

## LAS REGLAS SUCESORIAS CHILENAS: UNA CRÍTICA DESDE LOS PRINCIPIOS

María Agnes Salah Abusleme\*

### I. INTRODUCCIÓN

De la misma forma como el derecho se ocupa de diversas etapas de la vida de las personas, también se ocupa de las personas que dejan de existir. Ellas básicamente dejan su cuerpo y sus bienes. Respecto del cuerpo, el derecho nacional autoriza a las personas para que, dentro de cierto ámbito limitado, determinen su destino<sup>1</sup>. Para el caso de los bienes, la preocupación del derecho se manifiesta tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial. Al primero de estos aspectos el derecho dedica gran parte. Así, un Libro completo del Código Civil se refiere en forma general a los bienes, derechos y obligaciones que resultan transmisibles. Fuera del Código Civil, numerosas normas se ocupan de bienes específicos de quien fallece, como los derechos en una sociedad, los fondos previsionales y los pagos por concepto de seguros de vida<sup>2</sup>; creando incluso ficciones tributarias que permiten seguir realizando declaraciones de impuestos a nombre del fallecido<sup>3</sup>. En el ámbito extrapatrimonial, las normas

\* Profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, msalah@derecho.uchile.cl.

<sup>1</sup> Los libros VIII y IX del Código Sanitario se ocupan respectivamente de la inhumación, exhumación y traslado de los cadáveres; y del aprovechamiento de los cadáveres con fines científicos o terapéuticos. Por su parte, la ley N° 19.451, establece normas sobre Trasplante y Donación de Órganos.

<sup>2</sup> Respecto de los derechos en una sociedad resulta pertinente el artículo 368 del Código de Comercio; para los fondos previsionales, el artículo 66, inciso 5° del decreto ley N° 3.500; y, en relación con los seguros de vida, los artículos 593 y siguientes del Código de Comercio y la ley N° 20.667.

<sup>3</sup> Artículo 5° de la Ley sobre Impuesto a la Renta, D.L. N° 824 de 1974.

de propiedad intelectual principalmente velan por el derecho moral del autor de las obras incluso tras su muerte<sup>4</sup>.

El tema que quisiera plantear a través de este trabajo dice relación con la necesidad de repensar los principios inspiradores de las reglas sobre sucesión aplicables cuando muere una persona y los efectos que ello conllevaría en la fisonomía de la legislación sucesoria<sup>5</sup>. Cuando la doctrina nacional se refiere a los principios inspiradores del derecho sucesorio vigente se ve reiteradamente la identificación de los siguientes principios: a) el de continuidad de la persona del causante por los herederos; b) el de unidad, de los bienes y la legislación, y c) el de igualdad<sup>6</sup>. Sin embargo, este trabajo espera demostrar la insuficiencia de estos principios a partir de una determinada concepción de la libertad e igualdad.

Como consecuencia de dicho análisis, y respondiendo a la función normativa de los principios, se planteará que las normas sobre sucesiones deberían modificarse en un doble sentido. Primero, permitiendo una mayor libertad de testar, lo cual requiere una modificación de las disposiciones relacionadas con la facultad de testar, tanto de fondo como de forma. Segundo, estableciendo reglas que vayan en beneficio de aquellos que se consideren desprotegidos, especialmente en lo que respecta a su forma de concurrir en los órdenes de sucesión y en la asignación de ciertos bienes hereditarios.

## II. EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD

La pregunta previa que se presenta al pensar en la libertad de testar, pero que escapa de este trabajo, dice relación con el fundamento para establecer

<sup>4</sup> Ley de Propiedad Intelectual, N° 17.366, artículo 15 para el derecho moral de autor y artículo 71 para los derechos conexos.

<sup>5</sup> Dworkin considera a un principio como "un estándar que ha de ser observado (...) porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad". DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio* (traducción de Marta GUASTAVINO, Barcelona, Editorial Ariel, 1984), p. 72. Además de revestirlos de la característica de generalidad, se diferencian de las reglas en cuanto a que no se sujetan al criterio de todo o nada de las reglas (*all-or-nothing way*), sino que a una dimensión de peso de los principios (*dimension of weight*).

<sup>6</sup> RAMOS PAZOS, René, *Sucesión por Causa de Muerte* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), pp. 13-17; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Principios del Derecho Sucesorio en el Código de Bello y su Estado Actual", en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, 219-220 (2006), pp. 215-236, en particular, pp. 219-223; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, "Introducción al Derecho Sucesorio en el Código Civil", en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción* 98 (1956), pp. 561-596, en particular pp. 571-590. En relación con el principio de igualdad ver PENAILILLO AREVALO, Daniel, "El Principio de Igualdad en el Derecho Sucesorio", en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción* 143 (1968), pp. 45-56.

reglas sucesorias que permiten que se perpetúe la riqueza entre generaciones. Numerosos análisis desde la perspectiva económica, sociológica y religiosa han intentado justificar su existencia. La respuesta a esa inquietud no admite una respuesta sencilla y plantea desafíos desde lo que tradicionalmente se concibe como justicia distributiva. La forma en que el derecho chileno principalmente responde a dicha pregunta se encuentra contenida en el modo y grado con que se gravan las asignaciones hereditarias<sup>7</sup>. Ahora bien, sea cual sea el porcentaje de bienes del causante que pudiera persistir tras la determinación de la regla justa de diseño social, surge la pregunta acerca del grado de libertad o autonomía que vamos a permitir a las personas respecto de aquel conjunto de bienes que se sucederán<sup>8</sup>.

### 1. Una mirada histórica

Si hubiera que calificar a la legislación sucesoria de Chile, se podría señalar que ella ha sido más bien restrictiva de la libertad de testar. En efecto, puede incluso afirmarse que la historia legislativa muestra una merma progresiva de la libertad de testar, especialmente pensando en el fortalecimiento de las asignaciones forzosas, particularmente las legítimas y la cuarta de mejoras.

Ya en los mismos orígenes de la regulación, dicha disminución en la libertad de testar se aprecia en el tránsito desde el proyecto planteado por Bello hacia el Código definitivamente promulgado. Así, el proyecto de 1841-1842, consideraba que constituían asignaciones forzosas las legítimas, la porción conyugal, los legados de alimentos para ciertas personas, las expensas funerarias y los impuestos y legados a favor de establecimientos públicos<sup>9</sup>. La mitad

<sup>7</sup> En la actualidad, la regla general es que cada asignación hereditaria es gravada con una tasa progresiva de hasta un 25% según el monto de la asignación. Para un análisis de esta dimensión aplicada al impuesto de herencia chileno, ver SAFFIE GATICA, Francisco, "El Impuesto a las Herencias como una Institución de Justicia", en *Estudios Públicos* 126 (2012), pp. 123-161.

<sup>8</sup> En general se ha planteado que el grado de libertad aumenta si se mira al derecho sucesorio como parte del derecho de propiedad y disminuye si se le asocia al derecho de familia. MCMURRAY, Orrin, *Liberty of Testation and Some Modern Limitations Thereon*, en *Illinois Law Review* 14 (1919), pp. 96-123. Intuitivamente tiendo a pensar que se requiere una justificación que excede al derecho de propiedad, aunque tradicionalmente así ha sido. Ver por ejemplo, CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comprado, De la Sucesión* (Vol. VII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013), pp. 364-370.

<sup>9</sup> Proyecto de 1841-1842 publicado en BELLO, Andrés, *Obras Completas de don Andrés Bello, Proyectos de Código Civil*, con introducción de Miguel Luis AMUNÁTEGUI ALDUNATE (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1887) Vol. XI, p. 77.

de los bienes del causante constituían las legítimas rigurosas, de forma que la otra mitad constituía la cuota que el causante podía disponer libremente<sup>10</sup>. Sin embargo, la reflexión que el autor realiza en sus notas muestra ciertas dudas en relación con la verdadera necesidad de las asignaciones forzosas, "en el corazón de los padres tienen el interés de los hijos una garantía mucha más eficaz que la protección de la ley"; dando también a conocer que muchos países no las consideran, como Gran Bretaña y Estados Unidos<sup>11</sup>. No obstante las dudas de Bello, el proyecto de 1846-1847, siguió considerando similares disposiciones relacionadas con las asignaciones forzosas<sup>12</sup>. En relación con la segunda gran fuente de restricciones hacia la libertad de testar, la cuarta de mejoras, Bello tuvo una posición diversa a lo que finalmente se integró al texto codificado. El redactor del Código Civil expresamente se refirió en su primer proyecto a la decisión consciente de suprimir la "mejora del tercio", la que calificaba como una "invención peculiar de los godos"<sup>13</sup>. Sin embargo, la cuarta de mejoras fue finalmente incluida, ya apareciendo en el Proyecto Inédito<sup>14</sup>. Es así como en el proyecto definitivo, "no teniendo descendientes legítimos (...) puede cualquiera persona disponer libremente de la mitad de su patrimonio, en el caso contrario, sólo la cuarta parte de los bienes le es lícito disponer con absoluta libertad"<sup>15</sup>.

Con posterioridad a la dictación del Código Civil, a través de sucesivas reformas legales, la disminución de la libertad del testador se ha acentuado en forma progresiva. Las legítimas se han reformado en el tiempo, básicamente incluyendo a todo tipo de ascendientes e hijos, eliminando así inequidades

<sup>10</sup> Proyecto de 1841-1842, cit. (n. 9), pp. 80-83.

<sup>11</sup> Nota a artículo 5º del Título VIII, sobre las legítimas, Proyecto de 1841-1842, en *Obras Completas de don Andrés Bello, Proyectos de Código Civil*, cit. (n. 9), p. 80.

<sup>12</sup> Proyecto de 1846-1847, en *Obras Completas de don Andrés Bello, Proyectos de Código Civil*, cit. (n. 9), p. 357. No se presentaban grandes innovaciones, salvo eliminar como asignaciones forzosas a las expensas funerarias y los impuestos. Los alimentos se imputaban a la parte de la cual podía disponer libremente el causante (artículo 182, p. 359); la porción conyugal por su parte se deducía de la totalidad de los bienes antes de deducir las legítimas (artículo 191, p. 360); y por último, las legítimas, se extendían a la mitad de los bienes restantes del causante (artículo 195, pp. 357-361).

<sup>13</sup> Nota al artículo 5º del Título VIII, Proyecto de 1841-1842 publicado en *Obras Completas de don Andrés Bello, Proyectos de Código Civil*, cit. (n. 9), p. 80.

<sup>14</sup> *Obras Completas de don Andrés Bello, Proyecto Inédito de Código Civil*, Vol. XIII, con introducción de Miguel Luis AMUNÁTEGUI ALDUNATE, Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1890, pp. 299-300.

<sup>15</sup> Dicha declaración se ponía en dos situaciones posibles, aquella en que una persona tenía legitimarios pero no tenía asignatario de cuarta de mejoras, caso en el cual podía disponer libremente de la mitad de la herencia, y el caso en que sí se tuvieran asignatarios de cuarta de mejoras, en cuyo caso sólo podía disponerse libremente del 25% de la herencia. En la actualidad la primera hipótesis no se plantea por haberse ampliado las personas que pueden ser asignatarios de cuarta de mejoras.

históricas, e incorporando al cónyuge tras la eliminación de la porción conyugal<sup>16</sup>. Del mismo modo, se han agregado posibles asignatarios de la cuarta de mejoras, con lo que se ha robustecido su importancia<sup>17</sup>. De esta forma, en la actualidad, si existen legitimarios necesariamente se presentan asignatarios de cuarta de mejoras<sup>18</sup>. Como consecuencia de lo anterior, el espacio de libertad absoluta para quienes poseen asignatarios forzosos corresponde sólo a un 25% de la herencia (y esa es la situación fáctica que debería corresponder a la mayor cantidad de casos en Chile).

La contrapartida a las restricciones testamentarias estaría dada por el hecho que supuestamente en vida, tal como anticipa el mismo mensaje, las personas podrían hacer lo que les plazca con sus bienes "solo en casos extremos interviene la ley imputando a la mitad o cuarta de libre disposición el exceso de lo que se ha donado entre vivos", conciliando así "el derecho de propiedad con la obligación de proveer el bienestar de aquellos a quienes se ha dado el ser, o de quienes se ha recibido"<sup>19</sup>. Sin embargo, esta afirmación se ve fuertemente relativizada por las disposiciones del Código Civil que tienden a reconstituir el patrimonio del causante como si ciertas donaciones no hubieran ocurrido<sup>20</sup>.

Se puede concluir entonces que la protección de miembros del grupo familiar ha prevalecido en la configuración de la legislación sucesoria, en desmedro de la libertad de testar del causante y el legítimo ejercicio de sus posibles preferencias morales, filosóficas o religiosas<sup>21</sup>. Dicha opción no estuvo ni ha estado exenta de críticas. Hay varios trabajos de comienzos del siglo pasado que abogaron por

<sup>16</sup> Reformas introducidas mediante leyes N°s. 10.271, 19.585 y 19.947.

<sup>17</sup> En un inicio eran asignatario de cuarta de mejoras sólo los descendientes legítimos. Reformas introducidas mediante leyes N°s. 10.271 de 2 de abril de 1952, 18.802 de 9 de junio de 1989 y 19.585 de 26 de octubre de 1998.

<sup>18</sup> No es preciso señalar que son los mismos, por cuanto para el caso de las mejoras, ellas pueden recaer libremente en cualquiera de los asignatarios.

<sup>19</sup> COOD Y ROSS, Enrique, *Antecedentes Legislativos y Trabajos Preparatorios del Código Civil de Chile*, precedidos de una biografía por Miguel Luis AMUNÁTEGUI REYES Completados por Guillermo FELIU CRUZ y Carlos STUARDO ORTIZ (Santiago, Comisión Nacional Organizadora del Centenario del Código Civil, 1958), p. 83.

<sup>20</sup> Tanto respecto de otros legitimarios como de terceros, artículos 1185 a 1187 del Código Civil. De hecho, mediante una reforma introducida por la ley N° 19.585 de 1998, el legislador se ha preocupado de que los valores de las donaciones se actualicen prudencialmente a la época de la apertura de la sucesión (reforma al artículo 1185).

<sup>21</sup> De hecho dichas preferencias pueden ser gravadas con un recargo impositivo de hasta un 40%, en la medida que los asignatarios tengan un parentesco más lejano o si éste fuera inexistente (artículo 2º de la ley N° 16.271, Sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones).

una mayor libertad de testar<sup>22</sup>. Asimismo, parte relevante de la doctrina más reciente sobre la materia se ha inclinado por un aumento de la libertad para disponer de los bienes con efectos con posterioridad a la muerte<sup>23</sup>.

## 2. Hacia una mayor libertad de testar

Este texto respalda la defensa de una mayor libertad de testar fundada en el principio más general de libertad. La forma de apoyar dicha opción se sigue de la idea de libertad recogida en la "Teoría de la Justicia" de Rawls. El autor plantea como primer principio de justicia que: "(...) cada persona ha de tener igual derecho al más extensivo sistema de iguales libertades básicas compatibles con un esquema similar de libertades para los demás"<sup>24</sup>. Este principio permite así determinar los derechos y libertades que deben tener prioridad, partiendo de la base que el sistema de libertades debe velar por la protección de

<sup>22</sup> Ejemplos ilustrativos son las memorias elaboradas en la Universidad de Chile: FELIÚ HURTADO, Óscar, *La Libertad de Testar* (Santiago, Imprenta de los Talleres de N. S. del Carmen, 1902), pp. 13-21. El autor asocia el derecho de testar como una consecuencia lógica del de propiedad y considera que estimula la economía y el trabajo el hecho que las personas no den por descontado una herencia; DE LAMA Y OSSA, Jerónimo, *La Supresión de las Asignaciones Forzosas en favor de los hijos como elemento de progreso social* (Santiago, Imprenta Mejía de Alberto Poblete Garín, 1903), quien considera indispensable robustecer al individuo por medio del trabajo; BERTIN, Arturo, *Libertad de Testar* (Santiago, Imprenta Franklin, 1912), quien considera que la libertad es el fundamento de todas las manifestaciones de la actividad humana, incluso en el ámbito sucesorio, pp. 10-13 y 21-22; MUJICA, Alfredo, *Libertad de Testar* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1918) considera que sólo cabe alimentos y educación a los hijos, siendo los sentimientos la mejor garantía de la herencia, pp. 10-13; y, RUIZ DIEZ, Alberto, *De la Libertad de Testar* (Cauquenes del Maule, Imprenta y Encuadernación Mont-Calm, 1916), quien tras hacer una reseña histórica y comparativa de la libertad de testar concluye que las restricciones a la misma atentan contra el derecho de propiedad, pp. 36-37.

<sup>23</sup> Ver por ejemplo: DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Principios del Derecho Sucesorio en el Código de Bello y su Estado Actual*, cit. (n. 6), pp. 233-236; MARTINIC GALETOVIC, María Dora, "Las Asignaciones Forzosas y la Libertad de Testar", en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, Pasado Presente y Futuro de la Codificación* (Santiago, LexisNexis, 2005), pp. 479-486; RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, "Contracción de las Asignaciones Forzosas. Una Reforma Urgente al Sistema Sucesorio Chileno", en *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, Abeledo Perrot, 2010) pp. 423-433; y BARRÍA PAREDES, Manuel, *Las Asignaciones Forzosas en Chile. Su Estado Actual y una Posible Revisión*, Tesis, Doctorado en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago, 2013) y "La Protección Sucesoria de Descendientes y Discapacitados", en *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2014), pp. 3-15. Cfr. UGARTE VIAL, Jorge, *Protección de la Legítima contra los Legados de Cuerpo Cierto*, en *Revista Chilena de Derecho* 34 (2007), pp. 251-288.

<sup>24</sup> RAWLS, John, *Theory of Justice, Revised Edition* (United States of America, Harvard University Press, 2000), p. 53. El autor no se inmiscuye en la diferenciación entre libertad positiva o negativa (p. 176 y nota 3 de p. 177), desarrollada en forma general por BERLIN, Isaiah, *Two Concepts of Liberty*, en *Liberty*, Hardy, Henry (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 166-217.

las diversas elecciones morales, filosóficas y religiosas de las personas<sup>25</sup>. Para el autor, la libertad se explica haciendo referencia a tres aspectos: los sujetos que se consideran libres, las restricciones o limitaciones de las que se encuentran libres y qué es lo que pueden hacer o no. Así, se contravendría el principio de libertad si un grupo de personas tiene más libertad que otro o cuando la libertad es menos extensa de lo que debería ser<sup>26</sup>.

Las normas sobre el derecho sucesorio en su ascendente regulada por el derecho privado no son analizadas por el autor en el contexto de la "Teoría de Justicia" porque no forman parte de la estructura básica de la sociedad<sup>27</sup>. Sin embargo, y aun cuando sus principios de justicia social aplicables a la estructura básica no tienen por qué ser aplicables a todos los casos, mi intuición es que aparecen como pertinentes para analizar las normas existentes y una posible reforma del derecho sucesorio. Si se lleva esta idea al ámbito sucesorio, podríamos pensar que este principio se manifiesta a través de la posibilidad de testar o celebrar contratos sobre la herencia de acuerdo a las propias convicciones de una persona. Desde esta perspectiva, la forma en que el Código Civil regula la libertad de testar no será equitativa cuando no sea tan extensiva como debería ser, por no asegurarse un grado idóneo de libertad de acuerdo con las posibles elecciones personales.

Mirando hacia la posibilidad de consagrar una libertad de testar más amplia, se debería impulsar entonces una modificación que persiga al menos un equilibrio más razonable entre la autonomía individual de las personas y su responsabilidad familiar, libertad considerada en su variante más fuerte o absoluta, es decir, que las personas sean libres de determinar los montos o porcentajes, así como las personas que constituirán sus asignatarios hereditarios<sup>28</sup>. Atendidas las justificaciones que deben darse para aceptar las convenciones en materia hereditaria, se dejarán fuera del análisis<sup>29</sup>.

El reconocimiento de una mayor libertad de testar plantea al menos dos desafíos. El primero, sobre qué parte o porcentaje de los bienes debería existir

<sup>25</sup> RAWLS, cit. (n. 24), pp. 205-206.

<sup>26</sup> Ídem, pp. 177-179. En relación con la explicación de la libertad y su contenido sigue a MACCALLUM, *Negative and Positive Freedom*, nota 4, p. 177.

<sup>27</sup> Ídem, p. 7.

<sup>28</sup> Una variante más acotada de la libertad se manifestaría, por ejemplo, en la capacidad de elegir, dentro de un grupo determinado de personas, la forma de distribuir parte de la herencia para cada una de ellas. Esta segunda forma de libertad se encuentra hoy presente en la cuarta de mejoras.

<sup>29</sup> Artículos 1463 y 1204 del Código Civil. Sobre la materia, ver LINAZASORO CAMPOS, Gonzalo, *Convenciones Sucesorias: Pactos sobre Sucesiones Futuras* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981).

amplia libertad del testador para disponer de ellos con efecto posterior a su muerte. El segundo desafío se refiere a las formas testamentarias que permitirían garantizar de mejor forma la libertad de testar.

Vamos con el primer desafío. El rango que podría considerarse como de libre disposición va, en teoría, desde toda la herencia hasta alguna parte de ella. En derecho comparado encontramos respuestas interesantes, que pueden gruesamente agruparse en algunos modelos de referencia. En un extremo se encuentran aquellos sistemas en que prima de forma absoluta la libertad de testar, modelo en desuso del que generalmente se dan ejemplos históricos<sup>30</sup>. Aparentemente esta forma ha cedido a favor de un segundo modelo, presente principalmente en países anglosajones, que consiste en que ciertas personas pueden demandar una asignación forzosa alimenticia del causante. Dicha asignación por ejemplo, en el caso de Inglaterra, pueden solicitarla los familiares, cónyuges e incluso aquellas personas que dependían del causante, aún sin ser familiares<sup>31</sup>. Lo relevante de la disposición es que su procedencia se determina caso a caso de acuerdo con las necesidades y circunstancias del solicitante, salvo el caso del cónyuge<sup>32</sup>. La mayor parte de los países de la tradición civil corresponden a un tercer modelo, que establece una parte reservada de la herencia a favor de ciertos beneficiarios, sin importar las necesidades o riquezas que ellos tengan<sup>33</sup>. Debiera ser objeto de discusión determinar cuánto valor se le da a la

<sup>30</sup> Un ejemplo es el caso de UK, sin perjuicio que era limitado para los inmuebles y aun así existían ciertas excepciones. MATTHEWS, Paul, "Comparative Law-United Kingdom", en *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, CASTELEIN, Christoph, FOQUÉ, René & VERBEKE, Alain (Eds.) (Antwerp, Portland, Oxford, Intersentia, 2009), pp. 123-151, en pp. 130-131. Otro ejemplo estaría constituido por el derecho romano antiguo, anterior al primer siglo antes de Cristo, NUSSBAUM, Arthur, *Liberty of Testation*, *American Bar Association Journal* 23 (1937), pp. 183-186.

<sup>31</sup> MATTHEWS, Paul, cit. (n. 30), pp. 140-148 y KERRIDGE, Roger, "Freedom of Testation in England and Wales", en *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, ANDERSON, M. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (Eds.) (Groningen, Europa Law Publishing, 2011), pp. 145-148.

<sup>32</sup> En el caso de los cónyuges, se concede en todas aquellas circunstancias en que sería razonable otorgarlo aun cuando no fuera necesario para su mantenimiento, en cambio en los demás casos, se debe acreditar que sería razonable para su mantención. MATTHEWS, Paul, LOC cit.

<sup>33</sup> Los porcentajes reservados varían de país en país. En países como Alemania, asciende a la mitad de la herencia, quedando a salvo ciertos ajustes de acuerdo con el régimen patrimonial pactado con el cónyuge o la existencia de hijos. RÖTHEL, A., "Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany", en ANDERSON, M. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (Eds.), cit. (n. 30), pp. 155-166, en p. 163. En el Código Civil español, se incorporan diferencias dependiendo si la herencia es de los hijos o los padres y el cónyuge, atribuyendo porcentajes que pueden consistir en dos tercios, la mitad o un tercio de la herencia. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law", en ANDERSON, M. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (Eds.), cit. (n. 31), pp. 269-305, en particular, p. 273. En el caso de Italia también se reconoce la institución de la legítima, la cual beneficia

libertad por sobre o en armonía con la continuación del patrimonio familiar. En cuanto a las normas sobre formación de acervos, claramente ellas deberían perder relevancia o ser intervenidas si la libertad de testar aumenta<sup>34</sup>.

En cuanto al segundo desafío, relativo al modo de garantizar la libertad de testar en cuanto a la forma de los testamentos, la respuesta es sugestiva. El establecimiento de menores exigencias, que a la vez redundan en menores costos, se erige como una garantía necesaria de la libertad. En la actualidad la tasa de testamentos es baja y los costos de testar son altos. La estadística sugiere que la regla general es que las personas no mueran con un testamento bajo el brazo. Los testamentos registrados anualmente bordean para los últimos ocho años los 5.500 anuales<sup>35</sup>. A pesar de que para tener una idea acabada del porcentaje de la población viva que actualmente ha elaborado un testamento se requiere de una fórmula compleja, que al menos considere la tasa de natalidad y de muerte, esos 5.500 testamentos anuales no parecen gran cosa al lado de las más de 90.000 muertes al año y de los más de 200.000 nacimientos anuales<sup>36</sup>.

Surge entonces la pregunta de si la aceptación por nuestra legislación de testamentos en que no participen funcionarios que encarezcan el proceso de testar constituye un incentivo para quienes deseen disponer de sus bienes para después de sus días. Los testamentos ológrafos han respondido a esta necesidad en la legislación comparada. Se entiende por los mismos a aquellos escritos de

a cónyuge, ascendientes y descendientes, cuyos porcentajes varían de acuerdo a quienes concurren a la sucesión, FUSARO, Andrea, "Freedom of Testation in Italy", en ANDERSON, M. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (Eds.), cit. (n. 31), pp. 191-202, en pp. 195-198. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina también mantuvo la porción legítima (Título X del Libro Quinto).

<sup>34</sup> Desde ya parece conveniente señalar que una reforma que modifique los porcentajes correspondientes a las asignaciones forzosas, particularmente legítimas y cuarta de mejora, no afecta los derechos adquiridos de las personas. Una derogación del sistema sucesorio no sustraería nada del patrimonio del titular, pues sus facultades para disponer en vida de sus bienes quedarían intactas. Tampoco se afectarían los derechos de los terceros, pues representan una mera expectativa para los mismos, cual es ratificado por el artículo 18 de la Ley sobre Efecto Retroactivo.

<sup>35</sup> Fuente: Registro Civil, Estadísticas con Enfoque de Género, [disponible en [www.registrocivil.cl](http://www.registrocivil.cl): consulta el 19 de enero de 2014], en que se da cuenta de los siguientes números totales de testamentos para cada uno de los siguientes años: año 2006: 5.433 testamentos; año 2007: 5.485 testamentos; año 2008: 6.483 testamentos; año 2009: 6.081 testamentos; año 2010: 5.437 testamentos; año 2011: 5.798 testamentos; año 2012: 6.094 testamentos; año 2013: 5.268 testamentos; y hasta julio 2014, 3.024 testamentos.

<sup>36</sup> Información obtenida del Anuario de Estadísticas Vitales 2012, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas, pp. 17-18 [disponible en [www.inec.cl](http://www.inec.cl): consulta el 19 de enero de 2014].

mano del testador bajo su fecha y firma<sup>37</sup>. Ya en el primer proyecto de Código Civil, Bello daba cuenta de que no tenía una real convicción en relación con la decisión del Consejo de Estado de desechar ese tipo de testamentos. Mencionaba su importancia, en particular para “casos tan apurados (...) que no es dable llenar las solemnidades prescritas”, forma reconocida tanto en el Fuero Juzgo como en la legislación inglesa y francesa<sup>38, 39</sup>. Adelantaba en sus líneas que no se observaba en su aplicación situaciones de mal uso o de fraude superior a las de los otros tipos de testamentos<sup>40</sup>. Sin embargo, en el proyecto final no fueron considerados. Doctrina temprana abogó por su incorporación en la legislación nacional, sin que se haya materializado dicho deseo hasta el día de hoy<sup>41</sup>. Por su parte, la doctrina actual es contundente al señalar la validez en Chile del testamento ológrafo otorgado en el extranjero, bajo el principio establecido por el artículo 1027 en virtud del cual rigen para el otorgamiento de los testamentos las solemnidades establecidas en las leyes del país en que se otorgó, con la salvedad que debe constar por escrito<sup>42</sup>. Algunos fallos de la Corte Suprema han ratificado esta postura<sup>43</sup>. Todos estos antecedentes respaldan la sugerencia de que parece razonable reconocer la validez de los testamentos ológrafos otorgados en Chile.

<sup>37</sup> GUTIÉRREZ M., José Ramón, “Sobre Testamentos”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* 5 (1918), pp. 99-109, en p. 104.

<sup>38</sup> Nota introducida al artículo 44 del Título III, Proyecto de 1841-1842 publicado en *Obras Completas de don Andrés Bello, Proyectos de Código Civil*, cit. (n. 9), p. 38.

<sup>39</sup> En el extranjero es reconocido en numerosas legislaciones, como Argentina (artículo 2477 del Código Civil y Comercial de la Nación), España (artículos 678, 688 a 693 del Código Civil español), Francia (artículo 970 del Código Civil francés), Italia (artículo 602 del Código Civil Italiano) y Perú (artículos 707 y siguientes Código Civil del Perú). Para una visión comparativa de las formalidades de los testamentos, ver REID, Kenneth, DE WAAL, Marius & ZIMMERMANN, Reinhard, *Comparative Succession Law, Testamentary Formalities* (New York, Oxford University Press, 2011).

<sup>40</sup> Esta afirmación pudiera ser considerada como una posible respuesta a la mirada reticente de algunos textos españoles por la existencia de muchas personas capaces de imitar la letra y firma de otras (ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal y Forense* (2ª edición corregida y aumentada, Madrid, Librería de Calleja e Hijos, 1842), p. 669.

<sup>41</sup> GUTIÉRREZ M., José Ramón, cit. (n. 37), p. 105.

<sup>42</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho Sucesorio*, versión de ABELIUK M, René, Tomo I (8ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013), pp. 241-242; ELORRAGA DE BONIS, Fabián, *Derecho Sucesorio*, 2ª Edición Actualizada, Abeledo Perrot-LegalPublishing, Santiago, 2010, pp. 189-191.

<sup>43</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, LOC cit. y ROZAS VIAL, Fernando et. al. *Sucesión por Causa de Muerte: Historia, Textos, Jurisprudencia y Comenariarios* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985), pp. 202-203.

### III. PROFUNDIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El mensaje del Código Civil señala que se pretendió “precaver en la distribución de los bienes la desigualdad a que podían ser inducidos los padres por predilecciones caprichosas, aun cuando en ello no defraudasen verdaderamente a ninguno de los legitimarios”<sup>44</sup>. Bastante más de lo que pretendió el Código en su inicio se ha realizado con posterioridad en nuestra legislación sucesoria para alcanzar el principio de igualdad, corrigiendo desigualdades históricas absolutamente injustificadas. La ley N° 19.585 constituye la mejor representación de ello, en cuanto trata como iguales a quienes poseen la misma condición, la de hijos.

Sin embargo, las modificaciones existentes no han sido suficientes para atender a las situaciones de hecho que plantean diferencias relevantes y razonables entre los posibles herederos. Esta idea de igualdad supera a la clásica idea que todos deben ser tratados como iguales. Bajo esta perspectiva, se debe atender a aquellas situaciones de hecho o antecedentes que hacen razonable el establecimiento de una diferencia<sup>45</sup>.

Si bien una importante respuesta debe venir de parte del sistema jurídico a través de la protección social, e incluso específicamente en el ámbito redistributivo sucesorio mediante exenciones al impuesto de herencia y donaciones<sup>46</sup>, la pregunta relevante en el contexto del derecho privado será la de determinar la posibilidad de que se beneficie a aquellos asignatarios que presentan una discapacidad. Pensar en una distribución hereditaria de los bienes que favorezca a ciertas personas, atendida su discapacidad, respeta el principio de igualdad en tanto constituye una asignación equitativa de los bienes heredados de acuerdo a las circunstancias de cada heredero<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> COOD Y ROSS, Enrique, cit. (n. 19), p. 83.

<sup>45</sup> Un importante desarrollo en materia de igualdad desde la perspectiva constitucional y de las declaraciones y pactos en materia de derechos humanos en el ámbito nacional se puede encontrar en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El Derecho a la Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVII* (1997), pp. 167-184 y ATRIA LEMAITRE, Fernando, *Los Peligros de la Constitución. La Idea de Igualdad en la Jurisdicción Nacional*, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos* (Santiago, Universidad Diego Portales, 1997), pp. 42-44.

<sup>46</sup> Lo anterior no iría contra la lógica de la ley vigente, la cual contempla algunas exenciones (artículos 2º y 18 de la ley N° 16.271, Sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones).

<sup>47</sup> Barría ha manifestado la conveniencia de mirar las discapacidades de los hijos en una eventual reforma del derecho sucesorio, BARRÍA PAREDES, Manuel, *Las Asignaciones Forzosas en Chile, su Estado Actual y una Posible Revisión*, cit. (n. 23), pp. 243-249 y *La Protección Sucesoria de Descendientes y Discapacitados*, (n. 23), pp. 9-14.

Hay dos antecedentes relevantes en beneficio de las personas con discapacidad que permiten respaldar estas ideas. Primero, se han adoptado en Chile varias disposiciones generales relacionadas con las personas con algún tipo de discapacidad<sup>48</sup>. Si bien no existe la consagración de una regla sobre la materia en el ámbito sucesorio, en el ámbito internacional, Chile suscribió la "Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo", que persigue que se garantice el derecho de las personas con discapacidad a heredar bienes en igualdad de condiciones que las demás, reconociendo al menos la idea más básica de igualdad<sup>49</sup>. Por su parte, la ley N° 20.422 que "Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad", va un paso más allá en tanto considera que, en virtud del principio de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, se deben adoptar "las medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social"<sup>50</sup>. Segundo, en otros ámbitos del Derecho Civil como son los alimentos, se reconoce la posibilidad de que se extiendan los alimentos concedidos a descendientes y hermanos más allá de los 21 años o el período de estudio en la medida que "les afecta una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos"<sup>51</sup>.

La primera pregunta que surge es la de determinar qué grado de discapacidad es relevante para efectos sucesorios. La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación con Personas con Discapacidad define en forma general a la discapacidad como "una deficiencia física

<sup>48</sup> Algunas disposiciones generales referidas a las personas con discapacidad son la ley N° 19.284, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 1994, que "Establece normas para la plena integración de personas con discapacidad" (aunque gran parte de ella se encuentra derogada); la ley N° 20.422, publicada en el D.O. el 10 de febrero de 2010; que "Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad". En materia orgánica, se encuentra el Decreto N° 945 del Ministerio de Justicia que "Aprueba el Reglamento de Registro Nacional de la Discapacidad", contenido en el Decreto N° 945 del Ministerio de Justicia, publicado en el D.O. el 31 de marzo de 2012.

<sup>49</sup> Ver artículo 12 N° 5 de la Convención, promulgada mediante decreto N° 201 del Ministerio de RR.EE., publicado en el Diario Oficial el 17 de septiembre de 2008. También se ha promulgado en Chile la "Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad" (Decreto N° 99 del Ministerio de RR.EE. de 20 de junio de 2002), la cual en todo caso no contiene disposiciones específicas en materia sucesoria.

<sup>50</sup> Artículo 7° de la ley N° 20.422. Ya la ley N° 18.600 que "Establece normas sobre Deficientes Mentales", publicada en el Diario Oficial el 19 de febrero de 1987, se refería en su artículo 1°, a la equiparación de oportunidades como uno de los derechos de las personas con discapacidad mental.

<sup>51</sup> Artículo 332 del Código Civil.

o mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico o social"<sup>52</sup>. Otras legislaciones, siguiendo en gran parte la norma internacional, han abordado este tema en materia específicamente sucesoria. Así por ejemplo, en el nuevo Código Civil y Comercial argentino se considera como persona con discapacidad para efectos sucesorios a quien "padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral"<sup>53</sup>.

Podríamos aventurarnos a esbozar algunas consecuencias para el derecho sucesorio que vayan en línea con el reconocimiento de este grupo. Así como en el artículo 982, dando respuesta a una preocupación a la época de la dicitación del Código, declara que en la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura, sería razonable que se modificara estableciendo que sí se atiende a ciertos criterios, como las discapacidades para hacer algún tipo de diferencia en su beneficio. A diferencia de la pregunta sobre la libertad, la pregunta adquiere importancia tanto en la sucesión testada como intestada.

En el ámbito de la sucesión testada se traduciría en permitir al testador efectuar diferencias para beneficiar a una persona con algún tipo de discapacidad, incluso cuando no sea un asignatario forzoso<sup>54</sup>. Naturalmente, si se acepta el principio de una mayor libertad de testar, esta pregunta pierde relevancia relativa y vuelve a ser determinante el establecimiento de una asignación forzosa para aquel heredero que presenta alguna discapacidad. En el ámbito de la sucesión intestada, contexto en que la pregunta adquiere gran importancia atendida la relevancia práctica que hoy reviste este tipo de sucesión, se debería determinar si ciertas discapacidades justifican razonablemente el establecimiento en la legislación de alguna diferencia a la hora de determinar quiénes y en qué monto serán herederos abintestato del causante.

De hecho, sin tener que recurrir a modelos teóricos o comparados, podrían extenderse a quienes se considere que tienen una discapacidad ciertos beneficios

<sup>52</sup> Artículo 1° N° 1 de la Convención. Asimismo, en el "Registro Nacional de la Discapacidad", llevado por el Registro Civil, debe definirse el grado de la discapacidad de causa mental, sensorial o física, expresado en porcentajes, así como la temporalidad de la discapacidad, dos antecedentes que serían relevantes en caso de una reforma legislativa (artículo 5° del decreto N° 945, cit. n. 48).

<sup>53</sup> Código Civil y Comercial de la Nación de 2014, artículo 2448.

<sup>54</sup> El Código Civil y Comercial de la Nación de 2014 establece la posibilidad de establecer una mejora a favor de heredero con discapacidad (artículo 2448).

que en la actualidad existen respecto del cónyuge sobreviviente<sup>55</sup>. Parecería así razonable que los discapacitados, tal como el cónyuge, concurren con una mayor proporción en los bienes del causante. También parecería razonable que respecto de la vivienda familiar y el mobiliario que lo guarnece, bien que típicamente constituye el más relevante de una herencia y donde generalmente habita la propia persona discapacitada, se estableciera un derecho de adjudicación preferente o el establecimiento de un derecho de habitación y de uso gratuitos y vitalicios en caso que el valor de dichos bienes excediera la cuota hereditaria de la persona discapacitada<sup>56</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Los principios del derecho sucesorio merecen una revisión. Las sociedades cada vez son más pluralistas y el derecho sucesorio debe hacerse cargo de dicha realidad permitiendo una mayor libertad de testar a las personas, de forma tal que las normas sucesorias permitan a cada persona un adecuado ejercicio de sus posibles elecciones morales, filosóficas o personales. Asimismo, si bien se ha avanzado en lo que se refiere al principio de igualdad, el Derecho Civil tiene aún un largo camino por recorrer en relación con el establecimiento de normas que tiendan a la protección de aquellas personas con alguna discapacidad. Los principios cuya defensa se plantea en este trabajo pueden inspirar reformas relevantes de nuestro sistema sucesorio.

<sup>55</sup> Otro ejemplo actual se encuentra en el caso de los montepíos, en que se favorece a personas del grupo familiar tomando en consideración el estado civil de los posibles beneficiarios (artículo 88 bis de la ley N° 18.948, Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas). El hoy derogado artículo 10 de la Ley sobre Propiedad Intelectual disponía una extensión del plazo de protección otorgado por la ley en caso que "existiere cónyuge o hijas solteras o viudas o cuyo cónyuge se encuentre afectado por una imposibilidad definitiva para todo género de trabajo".

<sup>56</sup> La posible afectación de derechos reconocidos constitucionalmente, en particular la propiedad y la igualdad, fue discutida (y rechazada) cuando se estableció esta regla respecto del cónyuge sobreviviente a través de la reforma introducida por la ley N° 19.585, publicada en el D.O. el 26 de octubre de 1998. Ver antecedentes en BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "El Derecho de Adjudicación Preferente en la Nueva Regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil", en: *Derecho Sucesorio Actual y Adjudicación de la Vivienda Familiar*, Hernán CORRAL TALCIANI (Ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica*, 4, 2000, pp. 161-173.

## LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REFORMA DE TESTAMENTO

Manuel Barría Paredes\*

No obstante la regla expresa del art. 1216 del Código Civil, sobre la prescripción de la acción de reforma de testamento, nos hemos permitido plantear ciertas reflexiones que nos han llevado a concluir que dicha norma entrega algunas dudas, en cuanto a su campo de aplicación, respecto del inicio del cómputo del plazo de dicha prescripción y también con algunos problemas de carácter probatorio.

En general la doctrina no ha desarrollado mayormente este tema. Por su parte, la jurisprudencia tampoco lo hace. Son escasas las sentencias en la cual se plantean cuestiones relativas a la acción de reforma de testamento propiamente tal. Y en ellas, son menos aun las que se refieren al problema del inicio del cómputo del plazo de prescripción.

Trataremos entonces de dar un panorama general de la cuestión, planteando algunas soluciones a posibles problemas que se puedan generar.

### I. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE REFORMA DE TESTAMENTO

Se entiende que la acción de reforma de testamento tiene diversos objetivos:

1. En general, para la doctrina, según se desprende del art. 1217 inc. 2º del Código Civil, uno de los objetivos de la acción de reforma es impugnar un desheredamiento de un legitimario que se considera injusto. De hecho, para

\* Profesor de Derecho Civil, Universidad de Concepción.

<sup>1</sup> La norma indica que "El legitimario que ha sido indebidamente desheredado, tendrá, además, derecho para que subsistan las donaciones entre vivos comprendidas en la desheredación". Así entonces, aun cuando el art. 1216 no indica expresamente que el desheredado tiene la acción de reforma de testamento, se desprende por el vocablo "además" que utiliza el art. 1217. Por lo tanto, el desheredado,