

SEGUNDA PARTE: LA SUCESION INTESTADA¹

Sumario:

Introducción: Concepto y aplicación.

Capítulo I: El derecho de representación.

1.- Origen y evolución histórica de la institución.

2.- Sucesión por derecho personal y por derecho de representación.

3.- Concepto de derecho de representación.

4.- Personas que intervienen en la representación.

5.- Requisitos para que opere el derecho de representación

Capítulo II: Principios que informan la sucesión intestada.

Capítulo III: Los herederos abintestato y sus derechos en la sucesión.

Capítulo IV: Situación del cónyuge que ha dado motivo a la separación judicial por su culpa y del matrimonio nulo.

Capítulo V: Los extranjeros y la sucesión intestada.

INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y APLICACION

En el Título II del Libro III, arts. 980 y siguientes del Código Civil, regula el legislador esta materia. Puede definirse como aquella sucesión que regla el legislador.

Lo hace en los tres casos que señala el art. 980:

- a) Cuando el difunto no ha dispuesto de sus bienes.
- b) Cuando al disponer de sus bienes, no lo hizo conforme a derecho.
- c) Cuando sus disposiciones no han tenido efecto.

a) El difunto no dispuso totalmente de sus bienes.

Pueden presentarse en este caso varias posibilidades:

- a.1) El causante no hizo testamento para ningún efecto.
- a.2) El causante hizo testamento, pero en él no dispuso de sus bienes. En un testamento distinguimos entre las declaraciones y las disposiciones; puede ocurrir que el causante hubiere otorgado testamento sólo para hacer determinadas declaraciones, por ejemplo, para reconocer a un hijo, nombrar albacea o partidario, etc.
- a.3) El causante hizo testamento, pero en él sólo instituyó legados.

b) El causante dispuso de sus bienes, pero no lo hizo conforme a derecho.

Acaecerá lo anterior:

¹ Fecha de la última modificación: 6 de enero de 2020.

b.1) En el caso de nulidad del testamento por falta de algún requisito de forma o de fondo.

b.2) En el caso de prosperar una acción de reforma de testamento, a consecuencia de haber infringido el testador las normas relativas a las asignaciones forzosas.

c) El causante dispuso de sus bienes conforme a derecho, pero sus disposiciones no han tenido efecto.

Ello podría ocurrir:

c.1) Si el heredero testamentario ha repudiado la herencia o era incapaz o indigno, y en general, siempre que el asignatario testamentario falte y no lleve su asignación.

c.2) Si ha caducado el testamento privilegiado o menos solemne.

De lo expuesto, puede observarse que un testamento deja de ser eficaz, y por ende la sucesión se regirá por las normas de la intestada, en los siguientes casos:

i.- Cuando el testamento es declarado totalmente o parcialmente nulo.

ii.- Cuando el testamento es reformado totalmente o parcialmente, por decreto judicial.

iii.- Cuando el heredero o el legatario llamados por el testamento, repudian sus asignaciones.

vi.- Cuando el heredero o el legatario llamados por el testamento, resultan ser incapaces o indignos de suceder al causante.

v.- Cuando el heredero o el legatario llamados por el testamento, fallecen antes de la muerte del testador.

vi.- Cuando caduca el testamento privilegiado o menos solemne.

Cabe consignar que, en la sucesión intestada, no se atiende al origen de los bienes, sexo ni primogenitura: arts. 981 y 982. Estas disposiciones tienen una explicación histórica, pues en la legislación anterior al Código Civil, si se establecían diferencias por tales conceptos.

CAPITULO I: EL DERECHO DE REPRESENTACION.

1.- Origen y evolución histórica de la institución.

El derecho de representación, como tantas de nuestras instituciones, es de origen romano. Como refiere Claro Solar, "Aunque los textos de los jurisconsultos romanos, las leyes de las XII Tablas, los edictos de los pretores y las constituciones imperiales parecen no conocer la expresión, puesto que no se sirven de la palabra *representación*, conocían la institución a que los glosadores y el derecho

positivo moderno la aplican. En el hecho, la representación era admitida en Roma, hasta el infinito, en línea recta. Las leyes de las XII Tablas llamaban en primer lugar a la herencia intestada a los herederos suyos del difunto (...) Se entendía por herederos suyos a todos aquellos que se hallaban bajo la potestad del *de cuius* en el momento de su muerte. Entre ellos se contaban el hijo y la hija, el nieto y la nieta nacidos del hijo, el bisnieto y la bisnieta nacidos del nieto habido del hijo, pues los nietos habidos de la hija seguían la familia del padre y no la de la madre (...) y todos ellos eran llamados igualmente a la herencia del abuelo sin que el más próximo en grado excluyera al más remoto (...) pues se ha estimado justo que los nietos o nietas entren en lugar de su padre, decía Justinianus (...) y por la misma razón que los bisnietos y bisnietas fueran llamados también juntamente con los nietos o con los hijos, pareció conveniente que no se dividiese la herencia por cabezas, sino por estirpes de modo que el hijo tuviera una mitad de la herencia y los dos o más nietos habidos del otro hijo, la otra mitad (...) El derecho de las XII Tablas, modificado como lo fue por los edictos del pretor primero y por las constituciones de los emperadores después, fue al fin reemplazado por completo por Justinianus y completamente derogado al fin, en sus novelas, estableciendo en su novela 118 en que trata de la sucesión intestada, el derecho de representación. Tratando del primer orden de sucesión, el de los descendientes legítimos, dice Justinianus que 'si alguno de éstos ha muerto dejando hijos u otros descendientes de uno y otro sexo, éstos sucederán en lugar de sus padres y cualquiera que sea su número recibirán de la herencia del difunto una parte tan grande como la que hubiera recibido su padre si estuviera vivo'. 'La antigua legislación, dice, ha llamado a este orden de suceder, sucesión por estirpes, *quam successione in stirpes vocavit antiquitas*; no dice que se llame sucesión *por representación*, pero establece que tales hijos o descendientes suceden en el lugar del propio padre, *in proprii parentis locum succedere* y que entre todos toman una porción de la herencia igual a la que habría tocado al padre si no hubiese fallecido, que son precisamente los atributos de la representación' (...) De este modo en el Derecho romano quedó al fin establecido el derecho de representación, que permitía representar en la sucesión al padre o madre, tomando el lugar que por el grado correspondía a éste o ésta y recibiendo entre todos, por iguales partes, la porción que habría correspondido al padre o madre que por haber fallecido no podía recibirla".²

Nuestra doctrina, por cierto, de manera uniforme ha entendido que el derecho de representación no sólo opera en caso de la pre-muerte del representado. La representación del desheredado es uno de

² Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo 13º, De la sucesión por causa de muerte, 1, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1940, pp. 242-244.

los casos en que opera el aludido derecho de representación, no obstante encontrarse con vida el representado. Refiriéndose Luis Claro Solar a la regla del artículo 987, expresaba sobre este particular: "La disposición del inciso segundo del art. 987 que permite la representación del incapaz, del indigno, del desheredado y del que repudió la herencia del *de cujus*, se aparta del principio fundamental que caracterizaba la representación según el cual no puede representarse a una persona viva. Los autores fundaban este principio en que siendo el efecto de la representación, poner al representante en el lugar y grado del representado, es necesario que este lugar esté libre y que este grado esté vacante; y si la persona que debe representarse está viva, ocupando ella misma su lugar y llenando ella misma su grado, la representación es imposible; *quod representatio nunquam est de persona vivente, sed tantum de parente mortuo naturaliter autt civiliter* decía Dumoulin. Pero el hecho es que la persona incapaz de poder ser asignatario, porque no existe natural y civilmente en el momento de abrirse la sucesión, se halla en el mismo caso cuando su incapacidad procede de otra causa legal que le impide ser asignatario, cuando se ha hecho indigno de suceder al *de cujus*, o ha sido desheredado, o ha repudiado la asignación. El que repudia la asignación se estima que no ha sido jamás heredero y no puede, por lo mismo, decir que esté ocupando su lugar y llenando el grado de parentesco que lo ligaba al difunto, desde que debe considerarse que no existe. Lo mismo ocurre con el incapaz, con el indigno o con el desheredado, desde que su incapacidad, su indignidad y su desheredación lo excluye de la herencia. Si se puede representar al que se ha hecho incapaz por haber fallecido en virtud de la ficción que supone que el representante tiene el mismo grado de parentesco y ocupa, por lo tanto, el mismo lugar que tendría su padre en la sucesión del *de cujus*, ¿qué inconveniente puede haber para que la misma ficción se realice cuando la incapacidad del representado tiene lugar por otra causa que su fallecimiento, cuando no puede heredar por que se ha hecho indigno de ser heredero, o cuando el *de cujus* lo ha desheredado? La ficción no es más violenta en un caso que en los otros, desde que no puede decirse fundadamente que se halle en posesión de su grado hereditario y ocupando su lugar, quien está impedido precisamente de heredar. Pothier, explicando la representación al formular la máxima uniformemente aceptada [previa a la solución del Código Civil chileno], *representatio nunquam est de persona vivente*, decía que de ella resultaba que si un padre dejaba dos hijos, uno de los cuales aceptaba la herencia y el otro la repudiaba, no podían los hijos de este último venir con su tío a la sucesión, porque no podían representar a un hombre vivo que ocupaba su grado en la familia. Pero a un jurisconsulto que como Pothier respetaba profundamente la equidad, no podía ocultarse la debilidad de este

razonamiento; y considerando el caso de los hijos del que había sido desheredado, se preguntaba si podían representar a su padre desheredado que estuviera vivo, y decía: 'La razón de dudar es que, habiéndolo despojado la exheredación de su derecho de suceder, parece que no ocupa ya su grado y que sus hijos pueden ser colocados en él por la representación, como en un grado vacante. La razón de decidir es que los hijos del desheredado no pueden representarlo mientras está vivo: ella se saca de la máxima que no se puede representar a un hombre que está vivo; que está desheredado. Aunque excluido de la sucesión por exheredación, no está privado de su estado civil; que ocupa su grado en la familia del difunto aunque sea excluido de su sucesión por una razón particular; la representación no puede, en consecuencia, colocar a sus hijos en su grado pues está lleno; por lo demás, eludiría la pena de la desheredación, si pudiera recoger por medio de sus hijos su parte en la sucesión de que ha sido excluido'. Más, después de rechazar así la representación del desheredado por la sola aplicación de la máxima de que no se puede representar a un hombre vivo, se pregunta si los hijos del representado podrían representarlo en el caso de haber muerto, aunque la razón de dudar llevaría a rechazar la representación que consiste en hacer suceder al representante en lugar de la persona representada, haciéndole tener la misma parte que habría tenido la persona representada, ya que el desheredado no tendría parte alguna en la herencia; declara que 'la razón de decidir, al contrario, es que la falta que ha hecho merecer la exheredación, siendo personal al exheredado, la exheredación, que es su pena, debe serle también personal, y no debe recaer, por lo mismo, sobre sus hijos, ni impedirles venir a la sucesión de su abuelo por representación de su padre desheredado: no habiendo sido dirigida la exheredación sino contra la persona del desheredado para excluirlo personalmente de la sucesión, tal exheredación se halla anulada por su premuerte. ¿Qué podría, por consiguiente, impedirles venir a la sucesión? A la objeción que hace de que los representantes no son subrogados, por la representación, sino en los derechos que habría tenido la persona representada si hubiera sobrevivido, la respuesta es que los hijos del exheredado son subrogados en la parte que el exheredado, si hubiese sobrevivido, habría debido tener sin desheredación, la cual no puede ya ser considerada por las razones dadas'; de modo que los hijos no representarían a un desheredado, sino a una persona simplemente fallecida como si la exheredación no hubiera existido".³

El Código Napoleón recogió la concepción tradicional del derecho de representación, en virtud del cual este derecho sólo podía operar en

³ Claro Solar, Luis, ob. cit., pp. 257-259.

caso de fallecimiento del heredero directo, con antelación a la muerte del *de cuius*. La institución se reguló en los artículos 739 a 744. El primero de estos artículos define la institución en los siguientes términos: "La representación es una ficción de la ley, cuyo efecto es hacer entrar a los representantes en el puesto, grado y derechos de los representados". El artículo 740, en su inciso 1º, mantiene el principio del Derecho romano: "La representación tiene lugar hasta lo infinito en la línea recta descendiente". El inciso 2º deja en claro que el presupuesto de la representación es el fallecimiento del representado: "Se admite en todos los casos, bien concurren los hijos del difunto con los descendientes de otro hijo premuerto, bien sea que habiendo muerto todos los hijos del difunto antes que él, se encuentren los descendientes de los dichos hijos en grados iguales o desiguales entre sí". El artículo 741, tal como ocurría en el Derecho romano, consagra la máxima de que la representación sólo opera en la línea descendente: "La representación no tiene lugar en favor de los ascendientes; el más próximo en cada una de las dos líneas excluye siempre al más remoto". El artículo 742, se refiere al derecho de representación en la descendencia de los hermanos del difunto. El artículo 743 dispone que en todos los casos en que se admite la representación, la división hereditaria se hace por estirpes. El inciso 1º del artículo 744 contempla la máxima fundamental en esta materia: "No se representa a las personas vivas; sino solo a las que han muerto natural o civilmente". El inciso 2º, por su parte, deja en claro que los representantes heredan de manera directa al *de cuius*, sin tener que aceptar la herencia del representado: "Puede ser representado aquel cuya herencia se haya renunciado".

Por cierto, en las actuales normas que gobiernan el derecho de representación en el Código Civil francés (artículos 751 a 755), no se encuentra ninguna semejante a la del antiguo inciso 1º del artículo 744. La exigencia de que el representado esté fallecido, ha desaparecido en el Derecho francés.

En otros códigos, se aprecia lo mismo. Así, por ejemplo, el artículo 857 del Código Civil español, dispone: "Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de heredero forzoso respecto de su legítima". El artículo 755 del Código Civil peruano, por su parte, consigna: "Herederos en representación del desheredado. Los descendientes del desheredado heredan por representación la legítima que correspondería a éste si no hubiere sido excluido. El desheredado no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa adquieran sus descendientes que sean menores de edad o incapaces". El artículo 902 del Código Civil uruguayo, establece: "Los hijos del descendiente desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de

herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo legal y administración de los bienes que por esta causa hereden”.

El Código Civil chileno, por su parte, como expresa Claro Solar, “se separó radicalmente” de la doctrina francesa, que consagró el Código Napoleón. Agrega Claro Solar sobre el punto: “Aunque en el primer proyecto, la representación parecía admitirse únicamente para representar a una persona premuerta, pues se decía que ‘la representación consiste en suponer que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta viviese y no tuviese impedimento para suceder’, definición que reproducía el art. 1145 del Proyecto de 1853, se admitía en ellos que se podía representar al incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto; y esto trajo como consecuencia la modificación de la redacción dada a la definición de la representación de la cual se hizo desaparecer la idea de sobrevivencia del representado. Consideróse que sería duro que la incapacidad, la indignidad, la desheredación del padre, o su repudiación perjudicasen a los hijos. ‘Los descendientes del difunto, decía Bello en una nota puesta en el primer proyecto, tienen derecho a sucederle en sus bienes desde el momento en que deja de haber una persona intermedia entre el difunto y ellos; el derecho de representación no hace más que determinar las porciones hereditarias de los representantes’. No se le disimulaba que la opinión contraria tenía poderosos valedores, como eran Merlin, Chabot, Castillo y los autores citados por éste; pero admitía sin vacilación la representación del padre o madre no sólo incapaz de recibir la herencia por su fallecimiento anterior a la delación de ella, sino también la representación del padre sobreviviente incapaz, indigno, desheredado o que repudiaba la asignación; y como la no existencia del asignatario, natural y civilmente⁴, era tan solo una causa de incapacidad, era innecesario hablar de su sobrevivencia; y por eso se cambió la definición legal de la representación diciendo que era *una ficción legal* en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, *si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder*. Es, por consiguiente, indiferente la sobrevivencia del representado; y no existe en nuestro derecho la regla que no pueda representarse a una persona que está viva en el momento en que se abre la sucesión, porque si tiene impedimento legal para ser asignatario, los hijos o descendientes legítimos⁵ que tenga pueden

⁴ Alusión a la antigua “muerte civil”, hoy derogada.

⁵ Obviamente, a partir del 27 de octubre de 1999, en virtud de la Ley N° 19.585, no cabe exigir que los descendientes sean “legítimos”, sino que tengan su filiación determinada, sea matrimonial o extramatrimonial.

representarla en su grado y tomando su lugar adquirir la asignación que ella está impedida de aceptar”.⁶

En el propio Mensaje del Código nacional, redactado por Bello, se deja en claro que la premuerte del representado no es la única causa de la representación: “La sucesión intestada es en lo que más se aparta de lo existente este proyecto. El derecho de representación no tiene cabida sino en la descendencia legítima del representado, ni en otra descendencia que la de los hijos o hermanos legítimos o naturales del difunto; descendiendo la representación a todos los grados y no perjudicando a ella la circunstancia de no haber tenido el representado derecho alguno que transmitir, basta que por cualquier causa no haya participado de la herencia” (párrafo XXIX). Esta declaración era clara en cuanto nuestro Código se apartaba de la fórmula tradicional, y anunciaba que las normas que regulaban la institución, no serían una mera copia de su modelo francés. Una vez más, queda demostrado que el Código de Bello adoptó soluciones originales, y en este caso, más equitativas que aquellas consagradas en el Código Napoleón. La genialidad y la humanidad de Bello, se aprecian aquí en toda su magnitud. Feliz combinación de virtudes que hacen a nuestro Código, al menos en esta materia, superior al francés.

En la misma línea de Claro Solar, autores más contemporáneos ciertamente que no han dudado en concluir que el derecho de representación tiene lugar en caso de desheredamiento. Revisaremos en los párrafos siguientes los planteamientos de varios autores nacionales.

Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, después de referirse al principio *viventis non datur repraesentatio* (no es posible representar a una persona viva), y de señalar que el derecho de representación tiene cabida únicamente en la sucesión intestada, dejan en claro, al aludir al derecho de representación y las legítimas y a los artículos 1181, 1182 N° 1, 1183 y 1190 del Código Civil, que “... si un legitimario –hijo del causante- no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad o exheredación, o porque la ha repudiado, dicho todo o parte se añadirá a la mitad legitimaria, a condición que el legitimario no tenga descendencia con derecho de representarle; pero si la tiene, habrá lugar al derecho de representación, al igual que en la sucesión intestada. De estas normas resulta que el derecho de representación tiene cabida en las legítimas y como ellas se presentan tanto en la sucesión *ab intestato* como en la testada, porque en ésta el *de cuius* debe respetarlas e instituir las en el acto de última voluntad, se afirma que el derecho de representación tiene lugar, por excepción, en la sucesión testamentaria”. Y acto seguido, expresan que en realidad se trata de una excepción más bien aparente, como ya lo habíamos

⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., pp. 264 y 265.

señalado, pues siempre se aplican las reglas de la sucesión intestada, no obstante existir testamento: "Con todo, entendemos que, aunque la representación tenga lugar en las legítimas, no hay tal excepción al principio consagrado en el art. 984. En efecto, si el causante instituye en su testamento a un hijo, el que acepta, no hay ni puede haber lugar al derecho de representación. Si dicho asignatario es incapaz, indigno o no acepta, quedará simplemente sin efecto la disposición, de suerte que el derecho de representación no operará respecto de la disposición en sí misma, que quedará ineficaz (art. 980). Si la legítima, en ese evento, pasa a la estirpe del excluido, lo será por un llamado directo de la ley a la descendencia del legitimado, actuando la representación sobre la legítima misma por tratarse de una sucesión legal. La ley no hace entrar a la estirpe del asignatario de legítima por aplicación del derecho de representación en la sucesión testamentaria, sino por el hecho de que en esa parte la sucesión es intestada. En cuanto a la desheredación, la explicación es más evidente: en ese evento no hay disposición testamentaria a favor del desheredado, porque si alguna existe, es para excluir al legitimario".⁷ Los mismos autores, al referirse más adelante al desheredamiento como causa del derecho de representación, señalan: "d) *Desheredación*: definida en el art. 1207 como una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima, el efecto es que la herencia pasa a los representantes del desheredado, por aplicación de los artículos 987, inc. 2º, 1183 y 1190. Por consiguiente, la sanción que importa el desheredamiento no puede perjudicar a los descendientes del desheredado" (ob. cit., p. 662).

Manuel Somarriva Undurraga, por su parte, al enumerar los requisitos para que opere el derecho de representación, señala en primer lugar que "La representación sólo opera en la sucesión intestada". Pero agrega enseguida: "Razones y excepciones", consignando un poco más adelante: "Este principio de que el derecho de representación sólo opera en la sucesión intestada, tiene dos excepciones, más aparentes que reales, las que en el fondo no hacen sino confirmar lo dicho en el sentido de que sólo hay representación en la sucesión abintestato. Son ellas: (...) 2º. En las legítimas. Dice el art. 1183: (...). Tampoco hay aquí propiamente una excepción al principio en estudio, porque si en las legítimas opera el derecho de representación,

⁷ Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón, *Derecho Sucesorio*, Tomo II, 3ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 659.

es lisa y llanamente como consecuencia de la aplicación de las reglas de la sucesión intestada”.⁸

Fabián Elorriaga de Bonis, a su vez, se expresa en similares términos; después de enunciar como primer requisito del derecho de representación que “Debe tratarse de una sucesión intestada”, agrega: “En cualquier caso existen dos aparentes excepciones, en los que pareciera que el derecho de representación tiene cabida en la sucesión testada. El primero de ellos es el caso del artículo 1064, que prescribe que lo que se deja indeterminadamente a los parientes se entenderá dejado a los consanguíneos de grado más próximo, según el orden de la sucesión abintestato, teniendo lugar el derecho de representación de conformidad a las reglas generales. El segundo caso es el contemplado en el artículo 1183, que señala que los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada. Las legítimas, en cuanto asignaciones forzosas, son propias de la sucesión testada, de lo que se colige que respecto de los legitimarios que faltan en la sucesión testada también opera el derecho de representación. Sin embargo, y como se ha dicho, pareciera que éstas son excepciones más aparentes que reales, ya que no hacen más que confirmar que el derecho de representación solamente tiene cabida en la sucesión intestada. En el caso del artículo 1064, lo que ocurre es que el llamamiento que hace el testador es tan genérico que la ley recurre a las normas de la sucesión intestada para resolver quiénes son los que deben suceder al causante, pero ello es por aplicación de las normas de la sucesión intestada que es donde tiene cabida el derecho de representación. En el supuesto del artículo 1183, es cierto que se aplicaría el derecho de representación en la sucesión testada, pero además es verdad que la situación no es muy diversa de la anterior. Si el testador asigna la legítima a un legitimario y éste falta, quiere decir que no ha podido tener efecto la disposición. Lo mismo ocurre si el legitimario ha sido desheredado. Por lo que, para suplir esta insuficiencia, se recurre a las normas de la sucesión intestada, y por ello se hace aplicable el derecho de representación. En síntesis, en ambos supuestos las normas a aplicar son las de la sucesión intestada y es por ello que opera el derecho de representación, pero no porque él sea procedente en algún caso en la sucesión testada”. El mismo autor, aludiendo acto seguido al segundo requisito del derecho de representación, esto es, “Es necesario que el representado falte en la sucesión del causante”, y después de señalar que el caso más frecuente es el del heredero que premuere al causante, caso en el cual se representa a una persona muerta, afirma: “Sin embargo, en nuestro

⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, versión de René Abeliuk M., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2009, 7ª edición actualizada, pp. 142 y 143.

derecho es posible también representar a una persona viva, lo que acontece cuando esa persona es incapaz o indigna, ha sido desheredada o ha repudiado la asignación por causa de muerte. En otras palabras, puede ocurrir que el asignatario esté vivo, pero que no pueda o no quiera suceder al causante porque repudió la herencia, fue desheredado, es incapaz o es indigno de hacerlo. En estos casos, el llamamiento no queda sin efecto como podría pensarse a primera vista, sino que opera el derecho de representación, y los descendientes del que no quiso o no pudo suceder son llamados a hacerlo. Se aplica la regla según la cual los hijos del que no pudo o no quiso suceder no deben soportar sus culpas, ni tampoco verse perjudicados patrimonialmente por las decisiones de sus ascendientes. Si el asignatario decidió repudiar, ello no puede perjudicar a sus descendientes; y si era indigno, incapaz o fue desheredado, ha sido por responsabilidad propia y no por la de sus descendientes. Debe llamarse la atención respecto de que opera la representación incluso cuando el representado ha sido desheredado. Podría pensarse que esto es imposible, por cuanto el desheredamiento es una disposición testamentaria en la que se ordena que un legitimario sea privado de todo o parte de su legítima (artículo 1207). El desheredamiento, por lo mismo, supone la existencia de un testamento, en el que se incluya esta disposición testamentaria (artículo 1209). Ello, en apariencia podría resultar contradictorio con la idea de que la representación solamente tiene cabida en la sucesión intestada. Sin embargo, como se ha dicho, en la distribución de las legítimas se aplican las reglas de la sucesión intestada, y como por el desheredamiento se priva al legitimario de la legítima, es posible que tenga cabida en esta parte la representación. En las asignaciones testamentarias no habrá lugar a ella. Confirmación de esta regla es lo previsto en el artículo 250 N° 3, que explica que el padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia (sic), exceptuados las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre, o por haber sido éste desheredado, en cuyo caso el usufructo corresponderá a la madre. En este caso, la administración de estos bienes también le corresponde a la madre. Si ella no estuviese separada de bienes, el usufructo corresponde al hijo, y para la administración de ellos debe designarse un guardador especial. Esta solución es más que obvia, puesto que de lo contrario la sanción impuesta al incapaz, indigno o desheredado sería en la práctica de nula eficacia, ya que el padre continuaría administrando los bienes que no pudo heredar del causante”.⁹

En fin, René Abeliuk Manasevich, después de aludir a la excepción aparente del art 1183, aludiendo al último de los requisitos del derecho

⁹ Elorriaga de Bonis, Fabián, *Derecho Sucesorio*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 115-117.

de representación –“Debe faltar el representado”–, indica: “El más frecuente [caso] en que se entiende faltar el representado se presenta cuando éste ha fallecido con anterioridad al causante. En doctrina, nadie discute que en tal evento opera la representación; pero, en cambio, no hay acuerdo sobre si puede representarse a una persona viva. En nuestro Código, sin embargo, no cabe discusión de ninguna especie, por cuanto el art. 987 señala expresamente a las personas a quienes se puede representar, mencionando al ascendiente cuya herencia se ha repudiado, al incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto. Por ello es que el inciso final del art. 984 habla del padre o madre que no hubiese querido o podido suceder. Una persona no quiere suceder cuando repudia la herencia, y no puede hacerlo cuando ha fallecido, cuando es indigna o incapaz de suceder o cuando ha sido desheredada”.¹⁰

En síntesis:

a) En su origen, en el Derecho romano, el derecho de representación sólo operaba en el caso de fallecimiento del heredero directo, llamándose a la sucesión del *de cuius* a los “herederos suyos” del premuerto.

b) Se mantuvo a lo largo de los siglos este principio en virtud del cual al que está vivo no se puede representar. Sin embargo, Pothier, en su época (siglo XVIII), ya advertía las inequidades que este principio ocasionaba en ciertos casos, entre ellos el de desheredamiento, preguntándose si en tal caso los hijos podían representar a su padre desheredado, contrastando la “razón de dudar”, fundada en la equidad, que inclinaba a una respuesta positiva, con la “razón de decidir”, basada en la manera en que históricamente se había aplicado la institución, desde sus orígenes en Roma, que inclinaba a una respuesta negativa. Con todo, Pothier aceptaba que, en caso de haber premuerto el desheredado, tal exheredación no operaba y sí en cambio el derecho de representación, de manera que los nietos sucedieran al abuelo.

c) El Código Civil francés o Código Napoléon, mantuvo la institución en sus linderos tradicionales, es decir, sólo en el caso de estar fallecido el representado con antelación a la muerte del causante. Sin embargo, en su normativa actualmente vigente, ha desaparecido tal exigencia. Lo mismo ocurre en otros códigos, según se expresó.

d) Haciéndose cargo de estos reparos formulados por la doctrina de su época, Andrés Bello consagró en nuestro Código Civil un derecho de representación con un alcance mayor al tradicional y a aquél establecido en el Código Civil francés, es decir, optó por incluir situaciones en las que el representado no esté fallecido antes que el causante, y entre

¹⁰ Abeliuk Manasevich, René, *La filiación y sus efectos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, Tomo II, pp. 560 y 561.

tales hipótesis, la del desheredamiento que afecte al primero. Ello, para resolver las manifiestas inequidades acerca de las cuales advertía Pothier y que entre nosotros destaca Luis Claro Solar, según lo transcrito. De esta manera, en nuestro Código Civil, puestos en tensión los principios de "no se representa a la persona viva" y el de "las culpas de los padres no afectan a sus hijos", prevaleció el segundo, admitiéndose expresamente el derecho de representación en el caso de desheredamiento (art. 987, inc. 2º del Código Civil). Como puede observarse, en este punto don Andrés Bello se anticipó en muchos años a la reforma que luego se haría al Código Civil francés.

e) La circunstancia de que opere el derecho de representación existiendo testamento, no modifica el presupuesto en virtud del cual aquella parte de la herencia que recibe el representante, se rige por las normas de la sucesión abintestato. En efecto, lo que lleva el representante es la legítima rigorosa o efectiva que en principio le habría correspondido al representado. Y en tales asignaciones forzosas, lo que rigen son las normas acerca de la sucesión abintestato.

2.- Sucesión por derecho personal y por derecho de representación.

El art. 984, inc. 1º del Código Civil, dispone que se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación.

Hemos señalado que la sucesión puede ser directa o indirecta. La sucesión es directa cuando se sucede personalmente, por uno mismo, sin intervención de otra persona. En cambio, será indirecta cuando se suceda por derecho de transmisión o por derecho de representación.

3.- Concepto de derecho de representación.

Se define en el art. 984, inc. 2º: "La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el **lugar** y por consiguiente **el grado de parentesco** y **los derechos hereditarios** que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder".

Cabe formular una observación a este concepto: en rigor, no necesariamente se ocupará el lugar del padre o de la madre. En efecto, podría ser que la persona a quien se representa sea el abuelo o la abuela del representante, o incluso un bisabuelo o una bisabuela.

Así, por ejemplo, a la muerte del causante, habían fallecido previamente su hijo y el hijo de éste, o sea, nieto del causante. Pero sobrevive un bisnieto del causante. Éste ocupará, en la sucesión del causante (su bisabuelo), el lugar de su padre, así como también el lugar de su abuelo.

Esta observación, para ser justos, la consigna el inc. 3º del art. 984, al precisar:

“Se puede representar a un padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación”.

De cualquier manera, lo que es claro es que, el representado, siempre ocupará el lugar de un ascendiente.

La representación en materia sucesoria, por cierto, no debe confundirse con la representación como institución general consagrada en el art. 1448 del Código Civil.

4.- Personas que intervienen en la representación.

En el derecho de representación, al igual que acontece en el derecho de transmisión, intervienen tres personas:

a) El primer causante.

Este causante, a su fallecimiento, debe transmitir una herencia, para que opere el derecho de representación. Si sólo transmite legados, no podrá operar dicho derecho. Lo anterior, en el entendido que el causante no tiene herederos forzosos y que los legados abarquen la totalidad de sus bienes.

b) El representado.

Se trata de la persona que, de manera directa, habría sucedido al causante en su herencia. Según veremos, ha de tener la calidad de padre o de madre, o de abuelo o abuela, o de bisabuelo o bisabuela, etc., del representante o de los representantes.

c) El o los representantes.

Se trata de los descendientes del representado, que, según se estudiará, ocupan su lugar en la sucesión del causante.

5.- Requisitos para que opere el derecho de representación.

5.1 Debe tratarse de una herencia en la que se apliquen las reglas de la sucesión intestada.

5.2 Sólo opera en la línea descendente, no en la ascendente.

5.3 Sólo opera en algunos de los órdenes de sucesión: los que contempla el art. 986.

5.4 Es necesario que falte el representado.

5.1 Debe tratarse de una herencia en la que se apliquen las reglas de la sucesión intestada.

A diferencia de lo que ocurre con el derecho de transmisión, que opera tanto en la sucesión testada como intestada, el derecho de representación sólo opera en una herencia en la que se apliquen las

reglas de la sucesión intestada. Ello se desprende de dos razones de texto legal:

a) El art. 984, que define el derecho de representación, se ubica en el Título que se refiere precisamente a la sucesión intestada.

b) El propio art. 984, comienza aludiendo sólo a la sucesión abintestato.

Por lo tanto, por derecho de representación no se pueden adquirir legados, asignaciones a título singular, pues éstas suponen la existencia de un testamento en el cual se hubieren instituido.

Este principio tiene tres excepciones, más aparentes que reales:

a) Asignación dejada indeterminadamente a los parientes: art. 1064 del CC.

Se refiere este artículo a la cláusula testamentaria en la que se deja algo, indeterminada, "a los parientes", sin agregar quiénes son. Señala el precepto que, en tal caso, se entenderá dejado a los consanguíneos del grado más próximo¹¹, según el orden de la sucesión abintestato, "teniendo lugar el derecho de representación en conformidad a las reglas legales".

Es cierto que en este caso hay testamento y opera la representación, pero ello no es sino una consecuencia de la aplicación de las reglas de la sucesión intestada que hace el legislador para interpretar la voluntad del testador, manifestada en forma indeterminada. El solo hecho de que la ley haya tenido que decir expresamente que se aplica el derecho de representación revela lo afirmado: la representación no cabe en la sucesión testada.

b) Tratándose de las legítimas: art. 1183 del Código Civil: "Los legitimarios concurren y son excluidos **y representados** según el orden y reglas de la sucesión intestada".

Tampoco hay aquí propiamente una excepción, porque si en las legítimas opera el derecho de representación es sencillamente por una consecuencia de la aplicación de las reglas de la sucesión intestada.

Dicho de otro modo, haya o no testamento, las normas que regulan la asignación de las legítimas son aquellas de la sucesión intestada. Respecto de las legítimas, el testamento es inocuo, irrelevante, salvo en un punto: precisamente el del desheredamiento que pueda afectar a un legitimario. Pero en tal caso, seguirán aplicándose las normas de la sucesión intestada, para dirimir a quien le corresponde recibir la legítima del desheredado. Y el artículo 1190 deja en claro que la legítima del desheredado no acrece a la legítima de los restantes legitimarios, si el desheredado tiene descendientes que lo puedan representar.

¹¹ Este artículo sirve de fundamento para descartar a los parientes por afinidad en los órdenes sucesorios, donde podrían haberse entendido incluidos entre los ascendientes o descendientes o colaterales.

c) En el caso del desheredamiento de un legitimario: art. 987. El desheredamiento supone la existencia de un testamento. Pero la porción del desheredado corresponderá a sus descendientes con derecho a representarlo, de conformidad a las reglas de la sucesión intestada.

De lo expuesto, entonces, se concluye que, lo que importa para que opere el derecho de representación NO es que el causante haya fallecido intestado, **sino que en aquella parte de su caudal hereditario en que operará el derecho de representación, rijan las normas de la sucesión intestada.** Y tal ocurrirá ciertamente, cuando se trata de suceder en la mitad legitimaria y por ende en las legítimas rigurosas que en ella se contienen.

Dicho en otros términos: aunque haya testamento, puede operar el derecho de representación, cuando se trata de herederos legitimarios o forzosos. Por ello, según veremos, opera el derecho de representación cuando uno de estos herederos fuere desheredado.

Por lo demás, según revisaremos, el propio artículo 987, en su inciso 2º, deja en claro que "Se puede asimismo representar (...) al desheredado...".

El Código Civil, de esta manera, se coloca en el caso de que haya testamento, pues sólo en su virtud pudo desheredarse a un legitimario. Y no obstante ello, operará el derecho de representación. Y será así, conforme a lo expuesto, porque aún en este caso, aquella cuota que recibirá el representante, se regirá por las reglas de la sucesión intestada. Se cumple entonces con el primer requisito enunciado, esto es, que se trate de una herencia regida por las normas de la sucesión intestada, al menos en lo tocante a la mitad legitimaria.

De esta forma, resulta evidentemente erróneo afirmar que, por haber existido testamento, no pueda por tal razón operar el derecho de representación. Siempre podrá operar éste, haya o no testamento, cuando se trata de suceder en la legítima, sea la rigurosa o la efectiva. Y ello será así, porque en tales legítimas, operan las normas de la sucesión intestada.

5.2 Sólo opera en la línea descendente, no en la ascendente.

Se desprende lo anterior del art. 986 del Código Civil, que enumera los órdenes en los cuales opera el derecho de representación y no menciona para nada a los ascendientes. Confirma lo dicho el art. 989 inc. final del Código Civil, que dispone que en el segundo orden de sucesión (precisamente el del cónyuge sobreviviente y de los ascendientes), el ascendiente de grado más próximo excluye al de grado más remoto.

Así por ejemplo, si fallece una persona soltera, divorciada o viuda, sin dejar descendencia y le sobreviven su padre y sus abuelos (su

madre había fallecido con anterioridad), no se aplica el derecho de representación y el padre excluye totalmente de la herencia a los abuelos maternos; estos no concurren en la sucesión en representación de la madre del causante (la hija de quienes pretenden representarla), porque el derecho de representación sólo opera en la línea descendente, no en la ascendente.

5.3 Sólo opera en algunos órdenes de sucesión.

Son los casos señalados en el art. 986:

- a) En la descendencia del difunto: es decir, el nieto representa al hijo, por ejemplo.
- b) En la descendencia de los hermanos: es decir, el sobrino representa al hermano fallecido y concurre a la herencia de su tío.

En síntesis, la representación opera en la descendencia de los hijos y en la descendencia de los hermanos. En otras palabras, **sólo opera en el primero y en el tercero de los órdenes sucesorios.**

Cabe señalar que la representación en la línea descendente es indefinida; si bien el derecho de representación se circunscribe a las dos hipótesis indicadas, dentro de ellas no tiene límites. Así queda de manifiesto en el inc. final del art. 984. Nuestra jurisprudencia ha declarado que este carácter ilimitado de la representación opera tanto en la línea recta como en la línea colateral.

5.4. Es necesario que falte el representado.

El caso más frecuente, es el fallecimiento del representado antes que la muerte del causante. En doctrina nadie discute que en este caso opera la representación; pero en cambio, no hay acuerdo en la doctrina comparada, sobre si puede representarse a una persona viva.

En nuestro país, sin embargo, la ley zanjó toda discusión: es posible, por cuanto el art. 987 del Código Civil señala expresamente a las personas a quienes se puede representar, mencionando al ascendiente cuya herencia se ha repudiado, al incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto. Por ello es que el inciso final del art. 984 del Código Civil habla del padre o madre que no hubiese querido o podido suceder. Una persona no quiere suceder cuando repudia la herencia; y no puede hacerlo cuando ha fallecido, cuando le afecta una causal de indignidad o de incapacidad o cuando ha sido desheredada.

Respecto de la indignidad, la incapacidad o el desheredamiento, debemos relacionar el derecho de representación con el art. 250 N° 3 del Código Civil, relativo a los peculios. Forman parte del peculio adventicio extraordinario los bienes que han pasado al hijo por

indignidad o por incapacidad del padre o madre o porque este o ésta fue desheredado. Recordemos que el peculio adventicio extraordinario está compuesto por aquellos bienes del hijo sobre los cuales el padre o madre carece de derecho legal de goce. Lo sucedido en este caso es, precisamente, que ha operado el derecho de representación, y los bienes del padre o madre desheredados, indignos o incapaces han pasado al hijo. Si el padre o madre conservara el derecho legal de goce sobre estos bienes del hijo, la sanción impuesta por el legislador en estos casos sería sólo parcial, pues abarcaría únicamente la nuda propiedad y no los frutos; por ello, en estas situaciones, la ley también priva al padre o madre del derecho legal de goce de los bienes del hijo.

Y hay lugar a la representación en la indignidad, incapacidad y desheredamiento, porque no es justo que los hijos carguen con las culpas de sus padres.

En síntesis, una persona "no puede" suceder al causante:

- i.- Si ha muerto antes que el causante.
- ii.- Si le afecta una causal de incapacidad para suceder al causante.
- iii.- Si le afecta una causal de indignidad para suceder al causante.
- iv.- Si fue desheredado por el causante¹².

A su vez, una persona "no quiere" suceder al causante, cuando repudia su asignación.

6.- ORIGEN LEGAL DEL DERECHO DE REPRESENTACION.

El derecho de representante emana directamente de la ley, no del representado. A diferencia de la transmisión, que es una aplicación de las reglas generales en materia sucesoria, la representación es una ficción legal. Por ello se afirma que el derecho del representante no emana del representado, sino de la ley, la cual supone al representante sucediendo directamente al causante en reemplazo del representado. Este principio origina varias consecuencias:

¹² Reiteramos la observación que formulamos, en cuanto podría llamar la atención que el art. 987 diga que se puede representar al desheredado, en circunstancias de que el derecho de representación opera en una herencia regida por las reglas de la sucesión intestada (art. 984), mientras que el desheredamiento supone que el causante otorgó testamento. Sin embargo, insistimos, no hay incongruencia alguna, pues la representación siempre operará sobre la herencia intestada del causante, sea porque el causante pudo limitarse a desheredar y no dispuso de sus bienes (en cuyo caso su herencia será totalmente intestada, operando respecto de ella el derecho de representación), sea porque además de desheredar, dispuso de parte de sus bienes - por ejemplo, disponiendo de la cuarta de libre disposición y/o de la cuarta de mejoras- (en cuyo caso, la herencia correspondiente a la mitad legitimaria, siempre se regirá por las normas de la sucesión intestada, operando de igual manera respecto de ella el derecho de representación).

1º La herencia del representado indigno no se transmite con el vicio de la indignidad.

Mediando representación, no se aplica lo dispuesto en el art. 977, porque como está dicho, el representante adquiere directamente del causante y no del representado. Este nada le transmite.

2º El representante debe ser digno y capaz respecto del causante.

La indignidad e incapacidad del representante, debe ser mirada en relación al causante a quien hereda, y no al representado. El representante debe reunir los requisitos necesarios para suceder respecto del causante, y no importa que no los llene respecto del representado.

3º Se puede representar a la persona cuya herencia se ha repudiado.

Así lo declara expresamente el art. 987. Así, por ejemplo, el nieto puede suceder por representación a su abuelo, no obstante haber repudiado la herencia de su padre. Por la misma razón, el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil permite al que sucede por representación y que repudió la herencia del representado, oponer a los acreedores de éste una tercería con el objeto de impedir la ejecución a su respecto.

6.- EFECTOS DE LA REPRESENTACION.

De acuerdo al art. 985 del Código Civil, se puede suceder a una persona por cabeza o por estirpe. Se sucede por cabeza cuando se sucede personalmente, caso en el cual los asignatarios toman entre todos y por partes iguales la porción a que la ley los llame.

Cuando se sucede por derecho de representación, se hereda por estirpe, y todos los representantes, cualquiera que sea su número, dividen por partes iguales la porción del representado.

El art. 985 dispone que los que suceden por representación "heredan en todos casos por estirpe", lo que significa que se aplica siempre la representación aun cuando los herederos pudieran concurrir por derecho propio, como lo ha declarado también nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, si el causante tenía un hermano que murió antes que el primero y tal hermano deja tres hijos -sobrinos del causante-, estos podrían heredar por derecho propio, pero de acuerdo al art. 985, lo harán por estirpe. La importancia radica en que, como consecuencia de lo anterior, los sobrinos, sobrinos-nietos, etc., excluyen a todos los otros colaterales, aunque sean de grado más cercano, como lo veremos al estudiar el tercer orden de sucesión.

7.- EL EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES Y EL DERECHO DE REPRESENTACION.

El inc. 1º del art. 20 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, deja en claro que la representación es una ficción legal y por ello constituye una mera expectativa y no un derecho adquirido, quedando sujeta al cambio de legislación. En otras palabras, regirá la ley vigente al momento de la apertura de la sucesión.

A su vez, en el inc. 2º del mismo artículo, se establece que se respetará la voluntad del testador, si hubiere dispuesto que, a falta del asignatario directo, le sucederán aquél o aquellos que habrían tenido derecho a representarlo, conforme a las disposiciones legales vigentes a la época del testamento. Lo anterior no quiere decir que se aplique el derecho de representación en la sucesión testada; sólo se aplica la voluntad del testador, que utilizó como referencia lo dispuesto por la ley acerca de la representación.

8.- PARALELO ENTRE LOS DERECHOS DE REPRESENTACION Y TRANSMISION.

Hemos señalado que la sucesión indirecta se presenta en dos casos: en el derecho de transmisión y en el derecho de representación. Existen sin embargo entre ambos derechos diversas diferencias:

8.1 En el derecho de transmisión, el legislador no hace sino aplicar las reglas generales. El transmitido adquiere su derecho porque él va incluido en la herencia del transmitente. En la representación, en cambio, estamos ante una ficción legal. El representante adquiere su derecho porque la ley lo hace ocupar el lugar del representado. De esta primera diferencia emanan las demás diferencias.

8.2 El derecho de representación emana directamente de la ley; el derecho del transmitido, de su calidad de heredero del transmitente o transmisor. Por ello:

- a) El transmitido debe ser digno y capaz de suceder al transmitente o transmisor. El representante debe serlo respecto del causante, pero carece de importancia que lo sea respecto del representado.
- b) En el derecho de transmisión, la herencia se transmite con el vicio de la indignidad; no acontece lo mismo en la representación.
- c) El transmitido, para adquirir su derecho, debe aceptar la herencia del transmitente o transmisor; en cambio, se puede representar a una persona cuya herencia se ha repudiado.

8.3 El derecho de transmisión opera tanto en la sucesión testada como intestada. La representación sólo se aplica en la intestada.

8.4 Se puede adquirir por transmisión, tanto una herencia como un legado. Por representación sólo se adquieren herencias.

8.5 En el derecho de transmisión, el transmitente o transmisor, debe haber sobrevivido al causante; en la representación, cuando su causal es la muerte del representado, es indispensable que fallezca antes que el causante. En caso contrario, habrá transmisión y no representación.

8.6 El derecho de transmisión puede ser invocado por más personas, que aquellas que a su vez pueden impetrar el derecho de representación. Por transmisión puede adquirir una herencia cualquier persona natural o jurídica que invoque la calidad de heredero del transmisor, incluso el fisco. En cambio, sólo pueden adquirir por representación las personas que enumera el art. 986.

CAPITULO II: PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA SUCESION INTESTADA.

Entre los principios fundamentales, destacamos, siguiendo a Rodríguez Grez¹³, los siguientes:

1º Principio de aplicación subsidiaria.

Las reglas relativas a este tipo de sucesión, se aplican a falta de disposiciones testamentarias. Así se señala en forma expresa en el art. 996 del CC. La ley sólo entra a distribuir los bienes dejados por el causante a falta de un testamento válido o de un testamento que resuelva el destino que seguirá todo o parte del patrimonio del causante.

2º Principio de igualdad.

Nuestra ley civil no hace distingo alguno, en materia de sucesión intestada, con relación:

- i.- Al sexo de los sucesores ni con la primogenitura;
- ii.- Ni con la calidad de filiación determinada, matrimonial o no matrimonial;
- iii.- Ni con la nacionalidad.

De este modo, los llamados a suceder pueden ser indistintamente hombres y mujeres, hijos mayores o menores, de filiación matrimonial o no matrimonial, chilenos o extranjeros. Sólo interesa que tengan la

¹³ Rodríguez Grez, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio. De los cinco tipos de sucesión en el Código Civil chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1995, Volumen 1, pp. 224 a 229.

relación o filiación que determina la ley para que el llamado surta pleno efecto: artículos 33, 982 y 997 del Código Civil.

3º Principio del patrimonio unitario.

Para la ley chilena, el patrimonio del causante está integrado por todos los bienes que poseía al momento de su muerte, sin que puedan hacerse distingos en cuanto a su origen. Por lo mismo, es indiferente que el causante los haya adquirido a título oneroso o gratuito, que le hayan correspondido al causante en la partición de una comunidad o que los haya adquirido directamente: art. 981.

4º Principio de exclusión y preferencia.

La sucesión intestada está construida sobre la base de dar preferencia a ciertas personas y de excluir a otras. Desde luego, sólo tienen cabida las personas indicadas en el art. 983, pero los descendientes excluyen a los ascendientes y éstos a los hermanos. Sin embargo, nunca es excluido el cónyuge sobreviviente (salvo cuando ha dado motivo a la separación judicial, según lo expuesto en las incapacidades e indignidades para suceder), el que concurre con los descendientes como con los ascendientes. Lo mismo ocurre con el conviviente civil sobreviviente. De lo dicho se infiere entonces que las normas sobre sucesión intestada están construidas sobre la base de exclusiones y preferencias. Estas últimas se manifiestan en los "órdenes sucesorios" y en el llamamiento de unos a falta de otros.

5º Principio de relación conyugal o de convivencia civil y de relación consanguínea.

Nuestra ley consagra dos tipos de relaciones para hacer el llamamiento: la relación conyugal o de convivencia civil y la relación consanguínea. No hay otras fuentes para el llamamiento.

6º Principio de la descendencia ilimitada.

Nuestra ley llama a los descendientes de una persona a su sucesión en forma indefinida. Pero entre estos, los de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano. Lo anterior, como ya vimos, resulta del derecho de representación, ya que cuando falta un hijo por cualquier causa -sea porque no existe al momento de abrirse la sucesión o no quiere o no puede suceder-, son llamados en su reemplazo o representación, los hijos de éste. En consecuencia, podemos sostener, como principio de la sucesión intestada, que son llamados los descendientes en forma indefinida, pero excluyendo los de grado más próximo a los de grado más lejano.

7º Principio de la ascendencia ilimitada en la sucesión del hijo.

La ley llama a la sucesión del causante hijo a los ascendientes en forma ilimitada, siempre bajo la fórmula de que los ascendientes de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano. Así, por ejemplo, muerto el hijo, de faltar el padre le sucede su abuelo y de faltar éste su bisabuelo, etc.

8º Principio de la colateralidad limitada.

Se llama a suceder al causante a los hermanos y a los otros colaterales, hasta el sexto grado inclusive.

9º Principio de armonización con la sucesión forzosa.

Aun cuando esta materia la estudiaremos detalladamente al tratar de la sucesión forzosa, puede asentarse como principio rector de la sucesión intestada su compatibilidad o armonización con la sucesión forzosa. Son muchos los casos en que tiene aplicación la sucesión intestada y la forzosa, complementándose ambas instituciones sin que ellas interfieran los derechos consagrados en favor de una u otra.

10º Principio de la prevalencia de la doble conjunción.

Cuando las normas sobre sucesión intestada llaman a los hermanos del causante, la ley distingue entre hermanos de doble conjunción o carnales (aquellos que lo son de parte de padre y madre) y de simple conjunción (aquellos que lo son exclusivamente de parte de padre o sólo de parte de madre). Los hermanos de simple conjunción (paternos o maternos) llevan la mitad de lo que les corresponde a los hermanos de doble conjunción.

11º Principio de clausura.

El último principio de la sucesión intestada está representado por el llamamiento que se hace al Fisco, a falta de las personas designadas. Se trata de que siempre la persona (un patrimonio) tenga un titular que asuma los derechos y obligaciones que han quedado vacantes por la muerte del causante. El art. 995 consagra este principio. Este último principio, se vincula con el principio de la propiedad privada y la libre circulación de la riqueza.

CAPITULO III: LOS HEREDEROS ABINTESTATO Y SUS DERECHOS EN LA SUCESION.

1.- QUIENES SON HEREDEROS ABINTESTATO.

Están enumerados en el art. 983 del CC:

1º Los descendientes del causante.

- 2º Los ascendientes del causante.
- 3º Su cónyuge sobreviviente.
- 4º Sus colaterales.
- 5º El adoptado en su caso.
- 6º El Fisco.

A los anteriores, debemos agregar al conviviente civil sobreviviente, de conformidad a lo previsto en los artículos 16, 17 y 18 de la Ley N° 20.830, que crea el acuerdo de unión civil. El inc. 1º del art. 16, dispone: "Cada conviviente civil será **heredero intestado** y legitimario del otro y concurrirá en la sucesión de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente". Lo anterior, a menos que el conviviente civil sobreviviente haya sido desheredado por cualquiera de las tres primeras causas de desheredamiento indicadas en el art. 1208 del Código Civil (art. 17). Por cierto, para que el conviviente civil sobreviviente tenga derecho a suceder al causante, será indispensable que el acuerdo de unión civil celebrado con el difunto no haya expirado a la fecha de la delación de la herencia (art. 18).

2.- LOS ORDENES DE SUCESION.

2.1.- Concepto.

La ley reglamenta la forma en que concurren y son excluidos los herederos abintestato en la sucesión intestada, a través de los llamados órdenes de sucesión.

Pueden definirse los órdenes de sucesión como aquel conjunto de parientes que excluye a otro de la sucesión, pero que, a su vez, puede ser excluido por otro conjunto de parientes.¹⁴

En términos más descriptivos, Pablo Rodríguez los define como una agrupación de personas unidas por matrimonio, consanguinidad o adopción con el causante, que son llamadas en forma colectiva, personalmente o por derecho de representación, mientras concurren con la persona que la encabeza, excluyendo y siendo excluidas en la forma dispuesta por la ley y distribuyéndose todo o parte del patrimonio que el causante no pudo o no quiso distribuir mediante testamento.¹⁵

Con todo, considerando que el conviviente civil sobreviviente se agregó como heredero abintestato, la definición de órdenes sucesorios debe incluirlos. Por ende, donde se dice "... unidas por matrimonio...", debe decir "... unidas por matrimonio o convivencia civil...".

2.2 Análisis de los órdenes de sucesión.

¹⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2009, séptima edición actualizada, Tomo I, pp. 151 y 152.

¹⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 231.

Cinco son los órdenes de sucesión:
Primer orden de sucesión: de los hijos.
Segundo orden de sucesión: del cónyuge o conviviente civil y de los ascendientes.
Tercer orden de sucesión: de los hermanos.
Cuarto orden de sucesión: de los otros colaterales.
Quinto orden de sucesión: del Fisco.

- Primer orden de sucesión: de los hijos.

Está formado fundamentalmente por los hijos, que le dan su denominación. Concorre también el cónyuge sobreviviente o el conviviente civil. Reglamenta a este orden el art. 988 y los arts. 16 a 18 de la Ley N° 20.830.

a) Los hijos, personalmente o representados.

Excluyen a todos los otros herederos, salvo al cónyuge sobreviviente o al conviviente civil sobreviviente.

Cuando la ley alude a los "hijos", se incluyen:

- A los hijos de filiación determinada, sea ésta matrimonial o no matrimonial¹⁶. Tratándose de la matrimonial, abarca también los nacidos en el matrimonio nulo de sus padres.
- A los beneficiados con la adopción, conforme a la Ley número 19.620.
- A la descendencia de los hijos, en virtud del derecho de representación.

b) El cónyuge sobreviviente o el conviviente civil sobreviviente.

Su asignación es determinada por el inc. 2º del art. 988; se visualizan al efecto tres reglas:

1º Si hay dos o más hijos, el viudo o viuda o el conviviente civil sobreviviente, recibirá, por regla general, el doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo.

2º Si hay sólo un hijo, la cuota del cónyuge sobreviviente o del conviviente civil sobreviviente, será igual a la legítima rigurosa o efectiva de ese hijo.

¹⁶ La situación de los hijos, antes de la reforma hecha al Código Civil por la Ley N° 19.585 (del año 1998 y vigente a partir del 26 de octubre del año 1999) dependía de la calidad de hijo legítimo, hijo natural o hijo simplemente ilegítimo. El último, carecía de todo derecho en la sucesión del progenitor. Los hijos naturales, tenían dos restricciones: i) la porción que les correspondía, ascendía a la mitad de la que le correspondía al hijo legítimo; y ii) Las porciones de los hijos naturales, en concurrencia con los hijos legítimos, no podían exceder en conjunto de una cuarta parte de la herencia o de una cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso (antiguo artículo 988).

3º En ningún caso la porción que corresponda al cónyuge o al conviviente civil bajará de la cuarta parte de la herencia (si el causante falleció sin haber dispuesto de la cuarta de libre disposición y de la cuarta de mejoras), o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso (si el causante hubiere dispuesto de la cuarta de libre disposición y de la cuarta de mejoras).

De esta forma, pueden presentarse las siguientes situaciones, cuando hay dos o más hijos (personalmente o representados) y cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente:

i.- Si hay dos hijos y cónyuge o conviviente civil sobreviviente, dividimos la herencia en cuatro partes, un cuarto para cada hijo y dos cuartos para el cónyuge o conviviente civil sobreviviente; aplicamos la primera regla, pues el viudo o viuda o el conviviente civil sobreviviente lleva el 50% de la herencia;

ii.- Si hay tres hijos y cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente, dividimos la herencia en cinco partes, un quinto para cada hijo y dos quintos para el cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente; aplicamos la primera regla, pues el viudo o viuda o conviviente civil sobreviviente lleva el 40% de la herencia;

iii.- Si hay cuatro hijos y cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente, dividimos la herencia en seis partes, un sexto para cada hijo y dos sextos para el viudo o viuda o conviviente civil sobreviviente; aplicamos la primera regla, pues el cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente lleva un 33.33% de la herencia;

iv.- Si hay cinco hijos y cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente, dividimos la herencia en siete partes, un séptimo para cada hijo y dos séptimos para la viuda o viudo o conviviente civil sobreviviente; aplicamos todavía la primera regla, pues el cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente lleva un 28.58%, aproximadamente;

v.- Si hay seis hijos y cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente, dividimos la herencia en ocho partes, un octavo para cada hijo y dos octavos para el viudo o viuda o conviviente civil sobreviviente; todavía nos mantenemos en la primera regla, pues dos octavos corresponden exactamente al mínimo previsto por la ley para el cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente, esto es, un 25%;

vi.- Si hay siete o más hijos, debemos aplicar la tercera regla, pues de aplicar la primera, habría que dividir la herencia en nueve partes, lo que arrojaría para el viudo o viuda o conviviente civil sobreviviente un porcentaje inferior al 25%, pues dos novenos están por debajo del expresado porcentaje.

Cabe consignar que de conformidad al art. 1337, regla 10ª, el cónyuge sobreviviente o el conviviente civil sobreviviente¹⁷ tendrá dos derechos, que podrá ejercer en el marco de una partición. El art. 1318, inc. 2º, dispone precisamente que “En especial, la partición se considerará contraria a derecho ajeno si no ha respetado el derecho que el artículo 1337, regla 10ª, otorga al cónyuge sobreviviente”. Tales derechos son:

i.- **Derecho de adjudicación preferente:** tiene derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia (son requisitos copulativos), así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto. Este derecho de adjudicación preferente tiene carácter personalísimo: no puede transferirse ni transmitirse (por lo tanto, si el cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente cede su derecho de herencia, el cesionario carecerá del derecho de adjudicación preferente que tenía su cedente).

ii.- **Derecho de uso o de habitación:** si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge o conviviente civil sobreviviente, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios. El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

En cuanto a **la situación de los adoptados** conforme a las antiguas leyes, que fueron derogadas por la Ley número 19.620 (de 5 de agosto de 1999), han surgido dudas interpretativas. Al respecto se presentan las siguientes interrogantes: ¿Qué ocurre con las personas que hubieren sido adoptadas de conformidad con la Ley N° 7.613, derogada al entrar en vigencia la Ley N° 19.620? Naturalmente, nadie pone en duda el derecho que les asiste a los adoptados de suceder al adoptante, en las sucesiones abiertas con anterioridad al 26 de octubre de 1999, es decir, antes de entrar en vigencia las reformas introducidas al Código Civil por la Ley N° 19.585. Pero ¿qué debe concluirse cuando la sucesión del adoptante se hubiere abierto después de la fecha

¹⁷ Dispone el art. 19 de la Ley N° 20.830: “El conviviente civil sobreviviente tendrá también el derecho de adjudicación preferente que la regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil otorga al cónyuge sobreviviente. Tendrá, asimismo, en iguales condiciones que las prescritas en esta regla, los derechos de habitación y de uso, que la misma concede al cónyuge sobreviviente para el caso en que el valor total del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, excedan su cuota hereditaria”.

señalada? Recordemos que antes de la reforma, el adoptado en conformidad a la Ley número 7.613, era asimilado, para los efectos sucesorios, al hijo natural, y por ende, concurría junto a éstos y con iguales derechos. ¿Habría que asimilarlos simplemente a los hijos de filiación no matrimonial y concluir entonces que hoy mantienen sus derechos sucesorios y que se incluyen entre los hijos del causante-adoptante? La respuesta no es tan simple, sin embargo, considerando que los beneficiados con la adopción regulada en la Ley N° 7.613 no tenían la calidad de hijos del adoptante. Y el artículo 988 llama a la sucesión del causante a sus "*hijos*". En efecto, la adopción realizada en el marco de la Ley N° 7.613 no constituía estado civil (art. 1° de la Ley N° 7.613). Para abordar el problema, debemos tener presente el art. 45 de la Ley N° 19.620. Dispone tal precepto:

"Artículo 45. Deróganse las leyes N°s. 7.613 y 18.703 y los artículos 26, número 5, y 39 de la Ley N° 16.618."

"Los que tengan la calidad de adoptante y adoptado conforme a la ley N° 7.613 o a las reglas de la adopción simple contemplada en la Ley N° 18.703, continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en las respectivas disposiciones, **incluso en materia sucesoria.**"

"No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, esos adoptantes y adoptados, cualquiera sea su edad, podrán acordar que se les apliquen los efectos que establece el artículo 37, inciso primero, de esta ley, si se cumplen los siguientes requisitos:

a) El pacto deberá constar en escritura pública, que suscribirán él o los adoptantes y el adoptado, por sí mismo o por curador especial, según el caso. Si la adopción se otorgó conforme a la ley N° 7.613, además deberán prestar su consentimiento las otras personas que señala su artículo 2°, y en caso de la adopción simple establecida en la Ley N° 18.703, las personas casadas no divorciadas (hoy, casadas no separadas judicialmente) requerirán el consentimiento de su respectivo cónyuge;

b) El pacto se someterá a la aprobación del juez competente, la que se otorgará luego de que se realicen las diligencias que el tribunal estime necesarias para acreditar las ventajas para el adoptado. Tales diligencias, en el caso de la adopción regulada por la ley N° 7.613, contemplarán necesariamente la audiencia de los parientes a que se refiere el inciso primero de su artículo 12, si los hay; y, tratándose de la adopción simple que norma la ley N° 18.703, la audiencia de los padres del adoptado siempre que ello sea posible, y

c) La escritura pública y la resolución judicial que apruebe el pacto se subinscribirán al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado, y sólo desde esa fecha producirán efecto respecto de las partes y de terceros.

Se aplicará a la adopción constitutiva del estado civil así obtenida el artículo 38 de esta ley, con la salvedad de que, además del adoptado, podrán solicitar su declaración de nulidad las personas que tengan actual interés en ella, en el cuadrienio que empezará a computarse desde la subinscripción practicada en el Registro Civil.”

Si el art. 45 inciso 3º dice que adoptantes y adoptados podrán acordar que **se les apliquen los efectos que establece el artículo 37** de la Ley N° 19.620, y tales efectos se refieren precisamente a conferir el estado civil de hijo de los adoptantes, podríamos concluir que sólo en el evento que se formalice el referido pacto, el adoptado tendrá la calidad de “hijo” del adoptante y por ende quedará comprendido entre aquellos llamados en el art. 988 a la sucesión del causante. Y a contrario sensu, si no se ejerce el derecho conferido en el artículo 45, podríamos concluir que no se podrán aplicar al adoptado los efectos previstos en el citado art. 37, lo que supone que no podrá considerársele como “hijo” del adoptante. Con todo, admitimos que tal interpretación colisiona con la frase final del inciso 2º del artículo 45. El punto, en definitiva, deberá ser dilucidado por nuestros tribunales.

En un trabajo de Edgardo Urbano Moreno, se exponen los criterios sustentados por algunos autores, acerca de esta materia¹⁸. Al efecto, Hernán Corral sostiene que debe mantenerse la distinción –para determinar los derechos del adoptado al amparo de la Ley 7.613-, entre sucesión regular (que operaba si el causante era hijo legítimo, hoy denominado matrimonial) e irregular (si el causante era hijo natural, hoy no matrimonial). Corral arriba a esta conclusión, porque a su juicio, “la interpretación debe decidirse teniendo en cuenta la mente del legislador, que fue la de no alterar el statu quo entre adoptante y adoptado y sus respectivas familias”. Por ende, cabe distinguir las siguientes situaciones:

i.- En el primer orden de sucesión regular (que encabezaban los descendientes): el adoptado debería ser considerado como un hijo natural, con derecho a recibir la mitad de la asignación del hijo matrimonial o no matrimonial, con un límite máximo de una cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria, según el caso;

ii.- En el segundo orden de sucesión regular (que se abría cuando el causante no había dejado descendientes): el adoptado concurriría con los ascendientes matrimoniales del causante y con su cónyuge sobreviviente. Aplicando el artículo 24º inciso 2º de la Ley 7.613, debe dividirse la herencia en seis partes: tres para los ascendientes, dos para el cónyuge sobreviviente y una para el adoptado. De faltar cónyuge sobreviviente, la herencia debería dividirse por mitades entre los

¹⁸ Urbano Moreno Edgardo, “Los derechos sucesorios del adoptado”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 6, 2002, págs. 111 a 118.

ascendientes y el adoptado (por cobrar aplicación el antiguo –derogado– artículo 989, que se encontraría vigente para estos efectos, por disposición del artículo 45º de la Ley 19.620);

iii.- En el tercer orden de sucesión regular (que se abría a falta de descendientes y ascendientes): el adoptado y el cónyuge sobreviviente deberían repartirse la herencia en partes iguales; si falta el cónyuge, Corral opina que debe abrirse un nuevo orden sucesorio, debiendo concurrir el adoptado con los hermanos del causante, correspondiendo tres cuartas partes de la herencia al adoptado y una cuarta parte a los hermanos (aplicando los artículos 990, inciso 3º del Código Civil y 45º de la Ley 19.620). Si no concurren hermanos, ni cónyuge, toda la herencia sería para el adoptado.

iv.- En el primer orden de sucesión irregular, debiera aplicarse el antiguo texto del artículo 993, inciso 3, que no obstante haber sido modificado por la Ley número 19.585, se mantendría vigente, para lo concerniente al adoptado, por mandato del artículo 45º de la Ley número 19.620. Esto significa que debemos aplicar las mismas reglas previstas para el primer orden regular.

v.- En cuanto al segundo orden de sucesión irregular, distingue Corral dos situaciones:

v.i.- Si concurren padres no matrimoniales, la herencia debería dividirse en tres sextos para los padres, dos para el cónyuge sobreviviente y uno para el adoptado; de faltar el cónyuge sobreviviente, la herencia debe dividirse por mitades entre los padres no matrimoniales y el adoptado; si faltan los padres del causante pero concurre cónyuge sobreviviente, la herencia también se divide por mitades, entre el cónyuge sobreviviente y el adoptado (todo lo anterior, por aplicación de los artículos 24 inciso 3º de la Ley 7.613 y 993 inciso 7º (en su texto antiguo));

v.ii.- Si no concurren los padres no matrimoniales del causante, pero sí otros ascendientes (abuelos, por ejemplo, que antes de la reforma de la Ley número 19.585 no estaban jurídicamente vinculados al “nieto natural”, dado que éste, en realidad, no tenía abuelos ante el Derecho), la herencia debe dividirse en tres partes para los ascendientes, dos para el cónyuge sobreviviente y una para el adoptado. De faltar cónyuge, la herencia debería dividirse por mitades entre los ascendientes y el adoptado (lo anterior, pues recobraría vigencia el antiguo texto del artículo 989, así como también el artículo 24º inciso 2º de la Ley 7.613, preceptos que, por mandato del artículo 45º de la Ley 19.620, se mantendrían en realidad vigentes, para los efectos de deferir sus derechos sucesorios al adoptado).

vi.- Por último, a falta de descendientes, ascendientes y cónyuge sobreviviente, toda la herencia debiera ser para el adoptado, excluyendo a los hermanos del adoptante, porque conforme al antiguo texto del

artículo 993, los hijos naturales excluían a los hermanos del causante, y el adoptado se asimilaba a los primeros.

Como se indica en el trabajo de Edgardo Urbano Moreno, distinta opinión tienen otros autores, como María Dora Martinic, René Ramos y Gonzalo Figueroa, aunque Urbano sólo desarrolla la tesis de la primera. Sostiene ella que "el adoptado concurre en la sucesión intestada del adoptante como hijo natural. Habiéndose abolido esa categoría de hijos, habrá que concluir que el adoptado concurre en la sucesión intestada del adoptante como hijo, mejorando sus derechos hereditarios". Por ende, en el primer orden sucesorio, a juicio de la profesora Martinic, el adoptado bajo la modalidad contemplada en la Ley número 7.613 sería un hijo más, aunque sabemos que no lo es ni nunca lo fue.

Pero esta fórmula de la profesora Martinic, que no compartimos, según ya lo expresamos, puede admitirse siempre y cuando nos mantengamos en el primer orden sucesorio, para lo que resulta necesario que efectivamente haya descendientes del causante. A falta de ellos, debemos pasar al segundo orden sucesorio, surgiendo entonces dos posibles interpretaciones, a juicio tanto de la profesora Martinic como de René Ramos Pazos:

i.- Podría entenderse tácitamente derogado el artículo 24º de la Ley 7.613, pues "el adoptado no pasa al segundo orden de sucesión, quedándose en el primero y fijando el orden a falta de hijos", interpretación que Edgardo Urbano no comparte, toda vez que colisiona directamente con el artículo 45 inciso 2º de la Ley N° 19.620;

ii.- Se podría estimar que se mantiene la cuota asignada por el artículo 24º de la Ley 7.613 al adoptado, a quien por ende correspondería sólo un sexto de la herencia, recibiendo el cónyuge sobreviviente dos sextos y los ascendientes el sexto restante.

- Segundo orden de sucesión: del cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente y de los ascendientes.

Está contemplado en el art. 989 del Código Civil. Se aplica este orden cuando no hay posteridad: vale decir, hijos ni descendientes de éstos con derecho a representarlos.

Concurren en este segundo orden de sucesión el cónyuge sobreviviente o el conviviente civil sobreviviente y los ascendientes. El orden hemos de llamarlo "Del cónyuge sobreviviente o del conviviente civil sobreviviente y de los ascendientes", porque si falta uno de los primeros, no pasamos al tercer orden, llevándose toda la herencia los ascendientes de grado más próximo.

Los ascendientes serán herederos, sea que el causante haya tenido una filiación determinada matrimonial o no matrimonial. Sin embargo, **la ley priva de asignación hereditaria abintestato a los padres del causante**, en tres casos:

i.- Si la paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición, salvo que mediare el restablecimiento a que se refiere el art. 203 (art. 994, inc. 2º). En el mismo sentido, el art. 1182 reiteró que no serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo en el caso del inciso final del art. 203. En otras palabras, sólo serán herederos abintestato los ascendientes cuando medie filiación matrimonial y cuando tratándose de la filiación no matrimonial, el reconocimiento de la misma hubiere sido voluntario y no forzado.

ii.- Tratándose del impedimento impediendo de segundas nupcias, el ascendiente que lo infrinja, será sancionado, conforme al art. 127 del Código Civil. En efecto, el padre o la madre pierden el derecho de suceder abintestato a su hijo y pierden igualmente la legítima que les corresponde en la herencia de su hijo. Si el hijo testa después de producida la causal, el padre o madre queda liberado de la sanción conforme a lo dispuesto en el art. 973 del Código Civil, el cual establece que las causales de indignidad mencionadas en los arts. precedentes, no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las producen. No cabe duda de que el padre o madre que no respeta el impedimento atenta contra la integridad del patrimonio de sus hijos o pupilos e incurre en la causal de indignidad del número 2 del art. 968 ("atentado grave contra...los bienes de la persona de cuya sucesión se trata", causal de injuria atroz). Siendo así, resulta aplicable el art. 973.

iii.- El padre o madre que haya tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación del hijo, carecerá del derecho a suceder a su hijo, cuando se descubriere el fraude: art. 219. Así, por ejemplo, los verdaderos padres de la criatura, se coluden con una tercera persona, para que ésta aparezca como la madre al producirse el parto, sin que en verdad lo sea. Más tarde, se descubre el fraude, y se establece la verdadera filiación del hijo. En tal caso, la sentencia que establezca esta filiación privará a los progenitores del hijo que participaron del fraude, del derecho a sucederlo por causa de muerte. Dicha sentencia deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (que se modificará con el mérito de la misma sentencia, pues en ella aparecía como madre quien en realidad no tenía esa calidad).

A su vez, la ley **priva al cónyuge sobreviviente de su derecho a suceder al causante** en el caso contemplado en el artículo 994, esto es, si la separación judicial de los cónyuges se hubiere decretado por culpa del cónyuge sobreviviente (artículos 994 y 1182 del Código Civil y art. 35 de la Ley de Matrimonio Civil).

- Cuantía de las asignaciones.

1º Si en la sucesión concurren todos los llamados, la herencia se divide en tres partes: una para los ascendientes y dos para el cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente.

2º Si no concurren ascendientes, la herencia será para el cónyuge sobreviviente o para el conviviente civil sobreviviente.

3º Si sólo concurren ascendientes, se llevarán la totalidad de la herencia y entre ellos, el o los de grado más próximo, excluirán a los otros. La ley deja en claro que habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes, o en toda la porción hereditaria de los ascendientes, si concurriera con el cónyuge sobreviviente o con el conviviente civil sobreviviente.

- Tercer orden de sucesión: de los hermanos: art. 990 del Código Civil.

Este orden sólo tiene aplicación a falta de hijos -personalmente o representados-, de cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente y de ascendientes. Habiendo descendientes tiene lugar el primer orden; si hay cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente y/o ascendientes nos quedamos en el segundo orden. A falta de todos estos parientes y cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente, se pasa al tercer orden.

Son llamados los hermanos, personalmente o representados.

El llamamiento que la ley hace a los hermanos tiene una particularidad, debido a que éstos pueden ser hermanos carnales o de doble conjunción, es decir, de padre y madre, o hermanos de simple conjunción, sea de padre (paternos), sea sólo de madre (maternos): art. 41 del Código Civil. La importancia de la distinción anterior radica en que en este orden sucesorio, los hermanos de simple conjunción (paternos o maternos) llevan la mitad de lo que corresponde a los hermanos carnales (art. 990, inc. 2º).

- Cuarto orden de sucesión: de los otros colaterales (art. 992 del Código Civil).

- Cuando se pasa a este orden: a falta de descendientes y ascendientes, de cónyuge sobreviviente o conviviente civil sobreviviente y de hermanos, sucederán al difunto los otros colaterales.

Hay que tener presente que, según lo ha declarado reiteradamente nuestra jurisprudencia, no se aplica este orden mientras existan representantes de hermanos del causante, aunque éste sea uno solo. Esto es, la representación excluye la aplicación del cuarto orden de sucesión, aun cuando los hijos de los hermanos del causante pudieran concurrir por derecho propio. Se aplica siempre la representación, y los

sobrinos, sobrinos-nietos, etc., aun cuando no concurren hermanos, excluyen a los demás colaterales.

El art. 992 regula este cuarto orden de sucesión.

- Personas llamadas: los colaterales de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano. Sin embargo, no se podrá excluir a uno de grado más próximo, cuando éste tenga representantes. Los colaterales llamados no se extienden más allá del sexto grado inclusive. Estos son los primos, vulgarmente llamados primos en segundo grado.

Basándose en esta disposición del CC y otras, se concluye que desde un punto de vista jurídico, la familia no se extiende más allá del sexto grado en la línea colateral, ya que más allá no hay derechos hereditarios.

Los colaterales de simple conjunción (parientes del causante por parte de padre o de madre) gozan de menores derechos que los colaterales de doble conjunción (parientes del causante por parte de padre y madre). Los primeros tendrán derecho a la mitad de la porción de los segundos. Así, por ejemplo, si quienes suceden al causante son dos primos hermanos (colaterales del causante en cuarto grado), pero el primero desciende de unos mismos abuelo y abuela y el segundo sólo compartía con el causante un mismo abuelo, el primero llevará el doble de lo que reciba el segundo.

Conforme a lo expuesto, los colaterales llamados en este orden son los de tercer a sexto grado inclusive. Conviene precisar que los colaterales pueden serlo "hacia arriba" (caso de los tíos) o "hacia abajo" (caso de los primos hermanos). Puesto que la ley no hace distinciones, pueden suceder al causante unos y otros. Sin embargo, tal como indicábamos, si concurren, por ejemplo, un sobrino (colateral de tercer grado) y un tío (también colateral de tercer grado), preferirá el sobrino. Ello, porque éste heredará por derecho de representación, reemplazando al padre (hermano del causante) y ocupando su mismo lugar (colateral de segundo grado).

- Cuantía de las asignaciones.

Los colaterales del mismo grado se distribuirán la herencia por iguales partes, salvo que estemos ante la circunstancia de que uno lo sea por parte de padre y madre (por ejemplo, porque tienen un mismo bisabuelo) y otro sólo por parte de uno de ellos (por ejemplo, porque tienen distintos bisabuelos).

- Quinto orden de sucesión: del Fisco.

La ley llama en el art. 995, a falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos 988 a 992, al Fisco, esto es, la

persona jurídica del Estado. El Fisco, para los efectos de solicitar la posesión efectiva de la herencia, actúa representado por el Ministerio de Bienes Nacionales (artículo 43 del Decreto Ley número 1.939). El Fisco es el representante económico del Estado y de la colectividad en general.¹⁹

El Decreto Ley N° 1.939, de 1977, que establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, regula los derechos hereditarios del Fisco, en el párrafo IV, artículos 42 a 54. El primero de estos artículos dispone que los derechos sucesorios del Fisco se regularán por las normas de la legislación común (por ende, del Código Civil) y por las especiales del aludido párrafo IV. Para estos efectos, cualquier persona puede poner en conocimiento de la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales la existencia de derechos hereditarios que le correspondan al Fisco (a ésta Dirección corresponde tomar posesión, en representación del Fisco, de todos los bienes que deban ingresar al patrimonio del Estado de acuerdo con el artículo 995 del Código Civil, según preceptúa el artículo 5 del Decreto Ley 1.939). La ley otorga a quien denuncia una herencia vacante un galardón o recompensa, que puede llegar hasta el 30% del valor líquido de los bienes que ingresen al patrimonio fiscal.²⁰ Este galardón sólo se paga cuando los derechos de quienes disputan la herencia con el Fisco se encuentran prescritos, salvo que el beneficiario rinda caución suficiente de restitución de lo que se le pague en el evento de que aparezca un heredero con mejor derecho (artículo 54 del Decreto Ley 1.939). Cabe precisar que la Corte Suprema ha declarado en un fallo que el denunciante a quien se adjudique en recompensa una parte de la herencia, no pasa por este hecho a ser heredero. La denuncia de la herencia vacante debe hacerse ante la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales del Ministerio de Bienes Nacionales, concretamente en la oficina de partes del citado Ministerio. Se pondrá cargo de día y hora y se registrará en un libro de denuncias por estricto orden de recepción. Las denuncias serán recibidas en las Direcciones Regionales y en las Oficinas Provinciales de la mencionada Dirección (artículo 48 del Decreto Ley 1.939). Se tendrá como primer denunciante a quien primero presente la denuncia en los lugares señalados, acompañando todos los datos y antecedentes en que se funden los derechos del Fisco sobre los bienes denunciados (artículo 49 del Decreto Ley 1.939). La posesión efectiva de las herencias deferidas al Fisco se solicitará por la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales a través de sus abogados o por el

¹⁹ Cfr. en www.juanandresorrego.cl, nuestro trabajo "Acerca de la herencia yacente y de la herencia vacante, en el Derecho chileno y comparado".

²⁰ Antes, regía esta materia el Decreto con Fuerza de Ley N° 336, del año 1953. Dicho cuerpo legal otorgaba un galardón o recompensa que sólo llegaba al 20% del valor de los bienes que ingresaban al patrimonio fiscal.

Consejo de defensa del Estado, a requerimiento de aquélla (artículo 43 del Decreto Ley 1.939). La recompensa a la que se hacía referencia será decretada una vez que los bienes hayan sido ingresados legal y materialmente, en forma definitiva, al patrimonio fiscal, y se otorgará previa calificación hecha por la Dirección acerca de la diligencia y eficacia atinente a la cooperación prestada por el denunciante. Será condición indispensable para tener derecho a recompensa, que los bienes manifestados en la denuncia sean desconocidos para el Fisco y que, a no mediar ésta, no se hubieren recuperado esos bienes (artículo 51 del Decreto Ley 1.939). Para establecer el monto de la recompensa, los bienes raíces se considerarán por el avalúo vigente (se trata, por ende, del avalúo fiscal; no queda claro sin embargo, si se trata del avalúo vigente al tiempo de la muerte del causante, o al tiempo en que se formule la denuncia; pareciera más justa la segunda opción). En cuanto a los bienes muebles, la recompensa se determinará atendiendo al valor producido por la enajenación del respectivo bien o por la tasación comercial que al efecto practique la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales, la que será, en lo posible, coetánea con el pago (artículo 52 del Decreto Ley). La recompensa se pagará una vez practicada la liquidación de la masa hereditaria, haciéndose previamente la deducción de las deudas y demás costas producidas (artículo 53 del Decreto Ley). La aludida liquidación debe realizarse por la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales, la que adoptará todas las medidas conducentes al resguardo de la masa hereditaria, pudiendo incluso designar un depositario provisional cuyos honorarios se pagarán con cargo al haber hereditario. Si entre los bienes hereditarios hubiere especies que por su naturaleza fueren corruptibles, o que pudieren sufrir deterioro o menoscabo, la Dirección podrá enajenarlos en la forma más conveniente, sin más trámite, aún antes de haberse concedido la posesión efectiva. En cuanto a los bienes inmuebles hereditarios, la Dirección deberá liquidarlos sin que pueda reservar parte alguna de ellos, a más tardar en el plazo de dos años a contar de la fecha en que se conceda al Fisco la posesión efectiva de la herencia (artículo 46 del Decreto Ley).²¹ Los terceros que invoquen créditos hereditarios o testamentarios que digan relación con las herencias deferidas al Fisco, podrán hacerlos valer administrativamente mediante presentaciones que irán acompañadas de todos los documentos que los justifiquen. Lo anterior, es sin perjuicio de las acciones judiciales que estime procedente el interesado (artículo 45 del Decreto Ley). Por su parte, el artículo 18 del citado Decreto Ley, en relación a las facultades de los Inspectores de Bienes Nacionales, dispone que respecto de las herencias

²¹ Se trata por ende de un caso de contrato de compraventa forzoso (así interpretamos la expresión "deberá liquidarlos"), que la ley obliga a celebrar al Fisco.

que se denuncien como pertenecientes al Fisco, estos funcionarios podrán adoptar las medidas que correspondan en resguardo del interés fiscal y requerir en representación del Fisco para este solo efecto, ante el Tribunal que hubiere decretado yacente la herencia, a fin de que éste, con conocimiento de causa, ordene la confección de inventario o la práctica de otras medidas destinadas a la conservación del acervo hereditario, con el auxilio de la fuerza pública, si ello fuere necesario. Estas gestiones se sujetarán a las reglas del artículo 817 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Cabe consignar también que el Fisco, a través del Ministerio de Bienes Nacionales, tomará conocimiento de la existencia de una herencia no reclamada por sus herederos o carente de los mismos, cuando ella se declara como *herencia yacente*. En efecto, La resolución judicial que la declara, debe notificarse al Ministerio de Bienes Nacionales, mediante un oficio dirigido a la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales. Dicha repartición deberá realizar todas las diligencias e investigaciones necesarias para establecer si conviene o no a los intereses del Fisco solicitar la posesión efectiva de la herencia. Al efecto, dispone el artículo 44 del Decreto ley N° 1.939 del año 1977: "Toda resolución judicial que declare yacente una herencia deberá ser comunicada de oficio por el Tribunal respectivo a la Dirección, la que realizará todas las diligencias e investigaciones necesarias para establecer si conviene o no a los intereses del Fisco solicitar la posesión efectiva de dicha herencia. / La propia resolución que declare yacente una herencia contendrá la frase "OFÍCIESE A LA DIRECCIÓN DE TIERRAS Y BIENES NACIONALES, TRANSCRIBIÉNDOSE ÍNTEGRAMENTE ESTA RESOLUCIÓN".

- Cuantía de la asignación.

Como es obvio, a falta de herederos abintestato, el Fisco llevará toda la herencia. Cuando no existen otros herederos abintestato, se habla de herencias vacantes; el Fisco concurre entonces en las herencias vacantes.

Se ha discutido el fundamento que tiene esta asignación en favor del Fisco. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia estiman que el Estado sucede como heredero, en las mismas condiciones que cualquier heredero abintestato. Para otros, el Estado sucede porque, faltando los herederos abintestato, los bienes de la herencia quedan sin dueño y pertenecen al Estado como consecuencia de su poder soberano. Que el Fisco es heredero cuando no existen los demás asignatarios que llama la ley o el testador, en su caso, se consagra, además del art. 995, en el art. 983, que lo menciona entre "*los llamados a la sucesión intestada*" y en el art. 1250. Tal como lo analizan Domínguez Benavente y Domínguez Aguila, la cuestión puede tener una gran importancia

práctica, especialmente atendido lo dispuesto en el art. 157 del Código de Derecho Internacional Privado, suscrito y ratificado por nuestro país. De acuerdo con esta norma se aplica a la sucesión en este caso, la ley personal del causante; pero si se llama al Estado como ocupante de res nullius, se aplica el derecho local. Por lo tanto, en Chile, a la sucesión intestada en que el Estado es llamado como heredero, "en defecto de otros", se aplica la ley personal del causante (sin perjuicio de la atenuación de este principio, en el art. 998).

De lo dicho se concluye que el Fisco, en cuanto heredero, puede aceptar o repudiar la herencia. Si la acepta, goza de beneficio de inventario, de conformidad al art. 1250. Si la repudia, se presenta un problema de interés, ya que pueden ocurrir dos cosas: antes que se repudie la herencia puede solicitarse la declaración de herencia yacente y designarse un curador de la misma, el que liquidará bienes y pagará las deudas hereditarias, según prescriben los arts. 1240 y siguientes; puede ocurrir también, que el Fisco repudie de inmediato, sin que haya lugar a la declaración de herencia yacente, en cuyo evento los inmuebles serán de dominio del Estado (art. 590) y los muebles pasarán a ser res derelictae y podrán ser adquiridos por ocupación, quedando los acreedores burlados en sus derechos. Sin embargo, ello no sucederá si se toma la precaución de optar por la primera alternativa y proceder de conformidad con los arts. 1240 y siguientes, solución que ciertamente resulta ser la más equitativa. En todo caso, no parece posible que el Fisco repudie la herencia si esta tiene bienes, puesto que ellos representan una eventual utilidad para el Estado.

En los demás órdenes de sucesión, el Fisco está representado en la masa hereditaria por el impuesto de herencia que establece la Ley (salvo si la herencia, como ocurre frecuentemente, sea declara exenta de impuesto).

Asimismo, en relación al Fisco como heredero, la Corte Suprema ha dicho que disputada una herencia entre el Fisco y otros herederos (colaterales), éstos deben acreditar su parentesco. En otras palabras, la sentencia exoneró al Fisco de la obligación de probar que no existían otros herederos, imponiendo el peso de la prueba a quienes alegaban la exclusión de éste como consecuencia de la existencia de herederos preferentes.

CAPITULO IV: SITUACION DEL CONYUGE QUE HA DADO MOTIVO A LA SEPARACIÓN JUDICIAL POR SU CULPA Y DEL MATRIMONIO NULO

1.- Situación del cónyuge que ha dado motivo a la separación judicial de los cónyuges por su culpa.

Tal como se ha indicado, el cónyuge pierde sus derechos en la sucesión intestada del causante, si el primero hubiere dado lugar a la separación judicial por su culpa: art. 994.

Recordemos que se equipara esta situación a las causales de indignidad para suceder. Y es indignidad para suceder, pues se aplica sólo a la sucesión intestada; por esta razón, no puede ser incapacidad, dado que el otro cónyuge puede perdonar la causal, dejando al separado judicialmente por su culpa las asignaciones testamentarias que desee. Recordemos también que esta causal de indignidad se diferencia de las contempladas en el art. 968, en el sentido que no se pierde por el cónyuge el derecho a alimentos.

Cabe notar en esta materia que la ley exige que el cónyuge haya dado lugar a la separación judicial por su culpa.

El art. 994 no se aplica si ha cesado la separación judicial, reanudándose la vida en común de los cónyuges (artículo 38 de la Ley de Matrimonio Civil). Si ésta ha cesado de producir sus efectos antes del fallecimiento del causante, no se aplica el artículo 994.

En todo caso, recordemos que si la separación judicial fue decretada en virtud del artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil, vale decir, a consecuencia de haber incurrido cualquiera de los cónyuges en una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio o en una violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos, la reanudación de la vida en común sólo será oponible a terceros (o sea, a los herederos que serán excluidos por el cónyuge) cuando se revoque judicialmente la sentencia de separación, a petición de ambos cónyuges y practicándose la subinscripción correspondiente en el Registro Civil (artículo 39, inciso 1º, Ley de Matrimonio Civil).

2.- Situación del matrimonio nulo.

Para Somarriva, el cónyuge cuyo matrimonio fue anulado, aunque este haya sido putativo, no tiene derechos hereditarios abintestato. Aunque la ley no se puso en el caso, hay casi unanimidad en la conclusión anterior. Desde luego, en el matrimonio simplemente nulo no cabe discusión alguna, pues es lo mismo que si no hubiera existido matrimonio, y no puede haber derechos hereditarios abintestato entre los presuntos cónyuges. Pero cabe preguntarse si acaso el matrimonio que fue nulo putativo, es decir, un matrimonio que, a pesar de su nulidad, produce iguales efectos civiles al válido, da derechos hereditarios al cónyuge sobreviviente cuyo matrimonio tuvo ese carácter en la sucesión abintestato del causante.

Para Somarriva, la respuesta debe ser negativa, porque el matrimonio putativo supone, para producir efectos, la buena fe de los

cónyuges; desde el momento en que esta cesa, el matrimonio deja de producir sus efectos. Y esta buena fe es incompatible -en opinión de Somarriva-, con la sola notificación de la demanda de nulidad y con mayor razón, con la declaración misma de nulidad del matrimonio. Debemos concluir entonces, afirma, que si se anuló el matrimonio y aun cuando éste fuere nulo putativo, el cónyuge sobreviviente no tiene derechos en la sucesión abintestato del difunto.

Sin embargo, señala Somarriva que hay un caso de excepción que puede dar lugar a que el cónyuge sobreviviente, cuyo matrimonio se ha anulado, tenga derechos hereditarios: es el caso del art. 34 de la Ley de Matrimonio Civil, que permite pedir la nulidad del matrimonio aun después de fallecido uno de los cónyuges si la causal es la de vínculo matrimonial no disuelto. En tal caso, el matrimonio así anulado puede ser putativo y el ex cónyuge sobreviviente concurrir a la herencia, pues esta clase de matrimonio produce los mismos efectos que el válido y el cónyuge sobreviviente pudo estar de buena fe al fallecimiento del causante, es decir, al momento de la apertura de la sucesión. Recordemos que si era el difunto el cónyuge bígamo, se producirá la curiosa situación de que concurrirán a la herencia dos cónyuges sobrevivientes, quienes deberán dividir por mitades sus derechos.

Rodríguez Grez agrega un matiz a la conclusión de Somarriva. Concuera en que si el matrimonio del causante se ha disuelto por nulidad, el cónyuge sobreviviente no tendrá derecho alguno en la sucesión porque carece de vínculo matrimonial, que es la fuente de los derechos sucesorios en este caso. Si el matrimonio fuere putativo, con arreglo al art. 51 de la Ley de Matrimonio Civil, surtirá efectos civiles, pero no transforma al ex cónyuge en asignatario del premuerto. Con todo -y he aquí el matiz anunciado-, si la nulidad se declara por sentencia judicial después de muerto el otro cónyuge, y el matrimonio es putativo, estima Rodríguez que el sobreviviente debe ser considerado heredero porque el matrimonio produjo sus efectos en el momento de abrirse la sucesión. Rodríguez no comparte en este punto la afirmación de Somarriva, en orden a que la buena fe desaparece necesariamente -y con ello la posibilidad de considerar al matrimonio como putativo-, al momento de notificar la demanda. Señala Rodríguez que la buena fe del cónyuge notificado de una demanda de nulidad de matrimonio puede subsistir, como quiera que la sola pretensión de nulidad no es suficiente para hacerla desaparecer. Seguramente, dice Rodríguez, el raciocinio de Somarriva está inspirado en el art. 907, relativo a las "*prestaciones mutuas*", que establece que el poseedor de buena fe no está obligado a restituir los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda. Pero esta norma, dice Rodríguez, sólo tiene aplicación en aquella materia, y ni siquiera allí se pierde la buena fe por la notificación de la demanda, sino por la contestación de ella.

CAPITULO V: LOS EXTRANJEROS Y LA SUCESION INTESTADA

Los extranjeros tienen los mismos derechos que los chilenos en las sucesiones abintestato abiertas en Chile: art. 997. Esta norma no hace sino aplicar en el derecho sucesorio, el principio general contemplado en el art. 57. Ambos preceptos son manifestaciones del principio de igualdad ante la ley.

1.- Derechos de los chilenos en las sucesiones abiertas en el extranjero.

Según el art. 955, la sucesión se abre en el último domicilio del causante, y se rige por la ley del país en que éste tuvo su último domicilio. Ahora bien, puede ocurrir que una persona fallezca teniendo su último domicilio en el extranjero, pero dejando herederos chilenos. En este caso, se hace excepción al principio del art. 955 y los chilenos tienen en la sucesión, regida por la ley extranjera, los derechos que les reconoce la ley chilena.

Y ello es así, porque si la persona cuya sucesión se abre en el extranjero es chilena, rige el art. 15, según el cual los chilenos en el extranjero quedan sujetos a las leyes patrias en lo referente a sus obligaciones civiles con su cónyuge y parientes chilenos. En consecuencia, si un chileno fallece teniendo su último domicilio en el extranjero, su sucesión, de acuerdo al art. 955, se regirá por la ley extranjera, pero el cónyuge y parientes chilenos tendrán los derechos que establece nuestra legislación.

Lo mismo acontecerá si el que fallece en el extranjero no es chileno, pero ahora, por expreso mandato del art. 998.

Cabe consignar que el art. 998 es una excepción al art. 955, en el sentido de que aplicándose la ley extranjera a una sucesión abierta fuera del país, una parte de ella, la relativa a los herederos chilenos, se rige por nuestro derecho. Dicho de otro modo, no se aplica íntegramente la ley extranjera como lo ordena el art. 955, sino que parcialmente. En lo demás, el art. 998 debe ser entendido en armonía con el principio general consagrado en el art. 955: si el extranjero fallece en el extranjero teniendo su último domicilio en Chile, rige la ley chilena y viceversa.

2.- Situaciones que pueden presentarse en la sucesión de un extranjero.

Pueden producirse fundamentalmente dos situaciones:

2.1 Que fallezca teniendo su último domicilio en Chile.

En este caso, no se presentan problemas, porque de conformidad al art. 955, se aplica íntegramente la ley chilena, y ya hemos visto que los chilenos y extranjeros tienen los mismos derechos hereditarios.

2.2 Que fallezca teniendo su último domicilio en el extranjero.

Al respecto, debemos distinguir si el extranjero dejó o no parientes en Chile.

a) Si no hay herederos chilenos, rige íntegramente el principio del art. 955, es decir, se aplica la ley extranjera y ninguna otra.

Los derechos hereditarios de estos extranjeros pueden incluso hacerse efectivos en bienes situados en Chile, con lo cual se hace una excepción al art. 16, que establece que los bienes situados en Chile se rigen por la ley chilena. Numerosos fallos han declarado que procede cumplir en Chile las sentencias dictadas en materia sucesoria en países extranjeros, si no perjudican los derechos de herederos chilenos.

Ahora bien, un extranjero no puede, asilándose en la ley chilena que le reconoce derechos hereditarios, pretender hacerlos efectivos en bienes situados en Chile, si la ley extranjera no reconoce tales derechos. Se llega a esta conclusión, porque el art. 998 hace excepción al art. 955 sólo en favor de los herederos chilenos pero no de los extranjeros, y si bien el art. 997 dispone que los extranjeros tienen para la ley chilena los mismos derechos hereditarios que los chilenos, el precepto se refiere expresamente a las sucesiones abiertas en Chile. En consecuencia, un extranjero que según la ley del país en que se abre la sucesión no es heredero, pero sí lo sería conforme a la legislación chilena, no puede hacer efectivos los derechos que según ésta tendría sobre bienes situados en nuestro país, porque el art. 955 se lo impide. Así lo declara un fallo de nuestros tribunales.²² Lo mismo ocurrirá si el Derecho nacional reconoce a un heredero extranjero mayores derechos que aquellos que le confiere su Derecho nacional. En tal caso, el heredero extranjero no podrá invocar el derecho chileno, sino el extranjero. Así, por ejemplo, dispone el Código Civil y Comercial argentino: "ARTÍCULO 2433.- Concurrencia con descendientes. Si heredan los descendientes, el cónyuge tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo. En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado en concurrencia con descendientes, el cónyuge supérstite no tiene parte alguna en la división de bienes gananciales que corresponden al cónyuge prefallecido"; "ARTÍCULO 2434.- Concurrencia con ascendientes. Si heredan los ascendientes, al cónyuge le corresponde la mitad de la herencia". Como puede apreciarse, en ambos casos, los derechos del cónyuge sobreviviente son mayores en el Código Civil chileno (primer y segundo orden sucesorio). Sin embargo, conforme a lo expresado, el cónyuge sobreviviente extranjero no podrá invocar en su favor la ley chilena, respecto de los bienes que el causante hubiere dejado en Chile.

²² Cfr. Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 183.

b) Si el extranjero deja herederos chilenos, éstos tienen en su sucesión los derechos que les reconoce la ley chilena, y no la legislación por la cual se está rigiendo la sucesión, conforme al art. 998, inc. 1º.

Pero en la práctica, para que puedan hacerse efectivos estos derechos, será necesario que el causante haya dejado bienes en Chile. Si no ocurre así, a la postre habrá que estar a lo dispuesto por la ley extranjera, pues no se puede pretender que el art. 998 rija más allá de nuestras fronteras. Si la ley extranjera reconoce derechos hereditarios a los chilenos, se aplicará el principio del art. 998, y si no lo hace así, entonces esta protección a los herederos chilenos quedará sin aplicación práctica.

Es por esta razón que el art. 998, inc. 2º, establece una verdadera preferencia en beneficio de los herederos chilenos, para que hagan efectivos los derechos que le reconocen las leyes patrias en los bienes dejados por el causante en Chile, pudiendo pagarse en ellos todo lo que les corresponda en conformidad a nuestras leyes en la sucesión del extranjero. Este mismo derecho de preferencia tendrán los chilenos en la sucesión de un chileno, pues así lo establece el art. 998, inciso final. De tal forma, si un chileno fallece teniendo su último domicilio en el extranjero dejando bienes en Chile, y la legislación del país en el cual tenía su último domicilio pretende desconocer el derecho de los herederos chilenos, éstos tienen preferencia para pagarse en los bienes ubicados en nuestro país.

Somarriva se pregunta si acaso el Fisco queda comprendido dentro de la expresión "chilenos" que utiliza el art. 998, es decir, si no existiendo según la ley chilena otros herederos abintestato de mejor derecho, pero sí según la ley extranjera, podría hacer el Fisco efectivos sus derechos en los bienes ubicados en Chile. Somarriva concluye que el Fisco queda comprendido dentro de la expresión "chilenos", pues es un heredero abintestato como cualquier otro.²³

3.- Caso en que la ley extranjera reconozca mayores derechos a los herederos chilenos que nuestra propia legislación.

Así, por ejemplo, puede suceder que en un caso la ley chilena diga que le corresponde al cónyuge sobreviviente un cuarto de la herencia, y la extranjera, la mitad de la herencia. Al respecto, es evidente que el cónyuge, en el país en que se abre la sucesión, puede hacer valer los derechos que le reconoce la ley extranjera. Pero si hace efectivos sus derechos en bienes ubicados en Chile, ¿deberá sujetarse a la ley chilena o podrá asilarse en la ley extranjera?

Para solucionar este problema, señala Somarriva, debemos recurrir al espíritu de la ley, que en este caso no fue otro,

²³ Cfr. Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp.184 y 185.

indudablemente, que amparar a los herederos chilenos frente a las sucesiones abiertas en el extranjero; evitar que a costa de bienes situados en Chile se desmejore la situación reconocida por las leyes patrias a los herederos chilenos. Pero si, por el contrario, la ley extranjera es más favorable que la nacional, parece lógico concluir que los herederos chilenos pueden renunciar a la facultad establecida en el art. 998 y volver a la regla general del art. 955, esto es, acogerse a la ley del país en que se abrió la sucesión.²⁴

4.- Situación en las sucesiones testamentarias.

El art. 998 está ubicado entre las reglas de la sucesión abintestato y comienza diciendo "en la sucesión abintestato de un extranjero...". Pero de acuerdo con la doctrina unánime, este precepto debe aplicarse por analogía a las sucesiones testamentarias en lo que respecta a las asignaciones forzosas de los sucesores chilenos, pues existen las mismas razones de protección en una y otra sucesión.

Por otra parte, destaca Somarriva, es indiscutible que el art. se aplica a las legítimas, pues el art. 1184 determina que éstas se distribuyen según las reglas de la sucesión intestada, entre las cuales figura el art. 998.

En caso de que el causante fallecido teniendo su último domicilio en el extranjero sea chileno, no hay duda de que los asignatarios forzosos chilenos tienen los derechos de la ley chilena, pues el art. 15 es de aplicación general y no hace ningún distingo entre sucesión testada o intestada. Mayor razón hay para defender a los chilenos si el causante era extranjero.

Los asignatarios testamentarios chilenos cuyos derechos sean desconocidos por una ley extranjera deben tener el derecho de preferencia establecido en el inciso final del art. 998, por aplicación analógica del precepto.²⁵

²⁴ Cfr. Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 185.

²⁵ Cfr. Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 185 y 186.