

## EL DERECHO SUCESORIO EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO FORMULACIÓN ORIGINAL Y EVOLUCIÓN<sup>1</sup>

Juan Andrés Orrego Acuña

Se trata de establecer hasta qué grado, las normas del Código Civil francés en materia sucesoria, influyeron en las del Código Civil chileno, y si por esta vía, es o no efectivo que en nuestro Código, se instauraron principios sucesoriales promovidos por las ideas de la Revolución Francesa, que supusieron un quebrantamiento del ordenamiento jurídico del Antiguo Régimen y cuya instauración, a la postre, habría ocasionado un serio detrimento o aún más, “*eliminó el antiguo orden de las familias, bajo el cual el mundo occidental había vivido por aproximadamente mil quinientos años bajo la Roma pagana y luego cristianizada*”. Tal es la tesis XX del profesor Dante Figueroa, en su trabajo “*Veintiuna Tesis Sobre el Legado Jurídico de la Revolución Francesa en Latinoamérica*”, que abordaremos para intentar llegar a una conclusión que la confirme o la desmienta.

En efecto, se sostiene por el profesor Figueroa que uno de los primeros y más importante de los principios de la Revolución Francesa, fue eliminar los elementos fundamentales del sistema de sucesión del *ancien régime*, para consolidar la protección a la propiedad burguesa, que venía a sustituir a la nobleza desplazada del poder. Para conseguir tal propósito, la Revolución promoverá, desde ya, la libertad testamentaria. Además, conforme a la mencionada tesis, la cuarta de mejoras (que en su trabajo denomina *legitime*) será una institución clave para la consolidación del nuevo esquema sucesorio, concebida como una porción de la herencia del testador que éste era libre para dejar a cualquiera de sus herederos legítimos, equivalente a una cuarta parte del total de la masa hereditaria. Los efectos de esta cuarta fueron agravados por otro derecho del testador: a saber, la facultad para disponer de otra cuarta parte de la masa hereditaria libremente en favor de cualquier persona, fuera o no heredero legitimario. De esta forma, el testador podía disponer de hasta la mitad de sus bienes, por ejemplo en favor de cualquiera de sus hijos. Bajo el Antiguo Régimen, agrega el profesor Figueroa, el testador carecía de tal libertad, lo que se explicaba teniendo presente que el fin de la legislación pre-revolucionaria, en esta materia, era el asegurar el bienestar y la unidad de la familia. De esta forma, concluye la tesis de que nos ocuparemos, si bien el Código Civil chileno mantuvo la institución de las porciones forzosas, las limitó a la mitad de la masa hereditaria, lo que trajo consigo eliminar el antiguo orden de las familias, bajo el cual el mundo occidental había vivido por quince siglos.

Veamos pues qué estableció el Código Civil chileno originario en materia sucesoria. Dispuso el artículo 983 que los llamados a la sucesión intestada eran las siguientes personas: los descendientes legítimos del difunto; sus ascendientes legítimos; sus colaterales legítimos; sus hijos naturales; sus padres naturales; sus hermanos naturales; y el Fisco. Respecto del cónyuge sobreviviente, se estableció un sistema dual: se le confería una

---

<sup>1</sup> Trabajo publicado en el libro *Revisión del legado jurídico de la Revolución Francesa en Las Américas*, Facultad de Derecho de la Universidad Bernardo O’Higgins, Santiago de Chile, 2012, pp. 153-172.

porción conyugal si se trataba de un cónyuge pobre y existían descendientes legítimos y de no haberlos, se incluía al cónyuge entre los herederos. El artículo 1172 disponía que la porción conyugal correspondería al cónyuge que careciere de lo necesario para su congrua sustentación. El artículo 1178, por su parte, fijaba esta porción conyugal en una cuarta parte de los bienes de la persona difunta en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda sería contado entre los hijos y recibiría como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo.

Distinguía también el Código según si el fallecido era un hijo legítimo o un hijo natural.

Revisemos a continuación cuáles eran los órdenes sucesorios, si el causante era un hijo legítimo, es decir, aquellos que la doctrina llamó “*órdenes regulares*”:

El **primer orden sucesorio** (artículo 988) lo encabezaban los hijos legítimos, quienes excluían a todos los otros herederos, sin perjuicio de la porción conyugal que correspondiere al marido o mujer sobreviviente.

El **segundo orden sucesorio** (artículo 989) estaba integrado por los ascendientes legítimos de grado más próximo, el cónyuge sobreviviente y los hijos naturales. La herencia, en tal caso, debía dividirse en cinco partes, tres para los ascendientes legítimos, una para el cónyuge y otra para los hijos naturales. Si no había cónyuge sobreviviente o hijos naturales, la herencia se dividiría en cuatro partes, tres para los ascendientes legítimos y otra para los hijos naturales o para el cónyuge. Si no había cónyuge ni tampoco hijos naturales, toda la herencia pertenecería a los ascendientes legítimos.

El **tercer orden sucesorio** (artículo 990) lo conformaban los hermanos legítimos, el cónyuge y sus hijos naturales. La herencia, en este caso, debía dividirse en tres partes, una para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge y otra para los hijos naturales. No habiendo cónyuge o hijos naturales, sucederían en la mitad de los bienes los hermanos legítimos y en la otra mitad los hijos naturales o el cónyuge. Si no había hijos naturales ni cónyuge sobreviviente, toda la herencia sería para los hermanos legítimos.

El **cuarto orden sucesorio** (artículo 991) se integraba por el cónyuge y los hijos naturales, correspondiendo la mitad de la herencia para el primero y la otra mitad para los segundos. A falta del cónyuge, toda la herencia sería para los hijos naturales y a falta de éstos, todo sería para el cónyuge sobreviviente.

El **quinto orden sucesorio** (artículo 992) correspondía a los otros colaterales legítimos, hasta el sexto grado.

El **sexto y último orden sucesorio** (artículo 995), tenía como heredero al Fisco.

Por su parte, si el causante era hijo natural, se originaban los siguientes órdenes “*irregulares*”:

El **primer orden sucesorio** irregular operaba de la misma forma que el regular: lo encabezaban los hijos legítimos, sin perjuicio de la porción conyugal que correspondiere al marido o mujer sobreviviente.

El **segundo orden sucesorio** irregular (artículo 993) lo integraban los hijos naturales del causante.

El **tercer orden sucesorio** irregular tenía como titulares a los padres naturales o al padre o madre que hubiere reconocido al hijo y al cónyuge sobreviviente. En este caso, tres cuartas partes serían para los padres naturales y una cuarta parte para el cónyuge sobreviviente.

En el **cuarto orden sucesorio irregular**, concurrían aquellos hermanos que fueren hijos legítimos o naturales del mismo padre, de la misma madre o de ambos y el cónyuge

sobreviviente. La mitad de la herencia sería para los hermanos y la otra mitad para el cónyuge. En este caso, la calidad de hijo legítimo no daba derecho a mayor porción que la del que sólo era hijo natural del mismo padre o madre.

En el **quinto orden sucesorio irregular** concurría el Fisco.

A su vez, el artículo 1182 establecía **quienes eran legitimarios**, que por mandato legal llevaban la mitad del caudal hereditario: 1º Los hijos legítimos, personalmente o representados por su descendencia legítima; 2º Los ascendientes legítimos; 3º Los hijos naturales, personalmente o representados por su descendencia legítima; y 4º Los padres naturales.

En cuanto a la **cuarta de mejoras** (artículo 1195), el causante podía distribuirla entre uno o más de sus descendientes legítimos.

¿Qué tan “*revolucionaria*” puede considerarse esta regulación adoptada por Bello y los demás redactores de nuestro Código? En verdad, se trataba de una normativa heredera de una más que milenaria tradición jurídica y por ende, no me parece que pueda sostenerse que en nuestro Código se produjo una ruptura –como se le atribuye al Código de Napoleón– con la legislación que lo había antecedido. En efecto, las legítimas eran el resultado de la evolución que había experimentado el Derecho romano y que se había recepcionado en las Partidas. Por su parte, la cuarta de mejoras, si bien tenía su origen en el Derecho germánico y específicamente en la legislación visigoda, también había formado parte del Derecho peninsular. De esta manera, las dos instituciones fundamentales del sistema sucesorial del Código chileno, la legítima y la cuarta de mejoras, eran fruto de una rica tradición jurídica, que regía en nuestro territorio a partir del acto fundacional de la nación hecho por Valdivia y sus compañeros. En efecto, como destaca el profesor Ramón Domínguez Águila, no puede olvidarse que nuestro país formó parte, durante doscientos setenta años, del Imperio Español, y que a través del Derecho de Castilla que se nos aplicaba, nos conectábamos con el Derecho romano. Nada más lejos de la realidad, entonces, que estimar que improvisamos nuestras instituciones a partir del Derecho francés. Como expresa Domínguez, a pesar de la manifiesta admiración que profesaba Bello por Inglaterra y sus instituciones, comprendió muy rápidamente, al menos en materia sucesoria, que debía obedecerse a la tradición cultural chilena, que no era otra que la española castellana, cuyo Derecho, a través de las Partidas, formaba parte de nuestra alma nacional y mediante la cual habíamos recepcionado esa extraordinaria creación jurídica, no superada hasta el presente, como fue el Derecho romano.<sup>2</sup>

Revisemos, someramente, cómo evolucionó en Roma el Derecho sucesorio:

1. Bajo el sistema de la **Ley de las Doce Tablas**, imperaba una absoluta libertad para testar (*Lege Duodecim tabularum libera erat legandi potestas*). El causante podía disponer por medio de legados de todo su patrimonio y no dejar nada a los herederos. O, como dice Vinnio, “*no dejando al heredero más que el gravamen y molestia de las deudas*”.<sup>3</sup> Podía entonces preferir a los extraños antes que a los de su propia sangre. Como dice Joaquín Escriche, si esta facultad podríamos estimarla en nuestros días injusta, era con todo

---

<sup>2</sup> Domínguez Águila, Ramón, “*Los principios del Derecho Sucesorio en el ‘Código Civil’ de Bello y su estado actual*”, en “*El Código Civil de Chile (1855-2005)*”, trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 3-6 de octubre de 2005), Alejandro Guzmán Brito (editor científico), Santiago de Chile, LexisNexis, año 2007, p. 477.

<sup>3</sup> Vinnio, Arnoldo, “*Comentario Académico y Forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio a los cuatro libros de Las Instituciones Imperiales de Justiniano anotado por el jurisconsulto J. Gottlieb Heineccio*”, Tomo I, Barcelona, Imprenta de José Torner, año 1846, p. 721.

consecuente con una sociedad en la que el padre tenía el derecho de quitar la vida al hijo. Entonces, con mayor razón tenía derecho a excluirlo de su sucesión sin causa o motivo.<sup>4</sup> Sin embargo, al tiempo se pudo constatar que el heredero, que debía pagar los legados, no tenía interés en aceptar la herencia, pues muchas veces ésta no le reportaba ningún beneficio y por el contrario sólo le imponía cargas. Lo anterior resultaba perjudicial para los mismos testadores y puesto que interesaba al pueblo que se respetase la voluntad de éstos, se estimó que la ley debía invitar con algún lucro a los herederos para adir la herencia, para que de este modo se sostuviesen las últimas voluntades de los difuntos, lo que se creyó que podría conseguirse si se coartaba, en cierto modo, la libertad de legar.<sup>5</sup>

2. Una primera reacción a esta plena libertad de testar, la constituyeron la **Lex Furia** y la **Lex Voconia**. Por la primera, propuesta por C. Furio, tribuno de la plebe, se dispuso que a nadie pudiese legarse más de 1.000 ases, estableciendo la pena del cuádruplo, contra aquél que recibiese más;<sup>6</sup> por la segunda, propuesta por Q. Voconio, igualmente tribuno de la plebe, se dispuso que ninguno que estuviese inscrito en el censo, pudiese dejar a ningún legatario más de lo que dejaba al heredero o a los herederos.<sup>7</sup>

3. Posteriormente, se aprueba por plebiscito la **Lex Falcidia**, dada por P. Falcidio, tribuno de la plebe, en tiempos de Augusto, en el año 745 de la fundación de Roma, siendo cónsules Cn. Domicio, Calvinio y C. Asinio Polion.<sup>8</sup> Según esta ley, los legados no podían pasar de las tres cuartas partes de la herencia y si tal ocurría, debían ser reducidos proporcionalmente hasta dejar libre la cuarta parte o cuarta falcidia para el heredero.<sup>9</sup>

4. Hacia fines de la República, se estableció otra limitación sustantiva y de trascendencia universal: el testador debía dejar obligatoriamente una parte de la herencia a sus parientes

---

<sup>4</sup> Escribano, Joaquín, “Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia”, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, año 1995, p. 1.152.

<sup>5</sup> Vinnio, Arnoldo, ob.cit., p. 721.

<sup>6</sup> La Ley Furia no solucionó el problema, sin embargo, pues “*aunque se prescribió cierto modo a los legados no se puso límites a la facultad de testar; y disponiendo tan solo la ley de cada uno de los legatarios, podía fácilmente suceder que haciéndose varios legados se distribuyese en ellos toda la herencia, principalmente si no era muy opulenta, y se recayese en el antiguo inconveniente.*”: Vinnio, Arnoldo, ob.cit., p. 722.

<sup>7</sup> De igual forma, no resolvió la situación la Ley Voconia, pues “*tampoco por esta ley se puso límites a la libertad de legar, puesto que tan solo hablaba de cada uno de los legatarios. En efecto, ¿qué sucedería si el número de los legatarios fuese tan crecido, que dejando a cada uno una séxtula (moneda de cobre de los antiguos romanos, que pesaba la sexta parte de una onza. Setenta y dos séxtulas valían un as), se deje tan solo esa cantidad al heredero, o tal vez un solo áureo? ¿Quién adirá la herencia movido por el cebo de tamaña ganancia? Por otra parte, dicha ley sólo hablaba de aquellos que estaban inscritos en el censo; mas aquellos que no lo estaban podían dejar a un legatario más de lo que dejaban al heredero, según se puede deducir del mismo lugar (se refiere a la Verrina –discurso judicial de Cicerón- acerca de la pretura urbana, en donde se hace mención de dos capítulos de esta ley) de Cicerón*”: Vinnio, Arnoldo, ob.cit., p. 722.

<sup>8</sup> Se expresa en las “*Instituciones Imperiales*”: “*Falta que hablemos de la Ley Falcidia, por la que se puso últimamente cierto límite a los legados; pues siendo antiguamente libre la facultad de legar, de modo que uno podía invertir todo su patrimonio en legados, pues estaba dispuesto por dicha ley (de las Doce Tablas), que se tuviese por ley todo lo que uno legase o dispusiese acerca de su cosa, pareció deber coartarse esta licencia de legar, y esto en beneficio de los mismos testadores a causa de que muchas veces morían intestados, pues los herederos escritos rehusaban adir la herencia no reportando de ella ningún lucro o muy corto. Y habiéndose dado sobre esto la ley Furia y la ley Voconia, ninguna de las cuales parecía suficiente para el objeto, se promulgó por último la ley Falcidia, por la que se dispone que nadie puede legar más del dodrante (se refiere al conjunto de tres cuartas partes de las doce de que constaba toda herencia entre los herederos) de sus bienes; esto es, que ya sea uno, u muchos los herederos instituidos, le o les deba siempre quedar la cuarta parte.*”: Vinnio, Arnoldo, ob.cit., p. 720.

<sup>9</sup> Medellín, Carlos, “*Lecciones de Derecho Romano*”, Bogota, Legis, año 2009, 15ª edición, p. 337.

más próximos: descendientes, ascendientes y hermanos, en el orden de la sucesión ab intestato. Si los excluía injustamente, el testamento se hacía *inofficiosum* y daba lugar a una acción llamada *querella inofficiosi testamenti*. Estos parientes, con derecho propio e inviolable a una parte de la herencia del testador fueron llamados legitimarios. La porción que por este derecho les correspondía vino a ser en definitiva la cuarta parte de la herencia, y por eso se le llamó cuarta legítima o legitimaria.<sup>10</sup>

5. Durante el reinado de Justiniano, se aumenta la legítima de una cuarta a una tercera parte de los bienes, cuando los hijos o hermanos eran cuatro o menos y hasta la mitad de los bienes, cuando eran más de cuatro. Será la ley de Justiniano la que adoptarán la mayor parte de las legislaciones de Occidente.

En lo que toca a la legislación española, la ley 1, del título 5 del Libro 4 del **Fuero Juzgo** (elaborado en Castilla en 1241 bajo el reinado de Fernando III y que consiste en la traducción del Liber Iudiciorum creado por orden del Rey visigodo Chindasvinto y promulgado por su hijo, el Rey Recesvinto, en el 654); y la ley 9 del título 5 y la ley 7 del título 12, ambas del Libro 3 del **Fuero Real** (promulgado en 1255 por el Rey Alfonso X de Castilla y León), disponían que la legítima de los hijos, cualquiera que fuese su número, ascendía a las cuatro quintas partes de la herencia, de manera que en el quinto restante podían los padres disponer libremente.<sup>11</sup> Con todo, dentro del ochenta por ciento relativo a los legitimarios, el causante podía mejorar a cualquiera de ellos, hasta con un tercio de sus bienes.

Más adelante, **las Partidas** (redactadas entre los años 1256 y 1265), que como subraya Escriche apenas se apartaron del Derecho romano, adoptaron para los reinos de Castilla la disposición de la novela de Justiniano, disponiendo la ley 17, título 1, de la Partida 6: “*la legítima parte que deben aver los fijos, es esta, que si fueren cuatro, o dende ayuso, deben aver de las tres partes la una, de todos los bienes de aquel a quien heredan; et si fueren cinco o más, deben aver la mitad.*” De esta manera, las Partidas excluyen la parte de mejoras pero conservan la legítima, como asignación más importante. Como destaca Bernardino Bravo Lira, “*Las Partidas son el cuerpo jurídico que ha tenido más larga y más amplia vigencia en América hispana. Se introdujeron junto con el derecho castellano en América española y junto con el derecho portugués en Brasil, desde los inicios mismos de la expansión de España y Portugal en el Nuevo Mundo. Y rigieron hasta la época de la codificación, que se inicia en 1822 con el primer código penal español y puede estimarse terminada en 1916 con el Código Civil brasileño. Así, pues, las Siete Partidas se han aplicado en América por espacio de más de cuatro siglos, desde fines del siglo xv hasta comienzos del siglo xx.*”<sup>12</sup>

Posteriormente, a partir del año 1505, las **Leyes de Toro** (promulgadas por Fernando El Católico, en nombre de su hija, Juana “*La Loca*”), especialmente la Ley 28, dejaron sin efecto lo prescrito en materia sucesoria por las Partidas y restablecieron lo preceptuado en el Fuero Real, prohibiendo a los que tuviesen hijos o descendientes legítimos el dejar a ninguno de ellos por vía de mejora en perjuicio de los otros, ni a los extraños, más del quinto de sus bienes.

---

<sup>10</sup> Medellín, Carlos, ob. cit., p. 341.

<sup>11</sup> Escriche, Joaquín, ob. cit., p. 1.153.

<sup>12</sup> Bravo Lira, Bernardino, artículo “*Vigencia de las Partidas en Chile*”, en “*Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*”, de la Universidad Católica de Valparaíso, publicaciones de la Escuela de Derecho, Ediciones Universitarias de Valparaíso, volumen X, año 1985, p. 43.

Respecto de la asignación que hoy conocemos como “cuarta de mejoras”, su origen, como habíamos adelantado, no se encuentra en el Derecho romano, sino en el visigótico, pero cuando ese pueblo de origen germánico ya se encontraba instalado en la Península Ibérica. En efecto, inicialmente, el Derecho de los visigodos contemplaba, al igual que el Derecho romano primitivo, libertad para testar, pudiendo el causante disponer de todo su patrimonio aún en favor de personas extrañas a su familia (Código de Eurico). Pero con el Rey Chindasvinto, observando que algunos disponían mal de sus bienes, “*vel causa luxuriae vel cujusdam malae voluntatis adsensu*”, dándolos a personas extrañas y quitándolos sin razón a los hijos y a los nietos, derogó la antigua ley por la primera del título 5 del Libro 4 del fuero Juzgo, “*mandando que en adelante ni los padres ni los abuelos pudiesen hacer de sus cosas lo que quisiesen, ni desheredar por culpas ligeras a los hijos ni a los nietos; más que si querían mejorar a alguno de ellos no lo pudiesen hacer sino en la tercera parte de sus bienes, fuera de la quinta de que tendrían facultad de disponer a favor de la Iglesia o de otros lugares*”.<sup>13</sup> De esta manera, en su origen, la cuarta de mejoras fue aún mayor, pues podía llegar a un tercio de los bienes del difunto, que además podía coexistir con la parte de libre disposición, que ascendía a un quinto y no a un cuarto, como en nuestros días. La suerte de la porción destinada a mejorar sufrió algunas vicisitudes históricas, pues fue proscrita enteramente por los fueros municipales y el viejo de Castilla, pero después revivió al admitirla el Fuero Real, que en la ley 9, título 5, de su Libro 3, sancionó una norma similar a la que había consagrado el Fuero Juzgo. Las Partidas, sin embargo, volvieron a derogar el tercio de mejoras, renovando las disposiciones del Derecho común en la Ley 17, título 1 de la partida 6. Esta indecisión culminará con las Leyes de Toro, que restablecerán la porción de mejoras que habían contemplado los antiguos fueros Juzgo y Real.<sup>14</sup> Escriche justifica este derecho, en los siguientes términos: “*Tienen pues los padres en su mano los medios de atender a los méritos y necesidades de cada uno de sus hijos, esto es, de premiar los servicios, cuidados y hasta las afecciones de los unos, y de castigar las ingraticudes y tibieza de los otros; pues si bien pueden desheredar a los que incurren en alguna de las justas causas que señala el derecho, hay sin embargo defectos que merecen castigo y no son causa suficiente para la desheredación, y virtudes que merecen premio o necesidades mayores o menores a que no puede menos de atender un buen padre de familia, y no podrían recompensarse aquellas, ni remediarse estas sin las mejoras.*”<sup>15</sup>

La doctrina de la época, precisó también que habiendo un solo hijo, no podía éste ser mejorado, pues era condición para mejorar que existieran dos o más. De cualquier forma, nadie discutía que era posible mejorar a un nieto, aunque su padre viviere. Asimismo, aunque no existió unanimidad de pareceres, la mayoría entendía que teniendo el abuelo un solo hijo y muchos nietos, podía mejorar a cualquiera de estos últimos.

Así las cosas, la institución de la mejora, aunque extraña al Derecho romano y por tanto no recepcionada por las Partidas, de evidente filiación latina, sí existió desde antiguo en el Derecho visigodo y terminó por consagrarse en el Derecho español. No puede por ende afirmarse que se tratase de una institución hereditaria exótica y ajena a nuestra tradición jurídica, que se nutría precisamente del Derecho peninsular, de raíz dual, romana y germánica.

---

<sup>13</sup> Escriche, Joaquín, ob. cit., p. 1.222.

<sup>14</sup> Escriche, Joaquín, ob. cit., p. 1.222.

<sup>15</sup> Escriche, Joaquín, ob. cit., p. 1.222.

No debemos olvidar, como ha subrayado Bravo Lira, que el Derecho castellano regirá en Indias desde el Descubrimiento y el inicio de la Conquista. Ya en las Ordenanzas de la primera Audiencia erigida en América, la de Santo Domingo, se consigna que el Derecho castellano regirá en el Nuevo Mundo como Derecho común, es decir, en todas las materias no contempladas en el derecho específico de Indias, cuyo campo de aplicación era comparativamente reducido y que en la práctica recaía sobre situaciones propias de América española, como por ejemplo la relaciones entre europeos e indígenas dentro de la sociedad mestiza que nacía con la Conquista, las instituciones de gobierno establecidas para estos pueblos, el tráfico de personas y mercaderías entre España y la América española, etc. En todo lo demás, regirá el Derecho castellano, que por consiguiente se aplica a la generalidad de la vida jurídica, incluyendo por cierto al Derecho sucesorio.<sup>16</sup>

En cuanto a los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente, conviene que repasemos sumariamente cuál había sido su suerte, a lo largo del tiempo y en las distintas legislaciones:<sup>17</sup>

1. En el Derecho romano, por edicto del pretor el cónyuge era llamado a la sucesión intestada del difunto en último término, a falta de parientes hasta el sexto o séptimo grado. Tal derecho, como dice Somarriva, era en verdad misérrimo. De ahí que Justiniano se preocupará de proveer a las necesidades del cónyuge que carecía de bienes. Con tal propósito, la Novela 53 le otorga a la viuda que había celebrado matrimonio sin dote ni donación ante-nupcias y que no tuviere recursos, la cuarta parte de la herencia del marido, reconociendo a éste un derecho recíproco sobre los bienes de la mujer en el mismo caso. Más adelante, la Novela 117 sólo concede la cuarta conyugal a la viuda y no al viudo. Después, la Novela 127 concede a la viuda pobre derecho a heredar un cuarto de la herencia de su marido, pero con dos limitaciones: su cuota no puede exceder de una suma fija (cien libras oro) y en caso de concurrir con hijos, su derecho de propiedad se transforma en un simple usufructo.<sup>18</sup> Aquí cabe destacar un aspecto esencial de la legislación de aquella época y que se mantendrá en el Derecho medieval francés: el cónyuge sobreviviente no recibía bienes del difunto en propiedad, sino sólo en usufructo, porque lo que se buscaba era protegerlo, más no hacerlo dueño, dado que en este último caso se corría el riesgo de que los bienes que habían sido del causante, se radicaren en otra familia, en el evento que el cónyuge sobreviviente contrajere nuevo matrimonio. Dicho en otros términos: si ocurría el hecho mencionado, los hijos del causante no podrían aspirar a una parte significativa de los bienes que habían pertenecido a su padre o a su madre. Esta fórmula, en síntesis, debía entenderse bajo la óptica de que lo que se pretendía era conservar el patrimonio en la familia, de manera que cada generación fuere transmitiendo sus bienes a la otra, sin el riesgo apuntado. Los bienes, entonces, pasaban de hijos a hijos, y no de un hijo a su cónyuge y después de éste a su nuevo cónyuge o a los hijos habidos con su nuevo cónyuge. Se divisa, como cuestión fundamental, un sistema que anteponía al interés individual el interés familiar.<sup>19</sup> Es en este punto, creemos, donde la tesis del profesor Dante Figueroa acierta, pues según veremos, la legislación nacional, siguiendo una tendencia universal, progresivamente ha tendido a favorecer al cónyuge sobreviviente,

---

<sup>16</sup> Bravo Lira, Bernardino, ob. cit., pp. 45 y 46.

<sup>17</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *“Evolución del Código Civil chileno”*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, año 1955, p. 355 y 356. En adelante *“Evolución...”*

<sup>18</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *“Evolución...”*, pp. 355 y 356.

<sup>19</sup> Agradezco al profesor Alejandro Guzmán Brito una precisa observación acerca de esta materia.

reconociéndolo como heredero del causante. Pero dicha tendencia, en rigor, no puede atribuirse al Código Civil napoleónico ni al de Bello, sino al legislador de las últimas décadas, imbuido, claro ésta, de un espíritu crecientemente individualista. De ahí que Somarriva destacare en su época que la “*vocación hereditaria*” hubiere reposado, desde los albores del Derecho, en el vínculo de sangre del causante con su causahabiente, relegándose al cónyuge sobreviviente, quien concurría en último término, cuando prácticamente ya no existían consanguíneos que pudieren llevarse la herencia. Lo anterior, con todo, no implicaba, en modo alguno, dejar desprotegido al cónyuge sobreviviente y en particular a la viuda. Para ésta, la razón de su “*vocación hereditaria*” radicaba en la obligación alimenticia recíproca que existía en vida entre los cónyuges. Ello explicaba, también, que la porción conyugal hubiere tenido, históricamente, una naturaleza alimenticia.<sup>20</sup>

2. En el Derecho español antiguo, la situación del cónyuge será muy semejante a la del Derecho romano. Se conserva la cuarta marital, pero en propiedad, no en usufructo.

3. En el Derecho francés anterior a la Revolución resulta necesario formular un distingo: en efecto, en la Francia prerrevolucionaria, existía una dualidad de legislaciones; en el norte, se aplicaban las costumbres de origen germánico, mientras que en el sur imperaba el Derecho romano. En las regiones donde preveleía la costumbre, los derechos hereditarios de los cónyuges eran prácticamente inexistentes, pero tal situación se compensaba reconociéndole a los cónyuges una serie de privilegios derivados del régimen matrimonial. Así, por ejemplo, se reconoce a la viuda el *douaire* o “*cuota vidual*”, que consistía en un derecho de usufructo vitalicio de la mujer sobre los inmuebles del marido. En el sur, se adoptó el Derecho romano, llamándose al cónyuge sobreviviente a la sucesión intestada a falta de los parientes del difunto y se reconocía la cuarta marital también en favor del marido.<sup>21</sup>

4. Durante la Revolución, se abrogarán en Francia todos los privilegios de supervivencia de que gozaban los cónyuges derivados del régimen matrimonial. El cónyuge sobreviviente sólo será llamado a la sucesión intestada del difunto después de los parientes y antes del Fisco. Su situación, entonces, no podía ser más precaria.<sup>22</sup> Dicha precariedad o desprotección, con todo, fue provocada por el propio legislador revolucionario, pues según vimos, en el Derecho medieval francés, particularmente en el de origen germánico, la viuda sí estaba amparada tras la muerte de su marido, aunque no en cuanto heredera, sino como titular de derechos emanados directamente del matrimonio.

5. Con la dictación del Código de Napoleón, se da plena cabida a los principios revolucionarios. No se reconocen al cónyuge beneficios especiales derivados del régimen matrimonial y tampoco se consagra la cuarta marital y únicamente el cónyuge sobreviviente es llamado a la herencia del difunto sólo con antelación al Fisco y después de los parientes por consanguinidad aún de grado más lejano. ¿Qué explica esta situación tan desmedrada del cónyuge sobreviviente? Somarriva recuerda que algunos dieron una razón “*con sabor a leyenda*”. Se dijo que ello se debió a un error de los redactores del Código Civil francés. Malleville durante la discusión preguntó acerca de los derechos hereditarios del cónyuge, contestando Treilhard que el artículo 55 del proyecto le aseguraba un derecho de usufructo sobre los bienes del difunto, lo que en realidad no era efectivo. La explicación, subraya

---

<sup>20</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, “*Evolución...*”, pp. 354 y 355.

<sup>21</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, “*Evolución...*”, pp. 356 y 357.

<sup>22</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, “*Evolución...*”, p. 357.

Somarriva, estaba muy lejos de ser satisfactoria, porque si hubiera sido un error se habría reparado de inmediato y no casi un siglo después, en 1891. Josserand apuntaba al efecto las siguientes razones: i) En la solución del Código Civil francés se nota la influencia de la legislación revolucionaria; ii) Se inspiraba en el deseo de evitar el paso de los bienes de una familia a otra<sup>23</sup>; iii) Los cónyuges tenían otros medios para remediar la insuficiencia de derechos hereditarios mediante el régimen matrimonial de comunidad de ganancias y bienes muebles, que permitía al cónyuge sobreviviente obtener la mitad de los gananciales a la muerte del causante<sup>24</sup>; y iv) La solución se justificaría, en teoría al menos, si recordamos que la vocación hereditaria se fundaba, para muchos, en el vínculo de sangre, que no existía entre los cónyuges.<sup>25</sup>

En nuestro Código Civil originario, según se dijo, el cónyuge en concurrencia con descendientes legítimos no era heredero, sólo llevaba porción conyugal, equivalente a una legítima rigurosa de un hijo. En cambio, en los demás órdenes sucesorios, concurría como heredero, con una porción conyugal que ascendía a una cuarta parte de los bienes del difunto. Como destaca Somarriva, es justo reconocer que el tratamiento que dio nuestro Código al cónyuge sobreviviente en lo que a los derechos hereditarios se refiere, significó en su opinión un claro avance sobre lo existente. En efecto, se abandonó la idea del usufructo,<sup>26</sup> se le reconoció como asignación forzosa la porción conyugal y se le hizo concurrir en la sucesión intestada con los parientes, incluso los de grado más cercano.<sup>27</sup>

Así las cosas, en el Derecho contemporáneo, el cónyuge sobreviviente abandona su calidad de mero usufructuario y asume una condición de heredero. Más, no se trata de cualquier heredero, sino que del más privilegiado por el legislador, aún por sobre los hijos. En efecto, tras la reforma introducida a nuestra legislación civil por la Ley número 19.585, publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de octubre de 1998 y vigente a partir del 27 de octubre de 1999, es posible afirmar que se profundizó la tendencia sostenida de nuestro legislador, ya evidenciada con la promulgación de la Ley número 10.271 de 1952 y después al entrar en vigencia la Ley número 18.802 de 1989, en orden a transformar al cónyuge sobreviviente en el asignatario a quien la ley confiere mayores derechos, aún en desmedro de los hijos del causante. Revisemos los fundamentos en los cuales se asienta tal aserto:

1. Progresivo aumento de los derechos del cónyuge sobreviviente, en la herencia intestada del causante.

El artículo 983 del Código Civil enumera a los herederos abintestato, en el siguiente orden: los descendientes del causante; los ascendientes del causante; su cónyuge sobreviviente; sus colaterales; el adoptado en su caso; y el Fisco.

De dicha enumeración, pareciera que el cónyuge sobreviviente ocupa un lugar secundario, frente a los descendientes y ascendientes del causante. No hay tal sin embargo. Hoy, la enumeración del artículo 983 no guarda correspondencia con los derechos que la ley asigna a los asignatarios, salvo en los tres últimos órdenes sucesorios (que

---

<sup>23</sup> Esto debemos entenderlo en el sentido de que el legislador, afín a las ideas de la revolución, pretendía que los bienes circularan, no quedaren dentro de una misma familia, generación tras generación.

<sup>24</sup> Es decir, el régimen de sociedad conyugal que consagra también nuestro Código Civil.

<sup>25</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, “Evolución...”, p. 358 y 359.

<sup>26</sup> Por las razones expuestas, no creemos que en este punto haya existido un “avance” sino más bien la instauración del germen de la confusión en el rol que ha de tener el cónyuge sobreviviente respecto de los bienes quedados a la muerte de su marido o mujer, que se proyecta hasta nuestros días.

<sup>27</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, “Evolución...”, p. 359.

corresponden, respectivamente, a los hermanos, a los otros colaterales hasta el sexto grado inclusive y al Fisco).

En verdad, la circunstancia de mencionar en tercer lugar al cónyuge sobreviviente, a estas alturas es puramente histórica. Pero en el pasado dicho lugar era aún más secundario, evidenciado con ello que la cuantía de sus derechos era inferior a la cuantía de otros asignatarios. En este contexto, es cierto que los órdenes sucesorios se designan aludiendo a quienes los encabezan, pero no es menos cierto que el orden designado en el artículo 983 alguna vez correspondió, en orden decreciente, a los derechos conferidos por la ley a los asignatarios llamados a suceder al causante.

El escaso rol protagónico que se le asignaba al cónyuge sobreviviente en la sucesión del causante, queda de manifiesto en el texto originario del artículo 983, que mencionaba al cónyuge sobreviviente en penúltimo lugar, sólo precediendo al Fisco: “*Son llamados a la sucesión intestada los descendientes legítimos del difunto; sus ascendientes legítimos; sus colaterales legítimos; sus hijos naturales; sus padres naturales; sus hermanos naturales; el cónyuge sobreviviente; y el Fisco.*”

La evolución positiva experimentada en los derechos del cónyuge sobreviviente podemos apreciarla con toda claridad revisando la cuantía de la asignación, en los órdenes sucesorios originarios del Código Civil, y en las modificaciones introducidas a éstos por el legislador. Analizaremos el punto en los órdenes sucesorios en los cuales interviene el cónyuge sobreviviente, contrastando la regulación actual con la establecida con anterioridad a propósito de los cuatro primeros órdenes sucesorios regulares<sup>28</sup>, en los cuales concurría el cónyuge sobreviviente:

#### **a) Primer orden sucesorio.**

Recordemos que en el texto originario, tratándose del primer orden sucesorio, el cónyuge sobreviviente concurría con los hijos legítimos, quienes excluían a todo otro heredero. El viudo o viuda, en este caso, concurría por su porción conyugal. Primitivamente, dicha porción conyugal tenía una naturaleza asistencial o alimenticia, pues disponía la ley que la porción conyugal era aquella parte del patrimonio de una persona difunta “*que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación*”. Adicionalmente, la porción conyugal era incompatible con cualesquiera de los bienes que poseyera el cónyuge sobreviviente, a cualquier título, así como también con todo lo que el cónyuge sobreviviente hubiere tenido derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto.

Un prolongado período habría de transcurrir, hasta la promulgación de la Ley número 10.271, de fecha 2 de abril de 1952, que modificó las normas relativas a la porción conyugal, perdiendo ésta su carácter alimenticio. En efecto, se suprimió del artículo 1172 la frase final “*que carece de lo necesario para su congrua sustentación*”, reemplazándola por “*en conformidad a las disposiciones de este párrafo.*” Con ello, la viuda o el viudo bien podían poseer bienes, y por ende no ser “*pobres*”, conservado derecho a una parte al menos de su porción conyugal. La misma ley redujo los bienes incompatibles con la porción conyugal, al disponer que lo percibido por el cónyuge sobreviviente en calidad de heredero testamentario del causante, era compatible con su porción conyugal.

En cuanto a la cuantía de la porción conyugal, la norma original también fue modificada en perjuicio de los hijos y provecho del cónyuge sobreviviente. La norma

---

<sup>28</sup> No aludiremos a los antiguos órdenes sucesorios irregulares, por haber desaparecido de nuestra legislación con la reforma hecha al Código Civil por la Ley número 19.585, del año 1998.

original, disponía que habiendo descendientes legítimos, el viudo o viuda sería contado entre los hijos y recibiría como porción conyugal la legítima rigorosa de un hijo. Nuevamente sería la Ley número 10.271 la que aumentaría los derechos del cónyuge sobreviviente, al establecer que habiendo descendientes legítimos el viudo o viuda sería contado entre los hijos y recibiría como porción conyugal, con imputación a la mitad legitimaria, el doble de lo que por legítima rigorosa correspondía a cada hijo legítimo, salvo si sólo había un hijo legítimo, pues en tal caso la porción conyugal sería igual a la legítima rigorosa de ese hijo.

Observamos que la Ley número 10.271 modificó el artículo 1178 en los siguientes aspectos:

- i) Señaló que la porción conyugal se recibiría “*con imputación a la mitad legitimaria*” (frase ambigua, que originó fuertes críticas, pues en definitiva la mitad legitimaria no se asignaba exclusivamente a los legitimarios, sino también a quien –el cónyuge sobreviviente-, no tenía tal calidad);
- ii) Duplicó la cuantía de la porción conyugal, cuando habían dos o más hijos legítimos.

Con posterioridad, la Ley número 18.802 dispondría que la base de cálculo de la porción conyugal sería no sólo la legítima rigorosa del hijo, sino también la legítima efectiva, con lo cual se benefició al viudo o viuda en el evento que el causante no hubiere dispuesto de la cuarta de libre disposición o de la cuarta de mejoras.

Con la Ley número 19.585, se derogó como es sabido la porción conyugal, transformando al cónyuge sobreviviente en legitimario. Con la aludida derogación, desaparece toda incompatibilidad entre los bienes propios del viudo o viuda y aquella parte de la sucesión del causante, que le asigna la ley. Pero además, la cuantía de la propia asignación también recibió una protección adicional, al establecer el actual texto del artículo 988 del Código Civil que en ningún caso, la porción que corresponde al cónyuge bajará de la cuarta parte de la herencia (cuando ésta es íntegramente intestada), o de la cuarta parte de la mitad legitimaria (cuando el causante dispuso de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición, cuartas que según veremos también pueden dejarse al viudo o viuda). Lo anterior cobrará importancia, cuando el causante hubiere dejado una posteridad numerosa, disminuyendo entonces la legítima de cada hijo o descendiente y manteniéndose incólume, en el mínimo garantizado por la ley, la legítima del cónyuge sobreviviente.

#### **b) Segundo orden sucesorio.**

También se aprecia con toda claridad la evolución legislativa, tendiente a favorecer cada vez más al cónyuge sobreviviente, cuando en la sucesión no hay descendientes. En efecto, en el texto primitivo del Código Civil, concurrían al segundo orden sucesorio, si el difunto no había dejado posteridad legítima, sus ascendientes legítimos de grado más próximo, su cónyuge y sus hijos naturales. La herencia se dividía en cinco partes, tres para los ascendientes legítimos, una para el cónyuge y otra para los hijos naturales. Cabe indicar que en los proyectos de los años 1841, 1846 y 1853, el cónyuge ni siquiera era considerado en el segundo orden sucesorio; a pesar de lo anterior, Andrés Bello, en una nota al Proyecto de 1841, señala: “*La extensión que se ha dado en este Proyecto a los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente está de acuerdo con lo que hemos oído reflexionar muchas veces sobre esta materia a varios sabios magistrados. Pocas innovaciones nos parecen más indudablemente reclamadas por la opinión general*”. Como vemos, la preocupación por mejorar los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente estaba en la propia mente de Bello.

Con la Ley número 10.271 de 1952, se modificó la cuantía de la asignación del cónyuge sobreviviente (que a partir del segundo orden, era heredero, en lugar de concurrir por su porción conyugal), disponiéndose que la herencia se dividiría ahora no en cinco sino que en tres partes, correspondiendo una para los ascendientes legítimos, una para el cónyuge y otra para los hijos naturales. El cónyuge sobreviviente, entonces, recibiría una asignación igual un tercio de la herencia, en lugar de un quinto que le confería el texto original. Esta reforma operó en desmedro de los ascendientes legítimos.

La Ley número 19.585 acentuó dicha tendencia, pues en la actualidad, concurren en el segundo orden sucesorio el cónyuge sobreviviente y los ascendientes de grado más próximo, correspondiendo dividir la herencia en tres partes, dos partes para el cónyuge y una parte para los ascendientes. Además, de no concurrir ascendientes, no se pasará al orden siguiente, llevando todos los bienes el cónyuge (el artículo 989, en lugar de decir que el cónyuge llevará todos los bienes, debió indicar que llevará toda la herencia, pues ésta comprende no sólo bienes, sino también obligaciones).

Sintetizando la positiva evolución de la asignación del cónyuge sobreviviente en el segundo orden sucesorio, observamos:

- i) que en un principio, llevaba un quinto;
- ii) luego, un tercio;
- iii) hora, dos tercios o el total de la herencia.

El incremento ha operado en desmedro de los ascendientes y a consecuencia de haber desaparecido del segundo orden sucesorio los hijos naturales, hoy asimilados en la noción genérica de “*hijos*” de filiación determinada y partícipes por ende del primer orden sucesorio.

#### **c) Tercer orden sucesorio.**

Conforme al tenor original del artículo 990 del Código Civil, si el difunto no había dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederían sus hermanos legítimos, su cónyuge y sus hijos naturales, dividiéndose la herencia en tres partes, una para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge y otra para los hijos naturales.

La Ley número 10.271 de 1952 modificó el artículo 990, pasando a encabezar el orden sucesorio los hijos naturales y alterándose la cuantía de la asignación correspondiente a éstos, dividiéndose la herencia en seis partes, tres para los hijos naturales, dos para el cónyuge y una para los hermanos legítimos. Fruto de esta reforma, los hijos naturales aumentaron su asignación (de un tercio a la mitad de la herencia), el cónyuge mantuvo un tercio de la herencia (ahora representado en dos sextos), y los hermanos legítimos, que encabezaban el orden, vieron disminuir su asignación de un tercio a un sexto de la herencia.

El debilitamiento de los derechos hereditarios de los hermanos, se acentuó al entrar en vigencia la Ley número 19.585, pues ahora ni siquiera concurren con el cónyuge sobreviviente: de concurrir éste, y a falta de descendientes y ascendientes, el viudo o la viuda se llevará toda la herencia.

#### **d) Cuarto orden sucesorio.**

En el texto primitivo del Código Civil, concurrían en el cuarto orden sucesorio el cónyuge sobreviviente y los hijos naturales, dividiéndose la herencia en dos partes iguales.

Mediante la Ley número 10.271 de 1952, los hijos naturales pasaron a encabezar el tercer orden, quedando en tal posición, en el cuarto orden sucesorio, el cónyuge sobreviviente, asignándole la ley tres cuartas partes de la herencia y dejando un cuarto a los hermanos legítimos.

Con la reforma de la Ley número 19.585, el cuarto orden sucesorio queda integrado por los otros colaterales del causante, hasta el sexto grado inclusive (artículo 992), quedando el cónyuge sobreviviente en el primero y en el segundo orden y los hermanos en el tercero.

## 2. Otorgamiento de la calidad de legitimario al cónyuge sobreviviente.

Tradicionalmente, nuestra doctrina ha destacado que las legítimas son las asignaciones preferentes y privilegiadas en el sistema sucesorio chileno. Son la asignación forzosa más importante y de mayor aplicación práctica. Las legítimas deben ser respetadas por el testador y si no lo hace, sus legitimarios podrán interponer la acción de reforma de testamento.

El artículo 1181, define a la legítima como aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Agrega el precepto, quizá innecesariamente decía Manuel Somarriva, que los legitimarios son herederos. En efecto, dado que los legitimarios tienen derecho a una cuota en los bienes dejados por el causante, bastaría aplicar el principio general consignado en el artículo 951 del Código Civil, para concluir que los legitimarios son herederos. Y no pudiendo el causante desconocer la aludida cuota, afirmaba con razón Somarriva que las expresiones herederos forzosos y legitimarios son sinónimos.<sup>29</sup>

Recogiendo la tendencia casi unánime de nuestra doctrina, la Ley número 19.585 incluyó al cónyuge sobreviviente entre los legitimarios, suprimiendo de paso la porción conyugal. En verdad, el cónyuge sobreviviente era en la práctica un legitimario, pues su porción conyugal se pagaba con cargo a la mitad legitimaria (lo que desataba las críticas de la doctrina, pues no pocas veces se destinaba una parte importante de la mitad legitimaria a quien técnicamente no tenía calidad de legitimario).

## 3. Inclusión del cónyuge sobreviviente entre los potenciales asignatarios de cuarta de mejoras.

En el texto original del artículo 1195 del Código Civil, se establecía que de la cuarta de mejoras podía hacer el testador la distribución que quisiera entre sus descendientes legítimos.

Mediante la Ley número 10.271 de 1952, se amplió el universo de potenciales asignatarios de cuarta de mejoras, incluyendo, junto a los descendientes legítimos, a los hijos naturales y a sus descendientes legítimos.

Será la Ley número 18.802 de 1989, la que sume a los anteriores, al cónyuge sobreviviente.

Finalmente, la Ley número 19.585 de 1998 incorporó también a los ascendientes del testador.

## 4. Derogación de la incompatibilidad entre los bienes del cónyuge sobreviviente y los bienes adquiridos del causante.

Ya hemos señalado que hoy, a la asignación que le corresponda al cónyuge sobreviviente en el patrimonio del difunto, no cabe hacerle imputación o deducción alguna, pues son perfectamente compatibles los bienes que tuviere el cónyuge sobreviviente al momento de la apertura de la sucesión, con aquellos que le correspondan a título de heredero del causante. Derogada la porción conyugal, desapareció con ella la incompatibilidad aludida.

---

<sup>29</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, “*Derecho Sucesorio*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2009, séptima edición actualizada (versión de Rene Abeliuk M.), pp. 367 y 368.

## 5. Derecho de adjudicación preferente.

Una de las modificaciones más interesantes que la Ley Número 19.585 introdujo al Código Civil, es aquella contemplada en la nueva regla décima agregada en el artículo 1337. En virtud de la misma, se confiere al cónyuge sobreviviente un derecho preferente, en el marco de la partición. En efecto, dispone el artículo 1337, regla 10ª, que el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo, de los siguientes bienes, siempre que ellos hubieren formado parte del patrimonio del difunto:

- La propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia;
- El mobiliario que guarnece al inmueble descrito.

Se trata, en definitiva, de los mismos bienes susceptibles de ser afectados como familiares, de conformidad a lo previsto en los artículos 141 y siguientes del Código Civil.<sup>30</sup>

Este derecho a la adjudicación preferente debiera invocarse por el viudo o viuda en el marco del respectivo juicio de partición, y tiene un carácter personalísimo: el cónyuge sobreviviente no puede transferirlo ni transmitirlo.

Además, creemos que se trata de aquellos derechos “*absolutos*”, cuyo ejercicio, aunque ocasione perjuicio a otros (en la especie, a los restantes herederos), no puede ser impugnado bajo la óptica de un supuesto ejercicio abusivo.

## 6. Derecho de uso y habitación.

Si al efectuarse la partición el cónyuge sobreviviente hubiere invocado en su favor el derecho de adjudicarse con preferencia a los otros comuneros los bienes indicados en el número que antecede, podría ocurrir que el valor total de dichos bienes exceda la cuota hereditaria del cónyuge. En tal caso, 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. Los derechos de habitación y de uso tendrán el carácter de gratuitos y vitalicios.

---

<sup>30</sup> Cabe agregar, comparando el artículo 141 con el artículo 1337, regla 10ª, de la partición, que los bienes muebles susceptibles de adjudicar en forma preferente al cónyuge sobreviviente, podrían abarcar más especies que aquellos susceptibles de afectarse como bienes familiares. En efecto, el artículo 1337, regla 10ª alude, entre los bienes a que tiene derecho a adjudicarse el cónyuge sobreviviente preferentemente a los demás comuneros, al “*mobiliario*” que guarnece la vivienda principal de la familia, expresión que es más amplia que la empleada en el artículo 141, pues en éste, se requiere que los muebles guarnezcan el inmueble que sirve de residencia principal de la familia. En este sentido, Marco Antonio Sepúlveda Larroucau señala: “*Estimamos que la palabra **mobiliario** debe tomarse en su sentido natural y obvio, esto es, según el significado que le atribuye el Diccionario de la Lengua Española: ‘conjunto de muebles de una casa’. A su vez, según el mismo Diccionario, la expresión **mueble** comprende ‘cada uno de los enseres movibles que sirven para los usos necesarios o para decorar casas, oficinas y todo género de locales.’ De lo expuesto, en consecuencia, concluimos que en esta materia no tiene aplicación el concepto de bienes muebles que forman el ajuar de una casa (inciso 2º del artículo 574 del Código Civil). Creemos que el legislador ha utilizado la expresión mobiliario a fin de evitar las dudas de interpretación que ha generado, en relación a los bienes familiares, la frase **muebles que guarnecen el hogar** -la voz “hogar”, recuérdese, fue suprimida- (inciso 1º del artículo 141 del Código civil). Además, estimamos que esta interpretación se aviene más con la naturaleza y finalidad de la institución en estudio”:* Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio, “*Derecho de Familia y su evolución en el Código Civil*”, Santiago de Chile, Metropolitana Ediciones, año 2000, p. 133.

Se justifica otorgar estos derechos, porque con frecuencia, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, especialmente el marido, el cónyuge sobreviviente puede quedar en una situación patrimonial precaria, que amerita protegerle en la forma señalada.

También se trata de un derecho “*absoluto*”, no susceptible de materializar abuso del derecho cuando se ejerzan.

Con lo expuesto en los numerales precedentes, creemos haber probado nuestra aseveración, en orden a que el cónyuge sobreviviente es en la actualidad, el asignatario por causa de muerte que goza de una mayor protección legal.

**Respecto de la libertad para testar**, sabido es que Andrés Bello era firme partidario de ella, imbuido de lo que al efecto se disponía en el Derecho inglés, que bien conoció por su estadía de veinte años en Londres. Respecto de la propia cuarta de mejoras, Bello no era partidario de incluirla en nuestro Código, postura que mantuvo incluso en el proyecto del año 1853, respecto del que escribía: *“En este Proyecto no se impone al padre la obligación de emplear ciertas cuotas de sus bienes fuera de las legítimas, en beneficiar a uno o más de sus descendientes a su arbitrio, dividiéndola entre ellos como quiera. Se le autoriza, pues, para disponer libremente de la mitad de sus bienes y se suprime la mejora del tercio, invención peculiar de los godos. Esta supresión es una de las reformas en que tenemos más divergencias de opiniones. La creemos, con todo, apoyada en razones de gran peso. En el corazón de los padres tiene el interés de los hijos una garantía mucho más eficaz que la protección de la ley.”*<sup>31</sup> Aún más, se expresaba en términos negativos respecto de las propias legítimas, también a propósito del Proyecto del año 1853: *“El establecimiento de legítimas, no sólo es vicioso porque es innecesario (pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad), sino porque complicando las particiones, suscitando rencillas y pleitos en el seno de las familias, retardando el goce de los bienes hereditarios, ocasiona a los herederos un daño muy superior al beneficio que pudiera alguna vez acarrearles.”*<sup>32</sup> Pero, - como subraya Ramón Domínguez-el sistema hereditario que nos regía, y que correspondía a la legislación española, estructurado a partir del Derecho romano y de la legislación visigoda, según hemos referido, establecían asignaciones forzosas que no podían preterirse. Además, agrega éste autor, *“los tiempos estaban en contra de la libertad testamentaria. En Francia, y Bello no podía desconocerlo, esa libertad fue vista por los revolucionarios y los autores del Código napoleón como una institución conservadora y permisiva de privilegios que había que abolir. Robespierre y Pétion habían incluso propuesto reducir esa libertad en presencia de hijos a una ínfima porción, aunque ella encontraba defensores, justamente en los diputados conservadores provenientes del sur, es decir, de regiones de Derecho romanista.”*<sup>33</sup> Bello renuncia así a su preferencia por la amplia libertad para testar, comprendiendo que insistir en ello contradecía la tradición jurídica española y los principios del Derecho heredados de la revolución francesa.<sup>34</sup> De cualquier manera, entendía que la prudencia en el actuar de los padres y los afectos familiares, más que los preceptos legales, serían los decisivos en esta materia. De ahí que en el Mensaje del Proyecto definitivo del año 1855 exprese: *“Se ha confiado más que en la ley, en el juicio de los padres y en los sentimientos naturales. Cuando éstos se extravían o faltan, la voz de aquélla es impotente, sus prescripciones*

---

<sup>31</sup> Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 484.

<sup>32</sup> Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 484.

<sup>33</sup> Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 485.

<sup>34</sup> Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 485.

*facilísimas de eludir y la esfera a que les es dado extenderse, estrechísima. ¿Qué podrían las leyes en materia de testamentos y donaciones, contra la disipación habitual, contra el lujo de vana ostentación que compromete el porvenir de las familias, contra los azares del juego que devora clandestinamente los patrimonios? El proyecto se ha limitado a reprimir los excesos enormes de la liberalidad indiscreta, que si no es a la verdad, lo más de temer contra las justas esperanzas de los legitimarios, es lo único a que puede alcanzar la ley civil, sin salir de sus límites racionales, sin invadir el asilo de las afecciones domésticas, sin dictar providencias inquisitorias de difícil ejecución, y después de todo ineficaces.*"<sup>35</sup>

Es posible concluir, entonces, que en buenas cuentas, el Código Civil chileno no hizo otra cosa que recoger las instituciones fundamentales del viejo Derecho castellano, cuyas dos fuentes en materia sucesoria habían sido el Derecho romano y el Derecho visigótico. Derecho castellano que había regido en las Indias y por tanto en el Reino de Chile durante casi tres siglos hasta que se produce la Emancipación y se instaura la República, hecho político que sin embargo no trajo un cambio profundo en nuestra legislación civil. Con todo, sí es efectivo que el Código Civil francés supuso una ruptura con el Derecho francés de origen fundamentalmente germánico, que imperaba en el norte de Francia, en cuanto se aparta de la protección que se concedía a la viuda como usufructuaria o como titular de una asignación alimenticia, dando pié para que a partir de ese momento, se ponga en marcha un proceso que aún no concluye, y que progresivamente ha ido despojando de derechos a los hijos y a otros consanguíneos del causante y se los ha conferido al cónyuge sobreviviente, lo que en última instancia supone mutar la visión de un patrimonio "*familiar*" por uno esencialmente "*individual*". En esta constatación, coincidimos plenamente con el profesor Figueroa.

---

<sup>35</sup> Mensaje del Código Civil chileno.