testamentaria), otras veces tácita (sucesión abintestato)”.⁸⁸ En la medida que la voluntad del difunto está a la base de la configuración del derecho de sucesión, esta tiene una naturaleza de índole personal, y consecuentemente, “el derecho de sucesión se regula según el derecho local del domicilio que tenía el difunto en el momento de su muerte”.⁸⁹

1.5. El carácter jurídico del punto de conexión “ultimo domicilio del causante”

El concepto de domicilio es una expresión definida por el derecho chileno. El artículo 59 señala que este consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. En estos términos, el factor de conexión “ultimo domicilio de causante”, puede ser clasificado como un punto de conexión jurídico. Siendo esto así, su establecimiento puede ser objeto de problemas calificación cuando la *lex fori* y el derecho conectado establezcan una precisión diversa sobre el mismo concepto utilizado como punto de conexión.

Corresponde al sistema del fuero, tal como ocurre con la calificación de hipótesis fáctica de la norma conflictual, proveer de significado a la operación de calificación del punto de conexión jurídico, esto es, determinar su contenido semántico en tanto expresión

⁸⁷ BELLO, Andrés. 1890. Obras Completas. Volumen XIII. Proyecto Inédito de Código Civil. Santiago, Imp. Pedro G. Ramírez. p. 246.

⁸⁸ SAVIGNY. óp. cit. pp. 297 y ss.

⁸⁹ SAVIGNY. óp. cit. p. 298.

lingüística del sistema del foro.⁹⁰ Lo anterior queda enteramente reforzado en la norma de hermenéutica legal del artículo 20 que preceptúa dar a las palabras definidas expresamente por el legislador, su significado legal.

1.6. Excepcionalidad y generalidad del artículo 955 del Código Civil en el subsistema de atribución

El artículo 955 conforma una excepción al principio del artículo 16 conforme al cual, los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile. A la base del artículo 16 se haya el corolario del artículo 14 que establece que la ley nacional es obligatoria para todos los habitantes de la Republica, incluso los extranjeros. Ambas disposiciones –los articulo 14 y 16–, reflejan el pensamiento de Andrés Bello quien era partidario de otorgar al principio de territorialidad de la ley, un lugar preeminente, general y residual en el sistema de derecho internacional privado del Código Civil. Sus motivaciones dogmáticas quedaron consignadas en su “Principios del Derecho de Jentes” donde el codificador consignó lo que sigue:

“El primer principio que ha de tenerse presente, es que las leyes de cada estado son completamente obligatorias respecto de todos los bienes raíces o muebles que se encuentran en su territorio, i respecto de todas las personas que lo habitan, aunque no hayan nacido en él i asimismo respecto de todos los contratos i demás actos jurídicos celebrados en ese mismo territorio. Compete, por consiguiente, a cada soberano fijar las condiciones necesarias para la adquisición i trasmisión de los bienes; determinar el estado civil i capacidad de las personas, lo mismo que el valor de los contratos i otros actos, i los derechos i obligaciones que de ellos resulten; i finalmente prescribir el modo de hacer valer las acciones judiciales que se intenten ante las judicaturas nacionales.

De lo cual se deduce que a ningún estado compete disponer cosa alguna sobre los puntos arriba indicados como pertenecientes a otro estado en su

⁹⁰ FERNANDEZ. óp. cit. pp. 350 y ss.

territorio propio, aun cuando las personas o cosas estén jeneralmente sometidas al primero, por el hecho del nacimiento o de la situación”.⁹¹

Pues bien, si el último domicilio del causante no estaba en Chile, pero éste deja bienes en nuestro país, aquéllos se registrarán por la ley extranjera de conformidad al artículo 955, y no por la ley chilena, como correspondería al aplicar el artículo 16.⁹² Esta variación del régimen fragmentario en la regulación de los bienes, una vez que estos pasan a integrar la sucesión, se explica en el afán de armonización que el sistema atributivo extiende a las normas del derecho civil chileno, otorgando regulación unitaria a la universalidad jurídica que constituye, desde el punto de vista sustancial, la sucesión, como se ha tenido oportunidad de aclarar al momento de estudiar las modalidades que pueden asumir los sistemas de sucesión desde una perspectiva comparada.

Sin embargo, el mismo artículo 955 señala que existen excepciones a su disposición. La primera de ellas es la comprendida en el artículo 15 que dispone:

“A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.

1° En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile;

2° En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos”.

La determinación de la regulación del estado civil en general, al modo en que los establece el N° 1° del artículo 15, y en especial para hacerse acreedor de derechos sucesorios, no pueden ser considerados una excepción al imperio del artículo 955, por cuanto la materia corresponde un presupuesto para entrar en el goce pleno de dichos derechos. De aquí que el Código Civil y la jurisprudencia chilena efectúe la distinción dogmática entre determinación de la regulación de cuestiones previas y cuestiones relativas a la relación jurídico-privada propiamente tal, y los someta regulativamente a distintos estatutos, conforme

⁹¹ BELLO, Andrés. 1890. Obras Completas. Volumen X. Derecho Internacional. Santiago, Imp. Pedro G. Ramírez. p. 82.

⁹² DECIMO CUARTO Juzgado Civil de Santiago. Sentencia de 9 de octubre de 2012. Rol C-11.772-2011 (cons. décimo cuarto).

a su naturaleza jurídica. En el N° 2° de la disposición en comento, en cambio, se descubre una verdadera excepción.

El amplio tenor con que fue redactado el N° 2 del artículo 15, establece la noción de que para el legislador nacional no es de ninguna relevancia examinar el derecho del lugar de fallecimiento de una persona a la hora de regular los derechos sucesorios de parientes y cónyuge chilenos del causante chileno que dicho hecho origine, en tanto estos mantengan la nacionalidad chilena. De aquello se desprende que respecto de parientes y cónyuge del causante chileno que no logren acreditar semejante nacionalidad, la determinación de sus derechos debe realizarse conforme con la *lex successionis*.

Desde un punto de vista práctico, vale observar que la eficacia de esta norma está sujeta a que en Chile se encuentren bienes pertenecientes al difunto, si en último domicilio del causante rige un ordenamiento de sucesión incompatible con los derechos sucesorios de cónyuges y parientes chilenos consagrados en el sistema chileno.

Una segunda excepción al contenido del artículo 955 puede encontrarse en la disposición del artículo 998. La regla reza al siguiente tenor:

“En la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la Republica, tendrán los chilenos a título de herencia o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes chilenas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno.

Los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero.

Esto mismo se aplicará en caso necesario a la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero”.

Se trata de una excepción al artículo 955 en el sentido de que pese a que un extranjero fallezca fuera del territorio de la Republica, y siendo ese territorio extranjero su último domicilio, los derechos de los chilenos que dimanen de su sucesión intestada, se van a regir por las disposiciones sucesorias del derecho chileno, y no por la ley de su último domicilio.

Por último, obra como excepción al artículo 955 la regla del N° 1 del artículo 81 sobre la declaración de muerte presunta de una persona sobre cuyo paradero se ignora. Dice la regla:

“La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido a lo menos cinco años”.

Luego, declarada la muerte presunta, las consecuencias jurídicas de dicho pronunciamiento judicial se van a regir por el derecho chileno, inclusive su sucesión.

2. Determinación fragmentaria del derecho aplicable a la sucesión multinacional

2.1. Normas conflictuales de fragmentación

La disposición precitada del artículo 998 establece que el derecho aplicable a los derechos sucesorios de los herederos chilenos de un causante extranjero que fallece intestado fuera del territorio de la República está conformado por normas pertenecientes al sistema jurídico nacional. La aplicación de este artículo inhibe parte de la vigencia del derecho extranjero, permitiendo su parcial autoridad, si se cumplen los supuestos del artículo 955, pues, este derecho regirá de modo general la sucesión, mientras que el derecho chileno, a virtud del artículo 998, sólo los derechos sucesorios de los herederos chilenos. Este mismo resultado se logra aplicando el N° 2 del artículo 15, si el causante es chileno, respecto de los derechos de sus parientes y cónyuges chilenos.

De esta suerte, la vigencia de los artículos 998 y 15 N° 2 CC comporta una excepción al principio de unidad regulativa en tanto, es posible, bajo su aplicación, obtener múltiples sistemas jurídicos avocándose a la reglamentación de la sucesión: uno determinado conforme al último domicilio del causante, y otro fijado de conformidad a la nacionalidad chilena de los titulares de derechos sucesorios. Cumpliéndose los supuestos de ambas disposiciones, se obtiene una fragmentación regulatoria de la sucesión, regida entonces por diversos sistemas jurídicos.

2.2. Imperatividad o renunciabilidad de la determinación fragmentaria del derecho aplicable: potestades jurídicas y orden público familiar

Observando la finalidad de las normas atributivas que el legislador destina especialmente a los asignatarios por causa muerte de chilenos –los artículos 15 N° 2 y 998–, Guzmán comenta que estos preceptos “tienen por objeto proteger a los chilenos y no perjudicarlos”.⁹³ Este predicado serviría de base para sustentar el carácter renunciable de los efectos que comportan la aplicación de estas normas. Congruente con este fundamento, se habría dispuesto el derecho de preferencia para el pago de derechos sucesorios en los incisos 2° y 3° del artículo 998. Argumenta el tratadista, a mayor abundamiento, que el inciso 1° del artículo 998, ha sido construido bajo una expresión normativa de permisión, bajo la alusión gramatical “tendrán los chilenos a título de herencia”.⁹⁴ La argumentación que plantea Guzmán si bien podría ser compatible con el tenor literal que utiliza la norma del artículo 998, no lo es respecto del artículo 15.

Puestas las normas en relación con el plexo normativo que comporta el sistema atributivo del Código Civil, las reglas de los artículos 15 N° 2 y 998 constituyen una excepción al régimen general determinado por la norma de conflicto del artículo 955, cuyo campo de aplicación significa, precisamente, la órbita de tolerancia que el legislador nacional especificó para la operatividad unitaria del derecho extranjero. En su carácter de norma atributiva multilateral, el artículo 955 localiza toda la relación jurídica que origina la sucesión transnacional bajo un único derecho sustancial, tratando sus aspectos –salvo por lo establecido en regla especiales que se ocupan de organizar ciertos aspectos de la sucesión– como iguales. En las normas especiales y excepcionales precitadas, en cambio, el legislador nacional se ha encargado de restituir a una parte o fracción del fenómeno sucesorio el régimen de sucesión nacional, como regulación aplicable a los derechos sucesorios de los chilenos. Lo hace incluso, fracturando la unidad legislativa o regulatoria que consagra la norma de conflicto sucesoria general; y privilegiando, de este modo, el principio de territorialidad que hondamente anima las normas de conflicto chilenas.

Aunque dicha forma de concebir y organizar el sistema de atribución plantea críticas desde el punto de vista dogmático, el intérprete no puede ser ciego a las motivaciones que tuvo el legislador para así organizarlo, esto es, establecer una regla general de

⁹³ GUZMAN. óp. cit. p. 534.

⁹⁴ Ídem.

reconocimiento del derecho foráneo que es, al mismo tiempo, una excepción al principio general de territorialidad que esboza el artículo 16. En el sistema de atribución, las normas de los artículos 15 N° 2 y artículo 998 son contra excepciones, es decir, excepciones al tratamiento de igualdad supuesto en la norma de conflicto sucesoria, bajo el entendido que estos casos no pueden ser mirados como equivalentes a otras relaciones que surgen de la sucesión transnacional. En la medida que gobiernan casos diferentes y excepcionales de los comprendidos en el artículo 955, las normas de los artículos 15 N° 2 y artículo 998 deben ser interpretados dentro del propio tenor de sus enunciados, evitándose, desde luego, la extensión de significado normativo de un caso en otro.

En el enunciado legal del artículo 998 se utiliza la expresión normativa “tendrán”, que no deja claro la naturaleza permisiva o imperativa de la regla. Por una parte, ese “tener derecho”, pudiese significar, en sentido técnico, una potestad jurídica, esto es, un poder de realización de un hecho operativo apto de modificar los términos en que se configura una determina relación jurídica, de la que surge, correlativamente, la sujeción o el respeto de otros partícipes a los términos impuestos y derivados del ejercicio de la potestad.⁹⁵ Esta situación confiere a los chilenos herederos de un extranjero el poder jurídico de establecer los términos de sus derechos sucesorios conforme a los sistemas jurídicos conflictuales integrados bajo el sistema de atribución chileno, obteniendo el respeto absoluto de dicha configuración por otros asignatarios concurrentes en la sucesión.

Tal potestad puede encontrar fundamento en el hecho innegable de que el asignatario por causa de muerte chileno ha formado intereses patrimoniales sobre la base del orden jurídico de la nacionalidad extranjera de su causante que, de haberse aplicado por un foro de su misma nacionalidad, habría obtenido reconocimiento de la calidad de heredero y declaratoria de sus derechos. Esta misma expectativa se radica en los copartícipes de la sucesión en la medida que comparten al mismo causante, de donde surge el deber de respeto de la potestad ejercida por el causahabiente chileno. En ese entendido, la legislación chilena entiende y protege como un *mínimum* para los asignatarios chilenos los establecidos por ella misma, y simultáneamente reconoce jurídicamente una expectativa legítima que le asiste al asignatario chileno de regular el modo de participación en la sucesión sobre la base de un derecho extranjero.

⁹⁵ HOHFELD, Wesley N. 2001. Conceptos Jurídicos Fundamentales. 5ª ed. México D. F., Fontamara. pp. 67 y ss.

Por otra parte, la expresión de la que se vale la norma en comento pudiese connotar un mandato de resguardo de derechos subjetivos *stricto sensu*⁹⁶ de los chilenos adquiridos conforme a la legislación chilena, dirigido primariamente al juez. El énfasis de la atribución así efectuada está puesto ya no en la nacionalidad extranjera del difunto, sino en la nacionalidad chilena del beneficiario final de la norma; y en el deber que asumiría la jurisdicción en orden a que se respete la supuesta obligación jurídica que asumen sus coasignatarios chilenos y extranjeros, desde la muerte del causante, en orden a abstenerse de perturbar la determinación y goce de los derechos sucesorios de los chilenos establecidos conforme con la ley chilena. Pues bien, como los coparticipes del asignatario chileno asumen obligaciones jurídicas invariables desde la apertura de la sucesión, la capacidad de realizar un hecho operativo modificador de los términos de la relación sucesoria –como se verifica al ejercer una potestad jurídica–, no tendría cabida en esta segunda interpretación; y, por ende, no podrían ejercerse potestades bajo hechos voluntarios del asignatario chileno que reconfiguren los términos de la sucesión; en concreto, la elección de la legislación a la se encuentra sometida la determinación de sus derechos sucesorios.

Con todo, esta última interpretación no se condice con el hecho de que los coasignatarios extranjeros asumen obligaciones jurídicas invariables en virtud del derecho extranjero señalado por la norma de conflicto sucesoria general; y que el modo en que interviene el derecho chileno en caso de aplicación del artículo 998 es solo para regular un fragmento de la sucesión, cual es, los derechos sucesorios de los chilenos. Al intervenir el derecho nacional, la correlatividad derecho-obligación en que podrían hallarse los partícipes de la sucesión multinacional pierde referencia bajo un mismo ordenamiento jurídico. En ese contexto, no es posible argüir que los titulares tienen un derecho irrenunciable correlativo a la obligación invariable de sus coparticipes, de lo que se deduce que en el marco atributivo del artículo 998, la situación activa de los chilenos es técnicamente una potestad jurídica. Por lo tanto, el mandato de la norma es satisfecho dejando disponible el estatuto sucesorio de nuestro país a los herederos chilenos de un causante extranjero, facultándolos⁹⁷ a acogerse al régimen nacional. Siendo este el alcance del texto de la disposición en referencia, la norma no es imperativa y, por ende, permite renunciar a la legislación chilena o extranjera, en favor de una u otra, según sea el caso.

⁹⁶ Para W. N. Hohfeld, la noción de derecho subjetivo como situación activa específica y de propios deslindes puede identificarse bajo el indicio o pista consistente en la circunstancia de que aquella apareja un deber jurídico correlativo al derecho, que es aquello que se debe o no se debe hacer. Véase, HOHFELD, *óp. cit.* pp. 49 y ss.

⁹⁷ Para el ambiente doctrinario chileno, la noción de potestad jurídica estudiada por W. N. Hohfeld es referida como una facultad o derecho potestativo.

Esta lectura no está exenta de problema. En tanto norma facultativa que es, el artículo 998 puede generar desigualdades entre coasignatarios chilenos, habida cuenta de las distintas direcciones en el ejercicio de la potestad que les fue conferida. Así lo expresa Guzmán diciendo:

“[...] puede suceder que estos mayores derechos que la ley otorga a ciertos chilenos sean en perjuicio de otros chilenos; los primeros no podrán entonces prevalecerse de que los que les otorga el artículo 998 es una facultad, pues tendrán que soportar que los otros chilenos perjudicados por la aplicación de la ley extranjera se paguen de los bienes situados en Chile los derechos que les habría correspondido según la ley chilena”.⁹⁸

El tratadista propone un ejemplo en que, el causante teniendo cónyuge e hijos chilenos, fallece, teniendo su último domicilio en un país extranjero en que los descendientes excluyen totalmente al cónyuge, quien no tiene derechos sucesorios en la herencia del difunto. El cónyuge podrá pagarse conforme a la asignación sucesoria que le franquea al derecho nacional, afectando de este modo el derecho prevalente que tendrían los descendientes conforme al derecho extranjero. Si el cónyuge, en cambio, fuera extranjero, no lo ampararía el artículo 998, y los chilenos llevarían toda la herencia. Como se ve, si bien es cierto que la fragmentación de la herencia naturalmente originada en la voluntad de los propios asignatarios genera desigualdades, estas no pueden ser tratadas como injustas, puesto que al ejercer cada asignatario su potestad conflictual, el derecho está velando por la máxima realización de su propio interés conforme a las posibilidades que les franquea la ley nacional y extranjera.⁹⁹

La naturaleza facultativa o permisiva de la norma del artículo 998, contrasta radicalmente con la expresión normativa utilizada por la norma del artículo 15 N° 2. El encabezado de esta última disposición reza “permanecerán sujetos los chilenos”, ocasión en que legislador dispuso, en el N° 2, la dependencia de los derechos de los asignatarios chilenos al ordenamiento jurídico chileno y consagró hipótesis de extraterritorialidad de la ley chilena. La significación jurídica que ha de entenderse de esta disposición no admite posibilidades de intervención de voluntad de asignatarios chilenos tendientes a determinar los términos de sus derechos sucesorios bajo otra normativa que no sea la chilena. Los contenidos gramaticales que sugieren permanencia y sujeción al sistema jurídico nacional,

⁹⁸ GUZMAN, óp. cit. p. 534

⁹⁹ Ídem.

de esta suerte, pone a los herederos chileno al amparo de regulación imperativa y de orden público –precisamente el orden público familiar–, que entra a regir el fragmento sucesoral que emana de la relación de familia que acusan con un causante, también chileno.

Con lo dicho, fuerza reconocerse que los artículos 998 y 15 N° 2 expresan fragmentaciones regulatorias de la sucesión destinadas a causahabientes chilenos desde ángulos absolutamente diferenciados. Mientras la primera norma consagra una potestad jurídica de elección del régimen atributivo sucesorio, fundada en la expectativa que concita la nacionalidad extranjera del causante, pero resguardando la determinación mínima realizada por el derecho chileno; la segunda disposición, dispone imperativamente el régimen conflictual de fragmentación cuya vinculación descansa en la nacionalidad chilena que exhibe el causante.

2.3. El derecho de preferencia para el pago de derecho sucesorios de los asignatarios chilenos

El inciso 2° del artículo 998 consagra un derecho a los herederos chilenos de la sucesión intestada de un extranjero, a solicitar la adjudicación de bienes hereditarios situados en Chile, en pago de su asignación universal. Se establece, de este modo, una preferencia para el pago de dichas porciones determinadas conforme al derecho chileno, sobre bienes incorporales, corporales, muebles e inmuebles ubicados en Chile, en favor de chilenos, respecto de otros asignatarios extranjeros. Como se ve, la finalidad del artículo 998 es resguardar efectiva y materialmente el derecho de los causahabientes chilenos, frente a la aplicación general de un derecho extranjero adverso para sus intereses.

Pero tratándose de la sucesión de un causante chileno, conforme al inciso 2° de la misma disposición, se requiere que el causante haya dejado bienes en el extranjero, limitándose legalmente las posibilidades de actualizar la potestad de pago preferente. Siendo esto así, habiendo dejado el causante todos sus bienes Chile, los chilenos y extranjeros harán valer materialmente sus derechos en la herencia en igualdad de condiciones en cuanto al pago de sus asignaciones, independientemente de cómo hayan sido determinadas tales asignaciones universales.

Como los chilenos adquieren por sucesión por causa de muerte el derecho real de herencia que los vincula sobre una universalidad jurídica, sus porciones que legalmente les correspondan deben liquidarse tomando en consideración todo el patrimonio transmisible del causante. Lo cual, implica considerar en dicha valoración todos los bienes que componen el caudal hereditario, tanto los que se ubican en Chile como en el extranjero. Sobre la porción resultante deberá ejercerse la adjudicación preferente sobre bienes situados en Chile. Así se ha fallado.¹⁰⁰

El criterio ofrecido jurisprudencialmente es adecuado en la medida en que distingue dos momentos absolutamente diferenciados. El primer momento refleja la determinación atributiva de la extensión de los derechos sucesorios que se cumple mediante la consagración de una regla conflictual (art. 998, inciso 1°). En un sentido más técnico, puede precisarse que se trata una regla de reconocimiento de una potestad conferida a un sujeto que al ser ejercida tiene efectos conflictuales. El segundo momento se deja identificar en la imputación de la adjudicación de bienes situados en Chile a las porciones hereditarias, ya determinadas, establecida mediante la consagración de una norma de reconocimiento de una potestad de carácter absolutamente sustancial (art. 998, inciso 2° y 3°).¹⁰¹ Sobre esta distinción debiera descansar la extensión, operatividad y límites de la potestad de pago preferente a las asignaciones testamentarias, cuyo análisis se desarrolla en el capítulo quinto de este estudio.

¹⁰⁰ ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de mayo de 1888. En: Gaceta de los Tribunales (1888, 1ª semana, N° 619) (cons. 7° a 9°). p. 499. Doctrina recopilada por FIGUEROA, Gonzalo. 1996. Repertorio de Legislación y Jurisprudencias Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias. Tomo I. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. p. 65

¹⁰¹ La distinción opera sobre el objeto o finalidad de las normas de reconocimiento involucradas en el artículo 998 del Código Civil. Para un concepto de norma de reconocimiento véase, HART, Herbert L. A. 1963. El Concepto de Derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. pp. 125 y ss. Para una justificación de la norma atributiva como norma de reconocimiento derivada, véase, además, HART, Herbert L. A. 1970. Kelsen's doctrine of the unity of the law. En: KIEFER, H. y MUNITZ, M. (eds.). Ethics and social justice. Contemporary philosophic thought. Nueva York, State University of New York Press.

3. **Ámbito de aplicación material de la *lex successio***

3.1. **La apertura de la sucesión y el hecho de la muerte como objeto excluido de la atribución**

Como se ha venido diciendo, por mandato expreso del artículo 955, la apertura de la sucesión se va a regir por la *lex successio*. Como la apertura solo puede verificarse ante la muerte o la declaración judicial de muerte presunta de una persona que, desde el punto de vista lógico, le antecede a la apertura sucesoria, en Chile no puede admitirse ningún otro motivo por la cual se pueda abrir la sucesión de un chileno o un extranjero. Por lo tanto, si bien la apertura de la sucesión se puede regir por el derecho foráneo, las causas que autorizan el origen de la transmisión del patrimonio del causante a los asignatarios por causa de muerte corresponden a hipótesis fácticas que quedan regidas íntegramente por el ordenamiento nacional.

Al respecto, conforme opina este estudio, no es necesario suscribir alguna tendencia doctrinal que predique la pertenencia de las causas que suscita la sucesión por causa de muerte al orden público internacional, como consigna un exhaustivo estudio del medio doctrinario español,¹⁰² pese que la materia notoriamente conforma parte del orden público chileno, en la medida en que la normativa refiere a la importante cuestión de la terminación de la existencia legal de la persona; y por ello, aparece directamente vinculada a tutela del derecho constitucional a la vida y el mandato constitucional de protección de la vida de la criatura que se encuentra en el claustro maternal (art. 19 N° 1 Const.). Desde la óptica atributiva, baste acudir a la estructura nomológica de la regla de conflicto sucesoria cuyas condiciones de aplicación exigen la configuración del hecho institucional de muerte, que es la causa de la sucesión.

El *nomen iuris* de muerte tiene amplia tolerancia conceptual frente a los fenómenos naturales y jurídicos que el legislador chileno reconoce como tales, del mismo modo como ha sido consagrado por vastos ordenamientos jurídicos del mundo; por lo que la posibilidad de suscitarse discrepancias sobre la calificación de estos eventos y, en consecuencia, del derecho llamado a regir los hechos materiales que pueden contar como muerte, es bastante menor. Dichas causas conforman una verdadera condición de reconocimiento de la

¹⁰² CASTELLANOS, Esperanza. 2008. Sucesión hereditaria. En: CALVO, Alfredo-Luis y CARRASCOSA, Javier. Derecho Internacional Privado. Vol. II. 9ª ed. Granada, Comares. p. 322.

categoría sucesoria en el sistema jurídico nacional, tal como exponía Boggiano.¹⁰³ De este modo parece entenderlo también el artículo 30 del Código de Bustamante que reza, en lo que es relevante, del siguiente modo:

“Cada Estado aplica su propia legislación para declarar extinguida la personalidad civil por la muerte natural de las personas individuales y la disolución oficial de las personas jurídicas [...]”.

La disposición antedicha fue consistente con la fisonomía internacional que Antonio Sánchez de Bustamante quiso darle a la apertura de la sucesión, haciendo primar, al abrigo del Código de Derecho Internacional Privado, la aplicación de sistemas que reservan la transmisión sucesoral como un evento a producirse estrictamente acaecida la muerte de una persona y no antes, si las disposiciones que lo estructuran de este modo –en nuestro medio, el artículo 955–, forman parte del ordenamiento de nacionalidad del foro sucesorio. Así, preceptúa el artículo 145 de su Código que es de orden público internacional la disposición en cuya virtud “los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte”.

En el derecho chileno el concepto de muerte surge de su consagración legal en la Ley N° 19.451 que “Establece normas sobre trasplante y donación de órganos”, cuyo artículo 11 dispone la actividad probatoria de naturaliza clínica necesaria para la comprobación de la “la abolición total e irreversible de las funciones encefálicas”; noción idéntica de la que fluía del inciso 2° del artículo 149 del Código Sanitario ya derogado.

Este concepto legal a que envía la norma de textura abierta del artículo 78 por alusión a la “muerte natural”, se extiende más allá del procedimiento legal de trasplante y donación de órganos frente a la realidad de la derogación del artículo 149 del Código Sanitario, estableciendo un mismo concepto para el trasplante y donación de órganos y para la sucesión *mortis causa*.¹⁰⁴ La apertura o tolerancia del concepto se refleja en que jurídicamente la muerte no tiene por qué satisfacer el cese completo de las funciones vitales del individuo, esto es, el cese de su vida orgánica, si se logra acreditar tan solo la terminación de la actividad encéfalo-cerebral, incluso si el fallecido muestra signos expresivos de vitalidad en otras funciones orgánicas. En esto términos, el concepto –de mínima suficiencia descriptiva del hecho de muerte–, puede resultar compatible con otras

¹⁰³ BOGGIANO. óp. cit. pp. 537 y ss.

¹⁰⁴ Véase, RODRIGUEZ, Pablo. 2002. Instituciones de Derecho Sucesorio. 2ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. p. 26.

descripciones de los fallecimientos suscitados en otros Estados, que añadan mayores condiciones a su verificación.

Con todo, la norma que declara la terminación de la persona es el artículo 78 cuyo concepto de muerte natural se identifica, en el estado actual de la legislación, como se dijo, al cese de actividad encefálica del ser humano. De consiguiente, nada impide que, para efectos estrictamente sucesorios y no para los fines especiales de la donación y trasplante de órganos, la muerte así definida y verificada en el extranjero, sea acreditada por otras evidencias de procedencia foránea no contemplados en la Ley N° 19.451, pues tales probanzas han de ampararse en el principio *lex locus regit actum* que rige en materia de admisibilidad y procedencia de material probatorio de conformidad con el artículo 399 del Código de Derecho Internacional Privado.

Este último precepto aludido entrega la procedencia de evidencias a la ley del lugar en que se ha realizado el acto o hecho que se trata de probar, exceptuándose los autorizados por la ley del lugar en que se sigue el juicio. Por lo tanto, la vigencia de la codificación de Bustamante ha de reconocer como única limitación general en esta materia, la dispuesta por el artículo 18 que establece que, en los casos en que las leyes chilenas exigieran instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escritura privadas.

Por otra parte, la realidad esencialmente territorial –aunque tolerante a la perspectiva internacional, de los hechos que cuentan como “muerte”–, se demuestra en que los efectos a que da lugar su presunción por causa de desaparecimiento están supeditados a la declaración que en esta dirección realice el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido a lo menos cinco años (art. 81). Por otra parte, se presume muerto el individuo, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que expresan los artículos 81 y siguientes del Código Civil (art. 80).

De estas afirmaciones se colige que la muerte presunta es esencialmente una deducción que la ley concluye a partir del hecho conocido de la desaparición por cinco años de una persona; que la presunción debe ser declarada judicialmente y; que, si el individuo vivió en Chile, el juez llamado a efectuar dicha declaración ha de ser un tribunal chileno de conformidad con la presunción simplemente legal del ordenamiento del foro. Por ende, si la

hipótesis de desaparición se ha suscitado en el extranjero respecto de una persona que no logró jamás domicilio en nuestro país, la desaparición ha de ser declarada por un tribunal extranjero que reclame competencia para ello, pues la judicatura chilena no tendría, en el caso, semejante competencia al tenor de los que preceptúa 82 del Código de Derecho Internacional Privado que dice:

“Todo lo que se refiera a la presunción de muerte del ausente y a sus derechos eventuales, se regula por su ley personal”

Pero, el cumplimiento en Chile de esta declaración judicial deberá someterse a las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil sobre reconocimiento de decisiones judiciales foráneas, siempre que armonicen con la legislación chilena (art. 245, N° 1 CPC). Queda así demostrado que la realización fáctica del concepto de muerte presuntiva, en lo que atañe a sus efectos sucesorios, se rigen enteramente por las normas del derecho chileno.

3.2. Caso: sucesión de Juan Clark o Guillermo Clarkson

El examen del concepto de muerte del foro chileno como hecho causante de la sucesión del fallecido concita un problema de calificación. El año 1863 la Corte Suprema resolvió que semejante calificación debe hacerse conforme al derecho del foro. Lo hizo en un caso cuyo dilema era la calificación jurídica de muerte civil declarada sobre hipótesis que el Código Civil desconocía.

Falleció en Chile un ciudadano inglés teniendo su último domicilio en nuestro país, que había sido declarado en Inglaterra, por sentencia condenatoria, muerto civil. A la época del fallo, el Código Civil solo concebía la proveniencia de la muerte civil –esto es, la ficción legal según la cual un individuo humano vivo es reputado muerto para efectos de gozar de derechos civiles– por la profesión solemne de ciertas órdenes monásticas y no como el resultado de imposición de penas dirigidas a la privación generalizada de derechos civiles.

La Corte Suprema tuvo oportunidad de asentar la siguiente doctrina:

“La sucesión de un inglés que fallece en Chile, con domicilio en Chile, constituyendo herederos de los bienes situados en nuestro territorio, se rige

por la ley chilena y no por las leyes inglesas, aunque conforme a estas últimas haya muerto civilmente en Inglaterra a consecuencia de cierta condena judicial impuesta por los tribunales ingleses”.¹⁰⁵

3.3. Transmisión del patrimonio del causante y la posesión legal

En el sistema jurídico chileno, a un mismo instante en que se produce la apertura de la sucesión, los herederos adquieren, *ipso iure*, el derecho real de herencia mediante el modo de adquirir el dominio “sucesión por causa de muerte”. Tal derecho real los vincula con la universalidad jurídica herencia, esto es, el patrimonio de que gozaba en vida el causante y que se transmitió a sus herederos en virtud del modo sucesión. Si el origen de la transmisión –que es la apertura sucesoral– se rige por la *lex successionis*, se deduce que el modo de efectuarse la transmisión misma del patrimonio del fallecido a sus herederos debe regirse por el mismo derecho.

La transmisión regida por la *lex successionis* viene acompañada, en ordenamientos continentales, de la posesión legal de la herencia. En este acápite suele discutirse la ley que rige semejante posesión en tanto la posesión de cosas se trataría de una institución claramente integrante del así denominado “estatuto real”.¹⁰⁶ Sin perjuicio de ello, las clasificaciones y agrupaciones en géneros tradicionales de las instituciones jurídicas de manera puramente especulativa y sin referencia a sistemas positivos, no deben nublar la vista al dogmático. Que la posesión legal del heredero recaiga sobre la cosa universal “herencia” inmediatamente esta es deferida (art. 722), establece claramente la naturaleza específicamente sucesoria de la institución en comento, dispuesta como consecuencia necesaria de la transmisión que trae consigo el operar del modo de adquirir sucesión.¹⁰⁷

Por lo tanto, frente al ordenamiento chileno, la posibilidad de posesión legal de herencia debe ser regulada por el derecho del último domicilio del causante. De no ser así, la apertura, transmisión y delación de sucesión –por cuyo mérito se entra en posesión legal– y

¹⁰⁵ EXCELENTISIMA Corte Suprema. Sentencia de 29 de septiembre de 1863. *En*: Gaceta de los Tribunales (1863, N° 2.027). p. 777. Doctrina recopilada por BEZANILLA, Ricardo. 1966. Las personas. *En*: HAMILTON, Eduardo (coord.). Solución de Conflictos de Leyes y Jurisdicción en Chile. Derecho Internacional Privado. Santiago, Ed. Jurídica. p 31.

¹⁰⁶ GONZALEZ. *óp. cit.* p. 65.

¹⁰⁷ RODRIGUEZ. *óp. cit.* p. 29.

las normas sobre ordenes sucesorios –que definen la calidad de herederos y por tanto las condiciones para ser denominado poseedor legal de una herencia–, se regirían por la *lex successionis*, mientras el hecho de posesión legal podría regirse por un derecho diverso, acusando una solución de esta índole, una evidente contradicción.

A mayor abundamiento, debe apuntarse que el texto de la ley fluye en esta dirección. El carácter sucesorio de la posesión legal de la herencia deriva del inciso segundo del artículo 2.500 que señala que la posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, “que se entiende poseer a nombre de heredero”. Si la herencia vacante se posee en calidad de asignatario por causa de muerte, con mayor razón han de poseer bajo el mismo título todas las personas dotadas de vocación sucesoria, y cuya aceptación de la herencia excluyen su vacancia.

3.4. Delación de asignaciones por causa de muerte y la situación de los comurientes

La delación de una asignación es el actual llamamiento que hace la ley a aceptarla o repudiarla (art. 956). Semejante momento del fenómeno sucesorio constituye, desde el punto de vista de su naturaleza, una verdadera oferta a las personas que poseen vocación sucesoria,¹⁰⁸ pese a que dicho ofrecimiento, así como el disfrute de tal vocación, no atribuye la calidad definitiva de heredero o legatario. Por ende, aunque jurídicamente la delación se produce en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, no puede concebirse la oferta sin el presupuesto de nacimiento de la asignación hereditaria. De consiguiente, la delación debe ubicarse como una consecuencia de la apertura de la sucesión, y en esa condición, queda íntegramente regida por la *lex successionis*.

A su vez, de esto se deduce que todas y cada una de las condiciones que permitan identificar la asignación hereditaria jurídicamente nacida y objeto de la oferta legal que constituye la delación, entre ellas, la cuantía de los derechos sucesorios, las personas llamadas a suceder o vocación sucesoria –aunque no el presupuesto de su obtención como lo es la acreditación del estado civil–, los órdenes de sucesión, la extensión del llamamiento, son regidas por el derecho enviado por la norma de conflicto sucesoria.

¹⁰⁸ ELORRIAGA. óp. cit. p. 65.

Por otra parte, la institución de delación de las asignaciones por causa de muerte se encuentra íntimamente relacionada a la necesidad de resolver el problema que se produce cuando varias personas llamadas a suceder una a otra, mueren en un mismo acontecimiento y no pudiere saberse clara y terminantemente el orden en que ocurrieron sus fallecimientos. En la medida que la resolución del problema de comuriencia permite precisar las condiciones en que tiene lugar la convocatoria legal a aceptar o repudiar la sucesión ya abierta, específicamente la vocación sucesoria del comuriente, la regla que dirime el asunto es verdaderamente una norma de delación,¹⁰⁹ razón por la cual tal fenómeno debe ser normado conforme a *lex successionis*.

Esto no siempre es entendido así y se ha querido ver en la dificultad que entraña la comuriencia y en el problema del establecimiento de la muerte, un mismo dilema que resolver.¹¹⁰ La confusión debe ser esclarecida: la comuriencia no intenta establecer si ocurrieron o no muertes y el modo en que ocurrieron. Se sabe que las muertes ocurrieron y que, con su mérito, ellas ocasionaron aperturas sucesoriales. Lo que no se sabe son sus circunstancias temporales, aspecto que impide determinar la calidad de asignatario o posesión de vocación sucesoria que tuvieron los comurientes en relación al otro. Luego, el problema tiene evidente dirección y naturaleza sucesoria.

Teniendo a la vista este razonamiento, el artículo 29 del Código de Derecho Internacional Privado, resulta inaplicable. Esta disposición establece que las presunciones de supervivencia o de muerte simultánea en defecto de prueba, se regulan por la ley personal de cada uno de los fallecidos en cuanto a su respectiva sucesión. Al ser inaplicable el precepto por aplicación preferente del artículo 955, en Chile no puede suscitarse una antinomia entre leyes personales que establezcan soluciones a la comuriencia opuestas entre sí. Por tanto, las discusiones que González¹¹¹ consigna en su estudio para servir esta oposición resultan fútiles. Pero, además, el razonamiento antedicho también conduce a la exclusión de la aplicación de la regla de comuriencia de la *lex fori*, dada la naturaleza específicamente sucesoria del asunto.

¹⁰⁹ CASTELLANOS. óp. cit. p. 323.

¹¹⁰ Véase, BENQUIS. óp. cit. p. 171

¹¹¹ GONZALEZ. óp. cit. pp. 61 y ss.

3.5. La dignidad para suceder

Se le ha definido a la dignidad para suceder como el “mérito de una persona para suceder por causa de muerte a otra”.¹¹² De consiguiente, la indignidad para suceder a otra persona debe ser entendida como la sanción legal de falta de ese mérito para suceder, cuyo génesis obedece al incumplimiento de deberes de que era pasible un sujeto con vocación sucesoria para con el causante y durante la vida de este, o bien, por faltar a los deberes que el respeto a la memoria del *de cuius* le imponía.¹¹³

Como quiera que los efectos jurídicos desencadenados por la falta de mérito de que padece una determinada persona dependen de la voluntad del testador y de los coasignatarios –toda vez que el primero puede perdonar la indignidad y los segundos renunciar a la acción que les permite excluir al heredero indigno–, la dignidad o mérito para suceder solo está dispuesto en interés del causante y no puede ser considerada una institución de orden público. Esto es lo que permite señalar, a diferencia de lo que ocurre con la capacidad sucesoria, que la indignidad no obstaculiza la vocación sucesoria, aunque una vez declarada, puede tornarla en ineficaz.¹¹⁴ Domínguez y Domínguez, citando a Messineo, lo explican en palabras de este: “no es que el indigno no se convierta en sucesor: él no es incapaz de suceder y hasta puede suceder; pero él no puede continuar siendo sucesor (*potest capere, non potest retinere*), si algún interesado hace valer en juicio, frente a él, la causa de indignidad que lo afecta (la cual, por tanto, no obra de pleno derecho)”.¹¹⁵

En ese entendido, el problema que resuelve determinar el mérito de una persona para suceder surge solo una vez que se haya determinado la vocación sucesoria de personas concurrentes a la sucesión, momento que no solo puede tener cabida con posterioridad a su apertura. Por consiguiente, y dado que su regulación incide en la fisonomía o condiciones bajo las cuales se verificará el concepto amplio de sucesión del artículo 955, la sanción legal de mérito o demerito sucesorio queda regido por la ley que rige la sucesión y no por la *lex fori*.

¹¹² ELORRIAGA. óp. cit. p. 44.

¹¹³ DOMINGUEZ B., Ramón y DOMINGUEZ A., Ramón. 2011. Derecho Sucesorio. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. p. 281.

¹¹⁴ Ídem.

¹¹⁵ Ídem.

3.6. Aceptación o repudiación de la sucesión y la forma de su actualización

En el sistema jurídico chileno, verificada la apertura de la herencia tiene lugar su delación. Surge entonces para el asignatario un derecho de opción consistente en aceptar la asignación hereditaria haciéndola suya y convirtiéndose en verdadero y definitivo sucesor del causante, o bien, de repudiarla quedando excluido de la sucesión. Tanto la aceptación, como la repudiación operan retroactivamente al momento es que es deferida la herencia, esto es, al momento mismo del fallecimiento. De esto se deduce que la adquisición de derechos sucesorios puede producirse necesaria y forzosamente con el solo mérito de la apertura de la sucesión, o bien, quedar condicionada a un acto especial de aceptación expresivo de la voluntad de ser heredero, así como de gozar de determinados beneficios que esta aceptación pudiese prestar (por ejemplo, beneficio de inventario, en Chile). Estas circunstancias –la presencia y requerimiento o no de la aceptación y sus beneficios–, quedarán regidas por la *lex successionis*, toda vez que de ellas depende la identificación de la asignación hereditaria que eventualmente pudiese beneficiar a las personas con vocación sucesoria.

Con todo, dado que la aceptación o repudiación de las asignaciones por causa de muerte se corresponde con una declaración unilateral de voluntad o un acto jurídico unilateral, sus condiciones de emisión deberán ser reguladas conforme a la ley o leyes a que el sistema atributivo asigna para la regulación de cada uno de los aspectos fragmentados del acto jurídico. Resultará necesario entonces, en caso de haber lugar a la aceptación o repudiación de la herencia, identificar normas conflictuales que diriman el derecho aplicable al estado y la capacidad de ejercicio del asignatario.

En relación a la forma de ejercicio del acto, surte para el juez chileno la necesidad de aplicar la regla del artículo 159 del Código de Derecho Internacional Privado. Su vigencia fluye del contenido especial que reviste para la sucesión respecto de la extensión general del principio *lex locus regit actum*. Al mismo tiempo, la regla diseñada por Sánchez de Bustamante se armoniza mejor a la regla que dirime las consecuencias sustantivas de la aceptación o repudiación de la sucesión. Dice el artículo 159 del Código de Bustamante:

“Las formalidades requeridas para aceptar la herencia a beneficio de inventario o para hacer uso del derecho de deliberar se ajustarán a la ley

del lugar en que la sucesión se abra, bastando eso para sus efectos territoriales”.

Así, dado que la validez intrínseca de la declaración unilateral dependerá la adquisición definitiva de la calidad de heredero o legatario, tal aspecto se debe regir por la *lex successionis*. Además, no existe norma de conflicto especial dispuesta por el legislador para regular los efectos de los actos unilaterales. Por su parte, la regla de conflicto nacional tendiente a regular los requisitos de validez de los contratos conforme con la ley en que estos actos van a producir sus efectos –el artículo 16–, se trata de un derecho inidentificable y por lo tanto inaplicable por analogía a la declaración de aceptación. Pues, por ser la sucesión una universalidad jurídica, no tiene asiento físico en ningún lugar determinado y concreto y, en consecuencia, es imposible atar sus efectos jurídico a algún territorio determinado. Se debe recurrir, entonces, al derecho designado por artículo 955 que apropiadamente coincide con el señalado por el Código de Derecho Internacional Privado.

3.7. Administración de la comunidad hereditaria e inclusión equivalente del *trust* de los sistemas de *common law*

En general, en los sistemas jurídicos latinos, el derecho real de herencia se adquiere mediante el modo de adquirir sucesión por causa de muerte, una vez fallecido el causante. Sin embargo, como ha quedado dicho, el heredero puede aceptar o repudiar la asignación hereditaria que ha adquirido, cuyos efectos surtirán retroactivamente. Desde el momento en que el heredero adquiere el derecho real de herencia, se produce, en conjunción a sus coasignatarios, una comunidad hereditaria. Lo cual significa que una vez transmitido el patrimonio del causante a los herederos, estos adquieren, de pleno derecho, facultades para proceder a la administración de los bienes que pertenecían al causante, cuya pertenencia ahora comparten en copropiedad.

El causante de una sucesión testada, sin embargo, pudo haber nombrado ejecutor testamentario (albacea en Chile), o bien, pudo haber nombrado al partidador de su herencia, o bien, alguno de los coherederos podrá impulsar dicha partición solicitando a la justicia ordinaria se nombre un juez partidador de la comunidad hereditaria. Jurídicamente, estos momentos tienen lugar inmediatamente una vez abierta la sucesión habida cuenta del carácter instantáneo de la transmisión por causa de muerte; indicio que termina por

determinar que los aspectos vinculados a la conformación del estado de indivisión y la subsecuente administración de los bienes que componen la comunidad, como situación intermedia entre la adquisición del derecho real de herencia y la partición de la comunidad hereditaria, se rigen por la *lex successionis*.

El sometimiento a la *lex successionis* de la administración hereditaria permite conciliar la designación del derecho aplicable a la sucesión que efectúa el artículo 955 con los sistemas angloamericanos bajo cuyo imperio la administración es asumida, tanto en sucesiones testadas como intestadas, por un administrador o ejecutor de la sucesión, a cuya figura son colocados en propiedad los bienes de la herencia. Estos ejecutores de la sucesión están sometidos a un estricto control legal referido a la conservación y liquidación del patrimonio del causante, situación de la cual se infiere que el sistema angloamericano reconoce “una clara distinción entre administración y adquisición beneficiosa (sucesión)”.¹¹⁶

La necesidad del emprendimiento de actos de este carácter, en el seno del sistema inglés, derivan de deberes fiduciarios que asume el administrador y que lo vinculan a realizar la liquidación y pago del pasivo del causante-deudor, previa realización de sus bienes si es necesario. Correlativamente, el administrador está dotado del derecho a tomar en propiedad los bienes hereditarios, disponer de ellos, y a concluir contratos obligando los bienes de la herencia. La conceptualización autónoma y diferenciada de la administración anglosajona respecto de la transmisión *mortis causa* permite señalar a Wolff que esta –desde el ángulo angloamericano–, no se rige por la *lex successionis*, “sino por la ley del país donde tiene lugar, y que es la ley del estado del que el administrador deriva su autoridad”.¹¹⁷

Pues bien, al aplicarse en Chile la *lex successionis* a la administración de la comunidad hereditaria, se promueve un resultado de coincidencia entre la ley que regula las potestades del ejecutor angloamericano y la *lex caussae* señalada por la norma conflictual chilena, si el último domicilio del causante estuvo en un lugar donde rigió un sistema cimentado en el *common law*. De no estar determinado el derecho aplicable a la administración de la comunidad hereditaria por el artículo 955, todo un sistema de administración de los bienes hereditarios en manos de un tercero que asume obligaciones fundadas en la confianza estaría siendo desconocido por el foro chileno, nacionalizando enteramente la naturaleza de su estructura sucesoral.

¹¹⁶ WOLFF. óp. cit. p. 573.

¹¹⁷ Ídem.

Con todo, dado que el foro obra sobre la base del conocimiento y despliegue de las instituciones de su propia nacionalidad que le impone el principio de calificación *ex lege fori*, la *lex successionis* deberá ser aplicada sobre la base de una transportación que establezca la equivalencia funcional entre las formas administrativas chilenas o continentales y las formas administrativas del *common law*, bajo orbitas compatibles con la *lex causae* y sus condiciones de aplicación impuestas por la *lex fori*, puesto que de lo contrario, un invasivo reconocimiento equivalente importaría una abierta infracción al mandato legal del artículo 955, por falta aplicación del derecho sustancial designado (si el último domicilio del causante recae en un sistema romanista), o bien una transgresión al sistema de sucesión del foro, por transmutar toda su estructura fundamental y de orden público (si el último domicilio del causante recae en un sistema angloamericano). Nos avocamos a la resolución de este dilema más adelante, en un capítulo separado.¹¹⁸

La tolerancia que debe tener el foro que conoce de la sucesión con el sistema del *common law*, cuando este intervenga de algún modo, no se motiva solamente en un deber general de reconocimiento del derecho extranjero, sino que es consecuente con la necesidad de no dejar a los administradores hereditarios en situación de vulnerar normas de administración consagradas en el sistema angloamericano que van a regir la sucesión fragmentaria en bienes situados en lugares donde rige ese derecho. Así, un albacea del derecho continental no está capacitado para tomar y administrar la propiedad situada en Inglaterra. Por ende, “si obtiene posesión de los bienes en este país sin una concesión del tribunal inglés, actúa erróneamente y puede ser llamado a responder de los bienes como un ejecutor *de son tor*”.¹¹⁹ A lo que aspira el derecho de raíz inglesa, como se ve, es a establecer deberes de coordinación entre los administradores del derecho continental y los *trustees* sucesorios pertenecientes a esta cultura jurídica.

Para el derecho continental, no conforma un problema relevante la acogida equivalente del momento de administración angloamericano, pues aquel demuestra menor organización y rigidez que este. El problema trasunta más bien en fijar los límites operacionales y modo de funcionamiento de la aplicación de una institución desconocida para el foro, perteneciente al sistema de la *lex causae*, o bien a un sistema sucesorio superpuesto que se encuentre operando vía fragmentación regulativa y competencial de la sucesión, en ambos casos, de manera compatible con las instituciones del foro. Pero distinto

¹¹⁸ Véase el Capítulo VII de este estudio.

¹¹⁹ Ídem. p. 576.

sería el caso contrario, cuando un tribunal perteneciente a este sistema deba conocer una sucesión regida por un derecho continental, pero deba aplicar normas que disciplinan el *trust* sobre la base de su propio ordenamiento. Ha de recordarse que la sucesión puede ser regida por un sistema anglosajón porque existen bienes inmuebles situados en un territorio donde rige ese derecho. El *common law* resuelve esta aporía reconociendo competencia al órgano jurisdiccional del último domicilio del causante para controlar una “administración principal” radicada en dicho lugar, y una “administración subordinada” en el lugar donde se encuentra sitos los inmuebles.¹²⁰ Lo cual resulta ser la solución contraria al sistema continental; en vez de integrar el derecho, el sistema anglosajón se autolimita competencia judicial y regulatoria para conocer del fragmento de sucesión. Permítaseme una imagen simple de la lógica subyacente a la relación entre ambos sistemas: el todo puede comprender el fragmento (o la parte), pero el fragmento (o la parte) no comprende al todo.

Lo consignado nos lleva a pensar que no podría instalarse en el tribunal de situación anglosajón un reconocimiento equivalente de instituciones sucesorias continentales, pues la separación tajante entre los momentos de sucesión (primera transmisión) y administración (segunda traslación) con que es concebido el fenómeno sucesorio, impiden siquiera alguna homologación y legitimidad sustancial de los causahabientes continentales en el foro angloamericano. Su indefensión en tal foro debe ser contrarrestada en el foro continental, de la manera que a continuación se apunta, a propósito de la partición continental y sus relaciones con el derecho anglosajón.

3.8. Partición de la comunidad hereditaria

3.8.1. Derecho que rige en general la partición

También la partición de la herencia se va a regir por el derecho sustancial del último domicilio del causante en la medida que el acto de partición produce, precisamente, la consolidación o consumación del derecho real de herencia en el patrimonio de cada uno de los coasignatarios, dando paso a la instalación de un derecho de dominio en el patrimonio los partícipes en la adjudicación, sobre cada uno de bienes que les fue asignado. Así las cosas –según apunta la profesora Castellanos–, la *lex successionis* puede regular, en

¹²⁰ Ídem. p. 575

general, sin texto expreso en contrario, la formación de la masa hereditaria sujeta a la partición, la colación de los valores que la integrarán, y en general, la construcción de acervos hereditarios, la reducción que implica el ejercicio de acciones de inoficiosa donación, clases de partición, el modo en que concurren los legatarios a la masa hereditaria, la adjudicación de bienes, y en general, todo asunto que se suscite hasta la satisfacción de la partición y adjudicación de los bienes en el patrimonio de cada uno de los partícipes y sus efectos.¹²¹

Sin embargo, dado que la partición es virtualmente el momento en el cual los partícipes chilenos están fácticamente en pie de ejercitar la potestad de adjudicación preferente (art. 998), las normas chilenas dirigidas a hacer efectiva esta potestad deberán ser aplicadas si se dan los presupuestos que establece el artículo 998, entre ellas, la hipótesis de una fragmentación sucesoria regulada en el mismo artículo y en el artículo 15 N° 2, como ya se ha venido estudiando. Este es el primer aspecto general que debe considerarse a efectos de estudiar la partición internacional: convive la ley chilena en el fragmento sucesorio con la *lex successionis* regente de la sucesión general.

Debe notarse además que la partición consiste un momento distributivo regido íntegramente por la lógica inmanente al derecho privado, una vez operado el efecto traslativo y de dimensión heterónoma que esencialmente constituye la sucesión por causa de muerte. Por ende, exhibe libertad para que los coasignatarios ejerzan tanto autonomía conflictual como sustancial sobre el modo de efectuar la repartición de los bienes que les son comunes. Sin embargo, este último aspecto, el ejercicio una partición convencional, se ha de subordinar a la posibilidad de ejercicio de autonomía que les franquee a los coasignatarios la *lex successionis*.

3.8.2. Acción de partición, orden público internacional y el principio de libre circulación de los bienes

Si la transmisión *mortis causa* ha dado lugar a una comunidad hereditaria, las disposiciones del derecho chileno que refieren a su duración y la posibilidad de ejercer el derecho a poner término al estado de indivisión (art. 1.317) han de primar frente a la posibilidad de aplicación

¹²¹ CASTELLANOS. óp. cit. p. 325.

del derecho extranjero, toda vez que han sido concebidas bajo un principio formativo y general de la legislación civil tendiente a resguardar la libre circulación de los bienes que inspira la fisonomía de un derecho absoluto e irrenunciable a solicitar la partición.¹²² Su estatus de norma de orden público internacional fluye del artículo 160 del Código de Derecho Internacional Privado que preceptúa que es “de orden público internacional el precepto que se refiere a la proindivisión ilimitada de la herencia o establezca la partición provisional”.

Con todo, lo que aparece teñido de imperatividad es la prohibición de mantener el estado de indivisión de forma ilimitada, pero nada se ha dicho en el Código de Bustamante sobre los plazos a la que está sometida semejante indivisión. Luego, para no reñir en contra del principio de libre circulación de los bienes que hondamente anima el Código chileno, el juez del fuero debe admitir plazos de indivisión que resulten razonables y prudentiales, evaluando la justificación o justo motivo que cristaliza el pacto de indivisión de duración más extensa que el permitido por la legislación doméstica en el artículo 1.317 (lapso de cinco años renovables). Debe examinar, por otro lado, si el plazo de indivisión convencional se ajusta al derecho designado por el artículo 955.

La razonabilidad de este argumento la sustentamos aludiendo a un autorizado trabajo del medio español que lleva las cosas incluso más allá. Bajo el mismo fundamento que hemos apuntado, la profesora Castellanos dice:

“[I]a cuestión de la prohibición de la indivisión de la herencia [...] no puede ser considerada como cuestión de orden público, puesto que en el mismo [Código Civil español] se prevé, como excepción, que la partición no pueda ser pedida en el caso de que el testador la haya prohibido o de que la indivisión haya sido acordada unánimemente por los coherederos, siempre que no exceda de diez años”.¹²³

Pues bien, dado que en Chile es posible pactar indivisión por un plazo determinado (art. 1.317), no puede plantearse como contenido de una norma de orden público internacional la imperatividad en la terminación de la comunidad, incluso en contra de la voluntad de los cosignatarios. Semejante mandato es inexistente en nuestra legislación.

¹²² PEÑAILILLO, Daniel. 2007. Los Bienes. La Propiedad y Otros Derechos Reales. 4ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. pp. 74 y ss.; SOMARRIVA, Manuel y ABELIUK, René. 1981. Derecho Sucesorio. Tomo II. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. p. 566.

¹²³ CASTELLANOS. óp. cit. p. 325.

3.8.3. La denominada “capacidad” para ejercer la acción de partición es una *legitimatio ad causam* y no *ad processum*

Preciso es apuntar que el artículo 161 del Código de Bustamante según el cual la “capacidad para solicitar y llevar a cabo la división se sujeta a la ley personal del heredero”, no resulta plenamente aplicable. La conexión establecida en la codificación de Bustamante solo se adecúa a la legislación doméstica de Chile cuando el peticionario de la partición resulta ser chileno, pues la liquidación y distribución de los bienes comunes supone un presupuesto para ejercer el derecho de adjudicación preferente del artículo 998.

En verdad, el asunto de la “capacidad” a que refiere el Código de Bustamante no trata de la habilidad legal de goce o ejercicio de índole personal, sino a la legitimación que reviste una persona para levantar la petición o ejercer la acción de partición, por considerarlas el derecho aplicable, interesadas en ejercer ese acto jurídico procesal. La legitimación, en el contexto de la partición de bienes y en realidad de cualquier otro procedimiento jurídicamente formalizado, está subordinado, al menos, a la posesión o no de la calidad de asignatario por causa de muerte que se determinó conforme al derecho del último domicilio del causante. En nuestro ordenamiento, esta lógica está inscrita en los artículos 1.319 a 1.321.

No es posible, así las cosas, tratar atributivamente a esta denominada “capacidad” para ejercer el derecho de partición, como un asunto de capacidad civil y ni siquiera de capacidad procesal *stricto sensu*. Proceder de este modo supondría confundir tales capacidades con la categoría procesal de legitimación procesal (*legitimatio ad causam*). A diferencia de la *capacidad lato sensu (legitimatio ad processum)*, que es un presupuesto genérico necesario para proceder al pedimento de tutela jurídica a través del ejercicio de la acción (procesal), la legitimación procesal, en un sentido técnico, refiere a una determinada relación del sujeto con la situación jurídica sustancial materia de un conflicto. Por lo tanto, la legitimación aparece en función de la pretensión hecha valer como una justificación necesaria para intervenir en una litis especial y concreta.¹²⁴

¹²⁴ CORDON, Faustino. 1998. Sobre la legitimación en el derecho procesal. Revista Chilena de Derecho 25(2):357-385. p. 357.

La acción de partición conduce la pretensión de que se declare un derecho. La pretensión meramente declarativa requiere una legitimación reforzada, por cuanto no es suficiente que el actor sea titular del derecho cuya tutela se pretende, sino que se precisa, además, un interés específico que consiste en la necesidad de obtener protección jurisdiccional, fundado en que la relación jurídica sustancial de que se es titular, se ve amenazado por la conducta de un tercero.¹²⁵ Montero Aroca especifica que ese interés viene supuesto en la enunciación que la ley hace en orden a determinar quiénes pueden pedir tutela de la situación jurídica. Por lo tanto, basta para acreditar el interés que subyace en la posición que confiere la legitimación procesal, la afirmación en la solicitud por el actor de que él es uno de los legitimados por la ley.¹²⁶ El dilema conflictual es determinar cuál ley debe enunciar para afirmar su posición legitimante.

Teniendo ello presente, necesario es notar que, en el caso de la partición, el nombramiento legal de quienes pueden pedirla, si alguna enunciación hay en alguno de los ordenamientos concurrentes, depende necesariamente del modo en que se ha materializado la transmisión *mortis causa* conforme con el derecho designado por la *lex successionis*. Lo cual quiere decir que bajo el amparo de la *lex successionis*, se ha configurado la relación jurídico-sustancial que afirman los solicitantes de partición para justificar su legitimación procesal. En ese entendido, harto claro es que la legitimación *ad causam* para solicitar la partición de la comunidad hereditaria, está sujeta al dictado de la *lex successionis*.

De lo afirmado, forzoso es concluir que queda inaplicable la disposición del artículo 161 del Código de Bustamante; y que toda solución que establezca un punto de conexión diferente al del último domicilio del causante concita una incongruencia, como es someter este aspecto al estatuto atributivo de la capacidad de ejercicio.

3.8.4. Derecho aplicable a las condiciones para ejercer la acción de partición

Un auténtico problema de capacidad viene a constituir el modo de participación de incapaces en el procedimiento de partición. La ley chilena establece que por ellos actúan sus representantes legales. Pero también, pueden suceder que, por otros motivos, distintos a la representación legal del incapaz, una persona puede estarse encargando de la

¹²⁵ Ídem. p. 359

¹²⁶ MONTERO, Juan. 1994. La Legitimación en el Proceso Civil. Madrid, Civitas. p. 47.

administración de un patrimonio ajeno. El ordenamiento chileno, establece en todos estos casos, la condición de obtención de autorizaciones judiciales para estar en pie de ejercitar la acción de partición de la herencia de los coasignatarios representados o de cuyos bienes otro se encarga (art. 1.322).

Tales autorizaciones, y, por lo tanto, las vinculaciones jurídicas que unen a los asignatarios con sus representantes administradores de sus patrimonios deben ser reguladas de conformidad con el derecho chileno, según se ocupa de regular el artículo 199 del Código de Derecho Internacional Privado que establece:

“Se aplicará siempre la ley local, con carácter exclusivo, al derecho de pedir la división de la común y a las formas y condiciones de su ejercicio”.

La disposición es sabia, pues, valga la redundancia, las condiciones de ejercicio de la partición conforman relaciones jurídicas diferenciadas a la relación que une exclusivamente a las coasignatarios de la herencia multinacional. Es por esto que deben ser tratados en el plano atributivo como un problema incidental o previo de la sucesión, pero no constituyen problemas de índole sucesorio.

3.8.5. Partición y fragmentación hereditaria de los artículos 15 N° 2 y 998 del Código Civil: aclaraciones sobre la competencia judicial Internacional y el derecho aplicable ante el arbitraje de partición

Don Luis Claro Solar y los señores Benquis estiman que para ejercer la potestad de pago preferente del artículo 998, necesariamente debe realizarse, a través de un juicio arbitral, una partición –simultánea a la partición general–, que debe realizarse en Chile y tramitarse conforme con el derecho chileno. Esta sería la única forma de que se les resguarden, a los chilenos, sus derechos sucesorios determinados conforme a la ley chilena y hacer efectiva la potestad de pago preferente de la que son titulares. Una antigua jurisprudencia que aluden se dirige en el mismo sentido.¹²⁷ Por otra parte, los señores Benquis afirman que la necesidad de realización de un juicio de partición en Chile se funda en la circunstancia de que, en el ámbito de la partición de la sucesión general, se estaría tramitando un procedimiento arbitral al margen de la jurisdicción chilena, hecho que impide la aplicación de

¹²⁷ Por ambos, véase BENQUIS, óp. cit. pp. 196 y ss.

las reglas de determinación de los derechos sucesorios de los asignatarios chilenos, conforme al derecho nacional.¹²⁸ Pensamos que esta perspectiva está mal planteada, pues confunde el modo en que se relacionan lógicamente las categorías de análisis del derecho internacional privado. Preciso es ordenar el asunto.

No debe pasarse por alto que el problema de determinación del derecho aplicable a las relaciones jurídico-privadas solo surge una vez que ha sido determinada la competencia judicial internacional que los tribunales de un determinado sistema jurídico alcanzan en razón de normas orgánico-competenciales dispuestas por el derecho internacional convencional, o bien, por su legislación procesal doméstica. Para la problemática sucesoria en estudio, esto es equivalente a afirmar que las normas sobre determinación de los derechos sucesorios de los chilenos y los extranjeros inscritas en el ordenamiento jurídico chileno ya suponen la radicación de la competencia judicial internacional en materia sucesoria en tribunales chilenos; y en razón de ello, el legislador nacional ha dispuesto normas conflictuales y potestades sustanciales que pueden esgrimirse ante este foro.

Lo anterior, no desconoce de ningún modo la disociación jurídica trazada entre normas competenciales y atributivas, pues no se está afirmando que los tribunales chilenos son competentes por estar facultados a aplicar su propio derecho, o bien, incompetentes por encontrarse en la necesidad de aplicar un derecho sustancial extranjero, como si la competencia surgiera del factor de conexión que las normas atributivas contienen. Por el contrario, la disociación mantiene actualidad, pues radicada la competencia internacional en el foro chileno sobre la base de sus especiales reglas, surge luego, por mandato de una norma conflictual, la necesidad de aplicar un ordenamiento extranjero sustancial diferente al de la nacionalidad que reviste el órgano de jurisdicción. De esta suerte, las normas atributivas relativas a la sucesión internacional, inclusive en el momento particional, han sido consagradas para ser aplicadas siempre por el foro chileno.

Tampoco se está diciendo aquí que las normas sustanciales del ordenamiento chileno no tienen la posibilidad de ser aplicadas por un foro extranjero, pues estas tendrán aplicación por tribunales foráneos siempre que las propias normas conflictuales del ordenamiento de nacionalidad de esos foros así lo manden. De esto puede bien colegirse que la judicatura siempre aplica reglas de conflicto nacionales y solo a virtud del sistema de atribución, queda autorizada su adjudicación de conformidad con un derecho extranjero.

¹²⁸ BENQUIS. óp. cit. p. 199.

Pudiese pensarse, bajo estos supuestos, que en ningún caso el foro chileno alcanzaría competencia para conocer de sucesiones internacional y aplicar derecho extranjero. La imposibilidad surgiría en atención a que la regla de conflicto sucesoria ordena aplicar el derecho sustancial del último domicilio del causante; y que, a su vez, el tenor del artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales otorga competencia para conocer de aspectos vinculados a la sucesión internacional, a la judicatura situada también en el último domicilio del causante. Por ende, el foro chileno jamás podría entrar a conocer de asuntos sucesorios ocasionados por la muerte de una persona chilena o extranjera cuando esta ha dejado su último domicilio fuera de Chile y, a un mismo tiempo, aplicar las reglas sustantivas del sistema jurídico que rigen en ese territorio. Esto no es así.

Es posible que el foro chileno conozca un asunto de sucesión internacional, y a un mismo tiempo deba aplicar derecho extranjero, por haberse verificado lo que arriba hemos denominado “ruptura judicial de la sucesión” y que exhibimos aludiendo al caso que nominamos “sucesión de Wilhem Heimlich Bessel”. En síntesis, el fenómeno consiste en la afirmación de competencia del foro chileno en atención al artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales bajo el suplemento de otros factores de competencia más generales, sobre la base de la idoneidad que tiene para avocarse al conocimiento del asunto. Tal idoneidad surge de una calificación sucesoria de la pretensión judicial, al amparo del artículo 955, y de otros elementos factuales que han de apreciarse al momento de reflexionar el tribunal sobre su propia competencia, como lo es la proximidad que tiene su asiento en relación a las partes del conflicto, el objeto pedido y su causa de pedir.

El fenómeno dispuesto por esta solución adolece de evidente “imperialismo jurisdiccional”, pero este rasgo presente en el sistema jurídico chileno no se anima tanto en la existencia de normas precisas que estatuyan debidamente la competencia judicial internacional en materia sucesoria para la judicatura del país, como en su evidente descoordinación con el derecho conflictual del propio ordenamiento nacional. No podemos nosotros, por vía de *lege ferenda*, predicar que otra es la solución; una distinta acaso a la que sugieren las normas del derecho chileno y su puesta en práctica. Debemos pues, operar bajo sus cimientos, aparte que criticarlo.

La consecuencia de este aserto para la partición supone que, si las normas conflictuales sucesorias chilenas han de ser invocadas, estas deban serlo ante el foro chileno que conoce vía ruptura judicial de la sucesión. Por lo cual, habiendo asignatarios chilenos y extranjeros, estos tendrán los derechos que les franquea el ordenamiento jurídico

chileno tendientes a solicitar la partición en el foro chileno, precisamente porque está es la llamada a conocer y aplicar el derecho sustancial nacional y extranjero (art. 955). Previo a ello, sin embargo, la justicia ordinaria deberá decidir –si las hay–, controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios (art. 1.330).

Antes que ello ocurra, los cosignatarios pueden, sin embargo, sumitir la competencia judicial internacional al imperio de otro tribunal perteneciente a otro Estado, para conocer de estas materias y las que debe pronunciarse la justicia ordinaria relativas a la partición –si cumplen, claro está, sus requisitos de procedencia–, pues así los autoriza el Código interamericano y la legislación domestica chilena, como ya se ha consignado antes.

Asumida esta perspectiva, esto es, que la judicatura chilena tiene la competencia judicial internacional como un supuesto operativo básico para la aplicación del derecho conflictual chileno, los asignatarios están en pie de componer su controversia actual o inminente de manera voluntaria. Pero también, pueden recurrir a la jurisdicción chilena a efectos de preparar y proseguir un juicio arbitral, como quiera que, en el sistema jurídico chileno la partición acusa ser una materia de arbitraje forzoso, según afirma perentoriamente el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales. Esta regla no es sustancial, y, por lo tanto, sus hipótesis no pueden ser tratadas como pertenecientes a la órbita aplicativa del artículo 955. Por otra parte, las materias de arbitraje forzoso son taxativas y necesario es, por tanto, adscribirle a la sucesión nacional o internacional esta naturaleza. Nadie está obligado a someter una controversia a heterocomposición, pero una vez sujeta a ella, debe el conflicto de relevancia jurídica ser ventilado en un compromiso. De esto fluye que todas las diligencias necesarias para instalar el arbitraje sean conocidas por la judicatura chilena del modo en que lo establece su legislación procesal doméstica.

Ahora bien, en cuanto el derecho aplicable, el juez partidor se conformará en la adjudicación de los bienes a las reglas que le señalen legitima y unánimemente las partes coasignatarias. De no ser este el caso, es indiscutible que, dado que adjudicar apareja en el contexto particional, determinar las porciones que le caben a cada coasignatario en la herencia internacional, debe aplicar el derecho de la *lex successionis*, como ya se dijo, pero respecto de los coasignatarios chilenos asilados en las disposiciones de los artículos 15 N° 2 y 998, se estará a las reglas de computo de porción establecidas en el Título X del Libro III del Código Civil. Toda forma de calcular la extensión de los derechos sucesorios de los coasignatarios, chilenos o extranjeros, debe emprenderse tomando en cuenta la unidad de la

sucesión, esto es, considerando todos y cada uno de los bienes que el caudal hereditario conlleva, sin importar su naturaleza y ubicación, pues la sucesión *per universitatem* es una y nada más que una.

Necesario es decir que esto mismo se verificará cuando la sucesión internacional esté siendo conocida al amparo de una judicatura extranjera, cuya competencia se halla establecida en razón de su propia legislación competencial o derecho internacional convencional, sin importar que el ordenamiento chileno le extienda competencia internacional a través del mencionado artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, pues –ahora sí, como sostienen los doctrinadores antes aludidos–, el sistema chileno de todas maneras deberá pronunciarse en torno a los derechos sucesorios de los asignatarios chilenos. Para efectuar semejante cálculo y estar en pie de que haga efectivo el derecho a adjudicar sus cuotas hereditarias en los bienes del difunto existentes en Chile, deberá incoarse el juicio arbitral en los mismos términos antedichos.

Como se ve, este razonamiento que intenta ordenar los asertos de Claro Solar y los señores Benquis lleva las cosas un poco más allá. Por una parte, corrobora la necesidad de que, a efectos de salvaguardar los derechos de los coasignatarios chilenos, debe realizarse un juicio arbitral desplegado conforme con las reglas procedimentales de nuestro país. Pero, a su vez, entiende que el arbitraje ha sido desarrollado de este modo, primariamente, porque previamente los coasignatarios han establecido la competencia judicial internacional del foro chileno que ha de intervenir para diligencias suscitadas antes, en el desarrollo y después de la partición. Este proceder se verificará si figuran en la sucesión asignatarios chilenos, con independencia si la competencia judicial internacional ha sido previamente radicada en otro sistema jurídico del mundo. Reitérese, este es el imperialismo jurisdiccional del sistema chileno dispuesto por vía de fragmentación sucesoria.

3.8.6. Efectos de la partición

Siendo los efectos de la partición, una consecuencia inmediata de la forma de llevarse a cabo bajo el amparo de la *lex successionis*, sus efectos deben ser regulados por este mismo derecho. La partición del fragmento sucesorio de los chilenos distribuido conforme con las reglas chilenas también debe ser regido por el ordenamiento del último domicilio del causante, pues estos efectos en nada se vinculan con sus porciones y forma de adjudicarlas

en la comunidad de bienes hereditarios que es a lo que se limita la extensión del artículo 998 y 15 N° 2. Es decir, los efectos traslaticios o retroactivos que pudiese desencadenar la partición no conforman derechos subjetivos. Tan claro es esto: el efecto de la particional no nace de relaciones parentesco o matrimonio (art. 15 N° 2) y tampoco se refiere a un derecho a título de herencia o de alimentos (art. 998).

3.8.7. Emplazamiento a los coparticipes situados fuera de Chile en el juicio particional

El juicio de partición de bienes se tramita según las reglas dispuestas para los árbitros de derecho, sin perjuicio que las partes mayores de edad y libres administradoras de los suyos, pueden darles el carácter de amigables componedores. En ambos casos, el procedimiento debe satisfacer –al menos, como acto de intimación–, la condición esencial del emplazamiento de partes, bajo sanción de nulidad procesal. Interesa saber cómo ha de procederse a tal comunicación frente a coasignatarios por causa de muerte que no se encuentran presentes en el territorio de la Republica.

Lo primero que ha de distinguirse es si el asignatario que se encuentra fuera del país ha dejado procurador autorizado para obrar en juicio o encargado con poder general de administración. Si esto es así, el emplazamiento se entenderá realizado con la notificación al procurador designado si tiene suficientes poderes al efecto, del modo como lo establece el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil.

Si la persona que se ha ausentado no ha dejado apoderado para “aceptar la notificación” (art. 11 CPC), o bien sólo ha realizado el apoderamiento para cosas o negocios especiales y, además, no se sabe su paradero, o a los menos ha dejado de estar en comunicación con los suyos, y de la falta de comunicación se originen perjuicios graves al mismo ausente o a terceros, habrá lugar al nombramiento de un curador de bienes en su favor.

El discernimiento de curaduría puede ser provocado por las personas enumeradas en los artículos 443 y 444 por remisión de los artículos 474 y 459. La remisión es importante porque si el ausente fuere extranjero, podrá impulsar el nombramiento de curaduría en su

favor el competente funcionario diplomático o consular, esto es, el agente diplomático o consular de su propia nacionalidad.

Pues bien, si sabe el paradero del asignatario ausente, debe intimársele de la resolución que tiene por constituido el arbitraje de partición mediante un exhorto internacional o carta rogatoria tramitado conforme al artículo 76 del Código de Procedimiento Civil y tratados internacionales vigentes y suscritos por Chile sobre la materia. Por otra parte, si la persona situada fuera de Chile no puede ser considerada ausente pues no tuvo vinculación espacial con el país, pero se sabe su paradero en el orbe, debe procederse, también, mediante exhorto internacional.

Si no se sabe el actual paradero del asignatario que no tuvo jamás vinculación física con Chile malamente se le podrá notificar una resolución judicial vía exhorto. Algunos han sostenido, observando una serie de dictámenes sostenidos por los Defensores de Ausentes, que estos no pueden ser considerados en estricto sentido “ausentes”, pues las normas destinadas a ellos se han puesto en el caso que los ausentes tuvieron alguna vinculación física en el país, esto es, han tenido residencia o domicilio previo en Chile.¹²⁹

La opinión es del todo injustificada y no merece más que comentar que desatiende el texto del artículo 473. Este último artículo, como se dijo, establece que habrá lugar al discernimiento de curaduría de bienes en favor de una persona cuyo paradero no se sepa o que a lo menos haya dejado de estar en comunicación con los suyos y de esta incomunicación se siguieren perjuicios. Nada ha dicho sobre si el ausente ha tenido o no domicilio en Chile.

No podría dársele este artificioso alcance a la voz “ausente” como una persona que tuvo residencia o domicilio en Chile a partir del artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, específicamente, de la frase “cuando se ausente de la Republica dejando procurador”, porque jurídicamente es posible estar ausente del territorio chileno, sin importar los motivos que dan origen a la ausencia. La norma se expresa por referencia al típico caso en que una persona en un momento originario está en Chile, apodera a un tercero y luego abandona el país. Ausentarse significa en este uso, “salir del país”, “irse”. Pero también, alguien se puede ausentar, no estando, que es lo que la forma verbal “ausentar” quiere significar en su sentido más primario, natural y obvio. Esta segunda situación –digamos, ausentarse o no estar–, se

¹²⁹ Véase, BENQUIS. óp. cit. p. 212 y ss.

contiene en la norma del artículo 473 del Código Civil en la medida en que no alude a ninguna vía para concretar la ausencia como abandono del territorio nacional.

Con ello, puede bien decirse que el chileno o extranjero que no ha tenido vinculación física con el país es un auténtico ausente que puede discernírsele curaduría de bienes. El dilema era inexistente y artificioso. Interpretar de otro modo es interpretar contra el texto de la ley, al mismo tiempo que aceptar conclusiones absurdas e injustas no promovidas por el lenguaje del legislador. Se trata –recordémoslo bien–, del mismo legislador del año 1855 que consagró la igualdad entre chilenos y extranjeros como norma rectora de su codificación.

3.8.8. Partición y superposición de derechos aplicables y competencia judicial por operación de un sistema angloamericano

Frente a una fragmentación de sucesión regida simultáneamente por el derecho anglosajón, la partición recaerá sobre bienes no situados en el territorio donde rige ese sistema. Los inmuebles así ubicados han pasado a manos de un administrador regidos por normas especiales. La colocación en dominio de los bienes inmuebles hereditarios en manos del *trustee* a resultas de la transmisión indirecta y diferida que consagra el sistema angloamericano impide, en los hechos, la partición de la comunidad hereditaria, precisamente porque sobre tales bienes no se habrá originado un régimen de comunidad desde el ángulo del derecho angloamericano. Nada impide, sin embargo, reconocer semejante situación en el foro, recurriendo a la transportación respecto de instituciones ínsitas en el derecho aplicable, a efectos de resguardar a los comuneros. El fundamento legal base para el reconocimiento de esta situación, tomando por referencia el derecho chileno –en opinión de este estudio–, se haya en el artículo 1.319 que establece:

“Si alguno de los coasignatarios lo fuere bajo condición suspensiva, no tendrá derecho para pedir la partición mientras penda la condición. Pero los otros coasignatarios podrán proceder a ella, asegurando competentemente al coasignatario condicional lo que cumplida la condición le corresponda.

Si el objeto asignado fuere un fideicomiso, se observará lo prevenido en el Título *De la propiedad fiduciaria*”.

En la primera parte de la disposición citada se excluye al coasignatario de la posibilidad de pedir la partición, dado que no es auténticamente un coasignatario y solo tiene la expectativa de convertirse en uno. Misma situación es la que exhibe el fideicomisario, porque el derecho de este está sujeto al cumplimiento de la condición resolutoria cuya pendencia mantiene la propiedad en el fiduciario. Bajo el derecho de raíz inglesa, las propiedades raíces situados en el territorio donde rigen sus normas han quedado en manos de un *trustee*, y correlativamente, los herederos han pasado a ser, desde el punto vista del derecho chileno –ordenamiento continental tomado por referencia–, asignatarios condicionales, hasta que el ejecutor no liquide y les traslade en forma diferida las propiedades que administra y el resultado que obtuvo mediante dicha transmisión. Frente a ello, los coasignatarios condicionales pueden impetrar ante el foro competente y continental, medidas conservativas tendientes a la protección de sus derechos en la herencia, si así lo permite la *lex successionis*, además de otros derechos sustanciales.¹³⁰

De esta manera, si en el foro continental los comuneros son vistos como auténticos asignatarios cuyo derecho no está sujeto a condición, *a fortiori*, pueden pedir los derechos de un asignatario condicional que es precisamente como los percibe el foro de situación angloamericano. La decisión que tome el tribunal continental, tendiente al resguardo de derechos impetrados en calidad de asignatario condicional, no afectará la administración del *trustee* anglosajón. Subsiste así, toda la razonabilidad de la máxima *a maiori ad minus*; *a minore ad maius*.

4. Materias excluidas de la *lex successionis*

4.1. La capacidad para suceder

Al examinarse las dimensiones de la capacidad para suceder y de qué manera están entendidas en el sistema atributivo, debe, antes que todo, establecerse su naturaleza jurídica. Se le ha definido doctrinalmente como la “aptitud de una persona para ser sujeto de asignaciones por causa de muerte”.¹³¹ Al respecto, el artículo 961 dispone que es capaz de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz, replicándose el mandato del

¹³⁰ Véase, SOMARRIVA. 1981. óp. cit. pp. 573 y ss. Véase, además, el Capítulo VII de este estudio.

¹³¹ ELORRIAGA. óp. cit. p. 33.

artículo 1.446 conforme al cual, toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara como incapaces. En la medida que toda persona, por regla general, tiene capacidad para suceder, solo por el hecho de ser tal y sin restricciones fácticas de ninguna índole, semejante aptitud jurídica debe ser entendida como una capacidad de goce.

Las normas que refieren a la capacidad de goce son de orden público, y, en consecuencia, el foro debe aplicarlas incluso frente al derecho que rige la sucesión conforme con el señalamiento realizado por la norma de conflicto sucesoria. De esto se sigue que las incapacidades para suceder conforman parte de ese orden público internacional, aserto que queda confirmado en el tenor del artículo 153 del Código de Derecho Internacional Privado. La disposición preceptúa que “son de orden público internacional las incapacidades para suceder que los Estados contratantes consideren como tales”.

4.1.1. Situación de las personas humanas y del *nasciturus*

Tratándose de la persona natural que es el ser humano y humana, y precisamente, la mujer, el hombre, la niña, el niño y el adolescente, la legislación civil ha dispuesto que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. Tan universal es el reconocimiento de la personalidad en sentido jurídico por la cual se tiene la aptitud de participar de toda relación de derecho –inclusive de la relación sucesoria transfronteriza– y, en consecuencia, de tener capacidad de goce, que el artículo 55 termina por declarar que de aquella personalidad gozan tanto los chilenos, las chilenas, los extranjeros y las extranjeras. De esta suerte, conforme al derecho chileno, todos los seres humanos y humanas del orbe tienen aptitud legal para ser sujeto de asignaciones por causa de muerte, desde que la ley no reconoce diferencias entre la persona humana chilena y extranjera, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla el Código Civil de Chile (art. 57).

De la comprensión de la capacidad para suceder como capacidad de goce, se desprende que las incapacidades para suceder son circunstancias que obstan dicha capacidad. La legislación nacional establece a este respecto incapacidades especiales absolutas y relativas que van a ser aplicables según el criterio universal de competencia de la ley chilena con que se ha regulado la capacidad de goce, y que impondrán una autentica

prohibición para ser titulares de derechos sucesorios a chilenos y extranjeros, aunque nada más que de derecho sucesorios, atendido su carácter sumamente especial.

El régimen de protección de la asignación hereditaria de la criatura que se encuentra en el claustro materno se haya también regulada de modo universal, tanto como la capacidad de *iure* en el estatuto de las personas. El *nasciturus*, por no satisfacer los criterios de individuación en torno a la vida humana-orgánica que resulta de los hechos constitutivos del nacimiento (art. 74), no puede ser reconocido como sujeto de derechos. Pues, dado que no es individuo de la especie humana, no es persona (art. 55). Con ello, no puede serle atribuida la nacionalidad chilena, ni ser considerado extranjero, al mismo tiempo que no puede ser titular de derechos sucesorios.

Esta situación no impide, sin embargo, que el derecho objetivo, por considerarlo un objeto valioso y merecedor de la más intensa protección jurídica, le extienda tutela universal de sus derechos eventuales al tenor de lo dispuesto en el artículo 77. Conforme con esta última disposición, los derechos que se le deferirían a toda criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido vivo y viviese, y con independencia del vínculo físico y jurídico que con cualquier Estado del orbe mantenga la mujer en cuyo seno se encuentra, estarán suspensos hasta que el nacimiento se produzca. Si el nacimiento constituye un principio de existencia legal, tomará el recién nacido la aptitud jurídica para ser sujeto de asignaciones por causa de muerte, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron tales asignaciones suspendidas. Semejante entrada en el goce de derecho sucesorios se efectúa, ahora, en calidad de persona del recién nacido, y, por consiguiente, bajo la misma regla de proscripción de diferencias entre chilenos y extranjeros en cuanto a la adquisición y goce de derechos subjetivos civiles, como se ocupa de declarar el artículo 57.

4.1.2. Situación de las personas jurídicas extranjeras: la capacidad para suceder como capacidad patrimonial

Preceptúa el artículo 963 que son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas. Pero, si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, puede solicitarse la aprobación legal, y obtenida esta, valdrá la asignación. De manera que la regla instituye, para las personas jurídicas, el principio en virtud del cual toda persona “moral”

es capaz para suceder; y lo puede hacer toda vez que reconocida legalmente una corporación, fundación, cofradía u otro establecimiento como persona jurídica, la entidad toma existencia jurídica; y, en consecuencia, es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representa judicial y extrajudicialmente, como declara el artículo 545.

Con todo, se ha suscitado, en razón de la disposición del artículo 963 si también las entidades extranjeras pueden ser asignatarias por causa de muerte. Para organizar una respuesta y servir el punto, habrá que distinguir, con Duncker, que la capacidad de la entidad extranjera para suceder comporta una especie de capacidad patrimonial y no una capacidad funcional. La capacidad patrimonial supone la aptitud para ser titular de derechos relativos a actos aislados que involucran la mera utilización del patrimonio de la entidad (como la adquisición y aceptación de una herencia). Esta capacidad se diferencia de la capacidad funcional consistente en la habilidad para ejercitar actividades en el país como persona jurídica legalmente establecida. Implica esta última habilidad la determinación previa de un determinado giro, objeto o finalidad que la persona jurídica debe cumplir. Según Duncker, los autores de doctrina están contestes en que la capacidad funcional de la entidad extranjera solamente es adquirida si se cumplen los requisitos de la legislación nacional. La discusión sobre la habilidad hereditaria, en ese entendido, solo alcanza a la capacidad patrimonial.¹³² La distinción no es ajena a la práctica jurídica y administrativa chilena.¹³³

En seguida, debe notarse que de conformidad con el título XXXIII del Libro I del Código Civil, las personas jurídicas pueden ser de derecho público (art. 547, inc. 2°); o de derecho privado, como corporaciones y fundaciones de beneficencia pública y sociedades industriales. Respecto de las primeras, no cabe duda de que ellas puedan ser asignatarias por causa de muerte. En efecto, el Estado extranjero, en cuanto es reconocido como tal por el Estado chileno, goza de la calidad de persona jurídica de derecho público que el sistema jurídico le adscribe a la noción general de Estado. Esta misma capacidad debe ser extendida a las subdivisiones administrativas que el propio Estado extranjero ha instituido, y no ser

¹³² DUNCKER, Federico. 1950. Derecho Internacional Privado. Parte General. Santiago, Ed. Jurídica. p. 317.

¹³³ Véase, BEZANILLA, Ricardo. 1966. Las personas. En: HAMILTON, Eduardo (coord.). Solución de Conflictos de Leyes y Jurisdicción en Chile. Derecho Internacional Privado. Santiago, Ed. Jurídica. pp. 68 y ss.

determinada conforme a la ley chilena.¹³⁴ El principio se haya enteramente consagrado en el artículo 31 del Código de Bustamante que señala:

“Cada Estado contratante, en su carácter de persona jurídica, tiene capacidad para adquirir y ejercitar derechos civiles y contraer obligaciones de igual clase en el territorio de los demás, sin otras restricciones que las establecidas expresamente por el derecho local”.

4.1.3. Caso: sucesión de Juan Nepomuceno Rojas Bustamante

El criterio de reconocimiento de la persona jurídica de derecho público quedó asentado en el conflicto que suscitó la sucesión de don Juan Nepomuceno Rojas Bustamante. En el caso, la Junta Provincial de Beneficencia de Sevilla entabló, ante la judicatura chilena, demanda de petición de herencia en contra de Luis Guzmán Rojas y otros ocupantes de dicha herencia, para que se declare que la Junta de Sevilla es heredera testamentaria y modal, y se deje sin efecto el otorgamiento a los demandados de la posesión efectiva de la herencia deja por Rojas Bustamante. Los demandados reconvienen solicitando el rechazo de la demanda y se declare nula y por no escrita la cláusula testamentaria en que se instituye heredera a la Junta demandante.

Por sentencia de primer grado se dio lugar a la reconvención y se rechaza la demanda. Su fundamento radica en que la Junta carece de personalidad jurídica ante la ley española y ante la ley chilena y que, supuesta su calidad de tal, las leyes que reglamentarían su organización no le conferirían capacidad para ser heredera.

La Corte de Apelaciones de Santiago revocó dicho fallo. Al efecto sostuvo en sentencia de 7 de enero de 1935:

“[...] según un principio de Derecho Internacional Privado que está ya incorporado en diversos tratados o convenios entre naciones, el concepto de las personas jurídicas se rige por la Ley del Estado en que la entidad ha

¹³⁴ Sobre las bases doctrinarias de este corolario, véase HELLER, Hermann. 1995. La Soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional. 2ª ed. México D. F., Fondo de Cultura Económica. pp. 225 y ss.

nacido a la vida del derecho, en virtud de una especie de estatuto personal que acompaña a las personas jurídicas donde quiera que actúen”.¹³⁵

En la misma causa, la Corte Suprema junto con rechazar el recurso de casación en el fondo interpuesto, impuso en su sentencia de 10 de agosto de 1936 la siguiente doctrina:

“Establecido por el fallo recurrido que ‘el concepto de las personas jurídicas se rige por la ley del Estado en que la entidad ha nacido a la vida del derecho’ y que ‘no tienen sino la capacidad civil de que disfrute según las leyes del país de su origen’ estos principios son inamovibles para el Tribunal de Casación, porque es improcedente el recurso de casación en fondo para revisar doctrinas jurídicas o principios de derecho público o privado nacional o internacional, de tal manera que para que pudiese alterarse aquellas conclusiones por la vía de la casación sería necesario citar como infringidos preceptos positivos de nuestro derecho que obligadamente impidieran dejar en pie tales doctrinas o aforismos”.¹³⁶

Más allá de las consideraciones jurídicas sobre el derecho extranjero que implica el fallo, lo señalado por la Corte Suprema establece que el principio de derecho internacional privado en el que se ampara el reconocimiento en Chile de la personalidad adquirida de una entidad, de conformidad a la legislación de su nacionalidad, consiste en una norma vinculante para el foro, obligatoriedad que arranca precisamente de su calidad de principio jurídico-internacional. Su vigencia es plena desde que no existe en la realidad del sistema jurídico chileno alguna disposición domestica que se oponga a este. Tan vinculante son estas máximas para el adjudicador, que la Corte Suprema no estima infringida ninguna norma domestica al haberse aplicado semejante principio por el tribunal de segundo grado, al fundar la revocación de la sentencia de primer grado.

Por ende –adelantamos–, el razonamiento en cuya virtud se le reconoce personalidad jurídica a la entidad pública extranjera, puede bien extenderse a la persona jurídica privada, si puede argumentarse como existente y vigente un principio internacional que establezca su reconocimiento y afirmarse, a un mismo tiempo, que la ley domestica no se opone a su

¹³⁵ ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 7 de enero de 1935. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia (tomo 33, 2ª parte, sección 1ª). pp. 462, 469, 470, y 472.

¹³⁶ EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 10 de agosto de 1936. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia (tomo 33, 2ª parte, sección 1ª). pp. 449 y ss. Doctrina recopilada en Revista Chilena de Derecho (23)2 y 3. Tomo II. Aplicación del Derecho internacional en Chile: Jurisprudencia. p. 473 y ss.

aplicación, o que con la aplicación del principio no se infringe norma alguna de la ley nacional.

A mayor abundamiento, la Corte Suprema hizo constar en su sentencia que el artículo 546 vigente a la época –y que disponía que no son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República–, no es aplicable a las personas jurídicas de derecho público toda vez que, como expresamente los dispone el inciso 2° del artículo 547, se rigen por leyes y reglamentos especiales.¹³⁷

4.1.4. Persona jurídica de derecho privado extranjera

La unanimidad conformada en torno al reconocimiento de la aptitud de las personas jurídicas de derecho público para suceder no se traslada a la situación de las personas jurídicas de derecho privado. Al respecto, una vieja disputa se mantiene en los siguientes términos. Para Alessandri, el reconocimiento de una persona jurídica como tal, depende exclusivamente del Estado chileno, razón por la cual, en estricto rigor, la persona jurídica extranjera, no puede ser considerada persona jurídica en el Estado de Chile. Alessandri se apoyó fundamentalmente en la disposición del artículo 546 que, antes de su reforma por la Ley N° 20.500, entregaba a la ley chilena o al Presidente de la República, el reconocimiento de las personas jurídicas de derecho privado reguladas por el Código Civil. Actualmente la disposición establece que no son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no se hayan constituido conforme a las reglas del Título XXXIII del Código Civil.

Para otros autores como Claro Solar y Duncker, las personas “morales” alcanzan existencia jurídica fuera del país de su nacionalidad y, puede ser bajo esta premisa, acreedora de derechos sucesorios bajo una legislación a la que no se conformó su creación. Para ellos, la disposición del artículo 546 que establece como requisito de obtención de personalidad jurídica la autorización por la autoridad chilena, solo es una disposición establecida para las entidades nacionales. Por otra parte, en la condición de entidad ficticia de la persona moral extranjera, debe reconocérsele en Chile su capacidad, en la medida que

¹³⁷ Ídem.

el Código Civil reconoce el principio de respeto de los derechos válidamente adquiridos en país extranjero bajo el imperio de una ley foránea.¹³⁸

Señala Duncker que este principio de respeto a los derechos adquiridos bajo ley extranjera aparece corroborado en el artículo 8° del Código de Derecho Internacional Privado. Por otra parte, apunta que el artículo 32 del Código de Bustamante consagra que el concepto y reconocimiento de las personas jurídicas extranjera se rigen por la ley territorial, esto es, el derecho del Estado en que se pretende dicho reconocimiento. En el caso de la ley chilena, esta no desconoce la existencia de las personas jurídicas, sino que, todo lo contrario, respeta los derechos adquiridos al abrigo del derecho foráneo.¹³⁹

4.1.5. Caso: institución de Escuelas Nieto como asignatario testamentario

Por testamento válidamente otorgado en Chile se instituyó como asignatario por causa de muerte a las Escuelas Nieto, organizadas como corporación de derecho privado. Dicha persona jurídica se había válidamente constituida en España en conformidad con las leyes españolas.

El 7° Juzgado Civil de Santiago acogió la demanda de nulidad de las asignaciones testamentarias instituidas en favor de la corporación española.¹⁴⁰

4.1.6. Opinión del estudio

Pese a que la materia sobre reconocimiento de persona jurídica privada extranjera en el foro conforma un acápite aparte perteneciente al estudio de la propia institución, consignamos aquí que, como lo vemos, las condiciones de reconocimiento de la persona privada en el ordenamiento foral deben limitarse a satisfacer la descripción del artículo 545, cuyo tenor las concibe como una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

¹³⁸ ELORRIAGA. óp. cit. pp. 38 y ss.

¹³⁹ DUNCKER. óp. cit. pp. 316 y ss.

¹⁴⁰ 7° Juzgado Civil de Santiago, 7 de octubre de 1935. Sentencia referida por DUNCKER. óp. cit. p. 317.

Si la persona jurídica extranjera cumple estas características y logra acreditarlas en el foro, podrá ser reconocida en el ordenamiento. El artículo 546 no imposibilita este reconocimiento en la medida que señala que “no son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley”. Pues bien, esa ley es precisamente la ley extranjera. En los términos de la moderna dogmática del derecho internacional privado y de la teoría jurídica, el reconocimiento de la ley extranjera, bajo las condiciones que análogamente esta es comprendida en el derecho chileno, no difieren, en la medida que la ley foránea ha sido producida válidamente en su propio sistema jurídico, al abrigo de sus propias disposiciones constitucionales.

Esta conclusión surge del propio reconocimiento jurídico que el Estado le dispensa al Estado extranjero, entre ellas, a sus formas productivas del derecho, concebidas como un sistema.¹⁴¹ Por ende, según lo vemos, los argumentos que posibilitan el reconocimiento de la persona jurídica de derecho público extranjera en el ordenamiento del foro se trasladan de manera directa al reconocimiento de la persona jurídica de derecho privado foránea, toda vez que ambas dependen de hechos institucionales conducentes a la ley extranjera y cuya realidad el Estado del fuero no puede desconocer.

Esta unidad en el reconocimiento de ambos tipos de personas “morales” parece desprenderse del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, el 7 de enero del año 1935, arriba citado y del correspondiente fallo de casación en la misma causa que hemos denominado “sucesión de Juan Nepomuceno Rojas Bustamante”. Como se advierte de los pasajes citados, el grueso del razonamiento allí establecido por los Tribunales Superiores no discurre bajo la distinción entre personas jurídicas de derecho público o privado, sino que las trata bajo la unidad conceptual de instituciones creadas al abrigo de un derecho extranjero que el Estado chileno debe reconocer.

4.2. Las incapacidades relativas para suceder

De estricto problema conflictual presenta la consideración jurídica de las incapacidades relativas para suceder. En otros sistemas jurídicos, la doctrina ha establecido que sus circunstancias no corresponden a incapacidades de goce *stricto sensu*, pues, quienes las

¹⁴¹ HART, Herbert L. A. 1970. óp. cit. p. 195.

padecen pueden heredar abintestato o mediante testamento de otras personas de modo general.¹⁴² En consecuencia, se tratarían más bien de incompatibilidades de origen ético que vedan la posibilidad de sucesión con respecto a determinado causante, y en todo caso, sin afección de la capacidad de goce sucesoria general.

Esta misma tendencia, recogiendo postulados de Battifol, es el que consignan Villarroel y Villarroel cuando apuntan sobre la existencia en nuestro ordenamiento de ciertas incapacidades especiales que no se refieren a las condiciones personales del sujeto mismo que la padece, sino que, antes bien, consisten en verdaderas prohibiciones que la ley ha impuesta a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (art. 1.444). Dicen los profesores que en el extranjero “se estima que la ley aplicable a las incapacidades particulares será aquella que rijan la materia que se trate. Por ejemplo, la incapacidad del médico que atendió al difunto en su última enfermedad para sucederlo –que en el extranjero se estima incapacidad particular, aunque en nuestro derecho sería propiamente una incapacidad de goce– se regiría por la ley sucesoria”.¹⁴³ Este antecedente los lleva a hacer presente que las incapacidades relativas –o prohibiciones especiales para suceder–, no están insertos dentro de la órbita aplicativa de la categoría de capacidad dispuesta por el artículo 15 N° 1.

En efecto, fuerza reconocerse, como lo hacen los profesores chilenos antedichos, y pese a la discutible disonancia que presentan nuestro sistema con el derecho comparado en esta materia, que en nuestro ordenamiento jurídico las normas que establecen circunstancias constitutivas de incapacidades relativas, reguladas en los artículos 964, 965 y 1.061, expresan un marcado carácter imperativo. La primera de ellas (art. 964) impone una determinada moral sexual, bajo el resguardo de protección del “honor de las familias” censurando lo que ha de entenderse actualmente bajo el vago rótulo de “dañado ayuntamiento” con que se expresa el artículo 964; esto es, la perpetración y condena judicial por los delitos de adulterio e incesto (arts. 375 y 365 del Código Penal) acometidos con el causante, antes de deferirse la herencia o legado respectiva, o bien cuya acusación se produzca antes de la delación, pero luego se siguiere condena judicial, y sin que mediare matrimonio entre los involucrados.¹⁴⁴ Se trata de una circunstancia que inhibe capacidad

¹⁴² CASTELLANOS. óp. cit. p. 327.

¹⁴³ VILLARROEL, Carlos y VILLARROEL, Gabriel. 1982. Consideraciones sobre el estatuto personal en la legislación chilena. *Revista Chilena de Derecho* (15):341-374. p. 363. La circunstancia de inhabilidad de que padece el médico referida –ejemplo al parecer tomado de H. Battifol–, es ajeno al Código Civil.

¹⁴⁴ DOMINGUEZ. 2011. óp. cit. pp. 269 y ss.

sucesoria a los legitimarios, chilenos o extranjeros, con lo que queda reforzada su carácter de norma de aplicación necesaria.

La segunda incapacidad especial del artículo 965 tutela la libertad testamentaria del causante frente al abuso del ministerio eclesiástico de su último confesor, tendiente a ejercer influencia en el disponente a su favor. Misma protección psicológica del testador se deja notar como fundamento de la incapacidad que afecta al notario, su cónyuge, parientes y dependiente que autoriza el testamento o de los testigos que concurren a la testamentifacción.¹⁴⁵ La dirección de estas normas nos mueve a pensar que la forma en que están descritas estas circunstancias en el Código Civil, otorgan un marco suficiente para alojar en ellas hipótesis fácticas verificadas en el marco de un proceso de testamentifacción desplegado en país extranjero; lo que constituye un equilibrio necesario entre el discutible orden ético que inspira el corpus chileno con la plena vigencia de la máxima *lex locus regit actum*. Así, las formas gramaticales amplias y de textura abierta referidas al “eclesiástico”, se asimilan a cualquier ministro de algún culto; y la de “escribano”, debe homologarse, por expresa disposición del artículo 1.061, al funcionario que haga las veces de tal.

Como se ve, los motivos de incapacidad o prohibiciones especiales para heredar descansan en resguardo de caracteres sociales. Tanto es así que, si en la práctica se hiciera asignación beneficiosa para un incapaz, la asignación padece de objeto ilícito, por infracción de una norma prohibitiva (art. 1.466), y por tanto sería nula (art. 10) de nulidad absoluta (art. 1682). Dicen Domínguez y Domínguez:

“La incapacidad está destinada no solamente a cautelar los intereses del causante, sino también el interés colectivo y por ello el testador no puede hacer capaz a los que la ley declara incapaces”.¹⁴⁶

Por último, consignamos que la proyección internacional de la imperatividad impresa en este tipo de normas nacionales, bajo la rúbrica de orden público internacional, queda corroborada en la no distinción sobre la clase de incapacidad a que se refiere el ya anotado artículo 153 del Código de Derecho Internacional Privado.

¹⁴⁵ Ídem. p. 270 y ss.

¹⁴⁶ Ídem. p. 274.

4.3. El estado civil

Pese a la amplitud con que está investida la construcción de la norma de conflicto sucesoria en relación a su contexto normativo, su órbita de aplicación no alcanza a la regulación de los presupuestos o condiciones para el goce de los derechos sucesorios, como lo es la determinación de parentesco o estado civil en relación con el causante de la sucesión. Entendido como presupuesto normativo para heredar, el establecimiento de parentesco y el estado conforman un problema jurídico de distinta índole a la sucesoria, que queda, enteramente exceptuado a la aplicación a su respecto del artículo 955, y, por tanto, apto para ser regido conforme con el derecho extranjero.

Para la Corte Suprema el estado civil comporta una materia cuyo régimen conflictual escapa a la regla atributiva sucesoria, en el entendido de que su determinación tematiza sobre la condición jurídica y personal de las personas naturales que la ley llama a suceder y que los habilita para ejercer sus derechos de herederos en razón, valga la redundancia, del parentesco o estado civil respecto del causante. En efecto –dijo en un fallo que a continuación singularizaremos– “si bien el estado civil de las personas y el grado de parentesco que puede originar [...] confiere derecho a suceder en los bienes que componen la herencia, los hechos constitutivos y originarios de una u otra condición jurídica personal no se reglan por las disposiciones que regulan la sucesión”.¹⁴⁷ Y ello es así porque “el estado civil, cualquiera sea su fuente, constituye un atributo intrínseco e inherente a toda persona, siendo el parentesco un efecto propio del mismo, rigiéndose, por tanto, por leyes distintas a las anteriores [las sucesorias]”.¹⁴⁸

Agrega el máximo tribunal que el ordenamiento sucesoral no establece la naturaleza o grado de parentesco que pueda tener una persona respecto de otra, sino que solo se limita a establecer determinados derechos hereditarios a favor de ciertas personas que ostentan un determinado estado civil o grado de parentesco respecto del causante. De modo que, la vocación sucesoria recaída sobre ciertas personas sobre la base del estado civil se supedita a la existencia del parentesco o estado civil que la ley exige. Por ende, el estado civil es un

¹⁴⁷ EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 8 de junio de 2004. Rol N° 1.062-2003 (cons. duodécimo).

¹⁴⁸ Ídem.

“presupuesto habilitante, el cual, una vez cumplido y acreditado, transforma a los designados en legítimos titulares de los derechos que en la herencia confiere tal condición”.¹⁴⁹

4.4. Caso: sucesión de Ángel Roque Oliveda

La exclusión de los hechos constitutivos del estado civil al régimen de determinación del ámbito material de la *lex successionis* quedó plasmada en la resolución de 8 de junio de 2004 de Rol N° 1.062-2003 en que la Corte Suprema se pronunció sobre un recurso de casación en el fondo que estimaba infringida la norma de conflicto sucesoria, por no hacerla aplicable al establecimiento de parentesco con el difunto. Los hechos versan como sigue.

Con fecha 15 de octubre de 1997 falleció en la ciudad de Concepción, don Ángel Roque Oliveda, español, viudo, sin descendencia. Con el mérito de la defunción, el Fisco de Chile obtuvo posesión efectiva de la herencia. Posteriormente, doña María Roque Parés, también de nacionalidad española, dedujo acción de petición de herencia ante el 2° Juzgado Civil de Concepción, en contra del Fisco de Chile, con el objeto de que se le reconozca su calidad de sobrina legítima del causante y, en consecuencia, su heredera; y en tal virtud, se le restituya la herencia cuya posesión efectiva obtuvo el Estado de Chile.

El fallo de primer grado acogió la acción intentada. La Corte de Apelaciones de Concepción, al conocer del recurso deducido por el Fisco demandado, revocó el fallo del tribunal *a quo* por estimar que no se ha probado el derecho español, y por consiguiente el estado civil invocado por la demandante. Contra esta resolución la demandante dedujo recurso de casación en el fondo. En su resolución se razonó sobre el ámbito aplicativo de la norma de conflicto sucesoria del artículo 955, adscribiéndole alcance normativo en relación a su ubicación en el Código Civil, específicamente en el título general que incorpora su Libro III. Esta aplicación general, pero delimitada, que provee la utilización de una categoría genérica, sirvió de sustento para eliminar el efecto atractivo que pudiese tener sobre cuestiones previas a la sucesión que, en realidad, expresan un problema de distinta índole, como es justamente el establecimiento del estado civil. A este respecto la Corte Suprema expone:

¹⁴⁹ Ídem.

“Que, como se advierte de los preceptos someramente comentados nuestra legislación acoge, en general, el sistema de determinación del parentesco y del estado civil de las personas mediante la aplicación de la ley correspondiente del país en que se origina, constituye o adquiere, siempre que aquellas no se encuentren en alguna de las situaciones comprendidas en el régimen de excepción vigente, caso en el cual regirá la ley chilena. De tal manera que si es un extranjero –en este caso de nacionalidad española– quien reclama derechos en una sucesión intestada abierta en Chile, como en la especie ocurre, haciendo valer un determinado vínculo de parentesco constituido bajo el amparo de la legislación española que lo habilitará para adquirir en Chile la condición de heredero, debe entonces aplicarse la ley del país a que pertenece para la comprobación de si el presunto heredero tenía o no con el causante el vínculo que según nuestro legislador lo hace acreedor a suceder [...]”.¹⁵⁰

Resulta de interés reproducir el considerando décimo octavo del fallo de la Corte Suprema, donde deja asentado el origen doctrinal de su decisión, y donde cita además jurisprudencia, estableciendo en esta causa un criterio ya unificado en tribunales chilenos. Dice el razonamiento:

“Que la opinión de numerosos autores de esta especial rama del derecho, como son los citados [Olga Rojas, Mireya Tasso y René Abeliuk, Estudio Crítico de la Jurisprudencia del Código Civil, Editorial Jurídica de Chile, página 127], además de los profesores Fernando Albónico V., y Federico Duncker Biggs, por mencionar algunos, refuerzan la doctrina someramente esbozada en los fundamentos que preceden, a la cual ha de sumarse también la jurisprudencia, que es posible constatar, entre otras, en la sentencia de esta Corte, de 30 de octubre de 1908, (R, t. 6, sec. 1º, p. 88), de la Corte de Apelaciones Santiago, de 24 de septiembre de 1926, (R, t. 25, sec. 2º, p. 49), y de la Corte de Apelaciones Valparaíso, de 2 de enero de 1908, (R. t. 6, sec. .2º. p. 70)”.¹⁵¹

¹⁵⁰ Ídem. (cons. décimo séptimo).

¹⁵¹ Ídem. (cons. décimo octavo).

4.5. Caso: sucesión de María de Caso Orrego

En el caso que hemos denominado en este estudio “sucesión de María de Caso Orrego” se siguió el mismo criterio. Los considerándose duodécimo y decimotercero del fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el Rol N° 133.216-1993 se señala:

“Duodécimo: Que el vínculo de parentesco invocado por don Andrew Burgess de hijo legítimo, acreditado conforme se consignara en el motivo quinto precedente y reflexión duodécima de la sentencia recurrida, al tener origen en Estados Unidos por haber ocurrido en ese país el matrimonio de sus padres y su nacimiento, obligaba además acreditarse que el nombrado señor Burgess era heredero de la causante, según la legislación de ese país, lo que se probó con el atestado del Consulado de Chile (fs. 109), documento consistente en el texto de la División Sexta del Código de California rotulada Testamento y Sucesiones Intestadas (fs. 106 y sucesivas), informe pericial del Abogado señor Leslie Tomasello (fs. 155) y declaraciones de los testigos, todos ellos abogados, señores Eduardo Niño de Tejada (fs. 168), Juan Carlos Osorio (fs. 166) y Alvaro Quintanilla (fs. 168 vta.) contestes en cuanto el hijo legítimo hereda a su madre según la legislación norteamericana.

Decimotercero: Que, en consecuencia, al tener que tramitarse la posesión efectiva en Chile, y habiéndose acreditado que según la ley norteamericana el hijo legítimo es heredero universal de su madre al igual que nuestra legislación que en este caso excluye los demás órdenes sucesorios, debe desestimarse la oposición deducida a fs. 46, considerada como demanda en este juicio ordinario”.¹⁵²

¹⁵² ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 1° de septiembre de 1994. Rol N° 133.216-1993.

4.6. Efectos registrales de la sucesión

De conformidad con el artículo 688 en el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el solo ministerio de la ley al herederos; pero esta posesión legal no habilita a disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no proceda la inscripción del decreto judicial (y ya se ha anotado que tratándose de una sucesión extranjera siempre intervendrá en este caso un tribunal de la Republica) otorgue la posesión efectiva de la herencia ante el Conservador de Bienes Raíces de la comuna o agrupación de comunas en que se ha sido pronunciado, junto con el correspondiente testamento; la inscripción especial de herencia, esto es, el asiento registral del título en virtud del cual los herederos adquieren en condominio los inmuebles del causante y sin el cual no pueden disponer de los bienes de consuno y, la inscripción del acto de partición relativo a cada inmueble o cada parte adjudicada del mismo.

La norma aludida es una consecuencia de la norma imperativa y de orden público que establece el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales en cuya virtud se hace necesario que cuando una sucesión se abra en el extranjero y comprenda bienes situados dentro del territorio chileno, la posesión efectiva de la herencia deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile. Mismo mandamiento que establece el artículo 27 de la Ley N° 16.271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, que exige que cuando la sucesión se abra en el extranjero debe pedirse en Chile, no obstante lo dispuesto en el artículo 955, la posesión efectiva de la herencia respecto de los bienes situados dentro del territorio chileno, para los efectos del pago de los impuestos establecidos por esta ley. La posesión efectiva, en este caso, deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que pida la posesión efectiva, si aquél no lo hubiera tenido.

Este es un claro caso en que, pese a que la sucesión unitariamente va a ser regida mediante el derecho de la *lex caussae*, el otorgamiento de posesión efectiva de los bienes situados en Chile y sus necesarias inscripciones conservatorias para disponer de los bienes inmuebles en el territorio de la Republica, van a ser regido por el ordenamiento jurídico chileno.

4.7. Los derechos parasucesorios

Existen ciertos derechos subjetivos y sustanciales que se transmiten por causa de muerte, pero que no refieren estrictamente a derecho sucesorios, como lo es el derecho a cobrar una póliza de seguro o, típicamente, el derecho a cobrar una pensión de viudez o de orfandad. Desde el punto de vista su naturaleza, semejantes derechos o “ventajas parasucesorias”, como suele decirse en sistemas comparados,¹⁵³ no pueden quedar al amparo de *lex successiois*, sino que deben quedar regulados al régimen material y especial para cada uno de estos derechos y de conformidad con el sistema jurídicos donde esos derechos se hayan adquirido. En Chile, a las normas previsionales se le han conferido el carácter de orden público que pueden beneficiar a personas extranjeras, por concepto del devengo de pensión de sobrevivencia, en razón del parentesco o matrimonio que acusan con un causante chileno.

En el caso de las pensiones de sobrevivencia, este fue criterio que tuvo en vista el régimen del Decreto Ley N° 3.500 que en su artículo 1° creó un sistema de pensiones de vejez, de invalidez y sobrevivencia al abrigo de una capitalización individual por parte de un trabajador afiliado en un organismo denominado Administradora de Fondos de Pensión. En lo que a esta materia importa, el decreto ley en referencia, en sus artículos 5° a 10°, instituye, bajo determinadas condiciones, beneficiarios de pensiones de viudez que se regulan conforme a la norma previsional. El efecto jurídico inmediato que tiene la autoridad del Decreto Ley N° 3.500 es que el ahorro previsional que en vida tuvo un trabajador afiliado al sistema de pensiones chileno no pasa integrar la masa hereditaria formada al momento de su muerte, a menos que no existan beneficiarios de pensiones de sobrevivencia enunciados en el mismo decreto.

4.8. Caso: sucesión de J.N.B.O

El 9 de septiembre de 2007, falleció en la ciudad de San Miguel de Tucumán el causante de siglas J.N.B.O, dejando entre los bienes que integran la masa hereditaria, la suma \$53.383.496 depositados en la cuenta de capitalización individual que mantenía el difunto en

¹⁵³ BLANCO-MORALES, Pilar y BALMORI, Ana. 2013. Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico. JURISMAT (2):33-69. p. 46.

la Administradora de Fondos de Pensión Cuprum S.A. El causante se había afiliado a la antedicha A.F.P. el año 1983 y cotizó ininterrumpidamente hasta 1997, época en que dejó su domicilio en Chile para radicarse en Argentina. En el certificado de defunción emitido por la autoridad argentina constaba el estado civil de casado de don J.N.B.O., lo que indicaba que se había casado en Argentina, luego de haberse caso en Chile con distinta cónyuge y que había tenido descendencia en ese país.

El año 2011, en forma posterior a la obtención de la posesión efectivo de su marido, la viuda chilena y causahabiente del difunto, doña A.O.R., fallece de manera intestada. Con el mérito de ese hecho, ese mismo año, se otorgó, en favor N.M.B.O. y S.A.B.O., ambas hijas de los fallecidos, la posesión efectiva de la herencia de la viuda recién referida. Con ambas resoluciones, el año 2014, N.M.B.O. y S.A.B.O. solicitaron a la A.F.P. que les hiciera entrega de los fondos de la cuenta de capitalización individual del primer difunto, don J.B.O.

Sin embargo, la administradora de fondos previsionales respondió por vía epistolar que previo a pronunciarse sobre el pago de los fondos, N.M.B.O. y S.A.B.O. debían acompañar certificado legalizado otorgado por el Registro Civil de la República Argentina que acreditara que el señor J.N.B.O. no había contraído matrimonio en ese país y que no había tenido hijos. Esta decisión de la sociedad administradora se basa en que, de existir cónyuge, podría ser beneficiaria de pensión de sobrevivencia, de conformidad al Decreto Ley N° 3.500, situación que también se produciría en el evento de haber descendencia beneficiaria de pensión, cuestión que debe considerarse a la luz de lo dispuesto por la norma previsional, y que sólo en caso de no haber beneficiarios de pensión de sobrevivencia procedería entregar el saldo de la cuenta para acrecentar la masa hereditaria.

Las hijas de los difuntos recurrieron de protección en contra de la decisión de la Cuprum S.A. Fundaron la acción constitucional en que la comunicación de la sociedad anónima las priva de bienes, esto es, el saldo previsional ahorrado en la cuenta de capitalización individual de su padre, que estima forma parte de su herencia, vulnerando de este modo su derecho de propiedad tutelado constitucionalmente. En el considerando sexto de su resolución, la Corte de Apelaciones de Antofagasta reflexiona al siguiente tenor:

“(…) como lo ha señalado la doctrina de los tratadistas del Derecho Internacional Privado, la aplicación de la ley extranjera, cuando una norma atributiva chilena ordena su aplicación, tiene como limitación el orden público nacional y la necesidad de evitar el fraude a la ley, habiendo

señalado la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal que las normas que regulan la sucesión serían de orden público lo que en el punto haría improcedente preterir a la viuda y a los eventuales hijos del beneficio de pensión aunque la ley llamada a regular el caso, en la especie la argentina, norma aplicable para regular la sucesión de un chileno domiciliado en el extranjero por disposición del artículo 955 de nuestro Código Civil, no reconociera este derecho a las señaladas personas quienes frente a nuestro Derecho tendrían derecho al beneficio por ser nuestro ordenamiento sucesorio un conjunto de normas de orden público lo que excluye la aplicación de la ley extranjera cuando ésta lo vulnera, lo que haría que los fondos previsionales del fallecido existiendo asignatarios de pensión, no pudieran considerarse parte de la masa hereditaria hasta que el derecho de esos asignatarios se extinga”.¹⁵⁴

Si bien este caso, lo que realiza el tribunal es una extensión de la normativa previsional, que considera de orden público a los herederos del causante en la Argentina, lo hace tomando en cuenta los órdenes de sucesión dispuestos en la legislación chilena, precisamente porque conforme a dicho estatuto, se ha determinado la forma en que concurren los pretenses chilenos. Este modo en que se han de determinar los derechos sucesorios de los chilenos frente a una sucesión abierta en el extranjero de un chileno hace irrenunciable los efectos conflictuales de las normas del artículo 15 N° 2.

4.9. Declaración judicial de vacancia de la herencia y las funciones de los cónsules extranjeros y chilenos

Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un diario de la

¹⁵⁴ ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 2 de mayo de 2014. Rol N° 94-2014 (cons. sexto).

comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere; y se procederá al nombramiento de curador de la herencia yacente (art. 1.240).

Según expresa el artículo 481 se discernirá curaduría dativa a la herencia yacente, esto es, a los bienes del difunto, cuya herencia no ha sido aceptada. En caso en que el difunto tenga herederos extranjeros, el cónsul de su nación tiene derecho para proponer el curador o curadores que hayan de custodiar o administrar el conjunto de bienes vacantes (art. 482). En ese entendido, el magistrado discernirá la curaduría al curador o curadores propuestos por el cónsul extranjero, siempre que fueren personas idóneas; y a petición de los acreedores hereditarios, o de otros interesados en la sucesión, podrá agregar a dicho curador o curadores otro y otros, según la cuantía y situación de los bienes que compongan la herencia.

Estas facultades de intervención del cónsul extranjero no son las mismas que se le reconocen al cónsul chileno quien está premunido de facultades para representar a los herederos ausentes y resguardar el conjunto de bienes hereditarios. En ese entendido puede personalmente administrar la herencia dejada por los parientes del difunto. El artículo 50 N° 1 del Decreto N° 172 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1977 “Sustituye Texto del Reglamento Consular” dispone:

“El funcionario consular, en ausencia del o de los herederos chilenos o ejecutores testamentarios de una sucesión abierta en la circunscripción consular, en cuanto lo permita la legislación y usos locales, representará al o a los herederos ausentes y procurará por todos los medios que estén a su alcance la seguridad de los bienes hereditarios. Si no pudiera hacerlo por sí mismo, cuidará de que se confíe su manejo a personas de toda confianza. La administración y liquidación de la herencia, o la venta de los bienes hereditarios, si hubiere lugar a ella, se hará con intervención del funcionario consular. La comparecencia del heredero o de sus representantes hará cesar la intervención consular de que se trate”.

Conforme con ello, el N° 9 del artículo referencia preceptúa que el funcionario consular en todas las sucesiones testamentarias o intestadas de chilenos en que no hubiere herederos, representará los derechos del Fisco chileno de conformidad a las leyes del Estado receptor y a las disposiciones del Decreto en referencia.

Capítulo IV

DERECHO APLICABLE A LA SUCESIÓN INTESTADA

1. Concepto, ámbito material y derecho aplicable a la sucesión intestada

Conforme con el artículo 980, las reglas relativas a la sucesión intestada conforman un conjunto de normas que regulan la sucesión en los bienes de una persona cuando el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones. En el sistema chileno quedan al abrigo de este estatuto normas que definen el modo o la forma de la sucesión abintestato (derecho personal o por derecho de representación) y los órdenes de sucesión que suelen variar en el seno de los ordenamientos jurídicos de los Estados.

Como se ve, el régimen de sucesión intestada puede ser identificado, en un ordenamiento jurídico determinado, de modo negativo y opuesto al régimen testamentario, en términos tales que, si hubiere testamento, el primero deja de ser aplicable en todo lo que válidamente pueden regular las disposiciones testamentarias. Por otra parte, dado que por expresa definición del legislador chileno este régimen regula la sucesión en los bienes de una persona, los hechos regulados por sus normas son parte de la *lex successionis*. Tan claro es este aserto que el Título II del Libro III del Código Civil dispone un artículo 998 que consagra excepcionalmente la vigencia y aplicación del estatuto nacional, frente a la sucesión internacional en hipótesis ya estudiadas. De entenderse lo contrario, la regla torna en inútil.

2. Derechos de transmisión y representación: las posibilidades de nacionalización de la determinación de los derechos sucesorios conforme con un ordenamiento extranjero

Interesa consignar la forma en que deben ser determinados los derechos sucesorios de extranjeros cuando se sucede por derecho de transmisión en calidad de asignatario

transmitido de un transmitente chileno. Asimismo, es relevante observar las modalidades que puede asumir el derecho de representación cuando representante y representando tienen la calidad de chileno y extranjero, respectivamente, y viceversa. Todas estas hipótesis, pueden constituir nacionalizaciones de las porciones de los asignatarios, aunque se haya de aplicar de modo general, por mandato del artículo 955, un ordenamiento foráneo. En los demás casos, la sucesión se va a regir sin especificidades internacionales relativas a los derechos de transmisión y representación que sean relevantes de observar.

En el caso de la transmisión, los extranjeros transmitidos tienen el derecho de aceptar o repudiar una herencia o legado que se le defirió al transmitente que falleció antes de aceptarla o repudiarla. Tales asignaciones habían sido determinadas conforme con el derecho chileno por ser el transmitente un chileno (art. 15 y 998). Se da, pues, el caso, que por intervención de la aplicación de reglas generales que comporta la institución del derecho de transmisión, un extranjero puede suceder conforme con el derecho chileno, precisamente, por haber intervenido un chileno en calidad de transmitente.

En el caso de la representación, cuando la sucesión es regulada por un derecho diferente al ordenamiento chileno, su admisión, como se dijo, debe estarse a lo que señale ese determinado derecho extranjero. Esta regla general, también comprende las excepciones de fragmentación ubicadas en los artículos 15 y 998. Así, por ejemplo, si muere un extranjero al imperio de su último domicilio en país foráneo, dejando un hijo chileno que tiene, a su vez, descendientes extranjeros; y luego el hijo del causante repudia la herencia de su padre, los nietos extranjeros del causante pueden representar (o no) a su padre para adquirir la herencia dejada por su abuelo, dependiendo del derecho extranjero que rige, de modo general la sucesión (art. 955). Pues es ese determinado derecho es el que se encuentra rigiendo la sucesión intestada.

Pero, en cambio, si muere un extranjero teniendo su domicilio fuera de Chile, dejando un hijo extranjero que tiene, a su vez, hijos chilenos, y el hijo del causante repudia la herencia de su padre, los nietos chilenos del causante pueden suceder por derecho de representación a su abuelo, ocupando el lugar del padre extranjero, y en la porción que conforme con la ley chilena le hubiese correspondido al padre. En el caso, esto es importante, la determinación de los derechos sucesorios de los representantes se hará conforme con la ley chilena (art. 15 y 998), pese a que ha intervenido un representado extranjero, pues el representante sucede directamente del causante por disposición de la ley chilena, sin importar las calidades personales del representado, a diferencia de lo que

acontece en la operación del derecho de transmisión. Se da, pues, que, por intervención de representantes chilenos, la determinación de la porción del representado extranjero es determinada conforme con el derecho chileno, y luego recogida por estos representantes.¹⁵⁵

3. Caso: representación de chilenos descendientes de un boliviano

En un antiguo caso ha fallado la Corte de Apelaciones de Santiago que:

“Los descendientes legítimos chilenos de un hermano boliviano del causante, fallecido antes que éste, tienen derecho a suceder ab intestato en representación de su padre al causante, en concurrencia con la viuda de éste, aunque según la legislación boliviana el cónyuge sobreviviente excluya a los hermanos y a sus descendientes legítimos, y en la porción que según la ley chilena le corresponda [...]”.¹⁵⁶

4. Calificación jurídica del fenómeno de apropiación del estado de bienes hereditarios

Los ordenamientos jurídicos del mundo contemplan reglas que disponen el derecho del Estado a suceder abintestato a una persona difunta, a falta de parientes y cónyuge con derechos hereditarios del causante que puedan y quieran suceder. Desde siempre se ha discutido en materia de sucesión transfronteriza si las reglas como las aludidas derivan del ejercicio de derechos de naturaleza pública que conceden al Estado, en su condición de soberano, la herencia que ha quedado vacante; o bien dichas reglas tienen naturaleza sucesoria, y consecuentemente, instituyen la capacidad sucesoria del Estado, pudiendo apropiarse de las asignaciones por causa de muerte, a título de herencia. Esta doble interpretación que merece la ordenación del Estado como sucesor concita un problema de calificación.¹⁵⁷

¹⁵⁵ BENQUIS. óp. cit. pp. 104 y ss.

¹⁵⁶ ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de mayo de 1888. En: Gaceta de los Tribunales (1888, 1ª semana, N° 619). p. 499. Citado por BENQUIS. óp. cit. p. 105.

¹⁵⁷ DELGADO, Cesar; DELGADO, María y; CANDELA, César. 2008. Introducción al Derecho Internacional Privado. Conflicto de Leyes. Parte Especial. 3ª ed. Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú. pp. 192 y ss.

La dicotomía alcanza a ser un asunto conflictual en cuanto a que la naturaleza o comprensión jurídica del título que legitima la apropiación del Estado de la herencia yacente se deriva inmediatamente su ley aplicable. En algunos ordenamientos jurídicos que albergan sobre el punto una concepción medieval o “regalista”, el Estado se apropia de los bienes hereditarios vacantes a través de un derecho de ocupación que ejerce en forma privilegiada como una cuestión de *iure imperii*. Esta calificación del fenómeno de apropiación estatal conduce a la conclusión de que semejante hecho debe ser regulado conforme a ley donde se encuentran los bienes respectivos, según la *lex rei sitae*. Así lo concibió, por ejemplo, el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte que en su artículo 16 dispuso:

“Cuando, según la ley aplicable en virtud del Convenio, no hubiera heredero ni legatario instituido en una disposición por causa de muerte, ni persona física llamada por la ley a suceder, la aplicación de dicha ley no será obstáculo al derecho de un Estado o de una entidad designada por la ley de dicho Estado a apropiarse de la parte del caudal relicto que se encuentre situada en su territorio”.

La redacción de la disposición no es la más feliz desde que no señala el ordenamiento de donde dimana, precisamente, el derecho del Estado en cuyo territorio se encuentran los bienes parte del caudal relicto, subentendiendo que la legislación del Estado de situación autoriza el acto de apropiación en los términos del artículo en comento. Pero, atendiendo solo al tenor literal de la disposición, no es posible saber si semejante derecho emana del orden jurídico del propio Estado, bajo la forma de un privilegio soberano a ocupar bienes; o fluye de la ley aplicable a la sucesión a virtud del Convenio. Por lo mismo, tampoco el Convenio resuelve el conflicto competencial negativo que podría suscitarse cuando conforme con la legislación del Estado de situación de bienes consagre una hipótesis de apropiación del Estado de conformidad con el derecho aplicable a la sucesión y no conforme con la *lex rei sitae*; y, a un mismo tiempo, el Estado que provee las reglas aplicables a la sucesión, entiende semejante apropiación como un derecho o privilegio soberano.

De esta suerte, el Estado señalado como heredero por la *lex successionis* solo experimentará reconocimiento de sus derechos hereditarios sobre los bienes situados fuera de sus límites territoriales, si el Estado en cuyo territorio se sitúan bienes que componen la herencia, en su propia legislación ha consagrado el mismo principio sucesorio. De lo contrario, se habrá originado un conflicto por la apropiación de la herencia yacente suscitado

en la divergencia de calificación del derecho que los autoriza a la apropiación. Semejante conflicto impera resolverse, apriorísticamente y desde el ángulo privado, recurriendo al principio de efectividad de decisiones internacionales, pues el vínculo público que el Estado de situación esgrime al apropiarse de los bienes referidos ha de conformar una realidad jurídicamente inmutable tanto para el Estado heredero, como para el tribunal que sirve de foro sucesorio, y que interesa observar ya en la esfera jurídica y social de relaciones públicas interestatales.

En nuestro país la disposición que califica el título dominical del Estado se encuentra en la regla del artículo 995 que señala que a falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes –todas disposiciones entre los cuales se singulariza a parientes y cónyuges del difunto–, sucederá el Fisco. En la medida que el legislador nacional se valió de la forma verbal “sucederá”, consagró un derecho de carácter hereditario al Estado chileno. La disposición, además, se encuentra ubicada al final del conjunto de reglas que determinan ordenes de sucesión de parientes y cónyuges del causante, sin efectuar una distinción relevante entre el Fisco y los demás herederos. Guzmán señala a este respecto:

“De este modo, en Chile el Estado heredero tiene la calidad de heredero de derecho común y como tal concurre a suceder al causante en el último orden de sucesión. Su acto es sucesorio, no es un acto de soberanía [...], sino un mero acto patrimonial de derecho privado en que es asignatario el Fisco”.¹⁵⁸

Por consiguiente, en nuestro país, la apropiación de bienes hereditarios del Estado no es un privilegio regalista que emana de la soberanía estatal, sino de la realización misma de la función económico-social que importa el despliegue del fenómeno jurídico de sucesión, meta que cumple a través de reglas que permiten la continuación del patrimonio del difunto en la persona de sus continuadores jurídicos –herederos–, con el objeto de no extinguir las relaciones jurídicas pasivas que lo componen, evitándose así el evidente perjuicio que experimentarían los acreedores del difunto si se extinguen sus créditos. Conforme con este fundamento, cada vez que se aplique el derecho de sucesión chileno o el derecho extranjero a virtud de la regla conflictual sucesoria de Chile, el Estado chileno puede ser llamado a la

¹⁵⁸ GUZMAN. óp. cit. p. 543

sucesión del difunto, en calidad de heredero, obstando a su concurrencia la existencia de parientes y/o cónyuge de mejor derecho.

Pero, además, siempre desde el ángulo privado, las normas estrictamente sucesorias han provisto la vocación hereditaria del Estado bajo el supuesto innegable de que el patrimonio del difunto está compuesto por una serie de activos económicos cuya acumulación no pudo haberse consumado sin el concurso de la sociedad en cada una de las relaciones sociales de producción de las que el causante formó parte. Existió en todas las traslaciones dominicales entre vivos y mortis causa en que dicho patrimonio se vio envuelto, e incluso en el goce y disposición de las cosas que lo componen, una suerte de interés colectivo afincado en la función social que inspira en parte las formas jurídicas de adquisición por los particulares del dominio de cosas y derechos y reales, además de la regulación de su ejercicio.¹⁵⁹ Esta función viene a ser expresamente reconocida al término del despliegue operativo del patrimonio que se cristaliza en el derecho privado de herencia que le asiste al Fisco, a falta de otros herederos abintestato.¹⁶⁰

Para González,¹⁶¹ sin embargo, el argumento de texto fundado en normas por las cuales se instituye heredero al Estado no es suficiente para calificar su derecho a los bienes en una dirección propiamente sucesoria. De un conjunto de disposiciones extraídas de sistemas comparados y del prólogo de Portalis al Proyecto del Código Civil francés fluiría la verdadera naturaleza del aparente derecho heredar que los ordenamientos confieren al Estado que no es sino un derecho soberano de administración y gobierno sobre las cosas integrantes del caudal de herencia, situadas en su propio territorio y regidas por la *lex rei sitae*. En su concepto esta concepción estaría dispuesta también en el artículo 157 del Código de Derecho Internacional Privado que dice:

“En la sucesión intestada, cuando la ley llame al Estado como heredero, en defecto de otros, se aplicará la ley personal del causante; pero si lo llama como ocupante de cosas *nullius* se aplica el derecho local”.

Nos oponemos al modo que González razona. Baste decir que la naturaleza jurídica de los institutos de derecho fluye de su integración sistemática en el ordenamiento jurídico del que forman parte. Las correcciones que pueden hacerse a las conceptualizaciones del

¹⁵⁹ PEÑAILILLO. óp. cit. p. 46.

¹⁶⁰ SOMARRIVA. 2008. óp. cit. pp. 18 y ss.

¹⁶¹ GONZALEZ. óp. cit. pp. 78 y ss.

foro no pueden trasuntar en trasmutaciones totales bajo inspiraciones idealistas de las instituciones jurídicas, tal como en épocas antiguas el derecho racionalista, pero no democrático, venía producido.¹⁶² Pese al marcado carácter estatal que acusa, la calificación *ex lege fori* no coarta la proyección multinacional del instituto jurídico, si el elemento multinacional es tomado en cuenta y funda correcciones –aunque no deformaciones– a la calificación foral.¹⁶³

Aclarado el punto anterior, fuerza decir que en el Código Civil de Chile la supuesta naturaleza regalista que exhibiría la apropiación de los bienes hereditarios por parte del Estado no se sostiene dado que el Fisco aparece nombrado expresamente bajo un orden de sucesión, del cual se deduce su conspicua condición de heredero. Por otra parte, el inciso segundo del artículo 2.500 establece que la posesión principiada por una persona difunta continua en la herencia yacente, “que se entiende poseer a nombre de heredero”.

Pero, además, una conclusión contraria se riñe de inmediato con normas generales que instituyen vinculaciones de igualdad en la esfera privada entre las personas naturales y el Estado, como aquella que reconoce al Fisco como persona jurídica y en esa condición, la posibilidad de adquirir derechos de naturaleza privada tal como una persona natural que entra en relaciones jurídicas de esta misma índole. Esta igualdad también queda supuesta en la regla que establece que las normas relativas a la prescripción se aplican a favor y en contra del Estado (art. 2.497). Por otra parte, el artículo 157 del Código Bustamante se pone en el caso de que los Estados que de él participan conciban el fenómeno de apropiación estatal alternativamente como derecho de soberanía o de herencia. No es efectivo entonces que el instrumento interamericano se haya inclinado por alguna de estas concepciones.

Ha de escribirse también, a mayor abundamiento, que el constituyente estatuyó un principio de legalidad en el modo de adquisición de las cosas (art. 19 N° 24 Const.), imposibilitando el ejercicio de actos de apropiación bajo formas no establecidas legalmente. En las normas legales sobre ocupación no figura la apropiación regalista, salvo que ejerza un derecho de ocupación sobre bienes que auténticamente hayan derivado en *res nullius* (art. 606). Aún más específicamente, en el caso de los inmuebles situados dentro de los límites territoriales del Estado chileno, el Fisco se hace dueño de ellos siempre que los bienes raíces carezcan de otro dueño (art. 590). Por lo tanto, aun si se aplicara la *lex rei sitae* al resguardo de un fundamento público o de soberanía inmanente a la apropiación estatal, la

¹⁶² Véase, FERRAJOLI. óp. cit. pp. 14 y ss.

¹⁶³ Véase al respecto, FERNANDEZ. óp. cit. pp. 341 y ss.

posibilidad de reclamar dominio por parte del Fisco sobre bienes situados en sus territorios queda supeditada a la evaluación de títulos y modo de adquisición dominicales que terceros preferentes pudieran reclamar y operar sobre ellos, entre ellos el título y modo sucesorio.

5. El Fisco heredero y la potestad atributiva y de pago preferente del artículo 998 del Código Civil

El Fisco de Chile, persona jurídica de derecho público, no puede ejercer la elección del ordenamiento conforme al cual se determinan sus derechos que la disposición del inciso primero del artículo 998 consagra para los chilenos, ni tampoco ejercitar la potestad de pago preferente que los incisos segundo y tercero establecen. El aserto se fundamenta en el alcance literal establecido en la disposición.

En efecto, según se lee en el artículo 998, ambas potestades obran en beneficio de “los chilenos”. De conformidad con el artículo 55, solo pueden ser chilenos, para efectos de gozar de los derechos contenido en el Código Civil de Chile, los individuos de la especie humana. El Estado no lo es. Solo fue considerado heredero en el artículo 995, por razones de interés social, en su calidad de Fisco, no en su calidad de chileno, ni de pariente o cónyuge del causante. Una interpretación lógica a partir de la disposición del artículo 15 N° 2, que viene a regular relaciones sucesorias como derechos y obligaciones que dimanen de las relaciones de familia, también pueden ilustrar el sentido de la disposición del artículo 998 para estos efectos, justamente porque el Fisco no puede considerado pariente de personas naturales.

Esta situación no muta la naturaleza de la apropiación del Fisco de la herencia vacante. Ya hemos visto que semejante apropiación es de carácter privada y sucesoria por disposición de la ley.

6. El funcionario consular chileno y la sucesión intestada

Expresa el artículo 50 del Decreto N° 172 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1977 que en el caso de que un chileno falleciere intestado y sin herederos conocidos, es

obligación del funcionario consular practicar, sin demora, todos los actos que exijan la conservación y seguridad de los bienes, tales como la formación de inventario o depósito o venta de ellos haciendo uso de las facultades que le correspondan por tratados o convenciones, o de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor. Deberá anunciar el fallecimiento por los diarios del lugar y dará aviso al Ministerio, especificando el nombre, profesión y estado civil del occiso, tiempo de residencia en la circunscripción consular y demás circunstancias que puedan servir al o a los interesados para hacer valer sus derechos y practicar las gestiones que les convenga.

Para los efectos de la tenencia y administración de los bienes del intestado, siempre que ello fuere permitido por las leyes y usos del país, el funcionario consular procederá en la forma que a continuación se indica:

Entrará en posesión de los bienes del interesado, después de hacer en duplicado el inventario de ellos, en presencia de dos chilenos que reúnan las condiciones necesarias para ser testigos y, a falta de chilenos, en presencia de dos personas calificadas del lugar. En el inventario, que será firmado por el funcionario consular y los testigos, se hará una relación de todos los bienes y su valor aproximado, así como de los papeles, libros de comercio y cualquier documento o título de crédito activo o pasivo, del difunto. Los libros serán cerrados con un certificado que firmará el funcionario consular y en el cual se expresará el número de páginas escritas y todo lo que acerca de ello merezca mencionarse.

Si no la asumiera personalmente, podrá confiar la administración provisional de la herencia a persona honrada y de responsabilidad, asignándole una retribución y haciéndole la entrega con intervención de dos testigos chilenos, o en su defecto, de dos personas calificadas. El administrador podrá enajenar en pública subasta los bienes que a juicio del funcionario consular y de dos comerciantes de honradez reconocida, estén expuestos a deterioro o a perderse por el tiempo y también aquellos que fueren preciso para cubrir los gastos del funeral y de las deudas contraídas por el difunto en su última enfermedad.

El administrador procederá a hacer efectivos los créditos probables en el país y a pagar, hasta donde el producto de esos créditos alcance, las deudas del difunto que estuvieren legalmente comprobadas. Asimismo, el administrador llevará cuenta documentada de su administración. Un duplicado de la cuenta, otro de inventario y el informe que el funcionario consular crea conveniente agregar, se remitirán al Ministerio, a más tardar

un mes después de realizada la liquidación de la sucesión y se pondrán los efectos a su disposición.

Si compareciere el heredero personalmente o su representante, antes de haberse puesto los bienes a disposición del Ministerio, se le entregarán a él y se le rendirá cuenta, sin perjuicio de que se envíe al Ministerio un informe de lo obrado, con copia de las cuentas. Si fueren muchos los herederos designarán un apoderado común, a quien se entregarán los efectos y se rendirá la cuenta, y si no pudieren o no quisieren hacerlo, harán valer sus respectivos derechos ante la autoridad local correspondiente y, con arreglo a lo que éste juzgare, se hará la distribución de los efectos o de su valor recaudado. A cada uno de ellos que lo exigiere se le dará un estado de la cuenta, certificado por el funcionario consular y copia del cual remitirá, además, al Ministerio.

Hallándose repartidos los efectos de la sucesión en diferentes circunscripciones consulares, el funcionario consular, en cuya circunscripción se hubiere abierto la sucesión, se dirigirá a los otros para que por su parte, contribuyan a recogerlos y, si pareciere conveniente, formen inventario y establezcan administraciones parciales con arreglo a lo previsto en los párrafos precedentes, dando cuenta del resultado de sus gestiones al primero, de quien se considerarán como delegados y sin cuyo acuerdo no se hará inversión alguna.

Transcurridos cuatro años después de haberse comunicado al Ministerio el fallecimiento del interesado y si no comparecieren herederos, el funcionario consular ordenará la venta en pública subasta, con las formalidades requeridas para este objeto por las leyes locales, de los bienes de todas clases que formen la herencia existente en su poder. Con el producto de esa venta pagará las deudas del difunto y remitirá el remanente al Ministerio. Las cuentas, recibos y todos los documentos relativos a la administración de dichos bienes, serán también enviados al Ministerio conservando el funcionario consular un duplicado de ellos para su resguardo.

Ni el funcionario consular ni las personas que se hallen bajo su dependencia, podrán adquirir para sí o para otros, los objetos o efectos que por resolución de aquél o con su aprobación se vendieren en pública subasta. El funcionario consular en todas las sucesiones testamentarias o intestadas de chilenos en que no hubiere herederos representará los derechos del Fisco chileno de conformidad a las leyes del Estado receptor y a las disposiciones de este Reglamento ya singularizado.

Capítulo V

DERECHO APLICABLE A LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

1. Nociones generales

De conformidad con el artículo 952, si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria. El testamento, por su parte, es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenida en él, mientras viva (art. 999). De esta suerte, lo que esencialmente constituye a la sucesión testamentaria es la intervención de la última voluntad del causante dirigido disponer del todo o parte de sus bienes, designando libre y espontáneamente a la persona del sucesor o sucesores a título universal o singular.

De la descripción del testamento conforme con nuestro Código Civil fluye también que el testamento es un negocio jurídico unilateral y subjetivamente simple, personalísimo, gratuito, por causa de muerte, esencialmente revocable, solemne y dispositivo. Para las finalidades atributivas que persigue este estudio, vale la pena detenerse en el carácter de acto por causa de muerte, esencialmente revocable y solemne que tiene el negocio testamentario, pues de la fijación de estos conceptos, depende la determinación del derecho aplicable a determinados aspectos que intervienen en el proceso de testamentifacción y en la sucesión testamentaria misma.

2. El otorgamiento de testamento en país extranjero como un hecho institucional: resolución de conflicto móvil y localización general de sus elementos

Como es ya sabido, la norma de conflicto sucesoria chilena se haya enteramente construida bajo los concepto y categorías jurídicas propias del derecho objetivo de nuestro país, hecho que suele fundamentar que la calificación de las instituciones jurídicas se haga siempre,

conforme con el sistema jurídico al que pertenece el foro chileno.¹⁶⁴ En consecuencia, cada vez que se haga operativa alguna noción institucional creada por estipulación legal en algún ordenamiento de derecho, es innegable que semejante sistema de normas está teniendo aplicación por la vía de determinar que hechos del mundo cuentan como la institución de derecho respectiva.

Desde este ángulo, el testamento es un negocio *mortis causa*, puesto que, en él, la muerte conforma un evento esencial para que se produzcan los efectos propios del negocio. Antes del momento de su eficacia, el testamento puede cobrar existencia de manera perfecta, pero no tiene la aptitud para producir los efectos de derecho queridos por su autor, sino después de su muerte. Por lo tanto, en el negocio testamentario vale distinguir entre el momento de su perfeccionamiento que tiene lugar con su otorgamiento; y su producción de efectos, que quedan suspensos desde el momento de su formación, hasta que se verifica el fallecimiento del testador. Esta circunstancia hace que el negocio, aunque formado, esté expuesto a su revocación, pues la voluntad eventual contenida en el testamento solo pasa a ser un querer definitivo al morir su autor.

Este distingo se encuentra reconocido, en nuestro medio, en los artículos 18 y 19 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. En el primero de estos artículos, se establece que las solemnidades externas de los testamentos se rigen por la ley coetánea a su otorgamiento, pero las disposiciones contenidas en ellos están subordinadas a la ley vigente a la época en que fallezca el testador. En consecuencia, prevalecen sobre las leyes anteriores a la muerte del testador las que reglan la incapacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, mejoras y desheredaciones. Por su parte, la segunda de estas reglas preceptúa que si el testamento contiene disposiciones que según la ley bajo la cual se otorgó no debían llevarse a efecto, lo tendrán, sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley vigente al tiempo de morir el testador.

Esta configuración de la eficacia temporal de las leyes referidas al otorgamiento de testamento y la sucesión testada, solucionan de inmediato problemas de conflicto móvil que pudieren plantearse por el cambio de nacionalidad, domicilio, residencia del testador luego de la testamentifacción, pues el momento de otorgamiento se haya inmune a los efectos de la legislación que toma contacto con el otorgante en razón de la cualquier vinculación física que asuma con un territorio distinto en el que se verificó el otorgamiento. De mayor

¹⁶⁴ Para un estudio comparativo respecto de métodos de realización de calificación, véase, MARIS. óp. cit. pp. 223 y ss.

importancia aun, el articulado de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes define que la ley que rige el otorgamiento puede ser identificada en términos temporales y especiales con independencia del lugar en que tuvo la muerte el autor del testamento.

En el ámbito de los actos o negocios jurídicos, la serie de circunstancias que determinados hechos brutos o materiales deben satisfacer para contar institucionalmente como tal, coinciden con la satisfacción de determinados requisitos de existencia del acto dispuestos precisamente por su condición de negocio jurídico y necesarios para su generación. Satisfecha estas condiciones, la órbita de la autonomía privada asume un poder normativo reconocido por la norma de derecho estatal, y puede bien erigirse como fuente y medida de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas. Sin embargo, los efectos del acto formado se hayan supeditados a cumplir condiciones de suficiencia normativa (requisitos de validez) que han de verificarse en su proceso formativo, en términos tales que el acto pueda predicarse como válido, y cuya omisión lo expone a invalidación por vía judicial.¹⁶⁵

Conforme con el ordenamiento chileno, un testamento solo puede ser reconocido como un negocio jurídico en los términos en que fue definido por el artículo 999. Como acto o negocio que es, el testamento está dotado de voluntad testamentaria que manifiesta el *animus testandi* o intención seria de otorgar testamento; de objeto delimitado por el conjunto de intereses jurídicos que el testador pretender regular con la declaración de voluntad, específicamente en el hecho mismo de la disposición de sus bienes; de una causa; y de solemnidades legales.¹⁶⁶

La solemnidad del acto cobra importancia toda vez que el sistema jurídico chileno solo reconoce como testamento la manifestación de voluntad encaminada a efectuar disposiciones que transmiten bienes del causante a determinadas personas, como un acto más o menos solemne. Y solo pueden ser actos más o menos solemnes, en los términos del Código Civil, el testamento solemne otorgado en Chile, el testamento solemne otorgado en país extranjero y los testamentos menos privilegiados. De esta suerte, en cuanto a sus requisitos de existencia, el testamento ha de estar regido por la autonomía privada del testador, cuya intervención autoriza el derecho chileno para su configuración como negocio jurídico, salvo en lo relativo sus solemnidades en que el sistema jurídico dispensa reconocimiento de formas solemnes extranjeras, con la sola condición de la escrituración del acto.

¹⁶⁵ VIAL, Víctor. 2006. Teoría General del Acto Jurídico. 5ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. pp. 36 y ss.

¹⁶⁶ ELORRIAGA. óp. cit. pp. 155 y ss.

En cuanto a los requisitos de validez del negocio, hablando estrictamente al momento del otorgamiento, la suficiencia normativa del acto testamentario se halla regido por el derecho vigente del territorio del otorgamiento –la *lex loci testamentii*–, salvo por lo preceptuado en reglas conflictuales relativas a la capacidad de ejecutar negocios de derecho cuya regulación es especial. Esta solución general queda reconocida en el caso límite y de mayor internacionalización en esta materia, regulada en el Código Civil, esto es, la testamentifacción realizada en país extranjero conforme con el propio derecho del lugar de otorgamiento. Al respecto el artículo 1.027 expone que vale en Chile el testamento escrito otorgado en país extranjero, si se cumplen y acreditan requisitos relativos a la forma del acto. Sin embargo, el Código Civil contempla otras modalidades de otorgamiento de testamento en el extranjero. Todas ellas se estudian a continuación.

2.1. Forma del testamento otorgado en el extranjero conforme con el derecho foráneo

Que sea el sistema jurídico del adjudicador foral el que defina el concepto jurídico de testamento a que el mismo se halla vinculado, como antes decíamos, no impide que el mismo pueda fragmentar aspectos integrantes de la categoría jurídica y regularlos conforme al derecho extranjero a efectos de su reconocimiento jurídico en el sistema nacional. Esto es precisamente lo que sucede en lo tocante a las solemnidades del testamento. El sistema chileno permite otorgar testamento solemne en el extranjero de conformidad con el derecho del lugar de su otorgamiento, o bien, según las normas de testamentifacción dispuestas en el Código Civil.

El primer modo de otorgamiento –de conformidad con el derecho extranjero del lugar de testamentifacción–, quedó consagrado en artículo 1.027. La disposición dice:

“Valdrá en Chile el testamento escrito, otorgado en el país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgado, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria”.

La disposición concuerda con el principio *lex locus regit actum* que ha sido consagrado de modo general en el artículo 17. Dice este último artículo que la forma –esto

es, las solemnidades externas—, de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgado. En consecuencia, el instrumento que cumpla con condiciones de existencia testamentaria intrínsecas del acto, pero que no sea escrito, no podrá ser reconocido en Chile como testamento. Y de acuerdo con ello, las solas manifestaciones verbales de un causante en orden a disponer de sus bienes no engendran el testamento extranjero reconocido y existente para nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, el artículo 1.027 exige para la validez del acto que se haga constar la conformidad de las solemnidades que visten al negocio testamentario con el derecho del Estado en que este ha sido otorgado. De tal exigencia se deduce que para que valga en Chile el testamento nacido en el extranjero se requiere acreditar el derecho extranjero.

Por último, el precepto en comento exige la prueba de autenticidad del instrumento a ser reconocido en el fuero como testamento, en la forma ordinaria. La autenticidad —señala el artículo 17—, se refiere al hecho de “haber sido los instrumentos realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera en que tal instrumento se expresa”. La forma ordinaria de probar autenticidad refiere inmediatamente al procedimiento de legalización que establece artículo 345 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, según se ocupa de regular el artículo 345 bis. del Código antedicho, tratándose de instrumentos públicos otorgados en un Estado Parte de la Convención de La Haya que Suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, no deben ser sometidos al procedimiento del artículo 345 que le antecede, si respecto de estos se ha otorgado apostillas por la autoridad designada por el Estado de que dimana dicho instrumento.

2.2. Concepto operativo de testamento ológrafo y la validez de la forma ológrafa del testamento otorgado en el extranjero

El testamento ológrafo carece de regulación explícita al amparo de este exacto *nomen iuris* en la legislación nacional. Por lo tanto, el significado de este rótulo solo puede ser dilucidado acudiendo a sistemas jurídicos nacionales que se valen de esta expresión. En el derecho español, por ejemplo, el artículo 676 del Código Civil de España indica que “[e]l testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado”. Por su parte el artículo 678 del mismo Código expresa:

“[s]e llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688”.

En conjunción de todos los preceptos españoles recién aludidos, Carrascosa dice que, en su propio medio jurídico, el testamento ológrafo español es “aquel testamento otorgado por personas mayores de edad, y que ha sido escrito todo de él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue”. Y para su validez, señala, “se exige que sea objeto de protocolización judicial”.¹⁶⁷ Para evitar el excesivo localismo, y para diferenciar un concepto que sea ajeno a las solemnidades que las leyes de los Estados le imponen en cuanto categoría perteneciente al género de los testamentos, es razonable entender que la forma ológrafa es asumida cuando el testamento es redactado de puño y letra del testador, sin intervención de funcionario ni autoridad de ningún tipo.¹⁶⁸

El concepto de operación multinacional es consistente con las regulaciones que admiten esta forma de otorgamiento como los sistemas jurídicos de Argentina, Francia, Cuba y Estados Unidos, por nombrar algunos, cuya validez hacen depender de la estampa de rúbrica de su autor y fecha de redacción.¹⁶⁹ Así, el uso operacional se aparta de su concepto etimológico basado en el adjetivo de raíz griega “ológrafo” que viene a connotar una escrituración o imagen (“*grafo*”) acabada o total (“*hólos*”). Este carácter, desde el ángulo jurídico, no importa tanto como el carácter privado, exhaustivo y manuscrito con que se realiza y distingue su facción testamentaria, que es precisamente el enfoque que acuña la acepción primera del “Diccionario de la Lengua Española” de la Real Academia Española: “Dicho de un testamento o una memoria testamentaria: De puño y letra del testador”.¹⁷⁰

El concepto operacional de la forma ológrafa atañe, como se ve, a un problema de autenticidad del documento en que constan disposiciones testamentarias, y en tal condición, su rotulación se construye mediante palabras técnicas de la ciencia jurídica comparada, cuyo significado ha de ser tomado en el sentido que les dan los que profesan la misma ciencia (art. 21), y no en su sentido natural y obvio. La definición semántica no es baladí. Dado que lo que el concepto encierra es una dificultad de índole formal y por ende de autenticidad en

¹⁶⁷ CARRASCOSA, Javier. 2008. El testamento ológrafo y el derecho internacional privado. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche 1(3):183-201. p. 184.

¹⁶⁸ Ídem. p. 187.

¹⁶⁹ ELORRIAGA. óp. cit. pp. 189 y ss.

¹⁷⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. Diccionario de la Lengua Española [en línea]. 23ª ed. Madrid, Espasa Libros. < <http://dle.rae.es/?id=R1rXgN5> > [consulta: 11 julio 2017].

un sentido *lato*, el asunto de la admisión del testamento ológrafo en el seno de los sistemas jurídicos que no lo contemplan, desde un punto de vista metajurídico, traslada el asunto de su legitimidad y admisibilidad a la efectividad de consagración (o no) de la máxima *lex locus regit actum* en el mismo sistema, sustrayéndolo de la órbita calificativa que atañe a otros asuntos a los que pudiese erróneamente ser reducido, como pudiese ser, por ejemplo, la capacidad para testar de un modo especial.

Es tiempo ya de superar la inconducente controversia en el medio jurídico chileno acerca de la admisibilidad de la forma ológrafa del testamento otorgado en el extranjero. Al respecto, una insuficiente inteligencia de las disposiciones relativas a la forma de la testamentifacción extranjera (y que ya hemos analizado) afirmaba que el testamento ológrafo, carecía de todo valor en Chile. El aserto se hacía sustentar en que el artículo 1.027 exige la prueba de autenticidad del instrumento. Al estar definida legalmente la autenticidad –en los términos del artículo 17–, como un hecho compuesto por la consecución de certeza de la persona que lo ha autorizado, se decía que el instrumento a ser reconocido en el territorio de la República como testamento, debía tener un carácter público como el que no tiene el testamento ológrafo, pues solo un instrumento de esta naturaleza puede ser autorizado. Por otra parte, al no ser el testamento ológrafo un instrumento público, carecía de solemnidades que pudieran ser acreditadas en la forma ordinaria, conforme al artículo 345 y 345 bis. del Código de Procedimiento Civil.¹⁷¹ Del mismo modo, por ser todo testamento un instrumento público, la escritura privada no podía ser admitida en esta calidad, según lo dispuesto en el artículo 18. Dice la disposición.

“En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas”.

Los enunciados de esta argumentación representan un claro *non sequitur*. La carencia de valor se afirma sobre la base correcta de que el testamento ológrafo es un instrumento privado, toda vez el artículo 1.027 exige la prueba de solemnidad del acto que es, precisamente, la simple escrituración. Pero, si el testamento ológrafo es un instrumento privado, no se entiende por qué ha de aplicársele a este respecto una disposición que exige

¹⁷¹ Véase, ELORRIGA, óp. cit. pp. 232 y ss.

la prueba de autenticidad como si se tratase de un instrumento público.¹⁷² En efecto, el artículo 17 consagra la máxima *lex locus regit actum* para el caso de los instrumentos públicos. Pero ello no inhibe que la misma haya de aplicarse a los instrumentos privados, pues como principio de derecho internacional tiene alcance a todo tipo de actos o contratos, de manera que, si recibe aplicabilidad a los instrumentos privados, la autenticidad en este caso solo se basta con el hecho de que haber sido otorgado el instrumento por las personas en que en este se expone.

Por nuestra parte decimos que, ante la falta de pronunciamiento expreso de la regulación nacional sobre admisibilidad del testamento ológrafo –y, por lo tanto, ante su falta de prohibición–, conviene tener presente además la regla del artículo 150 del Código de Derecho Internacional Privado cuyo tenor predica a favor de su admisión si su facción se ha realizado en el extranjero. Dice la codificación de Bustamante:

“Los preceptos sobre formas de los testamentos son de orden público internacional, con excepción de los relativos al testamento otorgado en país extranjero, y al militar y marítimo en los casos que se otorgue fuera del país”.

La norma abre paso al principio *lex locus regit actum*, salvo prohibición expresa del ordenamiento del foro (como establece el artículo 148 del Código de Bustamante), en la medida en que excluye a los preceptos relativos al otorgamiento de testamento en el extranjero conforme con el derecho foráneo del estatus de orden público internacional.

Debe observarse también que, desde un punto de vista histórico, la validez de este modo de otorgamiento de testamento parece incuestionable, toda vez que el testamento ológrafo pertenecería a la clase de testamento solemnes, de conformidad con las fuentes que tuvo Bello a la vista para elaborar el Código Civil. Para no redundar, se explicará este argumento al momento en que se estudie el tratamiento atributivo de los testamentos menos solemnes otorgados en el extranjero.

¹⁷² Véase, ELORRIAGA, óp. cit. pp. 233 y ss.

2.3. Caso: sucesión de la ciudadana francesa Cabriolier

La señora Cabriolier murió bajo el imperio de su testamento ológrafo otorgado en la ciudad de Niza, Francia. En la cláusula 9ª del acto, legó a sus sobrinos valores que ascienden a 900 francos, cuya descripción encontrarán sus legatarios entre los papeles que dejaría a su fallecimiento o que se encuentren en un sobre con sus nombres. Tales papeles anexos al testamento especificaban que los valores legados consistían en 800 acciones del Banco de Chile. La suma era equivocada, pues la causante solo era titular, a la fecha de su muerte de 600 de dichas acciones.

Sobre la base de esta disposición testamentaria, los sobrinos de la señora Cabriolier reclamaron la tradición de las cosas legadas a don Juan Bautista Cabriolier, quien no impugnó la autenticidad del testamento o la forma en que este fue otorgado. Antes bien, el demandado se excepcionó arguyendo la inexistencia o nulidad del legado, en los términos en que fuera expresado por la causante en su acto testamentario, asilándose en el artículo 1.002 que expresa: “Las cédulas o papeles a que se refiera el testador en el testamento, no se mirarán como partes de éste, aunque el testador lo ordene; ni valdrán más de lo que sin esta circunstancia valdrían”. En el fallo de 2º instancia dictado el 31 de diciembre de 1924, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la demanda interpuesta por los sobrinos de la demandante por la cual pretendían la dación del legado instituido en su favor. Luego, el demandado interpuso recurso de casación en el fondo por infracción de los artículos 1.002 y 1.069.

Pese a que el demandado no formuló alegaciones formales relativas al otorgamiento de testamento que rigió la sucesión de la causante, con ocasión de este caso, en el fallo de voto de mayoría, redactado por el ministro José Astorquiza, de 14 de enero de 1927, la Corte Supremo efectuó sendas declaraciones doctrinarias en las que se hizo cargo de resolver el problema de validez asociado al testamento ológrafo otorgado en país extranjero.

Iniciando su resolución, el máximo tribunal en el considerando primero señala expresamente que el testamento ológrafo debe ser considerado bajo el rótulo de testamento escrito del que se vale el artículo 1.027. Dice:

“Que de los antecedentes relacionados en la sentencia recurrida surge que el testamento a que se refiere este juicio, es ológrafo, y fue otorgado y protocolizado en Francia, ciudad de Niza; y asimismo que las partes no han

formulado impugnación alguna contra ese instrumento, respecto de su autenticidad o del cumplimiento de sus formalidades externas; de manera que vistos los preceptos legales contenidos en los párrafos 2º, 3º y 4º del Libro 3º, Título 3º del Código Civil, cuyos rubros hacen distinción entre los testamentos otorgados en Chile y en el extranjero corresponde considerar a dicho instrumento comprendido en la clasificación indicada en el artículo 1027 del Código Civil [...]”.¹⁷³

En seguida, en el considerando segundo, el tribunal estuvo por resolver que el Código Civil consagró el principio *lex locus regit actum* expresamente en dicho artículo. Tiene la disposición una vigencia general, respecto de preceptos referidas al estatuto personal circunscritos en los artículos 15 y 998. Se explyta de este modo:

“Que, por lo tanto el reconocimiento del principio de derecho internacional privado según el cual, la ley del lugar rige el acto, ha sido consagrado explícitamente en esa disposición legal, tratándose de testamentos escritos, otorgados en el extranjero; o lo que es lo mismo, en nuestro derecho civil se atribuye en general a los instrumentos de esa índole la eficacia y fuerza legal suficiente para constituir las relaciones jurídicas que le son inherentes, subordinados a las leyes del país, en que se ha otorgado; a menos que se trate de alguno de los casos en que está comprometido el estatuto personal de los parientes chilenos, de que se ocupan los artículos 15 y 998 del Código Civil, disposiciones que no se han invocado por las partes en este juicio en defensa de los derechos que ejercitan, por lo que no es la oportunidad considerarlas [...]”.¹⁷⁴

Este último considerando citado es de suma importancia. No solo se dedica a constatar la vigencia y consagración del principio *lex locus regit actum* en nuestra legislación. Además, reflexiona sobre el modo en que el principio opera. Al abrigo de la máxima en referencia, estima la Corte Suprema que las relaciones jurídicas pueden válidamente constituirse conforme con las leyes bajo las cuales el acto testamentario es formalizado. De esto se colige que la legislación chilena bien podría reconocer instituciones jurídicas cuyas formas han de ser desconocidas para el foro por estar basadas en un derecho extranjero,

¹⁷³ EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 14 de enero de 1927. Sin especificación de Rol. [<https://westlawchile.cl> cita online: CL/JUR/51/1927].

¹⁷⁴ Ídem.

pero cuya relación subyacente pueden ampararse en institutos generales reglamentados por el ordenamiento jurídico nacional. A este respecto, el derecho del foro estaría solamente dedicado a evaluar la forma en que debe ser reconocida la institución, y la regulación de sus efectos a amparo de normas conflictuales y sustanciales. Como se ve, el considerando en estudio demuestra una riqueza dogmática para problemáticas planteadas actualmente por la disciplina del derecho internacional privado y un asiento jurisprudencial para la teoría de la institución desconocida que apareja la aceptación doctrinal de la calificación *ex lege fori* de orientación funcional.

Según el máximo tribunal, la plena vigencia del principio *lex locus regit actum* tiene plena corroboración en el reconocimiento que el derecho nacional le franquea al derecho extranjero en el artículo 955. Dice en el considerando tercero:

“Que, por lo demás, la consagración de ese principio, respecto de los testamentos escritos, otorgados en país extranjero, guarda consonancia con la otra prescripción establecida por el artículo 955 del Código Civil, según el cual, la sucesión de los bienes de una persona se regla por la ley del domicilio en que se abre salvo las excepciones legales; que no son otras que las ya recordadas de los artículos 15 y 998, y algunas más, de carácter análogo, esparcidas en nuestro derecho positivo; de donde se colige que, debiendo aplicarse, al testamento de la señora Cabriolier, en todo lo que se refiere al modo y forma de su otorgamiento y a los requisitos que han debido llenarse en los actos de disposición de la testadora, las leyes del país en que se otorgó, no es admisible que se hagan valer las prescripciones de nuestro derecho civil sustantivo establecidas para la testamentifacción instituida en Chile, para hacerlas extensivas al testamento ológrafo otorgado en Francia, como es el que se trata en esta litis, sometido a modalidades diversas y a un plan, tan opuesto en materia de solemnidades, que lo distingue radicalmente del que prevalece en Chile en ese orden de actos jurídicos [...]”.¹⁷⁵

En el resto del fallo el tribunal pasa revista a las disposiciones cuya aplicación errónea fue pretendida para sustentar el recurso de casación. No es de interés consignar aquí tales reflexiones.

¹⁷⁵ Ídem.

2.4. Invalidez del testamento privilegiado otorgado en el extranjero de conformidad con el derecho foráneo

Los trabajos de tesis más importantes escritos en nuestro medio sobre la materia de que nos hemos ocupado –la del señor Mario González¹⁷⁶ y la de los señores José y Heriberto Benquis¹⁷⁷– tratan este acápite en forma específica. Sus conclusiones resultan ser opuestas.

Por una parte, don Mario González Alvarado sustenta la validez de esta forma de otorgar testamento en país extranjero sosteniendo que los testamento privilegiados se adecuan perfectamente a la hipótesis descrita en el artículo 1.027. En esa hipótesis no figura la noción de testamento solemne *stricto sensu*, que haría excluir a los testamentos privilegiados. Para los señores Benquis, sin embargo, el requisito de solemnidad del testamento estaría incluido en el epígrafe del párrafo bajo el cual se ubica la disposición en referencia.

Desde un punto de vista más laxo de la noción de “testamento solemne”, los testamentos privilegiados, según González, también son solemnes, en el sentido en que lo describe el artículo 999; y que, al requerir la sola escrituración del negocio testamentario, el legislador solo excluye los testamentos verbales. Objeta a esto Benquis y Benquis señalando que la definición de testamento solemne debe hacerse tomando en cuenta el artículo 1.008 donde se expresa que tal es aquel en que “se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere”. La definición es obligatoria para el intérprete (art. 20).

Por último, González entiende haber una contradicción entre admitir testamentos ológrafos otorgados en el extranjero y exclusión de testamentos privilegiados. Replican los señores Benquis que la contradicción no es tal, toda vez que el testamento ológrafo es admitido en Chile como forma de testamentifacción en el extranjero por ser considerado solemne bajo el significado que ilustra el artículo 1.008.

Para nosotros, lo sustentado por lo señores Benquis resulta ineludible, en el sentido que no puede ser más claro que la disposición del artículo 1.027 está destinada regular a los testamentos solemnes del modo en que fueron definidos por el artículo 1.008, esto es, los que han observado las solemnidades que la ley ordinariamente requiere. Nos inclinamos a pensar que, dado que existe una controversia por el significado legal del concepto de

¹⁷⁶ GONZALEZ. óp. cit. pp. 104 y ss.

¹⁷⁷ BENQUIS. óp. cit. pp. 131 y ss.

testamento solemne, necesario es referirse a la historia del concepto consignado claramente en el comentario al artículo 363 de las “Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español” de Florencio García Goyena.

En esta fuente académica que Bello tuvo a la vista, el testamento abierto, cerrado u ológrafo aparece perteneciendo –de igual modo que en el código español actualmente vigente–, a la categoría de los testamentos comunes como concepto opuesto al testamento especial. La distinción es análoga a la distinción que realiza el Código de Bello entre testamento solemnes y privilegiados. Al respecto es enteramente útil lo señalado por Florencio García Goyena:

“El testamento es común o especial.

El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado.

Los tratadistas suelen distinguirlo en solemne y menos solemne, o privilegiado, que viene a ser la misma distinción de nuestro artículo, y da una idea de unos y otros testamentos.

Los testamentos comunes se pueden hacer en todas circunstancias, por toda clase de personas, observándose todas las solemnidades ordinarias de la ley: los especiales, en consideración a ciertas circunstancias, están dispensados de algunas solemnidades ordinarias [...]”¹⁷⁸

La distinción de García Goyena tiene la virtud de no confundirse con el carácter solemne *lato sensu* que el mismo identifica en su comentario al artículo 333 que consignó en sus “Concordancias”, al momento de estudiar analíticamente a la definición general de testamento del que corpus que comenta en su obra.¹⁷⁹ Queda así demostrado que la solemnidad inherente al testamento, tanto para Bello, como para las fuentes históricas del Código Civil chileno, es un concepto distinto al de testamento solemne, cuyo carácter deriva de la circunstancia de que en él se han cumplido ciertas solemnidades que ordinariamente exige la ley. Y, que el significado de esta última categoría –el de testamento solemne– coincide con el de testamento común, opuesta al de testamento privilegiado o especial.

¹⁷⁸ GARCIA, Florencio. 1852. Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español. Tomo II. Volumen III. Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico Editorial. p. 18

¹⁷⁹ Ídem. p. 12

Esta diferenciación hecha notar por García explica la referencia a la escrituración que efectúa el artículo 1.027. Pues, al tenor de lo dispuesto por las fuentes históricas, Bello pudo bien haber concebido testamentos otorgados en el extranjero “comunes”, aptos de ser reconocidos por el sistema jurídico chileno. Ante esa realidad, el codificador se aseguró que estos, para ser reconocidos en Chile, fueran escritos, tal como lo es el testamento ológrafo que es un acto solemne o común y escrito. Establecido el punto, puede, ahora, con latitud defenderse que el testamento privilegiado otorgado en el extranjero, conforme con el derecho foráneo, no tiene valor en Chile, primariamente por no ser solemne o común y no tanto porque algunos de ellos carecen de escrituración.

3. La forma del testamento otorgado en el extranjero conforme con el derecho chileno y trámites subsecuentes

El mismo Código Civil extiende validez al testamento otorgado en país extranjero por un chileno, o un extranjero que tenga domicilio en Chile, si reúne las circunstancias que enuncia del artículo 1.028. Se transcribe:

“Valdrá asimismo en Chile el testamento otorgado en país extranjero, con tal que concurren los requisitos que van a expresarse:

1. No podrá testar de este modo sino un chileno, o un extranjero que tenga domicilio en Chile.
2. No podrá autorizar este testamento sino un Ministro Plenipotenciario, un Encargado de Negocios, un Secretario de Legación que tenga título de tal, expedido por el Presidente de la República, o un Cónsul que tenga patente del mismo; pero no un Vicecónsul. Se hará mención expresa del cargo, y de los referidos título y patente.
3. Los testigos serán chilenos, o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento.
4. Se observarán en lo demás las reglas del testamento solemne otorgado en Chile.

5. El instrumento llevará el sello de la Legación o Consulado”.

El artículo en referencia tiene como destinatarios, por una parte, a los chilenos que residen en el extranjero y que han querido disponer para después de sus días de conformidad con el ordenamiento chileno. Por otra, a los extranjeros que han constituido su domicilio en el territorio del Estado y que por ese hecho han adquirido membrecía en la sociedad chilena, no obstante residencia en el extranjero, sin que tal residencia mude el domicilio ya establecido, como la residencia que es meramente accidental y que presuntivamente ejerce el extranjero viajero, comisionista temporal, o la del que se ocupa en algún tráfico ambulante (art. 63); o la residencia forzada o voluntaria, que presuntivamente ejerce el extranjero que conserva su familia y el asiento principal de sus negocios en Chile (art. 65). El domicilio en Chile debe ser extendido también a los que viven, de conformidad con la ley chilena, bajo su patria potestad, y el que se halla bajo su tutela o curaduría (art. 72).

Respecto de la segunda exigencia que establece la disposición, debe observarse que de conformidad con la letra c) del artículo 3° del Decreto N° 172 de 1977 del Ministerio de Relaciones Exteriores que sustituye el texto del Reglamento Consular, los Cónsules tienen funciones de carácter administrativo o judicial, en cuanto no se opongan a las leyes y reglamentos del Estado receptor, entre ellas, actuar en calidad de notario. Esta función ha sido establecida para cumplir el mandato de solemnizar actos jurídicos o de estado civil que tendrán efecto en Chile, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2° del mismo reglamento. De esta suerte, en la medida en que el otorgamiento se rige por el derecho chileno, es precisamente el Cónsul el llamado a autorizar tal acto, haciendo las veces de notario autorizante del acto testamentario.

Como el artículo distingue entre Cónsules y otros funcionarios, ha de entenderse que los otros funcionarios señalados en la norma, con exclusión del Vicecónsul, son agentes diplomáticos y no consulares, de aquellos que ejercen potestades como Jefes de Misión, de conformidad con el artículo 14 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Por lo tanto, en ella también quedarían comprendidos los Embajadores o Nuncios y otros Jefes de Misión de rango equivalente; Enviados, Ministros o Internuncios y; los Encargados de Negocios. De conformidad con Decreto con Fuerza de Ley N° 33 del año 1999 del Ministerio de Relaciones Exteriores que fija el Estatuto del Personal del Ministerio, la Jefatura de Misión es servida por el Embajador, por lo que cabe comprenderlo en el artículo en estudio, además de su inmediato inferior jerárquico que es Ministro Consejero, y

quien asuma la labor de Encargado de Negocios, en reemplazo y representación del Jefe de Misión. Por disposición expresa del artículo 1.028, además puede autorizar el testamento otorgado en el extranjero, los Secretarios de Embajada.

Respecto de la tercera circunstancia exigida, cabe notar que la disposición utiliza la expresión “los testigos”, sin determinarlos por número. Pero dado que se trata del testamento solemne ante funcionario ministro de fe, análoga a la función del notario de Chile, debe entenderse que son tres los testigos conforme con los artículos 1.014 y 1.021.

Según el artículo 1.682, la falta de alguna de estas exigencias señaladas en el artículo 1.028 conduce a la nulidad absoluta del acto testamentario, puesto que se trata de requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor (o existencia) del testamento en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de la persona del otorgante.

Una vez otorgado el testamento en la forma que señala el artículo 1.028, el artículo 1.029 señala que el testamento debe llevar el Visto Bueno del jefe de Legación; si el testamento fuere abierto, al pie; y si fuere cerrado, sobre la carátula. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y fin de cada página. Enseguida, el jefe de Legación remitirá una copia del testamento abierto, o de la carátula del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores de Chile. Este, a su vez, debe abonar la firma del jefe de Legación y remitirá dicha copia al juez del último domicilio del testador en Chile, para que la haga incorporar en los protocolos de un notario del mismo domicilio. No conociéndose al testador ningún domicilio en Chile, será remitido el testamento por el Ministro de Relaciones Exteriores a un juez de letras de Santiago, para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe. La orden judicial de protocolización del testamento aquí señalada obedece a la necesidad de dar publicidad de la remisión del testamento otorgado en el extranjero a Chile.

La falta de alguna de las formalidades señaladas en el artículo 1.029 no conduce a la nulidad del acto, por no atender estas exigencias a elementos intrínsecos del mismo. Como se trata de formalidades orientadas a obtener certeza de la autenticidad del testamento, el negocio será impugnado por faltarle semejante autenticidad, defecto que podrá ser suplido por otros medios probatorios, al igual que la falta de integridad, pero de ello no cabe colegir la nulidad.

Como la norma del artículo 1.028 no hacía distinciones en cuanto al otorgamiento de testamentos solemnes, es posible otorgar en el extranjero testamentos cerrados, esto es, aquellos en que el testador presenta al agente diplomático o consular y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el funcionario y testigos le vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento. De aquello, se hace necesario dar apertura del testamento una vez remitido a Chile, antes de llevarse a cabo su ejecución. Al respecto el artículo 1.025, regulando la apertura del testamento otorgado en Chile, señala que no se abrirá el testamento sino después que el notario y testigos reconozcan ante el juez su firma y la del testador, declarando además si en su concepto está cerrado, sellado o marcado como en el acto de entrega. El inciso cuarto de la disposición en comento (art. 1.025), de relevancia para esta forma de facción testamentaria, señala expresamente:

“No pudiendo comparecer el escribano o funcionario que autorizó el testamento, será reemplazo para las diligencias de apertura por el escribano que el juez elija”.

De manera que conforme con el Código Civil, siempre intervendrá en la apertura del testamento cerrado otorgado en el extranjero, un notario designado judicialmente, siempre que (y como regularmente se verificará) el agente consular o diplomático no pueda comparecer al señalado trámite en Chile. Por último, señala esta misma disposición que en caso necesario, y siempre que el juez lo estime conveniente pueden ser abonadas las firmas de los testigos ausentes mediante declaraciones juradas de otras personas fidedignas.

4. Capacidad para otorgar testamento

4.1. Capacidad activa: capacidad de goce regida atributivamente como capacidad de ejercicio

Ante todo, desde el punto de vista atributivo, preciso es dilucidar la naturaleza jurídica de la así denominada capacidad activa o capacidad para testar, dada la distinción que el propio subsistema conflictual realiza a la hora de normar ambas clases de capacidades. En efecto, en el Código Civil, la capacidad de goce es impuesta de modo universal para todos los individuos de la especie humana y la capacidad de ejercicio conforma parte explícita de

reglas de derecho internacional privado (arts. 14 y 15). Urge decir algo al respecto, dado que usual que en la manualística conflictual se omita el fundamento de por qué la capacidad activa debiera considerarse, para efectos atributivos, capacidad de ejercicio y no de goce.

Del propio tenor de la norma que regula la capacidad de testar en el ordenamiento jurídico chileno –el artículo 1.005–, lo primero que ha de notarse es la semejanza que su contenido normativo posee en relación a las normas de los artículos 1.446 y 1.447, disposiciones que esbozan, por una parte, el reconocimiento de capacidad general a todo aquel la ley no declare como incapaz, y por otro, la enunciación de hechos que generan incapacidades de ejercicio. Del mismo modo, la regla testamentaria señala que no son hábiles para testar el impúber, el que se hallare bajo interdicción por causa de demencia, el que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa y, todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente. En el inciso final del artículo 1.005 se declara que las personas no comprendidas en la enumeración que realiza la disposición son hábiles para testar.

La semejanza de esta forma de regulación fluye de que del artículo 1.447 establece incapacidades de ejercicio absolutas y relativas que obstan para las personas allí señaladas la posibilidad de actuación autónoma a la vida del derecho, haciendo uso de los derechos de que ya son titulares.¹⁸⁰ Estas incapacidades, han sido dispuestas con una finalidad esencialmente protectora frente al peligro que deriva de la inexperiencia o de alteraciones cognitivas que conducirían al mal ejercicio de los derechos subjetivos. Por su parte, las inhabilidades testamentarias –tanto como las incapacidades de ejercicio generales–, aparecen como excepcionales a una regla general que declara la habilidad de toda persona para testar y la consagración de tales circunstancias que rodean a la persona inhábil parecen también guiadas en un afán tutelar, por padecer estos sujetos de inexperiencia en el uso de los derechos de que gozan, alteraciones intelectuales y carencia de facultades comunicacionales, incompatibles con la competencia de emitir una clara voluntad testamentaria suficientemente desarrollada y acabadamente consciente.

Sin embargo, obsta a la calificación de la habilidad para testar como una capacidad de ejercicio la circunstancia de que las incapacidades de ejercicio bien pueden ser suplidas mediante formas habilitantes que resguardan a los sujetos que padecen carencias cognitivas, comunicacionales convencionales o etarias, que les impide actuar a la vida del

¹⁸⁰ ELORRIAGA, óp. cit. p. 161.

derecho. Típicamente, y en orbitas relacionales donde están en juego las condiciones de emisión de voluntad, estos sujetos pueden poner en movimiento sus derechos solamente representados por una persona que tenga capacidad para emitir por sí mismo, en la génesis del negocio jurídico, su propia voluntad libre y acabada, supliendo la del incapaz. Sin embargo, la habilitación del incapaz de ejercicio, en el ámbito de otorgamiento del testamento está enteramente vedada en virtud del carácter esencialmente personalísimo del negocio testamentario.

En Chile, esta veda de intervención del representante se demuestra en que la facultad de testar no puede ser delegada (art. 1.004), y la elección de los asignatarios testamentarios, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas, no puede depender del puro arbitrio ajeno al testador (1.063). Siguiendo, pues, esta línea de razonamiento, y en tanto la facultad para testar pueda ser percibida como un derecho subjetivo, la inhabilidad legal de testamentifacción activa bien debe ser considerada una incapacidad de goce de un determinado derecho. Precisamente, el derecho de testar. Por eso, esta consideración parece imponerse y, bajo el rigor dogmático, ha de entenderse que las incapacidades para testar son una incapacidad especial de goce.

Ahora bien, desde el punto de vista conflictual, no es óbice esta consideración de las incapacidades para testar como incapacidades especiales de goce, a que esta última pueda ser tratado bajo las reglas generales de efectos espaciales de la ley que el Código Civil estatuyó en sus artículos 14 y 15, bajo la denominación “capacidad para ejecutar ciertos actos o contratos que hayan de tener efecto en Chile” –y, por la que se alude textualmente a la capacidad de ejercicio–, habida cuenta de la relación de dependencia lógica que asume la capacidad de actuación o de hecho respecto de la capacidad de goce o jurídica, en cuanto la capacidad de ejercicio no puede concebirse sin capacidad de goce.

De esta manera, si la regulación atributiva reparte la competencia legislativa de los Estados respecto de la capacidad de ejercicio (arts. 14 y 15), por la vía de ordenar la aplicación, en materia testamentaria, de reglas que permiten la capacidad de otorgar testamento a sujetos que no pueden hacerlo conforme la legislación chilena, habrá determinado su habilitación conforme al derecho extranjero y, a un mismo tiempo, *ipso facto*, también la regulación de su supuesto necesario, esto es, la capacidad especial de goce testamentaria, sin la cual no es posible concebir el ejercicio del derecho a testar. Decimos, pues, frente a la regulación conflictual de las incapacidades especiales para facción de

testamento, *mutatis mutandi*: mutando la inhabilidad de ejercicio por imperio de *lex caussae*, muta, (*ceteris paribus*), la inhabilidad de goce.

Sirve a la confirmación de esta forma de razonar, la noción de que el régimen atributivo chileno de la capacidad de goce general es enteramente universal, es decir, ha sido consagrado para dotar de contenido normativo a la categoría jurídica de persona que son tanto los chilenos como los extranjeros. Sólo esta capacidad de goce general habría de aplicarse imperativa, universal y necesariamente a las relaciones jurídicas internacionales significando una verdadera proscripción de la muerte civil o la objetivación jurídica de individuos de la especie humana por haberse verificado el simple hecho de traspaso de fronteras interestatales, constituir una residencia, un domicilio o nacionalizarse bajo las normas de otro sistema estatal y de derecho diferente al chileno. Pero este régimen no se ajusta a las incapacidades especiales de goce, en que quienes las padecen continúan en su calidad de persona a la vida del derecho, y no por ello cesan en su capacidad de gozar generalmente de derechos subjetivos.¹⁸¹

Establecido el punto, ha de señalarse entonces que la capacidad activa del autor del testamento es una materia que ha de quedar regida atributivamente bajo el estatuto de la capacidad de ejercicio y, consecuentemente, la determinación de su regulación al momento del otorgamiento del acto ha de establecerse considerando las reglas conflictuales de los artículos 14 y 15. La primera de estas reglas atributivas vincula la validez del testamento sobre la base del cumplimiento de las reglas sobre capacidad testamentaria del derecho chileno, si el mismo otorgante, chileno o extranjero, se encuentra habitando territorio chileno. Pero, enseguida, la regla del artículo 15, señala que al mismo derecho chileno quedan sujetos los chilenos, no obstante, su residencia o domicilio en país foráneo, en lo relativo a la capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile.

De esta suerte, ambas reglas establecen –siempre por referencia a la capacidad de ejercicio–, la sujeción de chilenos y extranjeros al derecho chileno en toda circunstancia, bajo la sola condición de su habitación en Chile, extendiendo el legislador extraterritorialmente el efecto vinculante de la ley chilena solo a los chilenos respecto de ciertos actos que van a producir sus efectos en el territorio chileno. Con todo, la norma del artículo 15 no determina el derecho aplicable a la capacidad de los chilenos para ejecutar actos que no hayan de

¹⁸¹ VILLARROEL. 1982. óp. cit. pp. 362 y ss.

tener efecto en Chile, ni la capacidad del extranjero para ejecutar negocios cuyos efectos se radiquen fuera o dentro del territorio de la Republica.

4.2. Capacidad activa de las personas en situaciones no comprendidas en el artículo 15 del Código Civil: *lex loci testamenti*, la influencia del *favor validitatem* y el reenvío operativo en el estatuto personal

Las situaciones de capacidad omitidas por el artículo 15 no pueden ser reguladas por el derecho chileno, en la medida que no cumplen el requisito de conexión dispuesto por el artículo 14. También habría que descartar alguna posibilidad de intervención del derecho nacional arguyéndose como único criterio de legitimación de aplicación de la norma, que la capacidad de ejercicio, al ser parte del así denominado estatuto personal, debiera regirse por el derecho de la nacionalidad del otorgante del testamento, pues dicha solución contraviene expresa y formalmente lo dispuesto en el artículo 15, en cuanto solo ha de aplicarse las normas sobre capacidad de hecho del sistema jurídico nacional a los chilenos, si el acto en que han intervenido produce sus efectos en Chile.

Tampoco es posible sugerir la aplicación de la ley del domicilio como regente del estatuto de personalidad, en tanto, este criterio de conexión se ha señalado concretamente en nuestro sistema jurídico únicamente en la norma conflictual sucesoria del artículo 955, de la que no cabe extender su operatividad hacia ámbitos donde se trata específicamente de regular las condiciones normativas necesarias y suficientes de la génesis del testamento en tanto acto jurídico reconocido por el derecho chileno y no sus efectos en cuanto sucesión. Es decir, se trata –antes de regular el derecho aplicable a los efectos de transmisión sucesoria–, de determinar el ordenamiento que ha de conferir (o no) el derecho de un sujeto a emitir su última voluntad para cuando tal transmisión tenga lugar. El distinto tópico a que refieren la transmisión testamentaria y la conformación del testamento se aprecian prístinamente en la categorización dogmática de cuestión previa en relación a la sucesión testada que reviste la formación del testamento, como ya se estableció en este estudio bajo el contenido de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

En verdad, ha de reconocerse que el Código Civil no contiene un verdadero estatuto personal cimentado en factores de conexión ligados al domicilio o a la nacionalidad de los chilenos que celebran actos que no hayan de producir efectos en Chile, o extranjero que no

habiten el territorio de la Republica. El aserto cobra verdadera fuerza al constatar que no existe ninguna norma que se explaye explícitamente sobre el asunto. El codificador solo tuvo cuenta una conexión de nacionalidad con el objeto de reforzar la territorialidad de la ley chilena, o bien, de extender sus efectos espaciales extraterritorialmente al abrigo de la disposición del artículo 15, pero ello hace imposible derivar del ordenamiento atributivo chileno una verdadera regulación respetuosa por la permanencia de elementos inherentes al estatuto de la persona. Esclarecido esto, debe entenderse que el artículo 14 no contiene una autentica norma o principio general que someta elementos del estatuto personal a la ley nacional.

De este descarte, es posible deducir por analogía, que sistema jurídico llamado a regir las situaciones omitidas por el artículo 15 es el ordenamiento del lugar en que ocurre la génesis de la relación jurídica que involucra el testamento, definida según los términos del ordenamiento chileno. La determinación de la regulación de la capacidad para ejercitar un acto, según el derecho aplicable al mismo acto, que ha de ser el del lugar de formación del mismo, se deriva de una serie de disposiciones del ordenamiento jurídico que le dan mayor verosimilitud a esta solución. Así, por ejemplo, en materia matrimonial los aspectos de forma y fondo de la génesis del matrimonio son los que establece la ley del lugar de su celebración, según se ocupa de preceptuar el artículo 80 de la Ley N° 19.947, salvo los impedimentos para contraerlo. De ello se deduce que de no haber regla que regule expresamente la capacidad o impedimento para celebrar un acto, esta quedará determinada por la *lex loci celebrationis*. El mismo principio se dispone en el artículo 12 de la Ley N° 20.830 en virtud del cual los requisitos de fondo y de forma de los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida en común de dos personas, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero, se rigen por la ley del país en que haya sido celebrado. Por último, el principio de subsunción de la capacidad de hecho o de ejercicio bajo una regulación general sobre actos jurídicos, salvo regla expresa, claro está, se deduce también del estatuto atributivo de los contratos no cumplideros en Chile, cuyos requisitos de validez, entre ellos, la capacidad del contratante, se rigen por el derecho del lugar de su celebración.

En materia testamentaria, la aplicación de la ley del lugar que rige, por regla general, toda la testamentifacción tanto en sus requisitos formales como de fondo, o internos y externos, entre ellas, los aspectos de la capacidad del testador no reconocido en el artículo 15, tiene habilitación formal en el artículo 1.027, disposición que, como se hizo constar, le

extiende validez al testamento escrito, otorgado en el país extranjero. Por otra parte, la formación del testamento, conforme con su naturaleza personalísima, no puede haberse verificado en términos espaciales, sino en el lugar donde el autor exteriorizó seriamente su voluntad testamentaria, por lo que no cabe duda de que el proceso de génesis testamentaria se radica en el lugar de habitación del testador, hecho que se adecua a la aplicación multilateralizada del artículo 14 y, en consecuencia, a la operación de la así denominada *lex loci testamentii*.

Ahora bien, en el envío efectuado al sistema jurídico del lugar donde se produjo el otorgamiento deben considerarse las normas conflictuales relativas a la capacidad de ejercicio del ordenamiento de la *lex caussae*, a efectos de determinar la incapacidad de testamentifacción que podría afectar al testador no considerado en el artículo 15, admitiéndose, entonces, el reenvío de primer y segundo grado, siempre y cuando la ley nacional del testador establezca su plena habilidad de testamentifacción, en oposición a la norma sustancial perteneciente al sistema jurídico que rige en general el otorgamiento de testamento. Esta consideración de las reglas atributivas en subsidio de normas sustanciales que establezcan la habilidad testamentaria en el derecho enviado se sustenta en que, si bien la localización vía reenvío debe ser descartada como solución general por revestir su utilización una clara desviación o inobservancia del mandato de aplicación legal de la regla atributiva del foro construida sobre la base de sus criterios materiales, en este caso particular, precisamente por tratarse de integrar una laguna lógico-normativa del sistema chileno, no existe mandato de aplicación de alguna regla atributiva cuya hipótesis fáctica refiera a la capacidad de ejercicio.

Pero, con mayor importancia aún, el carácter *mortis causa* del otorgamiento supone la emisión definitiva, única, irrepetible e incorregible de voluntad del testador ya fallecido, y ante tal fenómeno de la vida jurídica, el aplicador del derecho –siempre que las formas jurídicas permitan habilitarlo en esta dirección–, ha de observar el principio *favor testamentii* cuyo contenido le impone la necesidad de reconocer reglas que posibiliten la actuación de la voluntad testamentaria, evitando así, la apertura de la sucesión legítima y la claudicación del testamento. Semejante principio, en sede internacional, tiene cabida en el mundo jurídico contemporáneo en el artículo 1° del Convenio de La Haya sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias de 1961, que, pese a no ser suscrito por Chile, identifica y formaliza un mandato de optimización posible de desplegarse conforme con criterios formales del sistema jurídico chileno.

Según el *favor testamentii*, el aplicador del derecho ha de esforzarse en buscar la validez formal del testamento mediante la posibilidad de acudir a distintos puntos de conexión, faceta que se singulariza en el principio *favor validitatem*.¹⁸² El reenvío, desde este ángulo, obra como habilitación formal del aplicador del derecho, permitiéndole tomar en cuenta una voluntad que por no haberse manifestado conforme con alguna ley que el testador se encuentra estrechamente vinculado, se expone al peligro de su invalidez jurídica.

A mayor abundamiento, ha de tenerse en cuenta que el artículo 146 del Código de Derecho Internacional Privado dispone que la capacidad para disponer por testamento se regula por la ley personal del testador y, pese a no resultar formal y directamente aplicada la norma interamericana en esta materia por tener aplicación preferente el artículo 1.027 en el modo en que recién indicamos, la regla del Código interamericano pone en evidencia que el criterio de conexión de personalidad en relación a la capacidad para testar no es enteramente ajeno al derecho chileno. Por ello, el reenvío en su favor no conformaría la inobservancia del mandato de aplicación legal que se le reprocha –y con justicia como solución general–, a esta institución.

5. El cónsul chileno y el testamento del chileno en el extranjero

Señala el N° 2 del artículo 50 del Decreto N° 172 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1977 lo que sigue:

“En el caso de que falleciere un chileno habiendo hecho testamento y no habiendo en dicho lugar herederos, albaceas o representantes de ellos, el funcionario consular velará por la seguridad del testamento y cuidará por su pronta remisión al Ministerio para que llegue a poder de los interesados. Si los bienes hereditarios o parte de ellos existieren en el distrito consular, procederá como en el caso de sucesión intestada”.

¹⁸² BLANCO-MORALES. óp. cit. p. 80

6. Necesidad y condiciones de reconocimiento de las asignaciones testamentarias

Tal como ya fuera consignado, de la no distinción del concepto general de sucesión con que se vale el artículo 955, debe concluirse que el derecho aplicable a la sucesión testamentaria es la *lex successionis*. Lo anterior es coherente con la naturaleza de la sucesión testada. Lo que la caracteriza es la configuración de la transmisión de todo o parte del patrimonio del causante mediante disposiciones voluntarias definitivas y no revocadas del fallecido. En la medida que tales disposiciones o elementos internos del testamento formalizan o estructuran la sucesión, deben quedar sujetas al derecho que rige la sucesión en general, siempre y cuando se haya producido su hecho generador, cual es la muerte del testador.

Con todo –al igual que la noción de testamento–, el concepto de asignaciones testamentarias representa una categoría del derecho definida por el ordenamiento sucesorio chileno bajo determinadas precisiones mínimas que solo una vez establecidas, están en pie de ser vinculadas jurídicamente al derecho que rige la sucesión. La realidad de esta observación radica en que el contenido del testamento no puede ser calificado sin más como una asignación testamentaria, desde el momento en que las categorías de asignación y declaración testamentaria connotan significaciones distintas. En efecto, si bien el testamento se hace jurídicamente reconocible si porta un objeto esencialmente dispositivo, las cláusulas que lo configuran pueden coexistir con otras declaraciones de última voluntad dirigidas a otras finalidades ajenas a la transmisión de bienes. Tales son las que contienen voliciones de la intimidad del testador sin relevancia jurídica, o bien declaraciones con entera relevancia para el derecho como lo son el reconocimiento de un hijo o la designación de un guardador para este. Por ello, las condiciones de existencia especiales de la asignación derivan de reglas a cuyo contenido quedan sujeto el reconocimiento del hecho material consistente en la emisión de voluntad del causante, pero, valga la redundancia, específicamente como asignación por causa de muerte.

Al respecto, de lo preceptuado por el artículo 953 fluye que las asignaciones testamentarias son las que hace el testamento de una persona difunta, para suceder en sus bienes. Como quiera que el reconocimiento del fenómeno sucesorio bajo disposiciones testamentarias necesita, por una parte, de la concurrencia de la persona del causahabiente, y por otra, del objeto mismo de la sucesión, se deduce que para que exista asignación testamentaria debe verificarse certidumbre y determinación del asignatario testamentario, y acusar una clara determinación de objeto. Ante todo, la condición de certidumbre del

asignatario apunta a la existencia jurídica de su persona; y su determinación supone que el tenor de la asignación singularice suficientemente al asignatario en términos tales que no quepa duda sobre su individualidad, es decir, que no pueda ser confundido con otra u otras personas. El inciso primero del artículo 1.056 establece que todo “asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento”. Asimismo, el artículo 1.065 señala que “si la asignación estuviere concebida o escrita en términos tales, que no se sepa a cuál de dos o más personas ha querido designar el testador, ninguna de dichas personas tendrá derecho a ella”.

Conforme con los artículos 962 y 963, no es óbice a la certidumbre del asignatario determinadas circunstancias como aquellas que caben circunscribir en el ámbito de protección del *nasciturus* mediante la suspensión de sus derechos eventuales hasta que adquiera con el nacimiento capacidad de goce sucesoria, dado que la calidad de objeto de protección jurídica que le extiende el derecho chileno, según se dijo, no es regido ni muta por la intervención de la *lex successionis*. Si el derecho chileno relaja las condiciones de reconocimiento de la disposición testamentaria como asignación –en este caso, bajo la condición de nacimiento del *nasciturus* y no de una persona–, con mayor razón han de perdurar dichas condiciones de reconocimiento si interviene el derecho extranjero para regir la sucesión. Idéntica situación se produce cuando la disposición testamentaria tiene por finalidad la creación de una determinada persona jurídica, pues semejante disposición puede bien ser reconocida como asignación si se cumple la condición de obtención de dicha calidad.

Pero, no es lo que ocurre tratándose de disposiciones que, cumpliendo en parte requisitos de reconocimiento para ser consideradas asignaciones, contemplan un significado que debe ser suplementado legamente, como es el caso en que el testador ha instituido asignaciones de beneficencia para personas que no individualiza; o asigna “a su alma”, sin especificar de otro modo su inversión; o bien instituye asignaciones que beneficia generalmente a los pobres (art. 1.056); o, en fin, dispone indeterminadamente a sus parientes (art. 1.064). Dado que la legislación chilena permite el reconocimiento institucional de esta asignación insuficientemente determinada en relación a la persona del asignatario, esta debe tenerse por existente, pero en lo relativo a la forma en que ha de ser suplementado la significación de aquella asignación genérica, debe estarse lo que disponga las reglas respectivas de la *lex successionis*. Lo anterior no es sino consecuencia que las

asignaciones testamentarias, al fijar el efecto sucesorio, deben ser interpretadas por la ley que rige la sucesión.

Por otra parte, para que una disposición testamentaria pueda ser reconocida como asignación se requiere que se haya determinado por el testador, el objeto de la asignación. Con ello se quiere decir que la naturaleza de la asignación pueda determinarse, pues de otra manera se tendrá por no escrita. Al respecto, el inciso primero del artículo 1.066 señala que toda “asignación deberá ser o a título universal, o de especies determinadas o que por las indicaciones del testamento puedan claramente determinarse, o de géneros y cantidades que igualmente lo sean o puedan serlo. De otra manera se tendrá por no escrita”.

El inciso segundo del artículo 1.066 establece que, “si la asignación se destinare a un objeto de beneficencia expresado en el testamento, sin determinar la cuota, cantidad o especies que hayan de invertirse en él, valdrá la asignación, habida consideración de la naturaleza del objeto, a las otras disposiciones del testador, y a las fuerzas del patrimonio, en la parte que el testador pudo disponer libremente”. Se trata de una asignación cuyo objeto se haya determinado con menor precisión y, en consecuencia, sus condiciones de reconocimiento son menos estrictas en atención a la finalidad misma de la disposición, esto es, un objeto de beneficencia dirigida a una institución ya determinado conforme con las reglas generales. Los efectos de esta asignación reconocida, y en especial, de los criterios legales que han de tomarse en cuenta para suplementar la determinación objetiva de la asignación, deben ser regulados conforme con el derecho que rige la sucesión. Por ende, su validez depende enteramente de la *lex successionis*.

7. Derecho aplicable a la sucesión testada

7.1. Regla general

Por ser las asignaciones testamentarias disposiciones que formalizan la sucesión de un testador ya fallecido al tenor de su voluntad testamentaria, están dentro de la órbita de aplicación del artículo 955, en tanto constituyen una sucesión testada. En consecuencia, todas ellas, cualquiera sea su clase o naturaleza, son regidas, en general, por la *lex successionis*.

Son parte de estas disposiciones también las que el testador es legalmente obligado a hacer de conformidad con el derecho chileno, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, declaraciones dispositivas que en nuestro sistema jurídico reciben el *nomen iuris* de “asignaciones forzosas”. Conforme con el artículo 1.116, estas asignaciones son los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, las legítimas, la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge sobreviviente.

7.2. Asignaciones forzosas en la herencia de un testador chileno

Tal como se verifica en la sucesión legal, de haber sido el testador una persona chilena, el artículo 15 N° 2 establece una fragmentación de la herencia transnacional señalando que la sucesión que se abre al momento de su muerte –y en este caso resulta ser una sucesión testada–, ha de regirse necesariamente conforme con el derecho chileno respecto de los asignatarios chilenos que sean cónyuge o parientes del testador. Y siendo las asignaciones forzosas disposiciones que necesariamente debe incorporar la sucesión, aun en contra de la voluntad del testador, sus parientes y cónyuges chilenos siempre gozarán de la porción en el caudal hereditario que, por la vigencia y aplicación de tales asignaciones, se les debe enterar.

Problema de distinta índole es el que consiste en determinar si procede para los asignatarios chilenos la potestad de pago preferente para el pago de asignaciones forzosas sobre bienes existentes en Chile, que estatuye el artículo 998. Según opina Guzmán el derecho del cónyuge y parientes chilenos a solicitar adjudicación en este modo, no es aplicable tratándose de sucesiones testadas. La afirmación se sustenta en que la disposición en comento está ubicada en el Título II del Libro III del Código Civil denominado “Reglas relativas a la sucesión intestada”, y el tenor de artículo inicia bajo un contenido proposicional alusivo a la “sucesión abintestato”. Aceptándose esta conclusión, el derecho de preferencia solo podría ser argüido en las legítimas, pues conforme 1.183 los legitimarios “concurren y

son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada”.¹⁸³ Esta misma restricción es suscrita por Albónico y Duncker.¹⁸⁴

Otros como Fabres Fernández, se inclinan a darle operatividad al derecho de preferencia en la sucesión testada en los siguientes términos:

“[...] la ley chilena confiere un derecho más enérgico, más eficaz, más protector a las asignaciones forzosas que a la sucesión intestada; y si respecto de estas hace prevalecer la ley chilena sobre la ley extranjera tratándose de chilenos y de bienes situados en Chile, con mayor razón debe prevalecer en este caso la ley chilena sobre la voluntad del testador, tratándose de asignaciones forzosas: porque estas son idénticamente las mismas y se protegen de la misma manera en la sucesión testada que en la intestada”.¹⁸⁵

Este estudio impugna la restricción que se quiere ver en la operatividad del derecho de preferencia, adhiriendo a la opinión de aquellas que lo conciben aplicable tanto a sucesiones testamentarias como abintestato, pero bajo propios razonamientos que pasamos a defender.

El derecho de adjudicación en los bienes ubicados en Chile con cargo a las cuotas hereditarias que confiere la ley chilena a los herederos chilenos comporta un derecho subjetivo determinado sobre la base de un ordenamiento aplicable, sistema que fue señalado por una norma de derecho internacional privado. Esta potestad sustancial puede ser ejercida una vez que queda claro cuáles son los derechos sucesorios de los asignatarios chilenos, condición para hacer efectiva alguna preferencia. De este aserto cabe entender que las normas sustanciales y atributivas son lógicamente distinguibles y, por lo tanto, tienen un contenido u órbita aplicativa precisa, autónoma y delimitada.

El artículo 998 contienen dos tipos de normas. En el inciso primero estatuye una regla conflictual que fragmenta la herencia multinacional originada en la sucesión abintestato de un extranjero, estableciendo que los derechos sucesorios que dimanen de ella se van a regir por el derecho chileno. Esta fragmentación es análoga a la establecida en el artículo 15 N° 2.

¹⁸³ GUZMAN, óp. cit. pp. 541 y ss.

¹⁸⁴ Por ambos, véase GONZALEZ, óp. cit. pp. 99 y ss.

¹⁸⁵ FABRES, José. 1892. La Legislación de Chile con Relación al Derecho Internacional Privado. Santiago, Chile. Imp. Cervantes. p. 47.

Con ello, el legislador ha completado el estatuto atributivo-fragmentador de la herencia donde figuran asignatarios chilenos, lo cual explica la referencia que realizó a la “sucesión abintestato”. Los siguientes incisos del artículo contienen el derecho sustancial de preferencia. De esta suerte, los efectos jurídicos que apareja la regla atributiva del inciso primero del artículo en comento no pueden ser extendidos al resto de las normas jurídicas que consagra el mismo artículo.

En las normas específicamente sustanciales que establecen el derecho de preferencia, el legislador no establece distinciones relativas a la clase de sucesión. Todo lo que requiere el legislador para poner en movimiento la potestad en referencia es que el asignatario revista la nacionalidad chilena y que acredite un interés. Evidentemente, el interés que acusa es el sustrato o fundamento de la consagración de su derecho sucesorio, que puede dimanar tanto de su calidad de heredero de conformidad con los órdenes legales, o bien, de su institución como tal mediante un testamento.

En la especie, la regla que habilita a solicitar el derecho de preferencia en la herencia de un testador chileno es el inciso tercero del artículo 998. Esta parte de la norma le sigue al inciso segundo donde se establecieron los requisitos para que proceda el derecho de preferencia en la herencia de un extranjero; en el inciso tercero se ocupa la expresión “esto mismo”, figura lingüística que connota una analogía. Bajo el imperio de esta frase se extienden las hipótesis operativas del derecho de adjudicación preferente en la sucesión intestada al régimen de sucesión testamentaria. El inciso podría leerse así: “esto mismo, es decir, el derecho de preferencia se aplicará a la sucesión testada o intestada de un chileno que deja bienes en país extranjero”.

Por otra parte, la ley supeditó la aplicación del derecho de preferencia “en caso necesario” a la “sucesión” –sin distinción–, de un chileno que deja bienes en el extranjero. La necesidad de aplicar el derecho de preferencia a la sucesión testada deriva precisamente del hecho que el causante chileno ha dejado bienes en el extranjero que podrían ser objeto de sucesiones que excluyan a sus cónyuge o parientes chilenos. La circunstancia relativa al modo en que los asignatarios chilenos fueron nombrados como tales (por medio de la ley o el testamento), es algo absolutamente secundario e irrelevante desde el punto de vista de la utilidad o dirección de la institución. La ley solo requiere, aparte que el causante haya dejado bienes en el extranjero, un interés del peticionario que deriva de la determinación de sus derechos sucesorios conforme con el artículo 15 N° 2.

Debe decirse además que el inciso que se viene comentando no fue redactado por Bello, sino que fue introducido por la Ley N° 19.585 del año 1998. La ley tiene por móvil restablecer el trato igualitario entre las personas que tienen la calidad de hijos de madre o padre, distinguiendo la filiación exhaustivamente entre matrimonial y no matrimonial (eliminando la odiosa distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos). En ese entendido resulta mucho más razonable pensar que si se otorgó el derecho de preferencia a asignatarios de un causante intestado chileno que deja bienes en el extranjero, entre ellos una hija o hijo, no se entiende por qué la mera circunstancia de que la sucesión haya sido testada se les prive del mismo. De entenderse vigente la injustificada diferencia, la ley hubiere un promovido un trato discriminatorio entre hijos de familia que concurren en virtud del testamento de su padre o madre, e hijos que concurren en ausencia de testamento de su ascendente, lo que resulta inaceptable y de evidente secuela inconstitucional.

Por último, y a mayor abundamiento, ha de consignarse que las asignaciones forzosas son aquellas que se suplen por la ley cuando el testador las omitió o las vulneró, convirtiendo su contenido, desde el punto de vista funcional, en una auténtica sucesión intestada. Desde una aproximación nominal se puede llegar al mismo resultado si se atiende al artículo 952. La disposición establece que, si se sucede en virtud de la ley, la sucesión se llama abintestato o intestada. En el caso, se ha sucedido por virtud de la ley, pues es la ley la que ha suplementado la voluntad del testador.

Para los señores Benquis, la solución es la misma a la que nosotros hemos trazado desde una lectura nomológica del artículo 998, solo que la han alcanzado acudiendo al sistema de protección de las asignaciones, siguiendo la doctrina de Claro Solar. Apuntan que, si los chilenos resultan perjudicados por la aplicación de una ley extranjera, intentarán, en Chile, la acción de reforma de testamento o la acción petición de herencia asilados en el artículo 15 N° 2. La sentencia que acoja la demandan deberá ejecutarse en Chile, “y, tendrá que ejercitarse, naturalmente, sobre los bienes situados en nuestro país”.¹⁸⁶

No nos parece adecuado argumentar de este modo. De la circunstancia de que una sentencia judicial declare determinados derechos en la herencia internacional sobre la base de una norma conflictual, no se sigue la legalidad de perseguir el pago de los derechos así declarados. Establecer el derecho de preferencia de este modo, en beneficio de los chilenos, implica a afirmar que por la sola circunstancia de tener un derecho y ser nacional de un

¹⁸⁶ BENQUIS. óp. cit. p. 153.

Estado, se tiene derecho a una preferencia sobre los bienes situados en dicho Estado. De ser este el caso, no hubiese sido necesario para el legislador señalar la procedencia de la potestad de pago de preferente en el contexto de la sucesión intestada. Esta dirección argumentativa, por tanto, es insuficiente.

Ahora bien, si los asignatarios testamentarios del testador chileno son extranjeros, se aplica íntegramente el derecho de la *lex successionis*.

7.3. Asignaciones forzosas en la herencia de un testador extranjero

El ordenamiento que regula las asignaciones forzosas que instituye un extranjero en su testamento es el derecho de la *lex successionis*, inclusive para sus cónyuge y parientes chilenos que obren como sus sucesores. No es posible argüir para los chilenos la aplicación de un derecho determinado sobre la base del inciso primero artículo 998, pues esta disposición indiscutidamente está circunscrita a la órbita de la sucesión intestada.

Sin embargo, dado que el artículo 1.183 establece que los legitimarios concurren a la sucesión testada según las reglas de la sucesión intestada, el cónyuge y parientes chilenos sucesores de un extranjero bien pueden determinar la extensión de su legítima, esto es, aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley les asigna en calidad de legitimarios, según el derecho chileno. Como quiera que el establecimiento y extensión de su legítima será determinado conforme con las reglas de la sucesión intestada, pueden hacer aplicable el derecho a determinar su legítima según el ordenamiento nacional (art. 998.1).

Además, podrán pedir que les adjudique bienes existentes en Chile pertenecientes al extranjero, en pago de las cuotas hereditarias que importa sus legítimas respectivas (art. 998.2). Hemos argumentado en el acápite anterior el modo en que arribamos a esta conclusión, sugiriendo que el contenido del artículo 998 contiene una distinción entre norma conflictual y norma sustantiva de orbitas aplicativas específicas; y que la potestad de pago preferente es un derecho sustancial cuya operatividad no está subordinada a alguna distinción sobre el tipo de sucesión de que se trate (art. 998 inc. 2° y 3°). La damos por reproducida.

No suscribimos las postulaciones de los señores Benquis tendientes a determinar todas y cada una de las asignaciones forzosas de los asignatarios chilenos sobre la base del

ordenamiento nacional arguyendo que las asignaciones forzosas están tuteladas por acciones protectoras consagradas en el Código Civil,¹⁸⁷ pues, esto es argumentar sobre la base de un sofisma circular. Esta evidente falacia lógica equivale a afirmar que las asignaciones están protegidas porque el derecho aplicable es el chileno, y el derecho chileno es aplicable porque las asignaciones están protegidas por el mismo ordenamiento. O la una o la otra pueden ser mostradas como una verdad lógica si se prueban sus premisas, pero no ambas como sustento de la otra.

Ahora bien, si los asignatarios testamentarios del testador extranjero son también extranjeros, se aplica íntegramente el derecho de la *lex successionis*.

7.4. El derecho de sustitución

Dicen Somarriva y Abeliuk que “la sustitución supone que en el testamento se designe la persona que reemplazará al asignatario en caso de faltar este, de modo que si esto ocurre por cualquier causa, pasará a ocupar su lugar el sustituto establecido por el testador”.¹⁸⁸ El ordenamiento nacional contempla sustituciones vulgares que coinciden con esta definición general y que son reguladas, sin dificultades, bajo la libertad dispositiva del testador y la *lex successionis*. Pero, además, considera sustituciones fideicomisarias que es aquella en que se llama a un fideicomisario que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que a otra persona pertenecía fiduciariamente (art. 1.164).

La sustitución fideicomisaria puede ser instituida bajo la libertad de configuración de testamento que le asiste al testador. Sin embargo, dado que su organización en un testamento comporta la constitución de un fideicomiso (art. 1.164, inc. 2°), las limitaciones que el legislador chileno le ha impuesto a la operatividad de esta institución so pretexto de proteger la libre circulación de la riqueza,¹⁸⁹ se han de extender limitando tanto el despliegue de la libertad de normar del testador, como la aplicación de la *lex successionis*. Por lo tanto, bajo el ángulo del derecho chileno, la regla del artículo 1.165 que transforma la sustitución fideicomisaria de un sustituto fideicomisario ya establecido en vulgar, es de orden público internacional.

¹⁸⁷ BENQUIS. óp. cit. p. 154.

¹⁸⁸ SOMARRIVA. 2008. óp. cit. p. 347.

¹⁸⁹ PEÑAILILLO. óp. cit. p. 195

7.5. El desheredamiento o exheredación

En sistemas donde la libertad testamentaria se haya restringida por la necesidad de efectuar asignaciones forzosas, el testador usualmente cuenta con la posibilidad de privar a sus herederos forzosos de las porciones que legalmente les corresponde acusando en su testamento una causal legal de desheredamiento, cuyos hechos constitutivos estén judicialmente acreditados. En nuestro medio, la exheredación consiste en una disposición testamentaria en la que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima (art. 1.207). Con tal objeto, la ley efectúa descripciones del todo similares a las causales de “injuria atroz” establecidas como indignidad sucesoria. De aquello puede colegirse que el desheredamiento, tanto como las indignidades para suceder, están dispuestas en atención a la falta de ese mérito moral del desheredado para suceder a su causante, por haber incurrido en conductas enteramente reprobables que no se condicen con el vínculo de matrimonio o parentesco que acusa con el testador.

Como disposición testamentaria que es, y no una mera declaración, el desheredamiento expresado en el testamento coloca en entredicho la vocación sucesoria ya establecida, haciendo ineficaz las consecuencias del llamamiento legal a la herencia, al menos hasta que no controvierta en juicio de reforma de testamento los hechos en que se sustentan la exheredación y demuestre la falta de fundamento que sustenta la exclusión realizada por el causante. Por ende, la exheredación debe recibir el trato atributivo equivalente a la norma de delación sucesoria, por ser condición de singularización de la persona del asignatario. Se rige, pues, por la *lex successionis*.

Corroborar esta conclusión la circunstancia de que –al igual como se razonó para las causales de indignidad para suceder–, dado que los efectos jurídicos desencadenados por la falta de mérito que exhibe el desheredado están dispuestos en interés del testador, el desheredamiento no puede ser considerada una institución de orden público. Por otra parte, el problema que concita el desheredamiento solo puede surgir vez que se haya determinado la personas con vocación sucesoria, es decir, solo una vez que ha tenido lugar la apertura de la sucesión, siendo aquella una conspicua consecuencia de este momento originario de la herencia.

7.6. Interpretación del testamento

Nuestro sistema jurídico, al igual que la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, propone como meta de interpretación del testamento, la averiguación de la intención real del testador. Si bien, no existe uniformidad respecto del procedimiento para alcanzar tal objeto, es claro que la dirección que asume el proceso de descubrimiento del significado de las disposiciones y declaraciones en el contenidas está orientado al establecimiento de la voluntad testamentaria claramente manifestada. Una vez desentrañada, el intérprete ha de preferirla si tal voluntad se riñe con disposiciones legales que presumen u otorgan un determinado efecto a la forma en que ha realizado el testador alguna asignación. Tanto la finalidad de la interpretación, como el estatus de la voluntad del testador, se deja descubrir entre nosotros en la regla del artículo 1.069 que señala:

“Sobre las reglas dadas en este título acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales.

Para conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido”.

La voluntad testamentaria conforma el fundamento y contenido de la sucesión testada. Por ende, su interpretación no puede quedar sino atada al sistema jurídico designada por la norma de conflicto sobre sucesión del artículo 955.

Sin embargo, como hemos venido apuntando, existe una serie de reglas jurídicas en los sistemas de interpretación de los ordenamientos jurídicos del mundo que presumen la intención del testador a partir de la forma que exhiben determinadas asignaciones testamentarias. Al tener estas reglas la calidad de simples presunciones legales es posible que los herederos del testador impugnen el resultado que establece la presunción. Esto puede tener ocasión no solo al momento de rendición de probanzas que acrediten una voluntad distinta del testador a aquella que se le viene presumiendo, sino también al mostrar

que el testador cuando otorgó sus disposiciones tenía a la vista algún sistema jurídico distinto al que pertenece la *lex successionis*.¹⁹⁰

En este último caso, la interpretación testamentaria surtirá grandes dificultades; pues, lo que se ha verificado es un verdadero mandato ejecutorio del testador basado en una determinada concepción jurídica cuyo cúmulo de significados difieren del que le es posible atribuir a las instituciones del ordenamiento al que pertenece la *lex successionis* y que no es posible circunscribir sin más, en reglas que suplen la voluntad del autor del testamento. Siguiendo a Wolff,¹⁹¹ esta dificultad debe enfrentarse en forma análoga al problema de calificación de instituciones legales que apareja toda conexión entre ordenamiento jurídicos, dado que la voluntad testamentaria regula –del mismo que el legislador en la sucesión intestada–, toda la sucesión testada. En especial, se ha de recurrirse a la técnica de transposición de instituciones, procurando el intérprete encontrar la institución jurídica del derecho designado por la norma de conflicto sucesoria, que cumpla las finalidades económico-sociales del instituto pronunciado en el testamento, más allá de las similitudes o disonancia que alcancen en virtud de la traducción de sus *nomen iuris*.¹⁹²

7.7. La forma de la revocación del testamento

De conformidad con el artículo 1.212, el testamento “que ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse sino por la revocación del testador”. La disposición no es feliz, pues asemeja la revocación testamentaria a la sanción legal de nulidad en circunstancias que ambas instituciones tienen abismantes diferencias. Pero de la misma disposición bien se consigue otra definición adecuada. Con Elorriaga puede decirse que la revocación testamentaria consiste en un acto por el cual, el testador deja sin efecto, en todo o en parte, un testamento que había otorgado previamente, en ejercicio de una facultad esencial del mismo.¹⁹³

La definición de la institución es necesaria pues indica tres cuestiones de suma importancia. En primer lugar, que el acto por el cual se revoca un testamento puede ser

¹⁹⁰ WOLFF. óp. cit. p. 561.

¹⁹¹ WOLFF. óp. cit. p. 562.

¹⁹² Véase, FERNANDEZ, José. 2009. Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado* (25):9-44. pp. 17 y ss.

¹⁹³ ELORRIAGA, óp. cit. p. 263.

distinguido conceptualmente del otorgamiento de testamento, aunque la testamentifacción comporte legalmente una especie de revocación de un testamento ya otorgado. En segundo lugar, que el acto de revocación está atado a un estándar de suficiencia para producir sus efectos análogo al exigido a la suscripción de testamento, lo cual, hace que el acto de revocación asuma su misma forma. En tercer lugar, en fin, que lo relevante desde el ángulo conflictual es determinar el derecho que debe regular la forma del acto de revocación de un testamento ya suscrito, pues es indiscutible para nuestro ordenamiento la existencia y admisibilidad del derecho a revocar (art. 999), atendido su carácter esencial a la testamentifacción, y que viene a sustentarse en la autonomía de la voluntad del autor del negocio.

Según una opinión doctrinal dominante en Chile, y que ha tenido pleno eco en la Corte Suprema, la revocación debe efectuarse bajo un acto que revista las mismas formas que requiere un testamento válidamente otorgado. Pues, no es razonable pensar que si un negocio se le ha revestido legalmente de requisitos externos cuyo propósito no es sino tutelar formalmente la expresión de voluntad del causante, pueda el mismo negocio ser dejado sin efecto por actos enteramente desnudos o con requisito externos de menores exigencias que las dispuestas para su formación. Pese a que en Chile no existe una regla expresa relativa a forma que debe revestir la revocación, tanto la doctrina, como la jurisprudencia entienden que la forma de revocar es la forma de testar.¹⁹⁴

Teniendo ello presente, puede con seguridad afirmarse que la ley aplicable a la forma del otorgamiento del testamento define la forma en que este mismo debe ser revocado.¹⁹⁵ Por ello, la forma del acto revocatorio no está determinado por la *lex successionis*.

En opinión de este estudio, la sabiduría del antiguo adagio jurídico que dicta que “las cosas en derecho se deshacen de la misma manera como se hacen”, tiene en esta materia asidero racional y se encuentra alineada, en la especie, con el principio *favor testamentii* cuyo reconocimiento internacional consta en el derecho convencional, como ya se ha apuntado. De este modo la forma testamentaria para el acto revocatorio puede y debe ser exigido de modo universal tanto a sucesiones nacionales como internacionales. Sin embargo, el adagio no puede imponerse en todo su rigor, pues si es posible testar conforme al derecho extranjero de un país, acreditando los elementos del artículo 1.027,

¹⁹⁴ Véase, ELORRIAGA. óp. cit. pp. 265 y ss.

¹⁹⁵ WOLFF. óp. cit. p. 564.

evidentemente, puede revocarse el mismo testamento, bajo la forma testamentaria de otro país que sea válida en el nuestro.

De este modo, en el extranjero, la revocación solo puede hacerse utilizando las formas de testamentifacción destinadas al otorgamiento de testamento solemne conforme al derecho chileno, testamento solemne conforme al derecho extranjero, testamento ológrafo de conformidad con el derecho foráneo y válido en nuestro país. Cualquiera de estas formas, son aptas para revocar todo tipo de testamentos ya organizados. Como se ve, la forma del acto revocatorio no está atada al derecho aplicado al otorgamiento de testamento que se quiere revocar, sino al derecho que rige la forma de testamentifacción en general. Lo contrario sería privar de facultad revocatoria al testador, por la vía de impedirle testar nuevamente en el extranjero.

Esta opinión originada en las conclusiones sistemáticas de las disposiciones del Código Civil se opone a la determinación y forma de la procedencia de la revocación en la ley personal o en la entera vigencia de la ley del lugar de origen de voluntad revocatoria sustentados bajo argumentos proclives a la libertad del testador de revocar su acto testamentario. El enfoque que impone esa solución es equivocado porque de lo que se trata a la hora de determinar el derecho aplicable a la revocación, es de fijarlo en relación a estándares que permitan concluir sin ninguna duda la ineficacia testamentaria, derrotando los criterios que permitieron reconocer jurídicamente la voluntad del testador (principio *favor testamentii*). Desde este punto de vista, el artículo 151 del Código de Derecho Internacional Privado torna inaplicable.

Por otra parte, en vastos sistemas jurídicos existen determinadas disposiciones legales que otorgan fuerza revocatoria a algunos actos realizados en vida por el testador, incompatibles con la asignación instituida por intermedio de su voluntad. Así, por ejemplo, en Chile se consagran revocaciones tacitas de legados. En Inglaterra y Estados Unidos rigen disposiciones que determinan la revocación del testamento por haber contraído el causante matrimonio con posterioridad a su otorgamiento. Por otra parte, en otras partes del orbe como Argentina, España, y también Inglaterra y Estados Unidos, sus sistemas de sucesión previenen la revocación por destrucción material del testamento cerrado u ológrafo. Desde el punto de vista atributivo, su admisión, eficacia y forma debe regirse por la *lex successionis*, toda vez que tales aspectos conductuales del testador, en sentido *lato*, corresponden a asuntos en que se requiere interpretar la voluntad del causante, manifestada a través de sus aspectos conductuales emprendidos durante su vida.

En opinión de este estudio, hacer depender la eficacia revocatoria de los propios actos del causante a la ley que rige la forma testamentaria, supone asentar una incertidumbre dañina sobre la existencia o no de la voluntad testamentaria porque el acto con potencial revocatorio puede haber acaecido en un lugar totalmente desconectado de la *lex loci testamentii* y la voluntad formada al momento de otorgamiento es absolutamente opuesta a la que cabe desentrañar frente a la destrucción o revocación del testamento. Por otra parte, estos casos tratan de la revocación de un testamento en que indiscutidamente se abrirá paso a una sucesión legítima, esto es, cuando no existe una voluntad testamentaria en competencia a la primitiva sobre la cual haya que decidir.

Tampoco parece razonable que el asunto deba ser regulado conforme con la *lex fori*, pues llevaría al contrasentido de entender que el sistema chileno reconoce, bajo determinadas circunstancias, la posibilidad de otorgar testamento de conformidad con un derecho extranjero, interpretar y fijar sus efectos patrimoniales sobre la base de otro derecho foráneo, pero reservar aspectos relativos a la eficacia de las asignaciones testamentarias al derecho del foro, sin motivo de conexión concreto como es el lugar de otorgamiento de testamento o la ley general que rige la sucesión por tener el causante en dicho lugar, su último domicilio.

7.8. Nombramiento y ejercicio de albaceazgo o ejecutores testamentarios

El nombramiento y las facultades de los albaceas o ejecutores testamentarios dependen íntegramente de la ley del último domicilio del testador.

7.9. Caso: sucesión de Carlos Neckelman

El 22 de octubre de 1937 se falló por uno de los Juzgados de Valparaíso, y luego en 1938 por la Corte de Apelaciones de Valparaíso que no ha lugar a la excepción de falta de personería del demandante Clarence Neckelman, por la sucesión Neckelman, representada, según la ley alemana, por sus albaceas que nombra. La excepción se hizo consistir en que el mandato otorgado por los albaceas de la sucesión Neckelman al demandante no es válido pues los albaceas no tenían facultades para ello. En efecto, se hizo presente que los

albaceas solo pueden litigar en calidad de tales para defender la validez del testamento o cuando fuere necesario para ejecutar disposiciones testamentarias que les incumban y con intervención de los herederos presentes.¹⁹⁶

Para no hacer lugar a la excepción de falta de personería, se tuvo a la vista el razonamiento de la demandante que sustentaba la personería del demandante arguyendo que las facultades de un albacea de una sucesión abierta en Alemania se rigen por la ley alemana, porque nuestras leyes sustantivas han determinado que la sucesión se regla por la ley del último domicilio del causante. La parte demandada no prosiguió en esta alegación como fundamentos de la apelación y los recursos de casación.

Comentamos nosotros que el fundamento de aquello se arraiga en la fisonomía del sistema sucesorio continental –como el de Chile–, que no distingue en forma tajante los momentos de transmisión de la herencia y legados y la administración y ejecución de la sucesión, como si lo hacen los sistemas angloamericanos.¹⁹⁷ Los aspectos vinculados a la ejecución del testamento son, pues, una consecuencia inmediata de la apertura de la sucesión, y por ello, regidos por la *lex successionis*.

¹⁹⁶ ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 14 de diciembre de 1938 En: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales (tomo 39, sección 1ª). p. 511. p. 388.

¹⁹⁷ CASTELLANOS. óp. cit. p. 324.

Capítulo VI

DERECHO APLICABLE A LA SUCESIÓN CONTRACTUAL

1. **Noción general**

La ordenación integra o parcial de la sucesión pudiese ser emprendida, en otros ambientes jurídicos como en los sistemas de Alemania, Suiza o Austria, por medio de un género de contratos denominados “contratos sucesorios”. En ellos se pueden distinguir pactos de suceder, que tienen por finalidad constituir derechos sucesorios en el patrimonio de uno de los contratantes a partir de la sucesión que abrirá el otro y; pactos de no suceder, cuyo objeto es la renuncia de derechos sucesorios conferido legalmente a alguno de los contratantes por la muerte del otro. La amplitud de la finalidad de los así denominados contratos sucesorios ha sido consagrada en el artículo 8° del Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte de 1989, que define “pacto sucesorio” como “todo acuerdo realizado por escrito o resultante de testamentos mutuos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión futura de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo”.

Puede identificarse en los contratos o pactos sucesorios, en un sentido más laxo, también, acuerdos que recaen sobre derechos sucesorios cuyo devengo dependen de la muerte de un tercero que no interviene el contrato, usualmente denominados pactos sobre la sucesión de un tercero. Este pacto no ordena la sucesión de una determinada persona; solo se limita a estipulación de obligaciones sobre la expectativa de derechos sucesorios que, en virtud de la muerte de un tercero actualmente vivo, un contratante pudiese obtener. Por ello, no conforman, *stricto sensu*, contratos o pactos sucesorios, y su celebración no genera una sucesión contractual, y en consecuencia no se regirán por la *lex successionis*, sino por la ley que rige el contrato.

En nuestro medio, todos los acuerdos señalados, inclusive el pacto sobre la sucesión de un tercero, se conocen doctrinalmente como “pactos sobre sucesión futura”, y padecen de proscripción general de manera expresa por el inciso primero del artículo 1.463 CC –salvo por lo dispuesto en el inciso segundo de la misma regla, según se dirá–, ya sea si interviene

el propio causante el pacto, ya sea si se ha celebrado entre los asignatarios de un determinado causante y terceros. La disposición dice:

“El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona

Las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima o a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título *De las asignaciones forzosas*”.

La prohibición general de suceder a una persona viva en virtud de acuerdo a título gratuito u oneroso surge de la propia fisonomía del sistema sucesorio dispuesto en Chile, que admite la regulación de la transmisión *mortis causa* solo por la ley o en virtud de la voluntad del causante, expresada a través del negocio personalísimo, unilateral y esencialmente revocable que es el testamento. La configuración técnica de la prohibición de sucesión contractual, como corolario necesario del sistema interno de sucesión, ha sido argüido, desde el punto de vista metajurídico, como un desincentivo social a la especulación de la vida ajena, considerada en los sistemas continentales como el chileno, de aquellos hechos inmorales que merece ser tachado de objeto ilícito en los ordenamientos de derecho.¹⁹⁸

Por otra parte, la regulación chilena del testamento impide también acuerdos con efectos sucesorios, utilizando como fuente de expresión de voluntad el negocio testamentario, en la medida en que se encuentran totalmente proscritos los testamentos captatorios o mutuos. De conformidad con el artículo 1.059 se entiende por disposiciones captatorias aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición de que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos. De la misma disposición se entiende que la sucesión contractual emanada por la configuración de testamento captatorios no tiene lugar en un testamento que se han instituido, pura y simplemente, asignaciones a otra persona, y esta última dispone por testamento, pura y simplemente, asignaciones en beneficio del primer testador; pues, en ambas testamentificaciones, no existiría la condición de reciprocidad que configura la disposición captatoria.

¹⁹⁸ DOMINGUEZ, Ramón. 2012. Teoría General del Negocio Jurídico. 2ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. pp. 135 y ss.

Con todo, según se permita avizorar en el inciso segundo del artículo 1.463, la prohibición de pactos de sucesión futura tiene una excepción en el artículo 1.024, disposición que permite que el causante prometa en vida a su cónyuge o parientes, a la sazón legitimarios, no donar, ni asignar por testamento parte alguna de la especie de asignación forzosa que el Código Civil denomina “cuarta de mejoras”. La inobservancia del acuerdo genera para el beneficiario del pacto la posibilidad de solicitar su cumplimiento forzado en contra de los asignatarios de esa cuarta, por el monto de lo que al beneficiario del pacto le hubiere valido el cumplimiento de la promesa, y a prorrata de lo que su infracción les aprovechare.

2. Derecho aplicable a la sucesión contractual

Salvo las hipótesis de fragmentación hereditaria en las sucesiones testadas e intestadas establecidas por el legislador chileno, las sucesiones contractuales deben quedar comprendidas regulativamente en la *lex successionis* que designa la norma conflictual del artículo 955. Esto es así desde que el pacto que sirve a la ordenación de los efectos sucesorios que ha de originar la muerte de un concurrente en el acuerdo, es una auténtica sucesión. Este mismo razonamiento despeja de inmediato que los pactos de sucesión sobre un tercero se encuentran ajenos a la regulación del derecho aplicable a la sucesión, como ya se anotó, y más bien, deben ser tratados conforme a reglas de derecho privado más generales sobre transferencia de bienes.

Sin embargo, vale la pena aclarar que las condiciones de formación del acuerdo o testamento captatorio que da lugar a la sucesión contractual, ha de quedar regido por la ley del lugar donde se ha dado origen al negocio jurídico respectivo. Pero su producción de efectos sucesorios que es la sucesión contractual misma, serán regidos por el derecho llamado a regir la sucesión. De este modo, la regla del artículo 955 elimina todo problema de conflicto móvil que pudiese suscitarse en razón del cambio de vinculación física que un contratante o testador mantenga con un determinado sistema jurídico; pues, el último ordenamiento jurídico del domicilio del causante será, en definitiva, el que regule los eficacia o ineficacia del acto jurídico sucesorio ya nacido a la vida del derecho.

3. Sistema jurídico chileno, sucesión contractual y transportación

Lo que resulta fundamental de entender es que no es relevante para la localización de la sucesión contractual extranjera a través del artículo 955 que el sistema nacional mantenga una proscripción general sobre generación de pactos sobre sucesión futura o, asimismo, no pueda reconocer como disposiciones testamentarias válidas las cláusulas captatorias del negocio. La localización puede bien, a este respecto, ajustarse a una técnica de transportación, esto es, a una “adaptación de una situación jurídica por parte de un ordenamiento, cuando tal situación ha surgido o ha sido creada en el ámbito de otro distinto en el marco de las categorías jurídicas de este”.¹⁹⁹

Para que esto se verifique se requiere que el sistema del foro esté en pie de reconocer, bajo sus propias formas jurídicas más generales, las relaciones jurídicas al amparo de un sistema jurídico extranjero. No presenta aquello problema alguno en el sistema chileno en la medida en que conoce y regula en forma suficiente y exhaustiva las formas testamentarias y contractuales que vienen a sustentar la sucesión contractual. Pero, además, la vigencia de la regla del artículo 952 que estructura los efectos de la sucesión a virtud de la ley o el testamento no puede consistir en una razón para desestimar la localización de un contrato sucesorio nacido ya a la vida jurídica al abrigo de un sistema foráneo, pues la regla en comento está asignando efectos jurídicos a institutos nacionales (ley o testamento), y para la sucesión contractual, la misma asignación de efectos se materializa a través del artículo 955, bajo un concepto general de sucesión posible de identificar abstractamente a través de su causa –la muerte de un sujeto de derecho–, y su objeto –la transmisión de su patrimonio o una parte de este–.

Por último, la proscripción del foro de la que padecen los pactos sobre sucesión futura no puede ascender al estatus de orden público internacional, poniendo freno así a la localización de la sucesión contractual, pues la inmoralidad que escondería el pacto podría sustentar tan solo el móvil del legislador nacional, mas no se extiende a otros sistemas de derecho del orbe que, han podido construir en buenos términos, sistemas de sucesión contractual que no ponen trabas a la libertad de los particulares, ni siquiera en materias sucesorias. Este miedo que tuvo el legislador chileno de 1855 a que los pactos de sucesión

¹⁹⁹ FERNANDEZ, José. 2009. óp. cit. p. 17

futura acarrearán la proliferación del deseo de los particulares de que terceros apresuren su muerte es, por así decirlo, una cuestionable cortapisa sucesoria puramente nacional.

Capítulo VII

TRUST ANGLOAMERICANO COMO INSTITUCIÓN SUCESORIA DESCONOCIDA: LOCALIZACIÓN Y RECONOCIMIENTO POR EQUIVALENCIA FUNCIONAL

1. Planteamiento

Se estudiaban en el Capítulo I una serie de sistemas comparados de entre los cuales comparecen dos sistemas radicalmente diferenciados: el sistema romanista y el angloamericano. Su notoria oposición no solo surge de las concepciones sustanciales, históricas o filosóficas que los animan, sino de la forma que, desde un ángulo técnico, la transmisión *mortis causa* es configurada bajo dicha concepción

En los sistemas romanistas como el chileno, la sucesión por causa de muerte opera de manera instantánea, por lo que el patrimonio del causante pasa de inmediato a vincularse y confundirse con el patrimonio de los herederos formándose una comunidad hereditaria compuesta por los bienes de que era dueño en vida el difunto. En el sistema angloamericano, en cambio, la transmisión es diferida en el tiempo e indirecta. Con ello se quiere decir que a los causahabientes no le son transmitidos los bienes hereditarios directamente del causante, porque han sido colocados en poder de una tercera persona que puede ejercitar verdaderos actos de disposición sobre ellos. Tal forma de transmisión está prevista de manera necesaria, dado que estos sistemas la contemplan tanto para sucesiones testamentarias como legítimas, bajo expresiones sucesorias del así denominado “*trust*”.

En principio, la coexistencia de dos sistemas de estas características no es problemática, pues los sistemas continentales contienen formulas administrativas del patrimonio hereditario más laxas y menos organizadas, bajo la cuales se les puede dar un relativo reconocimiento a ese derecho sucesorio especialísimo del *common law*. Pero no sucede lo mismo al revés. Por otra parte, dado que los sistemas angloamericanos conciben la sucesión de una manera fraccionada, al menos respecto de los bienes inmuebles, siempre que existan propiedades raíces situados en los territorios en que rige este derecho se abrirá una sucesión posible de ser conocida por un foro de dicho sistema y regida por el mismo.

Unido a ello, el otorgamiento de testamento en el extranjero por una persona foránea bien podría contener disposiciones inspiradas en la institución del *trust*. El caso puede ocurrir. Piénsese, por ejemplo, en lo siguiente: una persona de nacionalidad inglesa muere bajo el imperio de su testamento de facción en Inglaterra. En el acto testamentario constituyó un *trust*. Luego se verifica un hecho que otorga competencia judicial y legal a un foro y sistema jurídico distinto: el inglés cambia de nacionalidad y pasa a ser ciudadano chileno, radicando su domicilio en la ciudad de Santiago. Antes de morir tuvo hijos chilenos y se casó con una mujer chilena. Si la judicatura se estima competente, debería aplicar derecho chileno si se suscitan controversias entre herederos. Pero, además, deberá considerar el modo de ejecutar el *trust* que ha constituido el causante, con mayor razón si existen bienes situados en Inglaterra.

Dado que lo se tiene en frente es una pluralidad de sucesiones regidas por normas sustanciales diferenciadas y conocidas por distintos foros, lo que interesa es saber que derechos sustanciales pueden impetrar o ejercer los herederos o legatarios respecto de bienes situados en un territorio regido por un sistema de *commom law*, en la misma jurisdicción romanista, habida cuenta que dichos bienes, para el sistema continental, forman parte de la sucesión. Del mismo modo, a los causahabientes les interesará saber el modo en que el sistema continental y su foro ha de concebir y ejecutar el *trust* originado en la voluntad del causante. Esta situación es enteramente dependiente de cómo ha de ser reconocido el fenómeno de apertura sucesoral bajo la inspiración angloamericana en el foro continental; realidad jurídica que el tribunal continental no podrá desconocer, sin negar, a un mismo tiempo, la soberanía del Estado-juez angloamericano.

2. Noción general de *trust*

El *trust*, originario y desarrollado en el *common law*, tiene una utilización notoria y relevante como institución operativa de manera transversal en los sistemas de países que adhieren a esa tradición jurídica. Esta presencia ha motivado su regulación atributiva, de entre las cuales resalta de manera ejemplar el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y su Reconocimiento del año 1985. El tratado evacuado por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado asume como objetivo expreso establecer disposiciones comunes sobre la ley aplicable a esta institución y resolver los problemas más importantes a

su reconocimiento. De semejante declaración se deduce que el *trust* de constitución convencional –especie de la se ocupa el Convenio (art. 3°)–, ha pasado a tener vigencia, por aplicación de normas atributivas forales, en sistemas continentales o de tradición romanística. El texto no está suscrito por Chile.

La Convención antedicha fue suscrita, entre otros Estados, por los Estados Unidos de América y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, hechos que permiten inferir sin ninguna duda, que las significaciones normativas que plasmó la Conferencia en su texto y con las que se pretende el reconocimiento del *trust* por la vía del derecho convencional, se ajusta al origen cultural y normativo de la institución. Sus alcances quedaron fijados en el artículo 2° del tratado en comento, que define al *trust* como una relación jurídica creada –por acto inter vivos o *mortis causa*– por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un “*trustee*” en interés de un beneficiario o con un fin determinado. De este modo, el texto hizo suyo las descripciones que se dejan reconocer en el *Black Law’s Dictionary*, que define *trust* en sus primera y segunda acepciones del siguiente modo:

“An equitable or beneficial right or title to land or other property, held for the beneficiary by another person, in whom resides the legal title or ownership, recognized and enforced by courts of chancery. [...]

“An obligation arising out of a confidence reposed in the trustee or representative, who has the legal title to property conveyed to him, that he will faithfully apply the property according to the confidence reposed, or, in other words, according to the wishes of the grantor of the trust”²⁰⁰

El mismo artículo 2° de la Convención expresa que el *trust* se caracteriza por la circunstancia de que los bienes sobre el que recae constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*; el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*; el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga. Por

²⁰⁰ BLACK, Henry C. 1910. A Dictionary of Law. 2ª ed. St. Paul, Minn, Estados Unidos. West Publishing Co. pp. 1.175 y ss. “Un derecho o justo título recaído sobre bienes inmuebles u otros bienes, cuyo establecimiento sirve al beneficio de otra persona, en quien reside el título legal o propiedad, reconocido y ejecutado por los tribunales de la cancillería. [...]

“Una obligación que surge de la confianza depositada en el “trustee” o representante, quien tiene el título legal de propiedad que se le ha transmitido, que ejercerá fielmente sobre esta de acuerdo con la confianza depositada, es decir, según los deseos del constituyente del “trust”. La traducción es nuestra.

último, se enuncia que no es óbice para la existencia de *trust*, que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario o conserve ciertas prerrogativas derivadas de su constitución.

Del mismo modo, el artículo 11 de la Convención establece condiciones que deben revestir determinados hechos materiales para ser reconocidos como *trust*. Este reconocimiento implica, como mínimo, que los bienes del *trust* sean distintos del patrimonio personal del *trustee* y que éste pueda actuar como demandante o demandado y pueda comparecer en calidad de *trustee* ante notario o cualquier persona que ejerza una función pública. Además, en la medida en que la ley aplicable al *trust* determinada por las normas conflictuales del Convenio así lo exija o establezca, este reconocimiento implica en particular, que la relación constitutiva de *trust* refleje la autonomía, indemnidad o tajante separación jurídico-patrimonial de los bienes frente relaciones patrimoniales conexas. Así, la Convención señala la circunstancia que los acreedores personales de *trustee* no podrán recurrir a medidas de aseguramiento contra los bienes del *trust*; que los bienes del *trust* no formarán parte del patrimonio del *trustee* en caso de insolvencia o quiebra de éste; que los bienes del *trust* no formarán parte del régimen patrimonial del matrimonio ni de la sucesión del *trustee*; que se podrán reivindicar los bienes del *trust* en caso de que el *trustee*, con infracción de las obligaciones derivadas del *trust*, hubiere confundido los bienes del *trust* con los suyos personales o hubiere procedido a su enajenación.

3. El *trust mortis causa e inter vivos* como formas sucesorias

De la definición del artículo 2° del Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y su Reconocimiento, se colige que la institución puede ser constituida por causa de muerte, con lo que se quiere señalar que la causa o fin determinado que persigue la colocación de determinados bienes bajo el control del *trustee*, es beneficiar los asignatarios testamentarios determinados y ciertos del causante. Así el *trust* puede ser constituido como disposición del autor del testamento o “*settlor*” en favor de los “*cestius que trust*”, pasando a denominarse *trust* testamentario. Pero, habiéndose abierto una sucesión legal, el *common law* establece la necesidad de constituir un “*trust for sale*” sobre la base del nombramiento judicial de un “*executor trustee*” actuante en favor de los intereses de los asignatarios legales. El *executor* no es más que un administrador de la masa hereditaria y tiene como misión liquidar las

deudas contraídas en vida del causante y repartir el activo sobrante a prorrata de la cuota de cada uno de los partícipes en la herencia.

Con todo, también el *trust inter vivos* puede contener disposiciones *mortis causa*. Esta relación se conforma mediante una declaración unilateral de voluntad de una persona, por el cual transfiere la propiedad de cosas a un *trustee*, quien deberá administrar los activos transferidos de acuerdo a las instrucciones del constituyente. Esas instrucciones pueden referir a la determinación de beneficiarios y forma de enterar asignaciones tras la muerte del constituyente; o bien, el *trust inter vivos* que no contiene disposiciones *mortis causa* pasa a convertirse en un auténtico ejecutor de la voluntad legal o testamentaria en relación al pago de asignaciones por causa de muerte, si dura más que la vida del constituyente.

4. *Trust* sucesorio como institución desconocida

En el sistema jurídico chileno de tradición romanística, el *trust* es una institución no comprendida en ningún tipo legal, surgiendo de inmediato un problema de calificación de la institución y, por ende, de la determinación de su derecho aplicable. En estricto rigor, la aporía trasunta en determinar si la conformación de un *trust* tiene una naturaleza sucesoria y su regulación puede ser establecida conforme a la norma de conflicto sucesoria del artículo 955. Pero, dado que la relación es desconocida para nuestro ordenamiento, al menos desde el punto de vista del *nomen iuris*, no es claro si los hechos que constituyen semejante relación jurídica habrá subsumirse bajo dicha norma de atribución o alguna de otro carácter.

De ser apto de subsumirse bajo la norma de conflicto sucesoria, el *trust* puede o no regirse bajo el derecho material original a su constitución; en un sistema jurídico que lo reconozca, pero en cuyo imperio no se constituyó, o bien; en uno que le sea desconocido, dependiendo de donde se haya radicado el último domicilio del causante antes de morir. De lo contrario, esto es, si se estima que el *trust* no puede ser comprendida bajo la órbita aplicativa de la *lex successionis*, y en verdad bajo ningún sistema a que envíe alguna norma conflictual chilena, el sistema chileno deberá regular la relación según sus propias normas sustanciales. Cualquier solución que se tome al respecto, debe tomar en cuenta el modo en que un sistema jurídico enfrenta una institución jurídica que le es ajena, en la medida que la calificación obra como requisito lógicamente necesario para la producción de la localización.

Desde un ángulo metajurídico, el fenómeno de institución desconocida para el sistema jurídico del foro debe ser enfrentado como aquello que Kelsen denominó laguna lógica o normativa del sistema jurídico. Con ello se quiere significar la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma indica el supuesto normativo apto para desplegar operacionalmente las reglas del ordenamiento. Pese a que el autor identificó las lagunas lógicas solo para declarar su inexistencia (o su existencia puramente aparente) frente a la realidad de un ordenamiento jurídico considerado exhaustivo,²⁰¹ la dirección de esta solución plantea una negación no solo de la complejidad de los fenómenos jurídicos foráneos, sino de su sola existencia, lo que ha de ser inaceptable desde un punto de vista jurídico pluralista y no imperialista. Sin embargo, la solución kelseniana, no se riñe absolutamente con la comprensión del instituto desconocido desde el punto de vista del ordenamiento del foro, en la medida en que solo puede ser percibida por este, a falta de solución internacional y convencional, mediante instituciones análogas, de donde puede predicarse, ahora sí, la exhaustividad del ordenamiento.

Para Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, la dimensión de tolerancia y respeto con la institución desconocida se radica en la corrección funcional del principio de calificación *ex lege fori*. Esta doctrina –dominante y correcta desde el punto de vista de los fines de justicia y pluralismo de la disciplina–, consiste en indagar la función social que desempeña la institución en su ordenamiento de origen, para de esta forma hallar la institución que en el ordenamiento del foro desempeña la función social o económica más próxima a la institución. Se trata, así las cosas, de una trasportación de institución, método que esgrime legitimidad en la equivalencia social que acusan determinadas instituciones foráneas y nacionales.²⁰² Para servir un concepto, Fernández Rozas dice:

“La transposición consiste en la adaptación de una situación jurídica por parte de un ordenamiento, cuando tal situación ha surgido o ha sido creada en el ámbito de otro distinto en el marco de las categorías jurídicas de éste; en otras palabras, la introducción en el foro de un derecho adquirido en el extranjero, que muchas veces puede constituir de una ‘institución desconocida’, esto es, sin equivalencia alguna, en el [d]erecho del foro. [...] El cambio en el tiempo de la conexión, esto es, una situación creada en un

²⁰¹ KELSEN, Hans. 1971. Teoría Pura del Derecho. 10ª ed. Buenos Aires, Universitaria de Buenos Aires. pp. 172 y ss.

²⁰² FERNANDEZ. óp. cit. p. 344.

ordenamiento debe desplegar sus efectos en el seno de un ordenamiento distinto: la propiedad adquirida al amparo de un ordenamiento no se pierde por el hecho del traslado de la relación a otro ordenamiento jurídico, pero siempre en la medida en que pueda subsumirse en las categorías de este último a partir de la noción de equivalencia”.²⁰³

Establecido ya que la negación de existencia de la institución desconocida para el ordenamiento del foro no puede fungir como alternativa, y a falta de tratados bilaterales o multilaterales suscritos por Chile de reconocimiento del *trust* angloamericano, el tribunal que se avoca al conocimiento de hechos constitutivos de un *trust* ha de trasponerlo con aquel instituto funcionalmente equivalente en el ordenamiento del foro.

5. Naturaleza sucesoria del *trust* y aplicabilidad del artículo 955 del Código Civil

Todas las expresiones del *trust* de carácter sucesorio que hemos venido comentando, caben subsumirse en la norma del artículo 955 en la medida en que se erigen como consecuencias de la apertura de una sucesión. Al margen de la forma que cabe reconocerle en el ordenamiento del foro, la norma conflictual sucesoria es suficientemente general para admitir instituciones que sean consecuencia inmediata y necesaria de la apertura de la sucesión. Pues, como ha dicho la Corte Suprema “este estatuto –el derecho de sucesorio aplicable por el artículo 955–, está destinado a la regulación de obligaciones, derechos y acciones que de dichas instituciones pueden derivarse. De este modo, en lo atinente a dichas materias, el legislador determina la normativa legal aplicable a la sucesión en los bienes de una persona difunta, entendiendo como tal la regulación referente a la transmisión del dominio del conjunto de bienes que formaban parte del patrimonio del causante [...]”.²⁰⁴ Por otra parte, la excepcionalidad del artículo 955 respecto del artículo 16 conduce a la exclusión de la aplicación de esta última norma, siempre que en el *trust* consten instrucciones que tenga por efectos establecer disposiciones patrimoniales *mortis causa*.

Como se ha dicho, el envío que efectúa la norma atributiva de sucesión pudiese localizar la relación constitutiva de *trust* de carácter sucesorio en ordenamientos que reconocen íntegramente la sucesión o la desconocen.

²⁰³ FERNANDEZ. 2009. óp. cit. p. 17.

²⁰⁴ Véase, Corte Suprema, 8 de junio de 2004, Rol N° 1.062-2003.

6. Existencia, validez y límites operativos del *trust* frente a su localización por el derecho chileno en un ordenamiento que reconoce la institución

En caso de localización del *trust* por aplicación del artículo 955 en ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición del *common law*, no existen problemas de reconocimiento, existencia y validez asociados al modo en que se configura el instituto. Como será el derecho angloamericano el que ha regir todos los aspectos de la sucesión, no podrán imponerse como normas de aplicación necesaria o de orden público las relativas a las asignaciones forzosas. Por ende, los beneficiarios del *trust* pudiesen estar perfectamente habilitados para pretender derechos materiales derivados de la relación constitutiva de un *trust*, invocando el derecho sustantivo angloamericano, tanto ante un tribunal chileno, como ante el tribunal que en virtud del fraccionamiento ha reclamado competencia como tribunal de situación (foro angloamericano).

Esto, sin embargo, de ninguna manera significa que vaya a dejar de tener efecto la operatividad de excepciones al artículo 955, bajo hipótesis de fragmentación de la herencia en favor de los herederos chilenos, como se ha venido señalando a propósito de la sucesión testada o intestada. En esas hipótesis la sucesión se configura conforme al derecho chileno, y de haber pluralidad de herederos, se habrá conformado entre ellos una comunidad hereditaria que deberá hacer frente al *trust* como institución desconocida.

7. Existencia, validez y límites operativos del *trust* frente a su localización por el sistema chileno en el propio derecho chileno o uno afín

Frente a la localización vía norma de conflicto sucesoria de la relación constitutiva de *trust* en el mismo derecho chileno, o bien en un derecho que desconoce la institución, debe buscarse, conforme con la solución de transportación, institutos funcionalmente equivalentes respecto a las relaciones sociales y/o económicas a las que aplican o regulan. Desde luego, el *trust* conformado no puede considerarse nulo, en la medida que la cuestión del reconocimiento institucional está centrada específicamente en la eficacia de una institución ya configurada.

Desde el punto de vista del derecho chileno, así como de cualquier otro que comparta sus rasgos esenciales, resulta útil diferenciar si el *trust* debe reconocerse en el contexto de una sucesión testada o intestada. En la sucesión testada, el *trust* no podrá recaer sino sobre la parte que el testador puede disponer libremente, pues el resto de su patrimonio es dispuesto mediante asignaciones forzosas. Las porciones de la herencia que caben computarse como asignaciones forzosas se van a transmitir directa e inmediatamente a los asignatarios. Por lo tanto, en caso de que afecte tales asignaciones, la órbita operativa del *trust* debe ser reducido a la parte en que el causante ha podido testar con libertad en el modo en que fuere reconocido por equivalencia. En la sucesión intestada el *trust* no puede tener operatividad como relación regida directamente por el derecho chileno, en la medida que establece una transmisión o colocación en propiedad en poder de un *trustee* distintos a los herederos que son llamados por la ley chilena a la sucesión del difunto.

Que el *trust* merezca reducción de operatividad ante la protección de asignaciones forzosas o la tutela de la apertura de la sucesión intestada, sin embargo, no resuelve el asunto relativo al reconocimiento de derechos que el foro continental debe extender a los herederos o legatarios que figuren como beneficiarios de un *trust* desde la perspectiva del foro de situación angloamericano que pudiese haber reclamado competencia para conocer de la sucesión, en razón del fraccionamiento hereditario que produjo la existencia de bienes inmuebles. Como quiera que, de haberse instalado un foro de esa naturaleza, es innegable para el foro chileno, y por lo tanto una realidad que debe reconocer que, en el seno del sistema anglosajón, este *trust* operará sobre los bienes raíces allí situados bajo un derecho material enteramente diverso. Por ende, nos inclinamos a pensar que los causahabientes frente al sistema chileno están legitimados para pretender derechos subjetivos derivados del *trust* así conformado, frente al foro chileno, pero bajo un reconocimiento equivalente. A esta solución se llega si se aplica el principio general respecto de la institución desconocida de que lo que ha de observarse, en vista a determinar un reconocimiento institucional, son los efectos de la institución extranjera y no las condiciones de su constitución.

8. Forma de reconocimiento equivalente del *trust* en Chile

Las similitudes entre las formas generales que asume el *trust* angloamericano y el fideicomiso del ordenamiento chileno son evidentes. En el ángulo más general, ambas

instituciones concitan relaciones jurídicas reales configuradas por la instalación de un poder jurídico amplísimo que su titular está en pie de ejercer de manera absoluta, y correlativamente, bajo limitaciones en el modo de ejercicio de las potestades que confiere. En el caso del *trust*, subyace a la relación la colocación en manos del *trustee* una cantidad de bienes que podrá administrar libremente, incluso enajenar, del cual ha de desprenderse que la colocación no puede ser sino percibida como la constitución de un derecho de dominio en su favor. Tales actos solo son limitados por las instrucciones que el constituyente del *trust* tuvo a la vista, y de manera, subsidiaria, a las formas jurídicas más generales destinadas a hacer efectiva la responsabilidad del *trustee*.

El fideicomiso detenta la misma estructura. La propiedad fiduciaria puesta en manos del propietario fiduciario origina un auténtico derecho de dominio del fiduciario respecto de los bienes objeto del fideicomiso a tal punto que está premunido de la facultad enajenar y gravar dichas cosas. No es óbice al reconocimiento, sin embargo, que el propietario fiduciario como integrante de la relación real no haya sido concebido legalmente bajo hipótesis que definan determinadas finalidades o funciones económico-sociales que deba cumplir de manera particular y que puedan fungir como las análogas disposiciones expresadas por el constituyente del *trust*. Semejante vaciado del instituto chileno es precisamente lo que permite reconocer en la figura del fideicomiso, las concretas instrucciones que el constituyente del *trust* ha expresado como deseos al *trustee*.

En la especie, el reconocimiento de las instrucciones tendrá lugar bajo la forma de una condición de la que depende la restitución del fideicomiso que hace las veces de *trust*. De esta manera, la colocación en propiedad del *trust* bajo la forma del fideicomiso ha de terminarse vía resolución y consecencial restitución, siempre que se cumplan las instrucciones impartidas por el constituyente del *trust* dirigidas al *trustee*. Sus completa y cabal ejecución son el hecho futuro e incierto que, de tener satisfacción, generara la resolución de su derecho de dominio.

La condición que trae consigo el fideicomiso es suspensiva para el fideicomisario y resolutoria para el fiduciario. Es suspensiva y resolutoria desde diversos puntos de vista pues, de cumplirse, junto con resolverle los derechos que en calidad de fiduciario este ejercitaba sobre las cosas objeto del fideicomiso, nace el derecho del fideicomisario que estaba suspenso mientras estaba pendiente la condición. La condición puede abarcar todo el plexo de deseos que haya expresado el constituyente del *trust*. La ley tiene posibilidad de reconocerlos en la medida que, siempre que el fideicomisario exista al tiempo de la

restitución, pueden agregarse otras condiciones copulativas o alternativas (art. 738). Al cumplirse la condición se generará una restitución que, en el ámbito de los *trust mortis causa* reconocen la traslación propietaria de manos del *trustee* a los herederos del constituyente. De este modo, constitución y restitución en la propiedad fiduciaria conforman momentos que se corresponden con la primera y segunda traslación dominical que requiere el *trust* para su realización.

En relación a los aspectos que propenden a la intangibilidad del conjunto de bienes, la institución de la propiedad fiduciaria contiene reglas diferenciadas que las que sirven para identificar el *trust*, aunque las decisiones del Código Civil sobre este aspecto acarrear consecuencias prácticas análogas y casi idénticas al resultado de indemnidad patrimonial que persigue el *trust*. Al respecto, el fiduciario puede y debe administrar los bienes de que es dueño. En el ejercicio de su administración está obligado a la conservación de las cosas respondiendo de culpa leve por hechos que hayan disminuido o menoscabado el conjunto. En todo caso, los activos que le son entregados son inembargables (art. 1.618 N° 8), razón por la cual, no podrán ser afectados al embargo y realizados en el contexto de la ejecución de los créditos emprendidos por acreedores personales del propietario fiduciario. En el *trust*, en cambio, es otra la técnica destinada a la preservación de los bienes así constituidos. En estricto rigor, los bienes que comprenden el *trust* no ingresan al patrimonio personal del *trustee* y, por lo tanto, al existir una separación jurídica entre uno y otros bienes, malamente podrán ser objeto de la ejecución contra el emprendida por sus propios acreedores.

Como la función del *trustee* se hace operativa bajo la figura del propietario fiduciario, y dado que ambos deben responder de la administración de sus bienes, cobrará relevancia la ley local que dio origen al *trustee* para integrarla, al menos como usos normativos, a efectos de hacer efectiva semejante responsabilidad. De esto se colige que, si bien la ley de proveniencia del *trust* no rige directamente la acción u omisión de la persona *trustee* en el ejercicio de su función reconocida por equivalencia como fiduciario, desde la perspectiva del foro chileno, si podría enfrentar un juicio de responsabilidad basado en criterios constitutivos de la culpa leve de que responde, fundada bajo estándares legales foráneos. El desarrollo de este principio, sin embargo, desborda en exceso las finalidades de ese estudio.

Debe apuntarse como similitud además que tanto *trustee* como propietario fiduciario deben cumplir determinadas obligaciones que benefician a los terceros que los suceden en el dominio. El fiduciario debe confeccionar inventario solemne de los bienes que se le

entrega, y puede verse obligado a rendir caución (arts. 755 y 761). El *trustee*, por su parte, debe rendir cuenta de su administración.

Por último, siempre que haya determinado la legítima operatividad del fideicomiso en contextos de sucesión testada e intestada, la institución puede formalmente operar en ambas formas de sucesión desde que este puede constituirse entre vivos, o bien *mortis causa* a través de un testamento.

9. Utilidad del reconocimiento equivalente: los derechos sustanciales de los herederos y legatarios

Dado que la ejecución del *trust* es entendida en el foro chileno como el ejercicio de un fideicomiso, en todos aquellos bienes en que se haya reconocido por equivalencia el fideicomiso, los causahabientes están en pie de solicitar medidas conservativas (arts. 761 y 1.492); vender su expectativa, esto es, transferir su posición en el resultado involucrado en la ejecución *trust* reconocido por equivalencia; pedir indemnizaciones por una administración deficiente del *trustee* y; y exigir del *trustee* la traslación propietaria al término de su operación.

10. Limitaciones al reconocimiento equivalente

El reconocimiento por equivalencia no comporta una asimilación o fusión de instituciones. Se trata de hacer operativo el contenido de una categoría o institución foránea, bajo la puesta en movimiento de otra que le sirve de sustento, por estar dirigida al mismo cometido económico-social. Por ende, dado que la categoría vía reconocimiento pone en movimiento una institución nacional, este último ha de desplegarse con sus propias limitaciones. En ese entendido ha de cobrar vigencia la prohibición de constitución de dos o más fideicomisos sucesivos (art. 745), pues su fundamento de evitar el entorpecimiento de libre circulación de la riqueza la erige como una norma de orden público.

En todo caso, nos inclinamos a pensar que la prohibición favorece la mantención de la estructura sucesoria que pareja la constitución de un *trust*.

CONCLUSIONES

De todo lo consignado en este estudio, estamos en pie para entregar las siguientes proposiciones generales en torno al sistema de sucesión internacional chileno, de forma fundada.

1. El carácter ecléctico del sistema chileno de sucesión internacional

La norma fundante del sistema de sucesión internacional establece, en general, la unidad regulativa de la sucesión multinacional al amparo de un punto de conexión formal, abstracto, multinacional, neutral, mecánico, jurídico y temporalmente concreto utilizado por la regla atributiva del artículo 955. Pese a ello, en el conjunto existen normas conflictuales que obran como excepciones a la regla general. Su vigencia comporta una fragmentación de la sucesión. Tutelan de este modo la expectativa de los chilenos de ver regulado los efectos sucesorios que se derivan de la muerte del causante fuera del territorio de la República, por su propio ordenamiento jurídico, o bien, encontrarse bienes raíces situados en Chile.

Dado que la puesta en movimiento del sistema de atribución sucesoral solo cobra relevancia una vez que se ha determinado la competencia judicial internacional del foro chileno para conocer del asunto de sucesión multinacional, es innegable que la invocación de estas estas normas excepcionales sirven de principal fundamento para que el foro chileno experimente vocación para intervenir en la determinación de los derechos sucesorios que se derivan de la sucesión multinacional, arguyendo idoneidad para conocer alguna parte o fragmento sucesoral configurado bajo las reglas excepcionales. Estas son precisamente las causas que originan lo que hemos denominado ruptura judicial de la sucesión.

2. La calificación jurídica del concepto general de sucesión, su construcción jurisprudencial y la reconciliación de sistemas de sucesión opuestos

La amplitud material de la regla de conflicto sucesoria conduce a interpretar el concepto de sucesión de la forma más amplia posible. Este ejercicio coincide con una calificación *ex lege fori* y funcional de la sucesión y caracterizada por su objeto y causa jurídica. Esta forma que asume su identificación permite diferenciar a la sucesión de otras relaciones similares cuyo contenido especifica traslaciones patrimoniales. De este modo, el objeto sucesorio coincide con la traslación del patrimonio entendido en un sentido amplio, esto es, el conjunto mismo, parte de él, o de especies o cuerpo cierto que lo integran. Su causa jurídica es la muerte de su titular.

Como explica la Corte Suprema, en el caso “sucesión de Ángel Roque Oliveda”, el estatuto de la sucesión está destinado a la regulación de obligaciones, derechos y acciones que de dichas instituciones pueden derivarse. Es así como en lo atinente a dichas materias, el legislador determina la normativa legal aplicable a la sucesión en los bienes de una persona difunta, entendiendo como tal la regulación referente a la transmisión del dominio del conjunto de bienes que formaban parte del patrimonio del causante, a la asunción de determinadas cargas modales, a los derechos que sobre dichos bienes es posible establecer y adquirir; y, a las acciones que a su respecto puedan ejercitar aquellas personas a quienes la ley o el testador ha llamado a suceder a cualquier título.

Una calificación de este tipo radicalmente general y abstracta reconcilia el sistema de unidad con el sistema de fragmentación volviéndolos compatibles. Pues, ya no se trata de saber si el sistema de fragmentación enviado entiende al patrimonio del causante como universalidad jurídica o no. Se trata, antes bien, de examinar si las relaciones jurídicas que requieren envío o localización por el sistema chileno conforman o no efectos sucesorios derivados de la muerte del causante, y pueden ser reconocidos de este modo por el ordenamiento de *lex caussae*. Bajo un concepto foral general y abstracto construido a partir de la causa y el objeto de la transmisión *mortis causa*, un ordenamiento que adscribe al sistema de fragmentación bien puede receptor y reconocer las transmisiones como efectos sucesorios y proveerles de regulación sustancial.

Ante el caso inverso –esto es, frente al envío al orden chileno–, nuestro sistema está en pie de reconocer el concepto sucesorio anclado en el sistema de fragmentación, toda vez

reviste una naturaleza ecléctica. Por otra parte, reconoce transmisiones a título singular como parte integrantes de la sucesión, lo que viene a demostrar que las transmisiones *uti singuli* sobre la que se construyen los sistemas de inspiración germánica, no son extrañas al derecho nacional.

3. La ruptura de la unidad judicial de la sucesión como fenómeno necesario

El presupuesto operativo y lógico para recurrir a la aplicación del subsistema de atribución está dado por la instalación en la judicatura chilena de la competencia judicial internacional para conocer de una sucesión cuyo causante a muerto dejando su último domicilio fuera de Chile. La norma de competencia general, para provocar semejante radicación, no otorga competencia al foro chileno, pues extiende dicha competencia a la judicatura del lugar en que el causante ha dejado su último domicilio, esto es, un territorio extranjero. En tal caso, la relación de concordancia de las reglas sucesorias de competencia judicial general y conflictual funge funcionalmente constatando la inconexión que exhibe una sucesión absolutamente extraña con el ordenamiento jurídico chileno, esto es, la que no exhibe un razonable contacto con el sistema nacional.

La ruptura de la unidad judicial que el sistema chileno le reconoce, vía declaración de su competencia jurisdiccional, a la judicatura perteneciente al sistema extranjero razonablemente conectado a la sucesión internacional, se produce por cuestiones personales y reales. El primer aspecto, connota la situación de necesidad en que se ven los chilenos de acudir a su propio foro para hacer valer la pretensión de regular sus propios derechos sucesorios conforme al ordenamiento jurídico chileno. El segundo viene mediado por la necesidad de proceder a la dación de posesión efectiva por el tribunal ubicado en el último domicilio que el causante haya tenido en Chile, o en el domiciliado del interesado si aquel no lo alcanzó jamás.

En el primer caso, el foro chileno justifica su competencia atribuyendo efectos competenciales al artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales (véase en el estudio “sucesión de Wilhem Heimlich Bessel”). Pese a que esa atribución de efectos es a menudo tachada en la doctrina como una práctica jurisdiccional imperialista, conforma una vía legal para que el foro chileno esté en pie de aplicar las reglas conflictuales excepcionales del sistema atributiva-sucesorio que tutelan el interés de los asignatarios chilenos. De ello se

deriva que las diligencias relativas a la partición en las que un tribunal ordinario deba intervenir para instalar el tribunal arbitral, y apoyar la secuela y efectos del arbitraje de partición, surgen de esta misma norma orgánico-competencial y otras reglas de competencia territorial más generales que el artículo 148 del Código Orgánico (v. gr. la que determina competencia sobre la base del factor domicilio o de la ubicación de los bienes materia del asunto).

En el segundo caso, la judicatura chilena se erige en un verdadero foro de situación.

Al aplicar el tribunal nacional normas conflictuales sucesorales excepcionales frente al conocimiento general del asunto internacional radicado en un tribunal extranjero, el sistema chileno fragmenta la sucesión internacional. Aquello revela que la ruptura de la unidad judicial de la sucesión explica la ruptura de la unidad regulativa de la sucesión y esta supone operativamente a aquella.

4. La finalidad esencialmente nacionalizadora del sistema atributivo sucesorio

De la primera y tercera conclusión consignada se desprende que la finalidad del sistema conflictual en materia sucesoria tiene por objeto, antes que internacionalizar una situación jurídica, nacionalizar al amparo de reglas excepcionales, una situación jurídica previa y generalmente asumida como internacional bajo el contacto razonable que materializa el artículo 955. Para cumplir esta función, el legislador supone una relación internacionalizada bajo esta regla de conflicto, y radica (constata) la competencia internacional de la jurisdicción del ordenamiento foráneo a que envía el sistema de atribución sucesoral.

5. La atenuación o casi inexistente tendencia en la legislación de resguardar el orden público internacional bajo normas de aplicación necesaria.

Al amparo de una norma conflictual general de carácter mecánica y abstracta, el orden público internacional solo puede ser esgrimido en zonas específicas del fenómeno sucesorio configuradas por verdaderas normas imperativas puestas al resguardo de intensos valores jurídicos consagrados en la legislación chilena. En la multilateralidad, abstracción y

mecanicidad del artículo 955 descansa un amplio potencial para reconocer y aplicar el derecho extranjero, sin trabas generales limitantes de semejante aplicación provenientes por el sistema del foro.

En estricto rigor, el orden público internacional solo se desempeña en el subsistema atributivo, y de modo relativo, en ciertas limitaciones impuestas al pacto de indivisión, la regulación de la incapacidad relativa o especial para suceder, los derechos parasucesorios, o los efectos registrales de la sucesión. Estas materias serían hipotéticamente aptas de subsumirse, por su naturaleza sucesoria, bajo la órbita aplicativa del artículo 955, pero han sido reguladas bajo normas de aplicación necesaria cuya finalidad es la protección de valores jurídicos del foro.

6. Los efectos sucesorios de la descomposición analítica propio del sistema de atribución

Otra tanto de materias, como, por ejemplo, las vinculadas al estatuto personal o las que versan sobre la forma de los actos, han sido sustraídas de la *lex successionis* por la fragmentación o descomposición analítica propia del sistema atributivo efectuada en favor del ordenamiento chileno u otro. No existe aquí despliegue de alguna expresión de orden público internacional, sino que la simple puesta en movimiento del principio contacto razonable.

Si bien, esta tendencia presenta una mayor legitimidad técnica, exhibe falencias en materia de capacidad de testamentifacción sobre las hipótesis no reguladas por el artículo 15 N° 2. El desperfecto se debe a que el ordenamiento chileno no contiene una construcción acabada del estatuto personal de derecho internacional privado. Para integrar la omisión del legislador chileno, el intérprete debe acudir a principios internacionales que rigen la materia sucesoria y admitir excepcionalmente el reenvío a condición de que el ejercicio beneficie la validez del testamento e imposibilite la apertura de la sucesión legal.

7. La acogida jurisprudencial de la distinción doctrinal entre cuestión previa y cuestión principal: la riqueza normativa de su desempeño

Hemos constatado que la jurisprudencia conociendo de sucesiones internacionales ha efectuado la distinción doctrinal entre cuestiones preliminares o incidentales y cuestiones principales o de fondo. Se establece que las cuestiones vinculadas al estatuto personal que inciden en la sucesión conforman –valga la redundancia–, aspectos preliminares de la sucesión, y, por ende, deben ser localizadas con independencia a esta.

Los fundamentos de la teoría de la cuestión preliminar admiten desempeñarse en otras zonas del fenómeno de sucesión. Es claro que si la cuestión preliminar da pie la localización autónoma de la relación meramente incidental es porque tal vinculación jurídica se ha conformado bajo supuestos totalmente diferenciados de la relación principal a la que accede. Por ende, su recepción bien podría dar paso a la acogida de la teoría de transportación por equivalencia funcional para admitir instituciones desconocidas válidamente conformadas fuera de Chile (sucesión angloamericana mediada por *trust*), o hipótesis sucesorias no previstas en el ordenamiento (sucesión contractual). Algún atisbo de ello se logra apreciar en el considerando segundo del fallo de la “sucesión de la ciudadana francesa Cabriolier” –estudiado en el tratamiento conflictual de la sucesión testada– y que vino a fundamentar la validez de la forma ológrafa del testamento otorgado en el extranjero.

8. La diferencia entre normas sustanciales y atributivas y su desempeño en la extensión operativa del derecho de pago preferente

El derecho de adjudicación en los bienes ubicados en Chile con cargo a las cuotas hereditarias que confiere la ley chilena a los asignatarios chilenos comporta un derecho subjetivo. Esta potestad sustancial puede ser ejercida una vez que ha quedado claro cuáles son los derechos sucesorios de los asignatarios chilenos. La subordinación de la potestad de pago a la determinación del derecho aplicable está conducida por una notoria distinción lógica entre normas sustanciales y atributivas. El artículo 988 contiene ambos tipos de normas.

En su inciso primero estatuye una regla conflictual que fragmenta la herencia multinacional originada en la sucesión abintestato de un extranjero, estableciendo que los derechos sucesorios que dimanen de ella se van a regir por el derecho chileno. Esta fragmentación es análoga a la establecida en el artículo 15 N° 2. Con ello, el legislador ha completado el estatuto atributivo-fragmentador de la herencia donde figuran asignatarios chilenos, lo cual explica la referencia que realizó a la “sucesión abintestato”.

Los siguientes incisos del artículo contienen el derecho sustancial de preferencia en el pago. De esta suerte, el campo de aplicación que apareja la regla atributiva del inciso primero del artículo en comento no puede ser extendidos al resto de las normas jurídicas que consagra el mismo artículo. En las normas específicamente sustanciales que establecen el derecho de preferencia, el legislador no establece distinciones relativas a la clase de sucesión, ya sea testada o intestada. Todo lo que requiere para poner en movimiento la potestad de pago es que el asignatario revista la nacionalidad chilena y que acredite un interés. Evidentemente, el interés que acusa es el sustrato o fundamento de la consagración de su derecho sucesorio, que puede dimanar tanto de su calidad de heredero de conformidad con los órdenes legales, o bien, de su institución como asignatario mediante un testamento.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

I. Literatura científica

1. ALBORNOZ, Jorge. 2003. Sucesión hereditaria. En: FERNANDEZ, Diego. (coord.). Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur. Buenos Aires, Zavalía.
2. BARROS, Enrique. 2005. Justicia y eficiencia como fines del Derecho privado patrimonial. En: Estudios de Derecho Civil I. Santiago, LexisNexis.
3. BELLO, Andrés. 1890. Obras Completas. Volumen XIII. Proyecto Inédito de Código Civil. Santiago, Imp. Pedro G. Ramírez.
4. BELLO, Andrés. 1890. Obras Completas. Volumen X. Derecho Internacional. Santiago, Imp. Pedro G. Ramírez.
5. BENQUIS, Heriberto y BENQUIS, José. 1962. Problemas Sucesorios de Derecho Internacional Privado. Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
6. BEZANILLA, Ricardo. 1966. Las personas. En: HAMILTON, Eduardo (coord.). Solución de Conflictos de Leyes y Jurisdicción en Chile. Derecho Internacional Privado. Santiago, Ed. Jurídica.
7. BLACK, Henry C. 1910. A Dictionary of Law. 2ª ed. St. Paul, Minn, Estados Unidos. West Publishing Co.
8. BLANCO-MORALES, Pilar y BALMORI, Ana. 2013. Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico. JURISMAT (2):33-69.
9. BOGGIANO, Antonio. 2000. Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 2ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
10. CALVO, Alfredo-Luis. 2004. La norma de conflicto del siglo XXI. En: FERNANDEZ, J., SANCHEZ, S. et al. Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos. Vol. 2. Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y VARIA. Madrid, UAM y Eurolex.
11. CARRASCOSA, Javier. 2008. El testamento ológrafo y el derecho internacional privado. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche 1(3):183-201.

12. CASTELLANOS, Esperanza. 2008. Sucesión hereditaria. En: CALVO, Alfredo-Luis y CARRASCOSA, Javier. Derecho Internacional Privado. Vol. II. 9ª ed. Granada, Comares.
13. CORDON, Faustino. 1998. Sobre la legitimación en el derecho procesal. Revista Chilena de Derecho 25(2):357-385.
14. DELGADO, Cesar; DELGADO, María y; CANDELA, César. 2008. Introducción al Derecho Internacional Privado. Conflicto de Leyes. Parte Especial. 3ª ed. Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú.
15. DOMINGUEZ B., Ramón y DOMINGUEZ A., Ramón. 2011. Derecho Sucesorio. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica.
16. DOMINGUEZ, Ramon. 2012. Teoría General del Negocio Jurídico. 2ª ed. Santiago, Ed. Jurídica.
17. DUNCKER, Federico. 1950. Derecho Internacional Privado. Parte General. Santiago, Ed. Jurídica.
18. ELORRIAGA, Fabián. 2010. Derecho Sucesorio. 2ª ed. Santiago, Abeledo-Perrot.
19. FELDSTEIN, Sara. 2000. Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Buenos Aires, Ed. Universidad.
20. FABRES, José. 1892. La Legislación de Chile con Relación al Derecho Internacional Privado. Santiago, Chile. Imp. Cervantes.
21. FERNANDEZ, José y SANCHEZ, Sixto. 1996. Curso de Derecho Internacional Privado. 3ª ed. Madrid, Civitas.
22. FERNANDEZ, José. 2009. Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación. Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (25):9-44.
23. FERRAJOLI, Luigi. 2003. Pasado y futuro del Estado de derecho. En: CARBONELL, M. (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta.
24. FIGUEROA, Gonzalo. 1996. Repertorio de Legislación y Jurisprudencias Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias. Tomo I. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica.
25. GOLDSCHMIDT, Werner. 1990. Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico. 7ª ed. Buenas Aires, Depalma.
26. GARCIA, Florencio. 1852. Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español. Tomo II. Volumen III. Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico Editorial.

27. GONZALEZ, Mario. 1944. La Sucesión ante el Derecho Internacional Privado. Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
28. GUZMAN, Diego. 1989. Tratado de Derecho Internacional Privado. 2ª ed. Santiago, Ed. Jurídica.
29. HABERMAS, Jürgen. 2005. Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso. 4ª ed. Madrid, Trotta.
30. HART, Herbert L. A. 1963. El Concepto de Derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
31. HART, Herbert L. A. 1970. Kelsen's doctrine of the unity of the law. En: KIEFER, H. y MUNITZ, M. (eds.). Ethics and Social Justice. Contemporary Philosophic Thought. Nueva York, State University of New York Press.
32. HELLER, Hermann. 1995. La Soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional. 2ª ed. México D. F., Fondo de Cultura Económica.
33. HOHFELD, Wesley N. 2001. Conceptos Jurídicos Fundamentales. 5ª ed. México D. F., Fontamara.
34. KELSEN, Hans. 1971. Teoría Pura del Derecho. 10ª ed. Buenos Aires, Universitaria de Buenos Aires.
35. MARINONI, Luiz; PÉREZ, Álvaro y NUÑEZ, Raúl. 2010. Fundamentos del Proceso Civil. Hacia una Teoría de la Adjudicación. Santiago, Legal Publishing.
36. MARIS, Stella. 1971. El problema de las calificaciones en el derecho internacional privado. Lecciones y Ensayos. Universidad de Buenos Aires (43):223-230.
37. MONTERO, Juan. 1994. La Legitimación en el Proceso Civil. Madrid, Civitas.
38. PEÑAILILLO, Daniel. 2007. Los Bienes. La Propiedad y Otros Derechos Reales. 4ª ed. Santiago, Ed. Jurídica.
39. QUINTANA, Fernando. 2000. Principios del derecho, interpretación y argumentación. Anuario de Filosofía Jurídica y Social (18):291-301.
40. RAMIREZ, Mario. 2010. Curso Básico de Derecho Internacional Privado. Santiago, Abeledo-Perrot.
41. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. Diccionario de la Lengua Española [en línea]. 23ª ed. Madrid, Espasa Libros. < <http://dle.rae.es/>>.
42. RODRIGUEZ, Pablo. 2002. Instituciones de Derecho Sucesorio. 2ª ed. Santiago, Ed. Jurídica.
43. SAVIGNY, Friedrich K. 1879. Sistema del Derecho Romano Actual. Tomo VI. Madrid, Ed. F. Góngora y Compañía.

44. SOMARRIVA, Manuel y ABELIUK, René. 2008. Derecho Sucesorio. Tomo I. 7ª ed. Santiago, Ed. Jurídica.
45. SOMARRIVA, Manuel y ABELIUK, René. 1981. Derecho Sucesorio. Tomo II. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica.
46. VIAL, Víctor. 2006. Teoría General del Acto Jurídico. 5ª ed. Santiago, Ed. Jurídica.
47. VILLARROEL, Carlos y VILLARROEL, Gabriel. 1982. Consideraciones sobre el estatuto personal en la legislación chilena. Revista Chilena de Derecho (15):341-374.
48. VILLARROEL, Carlos y VILLARROEL, Gabriel. 2015. Derecho Internacional Privado. Santiago, Ed. Jurídica.
49. WALZER, Michael. 2015. Las Esferas de la Justicia. Una Defensa del Pluralismo y la Igualdad. 2ª ed. México D. F., Fondo de Cultura Económica.
50. WOLFF, Martin. 1958. Derecho Internacional Privado. Traducción Española de la 2ª ed. Inglesa por Antonio Marín López. Barcelona, Bosch.

II. Jurisprudencia

1. EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 29 de septiembre de 1863. En: Gaceta de los Tribunales (1863, N° 2.027). p. 777. Doctrina recopilada por BEZANILLA, Ricardo. 1966. Las personas. En: HAMILTON, Eduardo (coord.). Solución de Conflictos de Leyes y Jurisdicción en Chile. Derecho Internacional Privado. Santiago, Ed. Jurídica. p. 31.
2. EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 27 de diciembre de 1918. En: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales (tomo 16, sección 1ª). p. 511. Doctrina recopilada por FIGUEROA, Gonzalo. 1996. Repertorio de Legislación y Jurisprudencias Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias. Tomo I. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. p. 113.
3. EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 14 de enero de 1927. Sin especificación de Rol. [<https://westlawchile.cl> cita online: CL/JUR/51/1927].
4. EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 10 de agosto de 1936. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia (tomo 33, 2ª parte, sección 1ª). pp. 449 y ss.
5. EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 19 de marzo de 1998. Rol N° 322-1997.
6. EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 8 de junio de 2004. Rol N° 1.062-2003.
7. EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 22 de enero de 2008. Rol N° 3.247-2006.

8. EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 8 de junio de 2009. Rol N° 2.771-2009.
9. EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 9 de agosto de 2012. Rol N° 3.135-2012.
10. EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 11 de junio de 2015. Rol N° 914-2015.
11. EXCELENTÍSIMA Corte Suprema. Sentencia de 13 de enero de 2016. Rol N° 17.741-2015.
12. ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de mayo de 1888. En: Gaceta de los Tribunales (1888, 1ª semana, N° 619) (cons. 7° a 9°). p. 499. Doctrina recopilada por FIGUEROA, Gonzalo. 1996. Repertorio de Legislación y Jurisprudencias Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias. Tomo I. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. p. 65.
13. ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 7 de enero de 1935. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia (tomo 33, 2ª parte, sección 1ª). pp. 462, 469, 470, y 472.
14. ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de fecha 18 de mayo de 1987. En: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales (tomo 84, sección 2ª) (cons. 48°). p. 68. Doctrina recopilada por FIGUEROA, Gonzalo. 1996. Repertorio de Legislación y Jurisprudencias Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias. Tomo I. 3ª ed. Santiago, Ed. Jurídica. p. 112
15. ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 2 de mayo de 2014. Rol N° 94-2014.
16. ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 14 de diciembre de 1938. En: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales (tomo 39, sección 1ª). p. 511. p. 388.
17. ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 1° de septiembre de 1994. Rol N° 133.216-1993.
18. ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Rol N° 5.363-2016.
19. ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 3 de enero de 2008. Rol N° 1.938-2007.
20. ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 19 de noviembre de 1996. Rol N° 6.684-1996.
21. ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 3 de diciembre de 2013. Rol N° 2.055-2013.

22. ILUSTRÍSIMA Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Sentencia de fecha 6 de agosto de 1991. Sin especificación de Rol. [www.microjuris.cl cita online: MJCH_MJJ1938].
23. DECIMO CUARTO Juzgado Civil de Santiago. Sentencia de 9 de octubre de 2012. Rol C-11.772-2011.
24. CUARTO Juzgado de Letras Civil de Antofagasta. Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2014. Rol C-290-2010.

III. Fuentes jurídico-formales

1. Código Civil.
2. Código Orgánico de Tribunales.
3. Código de Procedimiento Civil.
4. Código de Derecho Internacional Privado.
5. Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.
6. Ley N° 19.451 “Establece normas sobre trasplante y donación de órganos”.
7. Decreto con Fuerza de Ley N° 33 del año 1999 del Ministerio de Relaciones Exteriores “Fija el Estatuto del Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores”.
8. Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.
9. Decreto N° 172 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1977 “Sustituye Texto del Reglamento Consular”.
10. Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y su Reconocimiento del año 1985.
11. Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte de 1989.
12. Convenio de La Haya sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias de 1961.