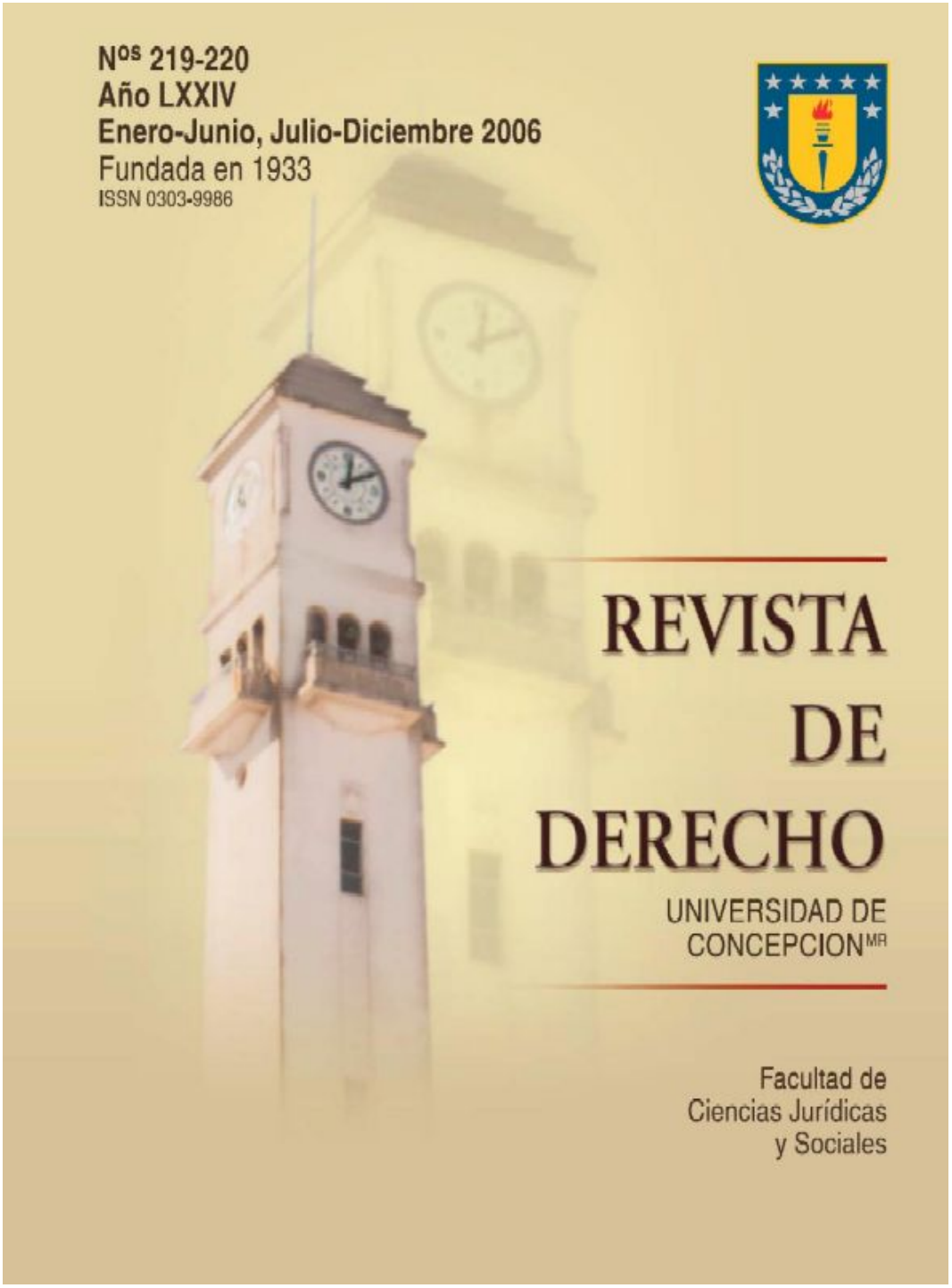
Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 219-220 (1-2): 215-236, 2006 ISSN 0303-9986

PRINCIPIOS DEL DERECHO SUCESORIO EN EL CODIGO DE BELLO Y SU ESTADO ACTUAL

RAMON DOMINGUEZ AGUILA
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

I. INTRODUCCION[1]

En esta hora en que se celebra el Sesquicentenario de la promulgación y vigencia del primero y más importante de los códigos de la República, me ha parecido muy justo y oportuno recordar la parte de la obra de Bello dedicada a la reglamentación del derecho sucesorio, desde que fue y por la que el ilustre autor comenzó a trabajar en la redacción del Código Civil.

Bastará recordar que en la edición de ***El Araucano*** del 21 de mayo de 1841, se empezó a publicar el Proyecto sobre la Sucesión por Causa de Muerte. Se dijo en esa edición: "Los trabajos de la Comisión de Legislación han principiado por la parte del Código Civil que debe tratar 'De la sucesión por causa de muerte' ya porque sobre esta materia se le presentaron materiales preparados de antemano por uno de sus miembros, y ya por haberse creído que era ésta la parte más defectuosa de nuestra legislación civil".

Y tal vez sea adecuado, ahora, recordar lo que sobre el derecho sucesorio dijera el propio Bello: "Acaso ningún ramo de la legislación ejerce un influjo más directo y trascendental sobre la dicha y el sosiego de las familias que las leyes que reglan la materia de sucesiones. Decir que el legislador puede sacar de ellas un gran partido para la disciplina de las familias, para la pureza y ternura de los afectos

[1] Las palabras iniciales de esta introducción las hemos tomado del artículo del profesor de Derecho Civil de la U. de Concepción Ramón Domínguez Benavente, sobre "Introducción al Derecho Sucesorio en el Código Civil", versión escrita de la conferencia sobre ese tema a propósito de la conmemoración del centenario del Código de Bello, en ***Rev. de Der.***, U. de Concepción, Nº 98, 1956, págs. 561 y sgtes.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

domésticos y para la felicidad conyugal; decir que ellas rodean de consuelo el lecho del moribundo y velan sobre la integridad y conservación de los patrimonios, es sólo dar una ligera idea de su importancia, idea bastante, sin embargo, para que veamos en ellas el más importante complemento de las disposiciones legales relativas a la traslación del dominio"[2]. Sin embargo, preciso es tener en cuenta también que tanto el derecho sucesorio como el régimen patrimonial de la familia, es decir el de los regímenes matrimoniales así como el de los bienes de los incapaces no han de preocupar a todos, de forma que las expresiones de Bello eran un tanto excesivas si se tiene en cuenta la realidad económica y social a que se aplicaban. Aún hoy, ese derecho supone la existencia de un cierto patrimonio de alguna importancia, puesto que para aquellos que no tienen patrimonio o lo tienen de monto muy reducido, ellos se encuentran más allá del "umbral de la juridicidad" para retomar las sabias expresiones de Carbonnier. Los pobres, como dice otro insigne autor, "podrán tener carácter generoso, casarse y morir, el derecho patrimonial de la familia no tendrá que conocerlos"[3].

Es también oportuno recordar que, en todo, la reglamentación del derecho sucesorio es, con mucho, la parte más original del Código de Bello y que revela, además, su calidad como sabio legislador.

Es la parte más original en varios aspectos. Desde luego, por la ubicación del derecho sucesorio, como una cuestión merecedora de un libro separado, apartándose del Código francés que trata de esta cuestión en el libro Tercero a propósito de "las diferentes maneras como se adquiere la propiedad", así como de todos los otros códigos de la época y que le sirvieron de fuente[4]. El libro especial está por lo demás luego de haberse tratado de las personas y del derecho de familia, así como del derecho de los bienes, porque el derecho sucesorio aparece como una coronación de ambos, que son sus supuestos necesarios. El ilustre Polacco, criticando en ello al viejo Código italiano de 1865 que seguía el modelo francés, decía: "La colocación es desgraciada, en primer lugar porque con la sucesión se transmiten también acciones de crédito además de la propiedad y de los derechos ***in re aliena***, y después, porque el oficio de la sucesión hereditaria no se limita a esto; antes bien, la adquisición y la transmisión de bienes es, como sabemos, accidental y no esencial al concepto de sucesión, subsistiendo la herencia como

[2] ***El Araucano***, año 1839.
[3] M. Grimaldi, ***Droit Civil***. Successions, Nº 18, 5ª. Edic. Paris 1996.
[4] Los Códigos de Las Dos Sicilias, de Luisiana, sardo, del Cantón de Vaud y el bávaro dedicaban el libro III a los modos de adquirir la propiedad y entre ellos la sucesión. Tampoco tenían un libro o parte especial ni el Código austriaco, ni el prusiano.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ente de por sí, hecha abstracción de los bienes que eventualmente pueda haber, esto es, aun cuando no haya derechos y sustancia activa que el heredero adquiera". "Mucho mejor –agrega– han hecho aquellas legislaciones que siguiendo el método de los modernos pandectistas, han asignado a las sucesiones una parte especial"[5] y ya se sabe que es él, en definitiva, el método que han seguido los códigos posteriores y aun los más recientes[6].

Pero también es original por el contenido. Bastará tener en cuenta lo que a menudo se olvida, que el derecho sucesoral chileno es directamente heredero –y bien puede aludirse aquí a esa calidad– del derecho romano, sea directamente, porque las normas del Digesto son una de sus fuentes más comunes, sea indirectamente, por medio de las Leyes de Partidas que son otra de las fuentes esenciales en esta materia y de los comentaristas castellanos. Todo el sistema de legítima, por ejemplo, es propiamente romano y alejado del sistema de reserva germánico propio al Código francés. Tan sólo la cuarta de mejoras tiene origen germánico; pero porque nació en la legislación visigoda, es decir en España[7], de cuyo imperio formó parte nuestra nación por trescientos años. Sobrevive pues el derecho romano en parte importante de nuestro Código y bueno es insistir en ello, porque resulta así que nuestra tradición jurídica se remonta por medio del derecho de Castilla en forma directa a la excelsa creación latina y a veces se insiste demasiado en que somos integrantes de naciones nuevas, como si ellas sólo hubiesen surgido de imprevisto a mediados del siglo XIX, improvisando sus instituciones a partir del derecho francés. La idea de heredero, como calidad del sucesor a título universal, detentador de un conjunto innominado de la ***hereditas***, calidad de la que éste no puede desprenderse según el principio ***semel heres semper heres***, ni siquiera por la cesión del derecho real de herencia, como lo escribía el maestro Leopoldo Urrutia, olvidado por actuales generaciones de profesores chilenos[8], es el centro de la concepción romana del derecho hereditario y que nuestro Código contiene sin dudas.

Y justamente en ese aspecto es que Bello se revela como el gran legislador. Habiéndose educado en Inglaterra, en varias notas de los trabajos preparatorios revela su admiración por las instituciones jurídicas inglesas y siendo entonces esa

[5] V. Polacco, *De las sucesiones*, t. 1, pág. 14, Buenos Aires, 1950.
[6] El italiano de 1942 le dedica el Libro II, el de Portugal de 1965 el libro V, el de Brasil de 2002.
[7] Sobre el origen de la mejora, J. de Lacoste, *La Mejora*, Introducción, págs. VII y VIII, Madrid, 1913 y R. Domínguez B. y R. Domínguez A., *Derecho Sucesorio*, t. 2, Nº 942.1, 2ª. Edic. Santiago, 1998.
[8] L.Urrutia, "Estudio sobre la cesión" en *Rev. de Der.* t. 3, primera parte, pág. 236. Sobre la misma cuestión, R. Domínguez B. y R. Domínguez A., "La calidad de heredero es indeleble", en *Rev. de Der.* U. de Concepción, Nº 176, pág. 17 y sgtes.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nación la primera del mundo de la época, si él hubiese seguido las modas que hoy imperan, habría supuesto que para llegar a parecer una nación desarrollada, hay que trasplantar las leyes e instituciones y modos de ser jurídicos de la primera nación del mundo. Hoy es común verificar que noveles abogados, luego de una estancia en alguna universidad de gran nombre de los Estados Unidos, pretenden que nuestros contratos, nuestra justicia y nuestras costumbres jurídicas se borren para adoptar las de la nación del norte, como si sólo de esa manera pudiésemos ser modernos. Pero Bello comprendió muy rápidamente que, al menos en materia sucesoral, debía obedecerse a la tradición cultural chilena, que no era otra que la española-castellana, cuyo derecho, a través de la legislación de Partidas, formaba parte de nuestra alma nacional y que sería una ilusión trasplantar instituciones ajenas a esa historia. No porque Roma haya sido en su tiempo más grande, poderosa y rica –es decir como decimos hoy más desarrollada– que los pueblos germánicos, éstos debían abandonar su derecho para copiar al otro. No porque no conocieran el testamento, como lo decía Tácito, dejaban de tener una concepción hereditaria donde la ***gesammte hand***, copropiedad en mano común, era una noción esencial y que subsiste en el derecho actual por ejemplo en los orígenes de la sociedad conyugal. A cada pueblo su cultura y cada cultura su derecho. El mérito del derecho comparado es precisamente el mostrar las riquezas jurídicas de otras naciones para ilustrar la cultura propia, con inteligencia y no con copia subordinante y eso Bello lo comprendió mejor que nadie en el derecho sucesoral. Sin que entonces se hablase de ello, entendió que lo que algunos hoy llaman procesos de "aculturación jurídica" o de importación jurídica, no son exitosos cuando se refieren a cuestiones propias de la cultura de un pueblo y, en definitiva, cuando se hacen, terminan por permanecer en la superficie, sin penetrar verdaderamente en la vida de los pueblos[9].

El derecho sucesorio tiene la particularidad de estar entre el derecho patrimonial y el derecho de familia, en la reglamentación del Código, como ya se ha dicho. En otros términos, si su función es la de reglar la transmisión de las relaciones jurídicas patrimoniales del difunto, su fundamento está en las relaciones de familia, tal cuales eran a la época del Código y en los precedentes históricos. Y si de hacer un examen actual de las instituciones sucesorales se trata, será preciso recordar primero cuáles eran los principios que informaron esa reglamentación para luego verificar si ellos responden a las necesidades y realidades del mundo de hoy. Sólo así se podrá hacer un cierto balance en cuanto a la permanencia de las

[9] Sobre ello, Ph. Jestaz, ***Le droit***, págs. 64 y 65, 3ª. Edic. Paris, 1996.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

instituciones tradicionales de nuestro derecho sucesorio o en la necesidad de su reexamen para una nueva construcción o para una simple reforma.

Es tiempo que pasemos, entonces, luego de esa introducción a los principios esenciales que regulan el sistema sucesoral chileno y su estado actual.

II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO SUCESORAL DEL CODIGO CIVIL

Un ligero examen de la reglamentación del derecho sucesorio en el Código Civil chileno permite apreciar que ésta tiene como bases algunos simples principios generales que son luego desarrollados en disposiciones concretas.

Algunos de esos principios implican afirmar la desaparición de otros que existieron en épocas históricas y que incluso sobrevivían en la legislación hispánica aplicada hasta el Código, del mismo modo como lo había hecho el Código de Napoleón respecto del derecho prerrevolucionario. Tanto en la legislación española como en la francesa existían principios emanados del carácter aristocrático de las sociedades respectivas que, al sobrevenir la transformación revolucionaria han de desaparecer, al eliminarse todos los privilegios y reglas que permitían la subsistencia de aquellos regímenes aristocráticos. Otros, de mayor importancia, implicaban fundar el derecho sucesoral en la realidad social y económica que determinaba la necesidad de proteger a la familia como institución esencial de la sociedad. Pasemos pues en revista esos principios fundantes.

II. I. UNIDAD E IGUALDAD EN LA SUCESION

a) ***La unidad.*** Como se sabe, Bello consagró expresamente la unidad de la sucesión, tanto porque desaparecerían así distinciones impropias a un orden social republicano, cuanto porque ése era además el principio del derecho romano, por sobre el que regía en aquellas legislaciones que mantenían distinciones heredadas del derecho germánico. Y esa unidad se observa desde un doble aspecto: desde el de la unidad de los bienes y el de la unidad de legislación.

Por el art. 981: "La ley no atiende al origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas" y en el Proyecto de 1853, en nota al art. 1142, Bello dice: "Se deroga la L.15 de Toro y la L. 1. I, tít. 2, lib. 3 del Fuero Real", es decir, precisamente las normas de derecho hispánico que, por su origen germánico, en el caso, visigodo, mantenían la distinción entre bienes propios o patrimoniales, que el causante había heredado de sus antepasados

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y los bienes adquiridos que eran los demás. A los primeros el derecho germánico aplicaba la regla ***paterna paternis, materna maternis*** y de allí provenía el brocardo costumbrista francés ***propres ne remontent pas***, excluyendo de la sucesión de los propios a los ascendientes.

Aunque el Código francés consagró también este mismo principio en su art. 732 y de un modo aún más enfático, desde que la regla señala que "la ley no considera la naturaleza ni el origen de los bienes para regular la sucesión", en verdad el Código de Napoleón conservó de múltiples modos algunas instituciones germánicas que se fundaban en la idea de la conservación de los bienes en la familia de origen. Es el caso de lo que en el derecho galo se denomina "sucesiones anómalas", que aunque hoy reducidas y modificadas subsisten aún[10]. Por lo demás, en el Código francés, aunque con una deformación, el principio se mantiene en la institución conocida como la "fente" y que consagraba el antiguo art. 733, incs. 1º y 2º, hoy luego de la reforma de 2001 en el art. 747, de acuerdo al cual, cuando la sucesión corresponde a los ascendientes, se divide por mitades entre los de la rama paterna y los de la rama materna.

Ni siquiera consagra nuestro Código el mecanismo de la denominada reserva ordinaria, ni la extraordinaria o troncal del derecho español que conservó el Código hispánico en los arts. 811 y 967 y sgtes., institución ésta proveniente del derecho romano que veía con disfavor las segundas nupcias. Por medio de ella, en las palabras de De Buen "se obliga a algunas personas a no disponer libremente de ciertos bienes, caracterizados, entre otras circunstancias, por su procedencia, y a asegurar la transmisión ***mortis causa*** de los mismos bienes o de su equivalente a otras personas determinadas, si existieran al fallecer aquéllas"[11]. Bello, explicando el principio de la unidad, hace referencia precisamente a esta institución, cuando escribe: "Así, por ejemplo, el hermano uterino y el consanguíneo suceden por partes iguales, sin embargo de que la mayor parte de los bienes del hermano difunto hayan provenido de la línea paterna"; pero recordando que en la partición podría alterarse la regla y se atendiese en ella al origen de los bienes en razón de su valor de afección. "Los recuerdos de familia dan placeres inocentes; y las leyes deben fomentar el cultivo de todos los afectos que dulcifican y ennoblecen la vida social"[12], agrega, con aquella particular forma de expresión romántica, propia

[10] Sobre ello, M. Grimaldi, ***Droit Civil***, Sucesión, Nº 245 y sgtes., 5ª. Edic. Paris, 1996.
[11] ***Derecho Civil Común***, pág. 414, 2ª. Edic. Madrid s/f. Sobre el origen de esa reserva es siempre importante el trabajo de Marín Monroy, La reserva llamada tradicional u ordinaria: su evolución, en ***Rev. Crit. de Der. Inmob.*** Agosto 1930, págs. 605 y sgtes.
[12] Nota al art. 2 del Tít. II del Proyecto de 1841.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del estilo literario de su época en que la exageración sentimental es común.

La razón de la diversidad está en la diversa concepción que del proceso sucesoral tenían los sistemas romanos y germánicos. Para el primero la herencia es la sucesión en el conjunto de bienes y obligaciones, en una ***universitas***, aunque la concepción de ésta haya podido discutirse y en ella los herederos participan ***pro parte***, pero por lo mismo, en derechos que son iguales en naturaleza aunque pudieran ser de diversa cuantía. Para el segundo, como dicen unos autores, no hay un sucesor "***in universum ius defuncti*** en el sentido romano, porque el difunto no tiene un ***universum ius***" sino diversas masas patrimoniales a dividirse en razón de su origen y formas de adquisición[13]. Pero en el Chile hispánico, era la legislación de Partidas la regla común del derecho privado y ésta era de inspiración romanista y alejada del derecho visigodo. Era pues natural que el principio de la unidad en los bienes apareciera en el Código, además de que tal principio era plenamente compatible con un derecho republicano.

Por otra parte, el art. 955 contiene la unidad de ley sucesoral, desde que "la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvo los casos especialmente exceptuados.

"La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, salvas las excepciones legales".

De este modo, todo el régimen legal aplicable a la sucesión será uno mismo: el de la ley del último domicilio del causante, sin atender a otras consideraciones como sería la nacionalidad del ***de cujus***, siguiéndose así a Savigny, como se deja constancia en nota al Proyecto Inédito art. 1113, abandonándose el sistema del Código francés que distingue entre la ley patria para los inmuebles y ley personal de ***de cujus*** para los muebles[14].

El establecimiento del principio de la unidad no podía sino convenir a la idea de Bello, quien estimaba que "los derechos para suceder abintestato se fundan en presunciones de la voluntad del difunto", las que se extraen del orden natural de las afecciones del causante según la proximidad de la sangre y no tomándose en cuenta el origen de los bienes que nada tienen que ver con los presuntos afectos del autor de la sucesión. Por otra parte, la reglamentación unitaria permite establecer una sociedad democrática, en lo político, e individualista, en lo

[13] Lacruz y Albaladejo, ***Derecho Sucesorio.*** Parte general, Nº 70, Barcelona, 1961.
[14] Sobre ello, M.J. Heron, ***Le morcellement des successions internacionales***, Paris, 1985. Savigny defiende el principio de la unidad legislativa bajo la base que es romana de que se trata una ***sucessio per universitatem***, lo que impediría entonces seguir la ley del lugar donde están situados los bienes. Es entonces la idea de patrimonio la que justifica que sea una sola la ley que rija la sucesión. Véase sobre ello su ***Sistema del derecho romano actual***, edición en castellano de J. Mesía y M. Poley, t. 6, par. CCCLXXV, pág. 288, Madrid s/f.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

económico y que venían bien a la concepción liberal de la época de la redacción y que por lo demás funda en no poca medida al Código Civil en materia de propiedad y en materia de contratos[15].

b) La igualdad. Otra de las grandes orientaciones del derecho sucesoral en el Código es el principio de la igualdad, establecido en el art. 982, en cuanto dispone que "en la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura".

No permanecen pues en el Código los privilegios de la masculinidad ni el de prioridad del nacimiento. El principio democrático de la unidad se completa con la igual división de la herencia entre los parientes de un mismo grado.

Apenas podía señalarse como excepción a este principio las reglas de los arts. 990 inc. 4 y 993 inc. 4 que distinguen entre hermanos carnales y hermanos por parte de padre o madre, llevando éstos la mitad de la cuota de aquellos, distinción que curiosamente no se mantiene para los colaterales (art. 992 inc. 3). Pero aun esa distinción es presentada por Bello como un avance sobre las leyes preexistentes que dejaban fuera de toda sucesión al medio hermano ***concurriendo*** con hermanos enteros, según las expresiones que empleaba en nota al art. 15 del Tít. II del Proyecto de 1841.

Y no era extraño que el Código consagrase este principio en plena época de pensamiento liberal que ya venía en el art. 745 inc. 1º del Código francés en su redacción primitiva que subsistiera hasta la reforma de 2001. Había sido una de las conquistas de la Revolución de 1789.

Pero la igualdad tiene un doble sentido en el sistema del codificador: por una parte, la igualdad en valor, prevista en el art. 982 y con efectiva aplicación práctica por ejemplo en el art. 985 para los que suceden por cabezas, como para la representación en el art. 984 y en las diversas formas de división en los órdenes sucesorales cuando concurren parientes de un mismo grado. Pero además, es esta igualdad la que explica en buena medida la formación de los acervos y en especial la colación de los bienes dados como anticipo de herencia, en los arts. 1187 y sgtes.[16]. También resulta en la obligación de garantía en la partición de la comunidad hereditaria, particularmente en los arts. 1345 y 1347[17], o en el instituto de lesión enorme en la partición (art. 1348), en la necesidad de tasación o avalúo

[15] Sobre ello, Martínez Paz, ***Introducción al derecho de la sucesión hereditaria***, pág. 4, Buenos Aires, 1953.
[16] Sobre ello, R. Domínguez B. y R. Domínguez A., ***Derecho Sucesorio***, t. 2 Nº 951 y sgtes.
[17] Sobre el fundamento de la obligación de garantía en la partición y la igualdad entre los copartícipes, M. Somarriva U., ***Indivisión y partición***, Nº 590, 4ª. Edic., Santiago, 1987.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de los bienes en la partición, antes de proceder a su división. Y esta misma igualdad se aplica al pasivo hereditario.

Pero además la igualdad se extiende a la naturaleza de los bienes que forman el as hereditario, en especial en el art. 1337 en la formación de lotes, siguiendo Bello aquí las ideas de García Goyena[18].

La igualdad queda además complementada con una noción de reciprocidad que preside toda la formación de los órdenes sucesorales, de modo que si una persona es hábil a suceder a otra, ésta debe serlo también para suceder a aquélla.

En suma: toda la transmisión de la herencia por sucesión por causa de muerte es un solo procedimiento de traspaso de todo un patrimonio, en forma cuotativa a los herederos, regido por una misma ley.

II.II. EL PRINCIPIO DE PROTECCION DE LA FAMILIA LEGITIMA

¿Pero a quienes debe transmitirse el patrimonio hereditario? A este respecto, todo el derecho sucesoral está fundado en la idea de protección de la familia; pero entendiéndose por familia la que deriva del matrimonio. ¿Y por qué los sucesores han de encontrarse entre los miembros de la familia legítima? La respuesta dice ahora relación con el fundamento de la transmisión, que no es solamente el dotar al patrimonio hereditario como conjunto de relaciones jurídicas del causante, de una continuación, sino además el que la transmisión sirva a los fines que persigue la institución familiar. El derecho sucesorio se presenta así como uno de los medios técnicos por los cuales asegura los roles económicos y sociales de la institución familiar, tales cuales se conciben a la época de la codificación y que habían venido siendo tales desde el derecho romano. Y, a este respecto, la herencia se presenta como instrumento de cohesión familiar y como una función de la familia[19].

Pero además, por medio de ella, desde que la sucesión se fundará en los afectos presuntos del causante, como ya hemos dicho, el ámbito de las relaciones de orden familiar, propios del "no derecho" de que hablaba Carbonnier[20], penetra en el derecho desde que los sentimientos y afectos no son propios de la acción de la regla jurídica, pero que se integran en ella cuando el derecho sucesorio se

[18] El art. 908 del Proyecto Español de 1851 decía: "En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, especie y calidad", regla inspirada en el art. 832 del Código francés.
[19] Sobre ello, M. Grimaldi, *Successions*, Nº 26 y sgtes.
[20] Sobre el no derecho, Carbonnier, *Derecho Flexible*, págs. 33 y sgtes., traducción de L. Diez-Picazo, Madrid 1974. La idea la tomamos de M. Grimaldi, ob. cit. Nº 18.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

funda en la sucesión natural que se produce en las generaciones de una familia.

Es este principio el central en el sistema sucesoral de Bello. Sus ideas, expresadas en múltiples notas y artículos, son claras al respecto: la sucesión debe ser un medio de respetar los afectos presuntivos del causante y de mantener la solidaridad familiar.

Nunca dudó Bello en consagrar la idea de familia en torno al matrimonio. Ello explica la situación originaria que se dio a los hijos ilegítimos y naturales y en general a toda la relación no matrimonial. Los términos en que Bello se refiere a la relación fuera de matrimonio, con esas formas de expresión propias de la literatura romántica de su época, según ya hemos dicho, suenan hoy excesivos. Habrá de recordarse la célebre controversia que tuvo con José María Güemes a propósito de la reciprocidad entre el hijo natural y su padre. Güemes la defendía pues señalaba que no era lógico entender que el hijo natural preferiría el Fisco a su padre. Esa reciprocidad estaba fundada según el ilustre argentino en la equidad y la razón. Pero Bello iba por otra argumentación: "La paternidad ilegítima supone una seducción, un acto pernicioso para la sociedad , y especialmente reprobado por la moral cristiana; en una palabra, supone un delito"[21]. Y cuando justifica la exclusión de los hijos naturales en presencia de descendientes legítimos, es decir para fundar la regla del primitivo art. 11 del Proyecto de 1841 a 1845, agregaba, más adelante, en la nota al art. 18: "Los hijos naturales no concurren con los legítimos en la sucesión ***ab-intestato*** del padre ni de la madre". Más aún, en nota al art. 1343 del Proyecto de 1853, justificando la negativa de incluir ni siquiera los derechos que la Ley 15 de Toro confería en la herencia de la madre a los hijos "bastardos o ilegítimos", Bello dice: "Examinemos los efectos de esta ley. En la sucesión intestada ¡Qué de consecuencias horribles! El honor de la madre, el de una familia entera, la moral y la decencia pública necesariamente comprometidos por la prole ilegítima, que no puede poner en claro sus derechos sin sacar a la luz las vergonzosas flaquezas de una conexión clandestina. Luego, ¡qué campo al fraude para formar filiaciones, añadiendo a la calumnia el perjurio!

"¿Y qué duro no es en la sucesión testamentaria poner a la madre en el conflicto de revelar su flaqueza o de contravenir a la ley? Por otra parte, la codicia, que es capaz de fraguar una infame impostura para torcer la sucesión intestada ¿No se valdrá de los mismos medios para atacar el testamento?"

Pero es a propósito del sistema de asignaciones forzosas que el principio de la protección de la familia legítima queda más de manifiesto, puesto que todo

[21] *Opúsculos Jurídicos*, t. IX, pág. 352.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el sistema de legítimas y mejoras se funda en él.

Preciso es recordar, sin embargo, que Bello, curiosamente, no era partidario del sistema de asignaciones forzosas, ni de la legítima, ni de la cuarta de mejoras. Y es de estilo repetir a este propósito que Bello, influenciado por su experiencia en Inglaterra, era partidario de la más amplia libertad de testar. Respecto de la cuarta de mejoras, en el Proyecto de 1841-1845, nota al art. 5, tít. 8 y en el Proyecto de 1853, Bello se negaba a recogerla en el Código, repitiendo lo que había escrito en una nota a un comunicado (carta al Sr. director diríamos hoy en día) al director de ***El Araucano,*** desde La Serena el 2 de noviembre de 1939 de don Joaquín Bernardo Sapiaín[22]. Allí señalaba: "En este Proyecto no se impone al padre la obligación de emplear ciertas cuotas de sus bienes fuera de las legítima, 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" y de allí a evocar justamente los ejemplos de la Roma primitiva, de Gran Bretaña y de los Estados Unidos, donde no se conocían las mejoras y ni siquiera las legítimas, "sin que por ello fueran menos tiernas y afectuosas las relaciones de familia".

Respecto de la legítima, en nota al Nº 4 del art. 1343 Proyecto de 1853, tenía semejantes expresiones y más aún, señalaba: "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" y es "a pesar de estas consideraciones, que creemos jusiticadas por la experiencia, ha conservado este Proyecto las legítimas, aunque acercándose más al nivel de las Partidas y de la legislación romana, que al del Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Leyes de Toro".

De este modo, el autor del Código se negaba a admitir otros sucesores que los que podían darse en la familia matrimonial y por otra parte creía en los beneficios de la libertad testamentaria, sin que ésta pudiera oponerse a aquella otra idea, porque en definitiva, pensaba que era en el amor de los padres que los

[22] Nota reproducida en *Opúsculos Jurídicos,* bajo el título "Mejora de tercio y quinto".

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

hijos tendrían la mejor protección: "En el corazón de los padres, tiene el interés de los descendientes una garantía mucho más eficaz que cuantas puede dar la ley" (misma nota).

Pero el sistema hereditario venido de la legislación española era romanista y en el derecho romano, luego de la primitiva libertad testamentaria, habían surgido, al debilitarse las costumbres y fundamentos religiosos primitivos, asignaciones forzosas, en especial la legítima, que implicaban limitación a la libertad testamentaria. La legislación visigoda había introducido además, con amplia acogida en las costumbres, la institución de la mejora y la protección del cónyuge sobreviviente las diversas modalidades alimenticias que estuvieron al origen de la porción conyugal. Y además, 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 de 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 en regiones de derecho romanista[23].

La libertad testamentaria plena no estaba pues, ni de acuerdo a la tradición hispánica romanista, ni con los principios del derecho heredados de la Revolución Francesa. Bello no pensaba que esa libertad implicaría en definitiva transgredir los fundamentos familiares de la devolución hereditaria, puesto que era en amor filial que esa familia encontraría su más serio resguardo. Pero la experiencia romana revelaba que ello dependía de las costumbres, pues en la medida en que éstas se liberalizaban, sólo medidas legales podían defender a la familia[24] y ésa había sido el origen del nacimiento de las instituciones protectoras de la familia, como la legítima y la mejora, las que habiendo pasado al derecho castellano formaban ya parte de la tradición jurídica chilena. Terminó pues prevaleciendo la tradición legada por el derecho español, que desde la ley ***Dun In Licita*** del rey visigodo Chindasvinto del año 641 y luego del ***Liber Judiciorum*** permitían al padre mejorar incluso a los nietos que no eran legitimarios.

Por lo demás, en el Chile de 1855 esos principios y fundamentos del derecho sucesorio, limitativos de la libertad testamentaria y protectores de la familia legítima estaban en concordancia con la realidad social y económica. No

[23] Sobre esta cuestión, ver Badinter, en *Anuario de Derecho Civil*, 2004, pág. 1391.
[24] Así se explica por los historiadores la aparición de las asignaciones forzosas y en especial la legítima romana. Sobre ello, R. Domínguez B. y R. Domínguez A., *Derecho Sucesorio*, t. 1, Nº 4.1 y t. 2 Nº 922.1. y la bibliografía allí citada.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

era Chile una nación industrial, ni en la que existieran grandes sociedades, como ya era el caso de Inglaterra, sino una nación agrícola en que el sustento de los miembros menores de la familia se encontraba en ésta. Añádase a ello los límites modestos de la vida promedio que determinaban la desaparición del padre cuando los hijos no podían aún valerse por sí mismos y, por otra parte, la cohesión familiar en una sociedad regida por los principios de la Iglesia Católica.

III. EL ESTADO ACTUAL DE LOS PRINCIPIOS

III.I. OBSERVACION GENERAL

Pasaremos por sobre el recuerdo de las reformas que al sistema sucesoral de Bello se introdujo durante el s. XX[25]. Recordemos solamente el notable esfuerzo del ilustre decano Arturo Alessandri para mejorar el derecho de los hijos naturales, en especial al lograr la dictación de la Ley 10.271 de 1952, así como para mejorar los derechos del cónyuge sobreviviente[26].

Queremos detenernos solamente en el estado actual de los principios del derecho sucesoral, para presentar una visión esquemática de lo que es ese derecho al día de hoy y sus perspectivas futuras.

No se trata pues de retratar la evolución de ese derecho, sino pasar del Código de 1855 al Código actual y más aún, a la realidad de nuestros días para enfrentarla a la de la época del Código.

IV. EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD Y LA IGUALDAD

La necesidad de un régimen de prestaciones sociales fue, desde su inicio, el alcance más importante hecho al principio de la unidad. El funcionamiento del sistema de jubilaciones significó el establecimiento de órdenes sucesorios o de mecanismos de sucesión que se apartan del régimen general del Código. Si nos atenemos sólo al sistema que proviene de las AFP, es decir el D.L. 3500, se observará que las pensiones de sobrevivencia sólo se conceden al "grupo familiar del causante", como dice el art. 5, entendiéndose por tal "el o la" cónyuge sobreviviente, los hijos de cualquier filiación, los padres y madres del causante y los

[25] Sobre ello, M. Somarriva, ***Evolución del Código Civil chileno***, Nº 236 y sgtes. 2ª. edic., Bogotá, 1983.
[26] El origen de la Ley 10.271 es recordado por A. Alessandri en ***Reformas introducidas al Código Civil y otras leyes por la Ley 10.271***, Nº 2, Santiago, 1955.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

requisitos para obtener esa pensión son particulares para cada miembro. De este modo, si el trabajador, luego de reunidos los requisitos del caso, opta por una renta vitalicia, como contrapartida de los fondos ahorrados, ella sólo beneficiará a aquellos parientes. Y es sólo excepcionalmente entonces que los saldos de los fondos acumulados formarán parte del as hereditario común (arts. 66 inc. final, 67 inc. 4).

Y es evidente que aquí el principio de la unidad no tiene razón de aplicarse, porque el fundamento del derecho sucesoral es muy diverso al sistema de prestaciones sociales. Mientras el sistema sucesoral tiene como función continuar con las relaciones jurídicas del difunto y entre nosotros bajo el principio de la continuación de la persona del ***de cujus***, el sistema de prestaciones sociales tiende a asegurar la mantención de quienes integran, en la generalidad de los casos, la familia actual del causante.

Evidentemente, atendida la realidad económica y las formas de vida de 1855 que aún con toda la historia de por medio eran más cercanas a las de tiempos pretéritos que a las actuales, el Código ni siquiera podía imaginar que la mantención de la familia pudiera darse fuera de ella misma y que el Estado tuviere que organizar el sistema de seguridad social. Menos podía imaginar la desaparición de la familia amplia a la que hacían referencia los órdenes sucesorales, ni los cambios operados en la noción misma de familia, hasta el punto que hoy ni siquiera es posible definirla con contornos nítidos. Y la seguridad social, por sus fines, no sigue por éstos, ni puede seguir, las nociones del Código sobre la familia tal cual era en 1855. Resulta evidente entonces que ese derecho de la seguridad social exige, desde todo punto de vista, técnicas jurídicas y reglamentaciones distintas a las del Código Civil, lo que, para fines sucesorales, determina la ruptura evidente del principio de la unidad.

Pero si esa excepción a la unidad, teniendo en cuenta la situación de la mayoría de los chilenos, es determinante, la legislación de reforma del derecho de familia requerida para igualar las filiaciones, es decir la de la Ley 19.585, de 1998, contiene otra excepción notable a la unidad sucesoral cuando establece, en favor del cónyuge sobreviviente, el derecho de atribución preferencial del hogar común, del art. 1337 Nº 10[27]. Con él, y respecto del que en la mayoría de los casos es el bien más importante del as hereditario, se contraviene el principio de

[27] Este derecho ha dado lugar a una abundante literatura, aunque no a importantes aplicaciones prácticas. Sobre él, R. Domínguez A., "Las reformas al derecho sucesoral en la Ley 19.585", en ***Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte***, pág. 92. Universidad de Concepción, 1999; E. Court Murasso, ***Nueva Ley de Filiación***, págs. 219 y sgtes., Santiago, 1999.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la unidad desde que para aquel bien se establece un sistema sucesoral diverso al del resto de los bienes, de tal forma que aquí se tiene en cuenta la naturaleza del bien para definir su destino

Por lo mismo, se contraviene el principio de la igualdad, ya que uno de los sucesores, el cónyuge sobreviviente, tiene derecho a llevar para sí la integridad de un bien común. Más aún, le es posible incluso llevar un gravamen sobre dicho bien si su valor supera sus derechos como sucesor, de tal modo que los principios que informaban la igualdad tanto en valor como en especie del art. 1337 resultan derogados a su respecto.

No deberá olvidarse que esa atribución preferencial no es nueva entre nosotros, puesto que el procedimiento técnico ya había sido recogido en la Reforma Agraria respecto de la unidad agraria.

Y he ahí dos esenciales transgresiones a los principios clásicos anotados que por abarcar los bienes más determinantes de la mayoría de los chilenos, determina que ellos ya no pueden calificarse como principios rectores del derecho sucesoral. La unidad y la igualdad se han perdido o, al menos, ya no guardan nitidez.

V. EL PRINCIPIO DE LA PROTECCION DE LA FAMILIA LEGITIMA

Este, luego de las reformas de la Ley 19.585, ha dejado de tener existencia, en cuanto se ha producido la igualdad de los derechos de los hijos, sean o no matrimoniales[28]. Curiosamente, sin embargo, la reforma mantuvo la desigualdad en cuanto respecta a los hermanos, en el art. 990 y a los demás colaterales en el art. 992, puesto que los de doble conjunción llevan el doble que los de un solo origen. No existe explicación lógica para mantener esa desigualdad en una reforma que, precisamente, pretendió aplicar al Código la garantía constitucional de la igualdad y las obligaciones asumidas por el país al adherir a pactos internacionales que la consagran.

Pero esta igualdad, que fuera la causa de amplios debates al tramitarse la ley, no ha sido sin consecuencias y ha alterado profundamente el sistema sucesoral de Bello, hasta generar un resultado que no parece estar plenamente de acuerdo

[28] Sobre las reformas sucesorales de la Ley 19.585, véase, E. Court Murasso, ***Nueva Ley de Filiación***, págs. 199 y sgtes., Santiago, 1999; R. Domínguez A. "Análisis a las modificaciones en el régimen sucesoral", en ***Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte***, U. de Concepción, 1999, págs. 109 y sgtes.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

con la sociedad a la que el régimen legal ha de aplicarse.

Así, como contrapartida a la igualdad de filiaciones y por tanto de derechos sucesorales, se consagró una particular situación para el cónyuge sobreviviente y tal, que el sistema chileno es, con mucho, el más ventajoso para este sucesor si se tiene en cuenta las normas del derecho comparado, particularmente si el cónyuge sobreviviente estaba además casado con el causante en régimen de sociedad conyugal. No sólo tendrá la mitad de los gananciales a título propio, sino que, si no hay testamento, será con todo heredero con al menos un cuarto del resto de la herencia si concurre con sus hijos (art. 988). Es decir, las tres cuartas partes del patrimonio existente en vida del cónyuge premuerto serán suyos y ello, unido además al derecho a atribución preferencial que consagra el art. 1337 Nº 10.

Si la sucesión es testamentaria, el causante es legitimario (art. 1182 Nº 3) y, además, el causante podrá atribuirle toda la cuarta de mejoras (art. 1195) y la de libre disposición.

El cónyuge sobreviviente pasa a ser entonces el sucesor preeminente, como nunca lo fue en la historia del derecho hereditario. En todos los derechos, el cónyuge sobreviviente ha sido un personaje extraño en la sucesión y rompe todos los principios, porque al no integrar la noción de pariente consanguíneo del ***de cujus***, los diversos sistemas que guardan el fundamento familiar del derecho sucesorio tienen dificultad para darle cabida y de allí las variedades de sucesión por usufructo o mediante asignaciones alimenticias[29]. Entre nosotros, hay quienes recuerdan que, en el derecho español, el cónyuge es legitimario, mas olvidan que lo es en principio a título de usufructuario, porque ésa es la tradición desde la ***Lex Visigotorum***, de donde el permanente debate sobre si como tal legitimario es o no heredero. Pues bien, el derecho chileno actual prescinde de todas esas consideraciones tradicionales y le convierte lisa y llanamente en el heredero preeminente y rompe así con las soluciones recogidas en otros derechos que tienen en cuenta además la situación del cónyuge sobreviviente según el régimen de bienes del matrimonio.

Por otra parte, el nuevo sistema ha alterado profundamente el fundamento histórico de la cuarta de mejoras, puesto que esta institución propia de los "godos", como decía Bello, tuvo su origen en el deseo de instaurar una parte de la reserva

[29] Por ejemplo, para el derecho francés y las variaciones sufridas allí con el cónyuge sobreviviente y sus derechos sucesorales, M. Grimaldi, ob. cit. Nº 166 y sgtes. Entre nosotros, S. Doyharçabal C. "Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente en la legislación comparada", en ***Instituciones modernas de Derecho Civil.*** Estudios en homenaje a F. Fueyo, págs. 308 y sgtes., Santiago, 1996.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y luego de la legítima, para que el causante pudiera favorecer a alguno de sus descendientes y en particular a sus nietos, aunque no fueren legitimarios, pensando en la proyección del amor del padre por su descendencia. Mas, sin razón alguna, primero la Ley 18.802 y luego la Ley 19.585 han desnaturalizado esta asignación forzosa, para favorecer en ella al cónyuge sobreviviente y aun a los ascendientes, con lo cual pierde toda su razón de ser como particularidad del derecho sucesoral heredado del derecho hispánico visigodo. Con ella ya no se trata solamente de prolongar el afecto del causante a sus generaciones posteriores, sino de ampliar la libertad de testar pura y simplemente, al incluir como posibles asignatarios de esa porción a quienes no son descendientes.

En suma, manteniéndose el sistema originario se le han introducido tales reformas, que es lícito preguntarse si no es tiempo de revisar incluso en sus fundamentos y principios nuestro derecho hereditario.

VI. CRITICA AL SISTEMA HEREDITARIO ACTUAL

La cuestión que requiere plantearse, cuando se reflexiona sobre un aniversario de una legislación como el Código Civil, es si ella responde a los requerimientos y realidades del tiempo presente. Lo común, en estos casos, es verificar la existencia de una copiosa legislación especial fuera del Código, realidad existente en todas partes y que, con una pretensión filosófica excesiva, algunos califican de "descodificación", como si se tratase de una tendencia animada por algún propósito particular. De allí a pensar en una recodificación no hay sino un paso, como si fuera posible dictar un nuevo Código que recogiese aquella legislación y la integrara al sistema del Código[30].

Por nuestra parte, nos parece que es vana tarea porque, a poco andar, surgiría una nueva legislación especial y un nuevo proceso de "descodificación". Agréguese a ello que, silenciosamente, una constante modificación se opera por la vía jurisprudencial que, además, determina el surgimiento de normas intermedias que precisan no sólo el sentido, sino complementan la ley. El surgimiento de

[30] Las dificultades de una tarea de recodificación fueron puestas en relieve a propósito de la conmemoración del segundo centenario del Código Civil francés. Véanse los estudios a ese respecto en ***Le Code Civil 1804-2004. Le livre du bicentenaire***, segunda parte y los estudios en él de Juan Hauser para el derecho de personas; F. Dekeuwer-Défossez para el derecho de familia; J. Mestre para la teoría general del contrato; A. Bénavent para los contratos especiales; G. Viney para la responsabilidad civil; M. Grimaldi para las sucesiones; R. Libchaber para los bienes; Ph. Simler para las garantías personales; V. Heuzé para el derecho internacional privado y las reflexiones finales de Ph. Jestaz y en especial de Th. Revet, Paris, 2004.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nuevas fuentes del derecho en todos los ámbitos hace aún más ilusoria la tarea de recodificación[31].

El derecho, en primer lugar, es un producto histórico, aspecto que, como recalca un reciente doctrinador, contrasta con la de los modernos sostenedores de un arbitrarismo que piensan que, desde su genialidad, pueden construir el derecho por medio de un código, de espalda a la historia[32]. La tesis es que la simple voluntad de los nuevos legisladores podría crear una legislación, supuestamente moderna e ideal que podría imponerse a la anterior, como si la ley escrita por su solo valor tuviese la fuerza necesaria para imponerse a la realidad, es decir, a la tradición y cultura de un pueblo. Los ejemplos de la inutilidad de esa tarea son constantes y no es del caso insistir en ellos[33].

Por otra parte, un código sólo tiene éxito si es capaz de ordenar una sociedad según principios que ella reconoce como fundamentales[34] y tal es el rol de un verdadero código. Ese fue por lo demás el rol que cumplió en Francia el Código de Napoleón y que, en cierta medida, ha cumplido también el Código de Bello, en cuanto han regido como una verdadera constitución civil, según la expresión de Carbonnier[35]. No se trata pues de recoger en él instituciones por la sola circunstancia de ser modernas en otros países de diversa tradición, como ha sido la constante en códigos y proyectos de códigos recientes en países de nuestra misma América Latina, respecto de los cuales es lícito preguntarse si realmente han significado un aporte a las sociedades a las que van dirigidos.

De este modo, si nos limitamos al derecho sucesoral, la cuestión en pie es pues aquélla: frente a nuestra tradición histórica, a los cambios operados en la sociedad chilena en todos sus aspectos, ¿el sistema sucesoral que hemos resumido en sus principios básicos responde a esa realidad y a lo que esa misma sociedad

[31] Así, por ejemplo, las fuentes internacionales, constitucionales y administrativas del derecho a las que no siempre se otorga importancia doctrinaria entre nosotros. Para esa cuestión en materia de contratos, véase el ejemplo en *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Traveaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales, Lille, 1996, Paris, 1997.
[32] Juan Miguel, en *ADC* 2004, pág. 1413.
[33] Un solo ejemplo podría bastar: el intento de imponer en Chile el régimen de participación en los gananciales como el régimen matrimonial común ha sido frustrante. Sus entusiastas partidarios lograron que la Ley 19.335 lo estableciera como régimen convencional en el nuevo Título XX-A del Libro I del Código Civil; pero la realidad dice que estadísticamente pocos son los matrimonios que lo adoptan. La tradición nuestra es la comunidad que se adapta mejor a la idea que todos tienen de la vida matrimonial.
[34] En ese sentido, Badinter, ob. cit, pág. 1408.
[35] En menos de diez siglos, dice el ilustre decano, el país vio regir diez constituciones políticas; pero "su verdadera constitución, es el Código Civil, verdadera no en el sentido formal, sino en el sentido material, para pedir prestado a los publicistas una distinción usual". J. Carbonnier, "Le Code civil", en *Le Livre du Bicentenaire*, pág. 33.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

considera hoy como cuestiones o principios fundamentales?

Hay ciertas realidades que no es posible ignorar. El promedio de vida de los chilenos es hoy cercano a los 80 años. De aquí resulta que, en la generalidad de los casos, cuando fallece el padre de familia, sus hijos ya son personas no sólo mayores, sino ellos mismos cercanos a tercera edad, con su vida hecha, bien o mal y con hijos a su vez, nietos del causante, en pleno desarrollo. El matrimonio como institución generadora de la familia deja de ser la única fuente y la existencia de familias o grupos familiares uniparentales o derivados de uniones no matrimoniales son comunes y sería redundante aludir aquí a las estadísticas nacionales que son bien conocidas. Más aún, la presencia del divorcio, como lo fue antes la de la nulidad fabricada, determina que una buena proporción de los matrimonios existentes a la muerte del padre ya no sean el primero. Los medios para asegurar la vida durante una vejez más prolongada son múltiples para personas de clases económicas más pudientes, pues no solamente puede adaptarse el sistema de pensiones con la existencia de múltiples fondos y cuentas de capitalización, sino que el mercado financiero ofrece variados sistemas de seguros. La propiedad del hogar familiar se amplía puesto que un porcentaje considerable de familias chilenas son dueñas de su casa, por modesta que ésta sea, de forma que la propiedad de un inmueble y de los fondos de previsión es, para la gran mayoría, lo esencial del patrimonio existente a la muerte del causante. Por otra parte, la importancia de la propiedad inmobiliaria, rasgo indudable del Código Civil, ha cedido hoy en el sistema económico liberal de nuestros tiempos.

Frente a esa realidad, que un experto en examen económico y sociológico podría profundizar con otras consideraciones, un sistema sucesoral apto a la realidad del siglo XIX y con orígenes históricos en problemas propios de la sociedad romana, ¿está aún capacitado para responder a lo que esa sociedad requiere?

Podemos hacer aquí algunas observaciones que sirvan para iniciar el examen.

En la experiencia profesional es posible constatar que aunque haya variado profundamente la composición de la familia en Chile, existe aún una acentuada creencia en el destino familiar de los bienes. La idea que una persona pueda disponer de sus bienes libremente incluso fuera de la familia, no es comúnmente aceptada. El sistema del Código ha llevado incluso a pensar que aún en vida los hijos u otros parientes pueden sentir derecho a tutela de los bienes del progenitor, en especial si éste alcanza una edad avanzada. Más aún, la propia jurisprudencia ha acentuado curiosamente esa idea. En efecto, si bien es cierto que en el sistema del Código la legítima existe en vida del causante y por ende, la calidad de legitimario tiene su origen en el nacimiento de la relación parental, una sentencia

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

reciente de la Corte de Santiago[36] ha llevado aquella situación a tal extremo que se llega a resolver que ella permite a los hijos la facultad de poder atacar en vida del padre, actos celebrados por éste que, supuestamente, atentarían contra la legítima y, por ende, a conferirles interés para instar por su nulidad, como si ese interés fuese actual y confundiendo la legítima como derecho a la legítima como contenido.

Resulta sin embargo contraria a la realidad social el mantener hasta el límite ese principio familiar de limitación a la libertad dispositiva del dueño de los bienes. Mediante la existencia de asignaciones forzosas amplísimas. Estas ya no se justifican por la necesidad de proteger a la familia legítima que podía quedar sin medios de vida ante liberalidades desproporcionadas del causante, que fue lo que las originó en el derecho romano[37], sino que sólo subsisten ante una firme creencia que lo natural es que los bienes vayan a la familia a la muerte del causante, como si ésta tuviese un derecho sobre tales bienes aún en vida del causante. ¿Qué rol cumple, por ejemplo, la legítima, si los hijos son ya personas muy mayores con una vida formada y con un destino que ellos mismos ya se han trazado y en el que poca influencia podría tener la adquisición de algunos bienes del causante? Desde luego, ya no es necesaria para la mantención de esos hijos, porque ninguna obligación patrimonial ha de tener el padre frente a ellos. Por otra parte, incentiva a éste a disponer de sus bienes en vida como lo cree conveniente, generando así, muchas veces, futuros litigios y problemas entre los hermanos, pues para así hacerlo debe recurrir a simulación de actos onerosos entre vivos.

¿No debería tal vez, salvo en el caso de la existencia de hijos menores o incapacitados, volverse a la primitiva libertad testamentaria romana, o al menos ampliar notoriamente esa libertad de disposición mediante un sistema más flexible de asignaciones forzosas que pueda adaptarse a la edad de los sucesores?

¿Se justifica, aun por el ***votum mortis***, la negativa a todo sistema de sucesión contractual?[38]. Porque parece más legítimo y recto –"transparente" es la palabra de moda– que el autor pueda mediante convenciones hereditarias, incluso más que por testamento, arreglar la suerte de sus bienes para después de sus días, mientras mantiene en plenitud sus facultades mentales y su poder de decisión.

[36] C. Santiago, 5 agosto 2004, rol civil 3219-99 y nuestro comentario en *Rev. de Der.* U. de Concepción, Nº 213.
[37] Sobre ello, vid. R. Domínguez B. y R. Domínguez A., *Derecho Sucesorio*, t. 1 Nº 6.1 y las obras allí referidas.
[38] Sobre esta prohibición, José Ignacio Cano Martínez de Velasco, *La prohibición de los contratos sucesorios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Privado del poder de actuar que le habría permitido establecer razonablemente la situación de sus bienes para cuando no esté, en múltiples ocasiones se observa luego, cuando el padre o la madre ya están en edad de no tener voluntad, las luchas internas de los hijos para ser quien lo tenga bajo su imperio, so pretexto de encargarse de su cuidado. Y frente a la existencia del cónyuge sobreviviente, en muchos casos la ampliación de sus derechos ha resultado obviamente excesiva. Por nuestra parte hemos defendido la mejora de sus derechos; pero parecería lógico tener en cuenta, para fijar esos derechos, el monto de los bienes retirados por el régimen de sociedad conyugal o por bienes reservados o propios, o por el crédito de participación en el régimen de participación en los gananciales, con lo cual resulta que los viejos principios alimenticios que fundaban la porción conyugal no eran tan ilógicos y si la supresión de esa engorrosa asignación ha sido bien vista por la simplificación del sistema sucesoral, ello ha sido a cambio de un desbalance no siempre aceptable a favor del sobreviviente. Más lógico es el sistema adoptado por el D.L. 3.500 respecto de las pensiones sociales, pues en algunos casos toma en cuenta la duración que ha tenido el vínculo matrimonial (art. 6). En efecto, no es lo mismo el cónyuge sobreviviente luego de treinta o más años de matrimonio que el que, siendo el resultado de un segundo matrimonio, sólo tenía dos años de casado. En suma, parece propio reestructurar el derecho del cónyuge sobreviviente, teniendo en cuenta el régimen de bienes existentes en el matrimonio y las particularidades de duración del vínculo, en especial si, luego de permitirse el divorcio vincular, los segundo y aún tercer matrimonios no serán infrecuentes.

Es también posible preguntarse si el sistema de atribución o adjudicación preferencial del hogar común en propiedad es necesariamente aceptable, tal cual lo reglamentó la Ley 19.585 desde que en múltiples casos el cónyuge sobreviviente podrá volver a contraer vínculo matrimonial, de modo que ese bien, originado en una familia, en definitiva pasa a otra, con lo cual las consecuencias que el viejo principio ***paterna paternis, materna maternis***, reviven en una nueva realidad. ¿No debería terminar si el cónyuge sobreviviente vuelve a casarse?

Por otra parte, la prolongación de la vida determina que los padres ya no vean en sus hijos la proyección familiar, sino en sus nietos, pues como se ha dicho antes, son éstos los que al fallecer el padre de familia están aún en época de formación. Y como las realidades de ellos son diversas, parecería más propio la ampliación, dentro del primitivo fundamento de esta particular asignación forzosa, de su monto y por ende de la libertad testamentaria.

Y cuando se trata de la partición, bueno sería pensar en un régimen especial

Artículo: Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

para el hogar familiar que fuera más allá de la simple atribución preferencial, para tratarlo como una universalidad singular. Es también aconsejable imaginar un estatuto semejante para algunas empresas familiares, con el fin de mantenerlas indivisas y permitir su subsistencia en el tiempo.

Se observará entonces que la actual realidad llama a revisar el principio de la unidad, puesto que la importancia relativa de los bienes no es la misma en la economía actual y, además, las transformaciones de la familia, en particular el divorcio, determinan que sea legítimo volver a pensar en distinguir sobre el origen de los bienes. Y también la edad de los sucesores llama a distinguir diversas reglas que amplíen o limiten la libertad testamentaria. La protección de la familia no tiene porqué subsistir del modo que se da en el sistema actual de las asignaciones forzosas. La mayor libertad sucesoral no va a recrear privilegios dinásticos que determinaban su limitación para los revolucionarios franceses y tampoco va a poner en peligro la subsistencia de la familia que originó la legítima romana. En la sociedad actual más que nunca, el régimen sucesoral ha de verse sólo como medio de continuación en los bienes y relaciones jurídicas patrimoniales y su fundamentación familiar ha perdido la mayor parte de su sentido. ¿Por qué habría de admitirse, incluso con protección constitucional, la libertad contractual, lo que implica la libertad dispositiva de los bienes en vida, la libre circulación de los bienes, la libertad de empresa, sin ninguna consideración familiar y no obstante mantenerse la limitación a la libertad para la disposición de los bienes para después de la vida, allí donde esa limitación ya no tiene sentido ni razón?

Es pues toda una nueva construcción la que ha de hacerse del sistema sucesoral en sus principios fundamentales y ésta es una parte de la reforma del Código Civil que no debería esperar.