

# Las asignaciones forzosas y la libertad de testar en el Derecho chileno

Por

María Dora Martinic Galetovic

Directora del Departamento de  
Derecho Privado Universisias de Chile

## 1. Las asignaciones forzosas y la libertad de testar

En este trabajo procuraré demostrar que en nuestro Derecho, contrariamente a la tendencia que se advierte en el Derecho Comparado<sup>1</sup>, la libertad de testar, a través de las sucesivas reformas que ha experimentado el Código Civil, ha ido disminuyendo gradualmente, en términos tales que a luz de la ley 19.585 de 26 de octubre de 1998, bajo ciertos supuestos, queda reducida a la cuarta parte de los bienes del causante.

Andrés Bello, inspirándose en el Derecho Anglosajón, era partidario de la libertad de testar. Es así como en el proyecto de 1853 expresa: "Cuanto más suave el yugo de las leyes, más

poderosa es menester que sea la venerable judicatura que por la naturaleza se confiere a los padres", y agrega.

"El establecimiento de los 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 derechos hereditarios ocasiona a los herederos un daño muy superior al beneficio que pudiera alguna vez acarrearles."

A pesar de estas consideraciones que creemos justificadas por la experiencia, ha conservado este proyecto las legítimas, aunque acercándose más al nivel de las Partidas y de la legislación

<sup>1</sup> Así por vía de ejemplo el Código de Quebec, en Canadá establece la libertad de testar sin restricción alguna. Los códigos civiles de Guatemala de 1964 (artículo 936); del Distrito Federal mejicano de 1982, (artículo 1368) de Honduras (artículo 1147 y 1150), del Salvador (artículo 1141); de Nicaragua (artículos 1197 y 1150); de Costa Rica (artículo 595); de Panamá (artículo 778) no consagran las legítimas, permitiendo al causante disponer libremente de todos sus bienes limitándose única y exclusivamente a establecer la obligación de prestar alimentos.

romana que al Fuero Juzgo, el Fuero real y las Leyes de Toro.

En lo que dice relación con la institución de la mejora, que tiene su origen en el tercio de mejoras del Derecho Español, no fue contemplada por Bello, quien en anotaciones al margen del proyecto de 1841 dice: "se ha suprimido en este proyecto la mejora del tercio, invención peculiar de los godos". La Comisión Revisora introdujo la mejora del Derecho español, rebajándola si de un tercio al cuarto, la que aparece por primera vez en el proyecto inédito.

No obstante la opinión del autor del Código, éste establece las asignaciones forzosas en el Título V del Libro III definidas por el artículo 1167 como aquellas "que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas".

Sin duda, la asignación forzosa por antonomasia es la legítima, por cuanto los alimentos que se deben por ley a ciertas personas "gravan la masa hereditaria; menos cuando el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión" (artículo 1168 del Código Civil). De este modo, los alimentos forzosos constituyen una baja general de la herencia y se deducen del acervo ilíquido después de deducidas las costas de publicación del testamento, si lo hubiere y las de-

más anexas a la apertura de la sucesión y las deudas hereditarias. No constituyen, por consiguiente una asignación testamentaria y por ende, no tienen el carácter de una asignación forzosa.

En lo que dice relación con la porción conyugal tomada de la cuarta marital del Derecho español<sup>2</sup> cuando el cónyuge no concurría con hijos legítimos constituía una baja general de la herencia que equivalía teóricamente a la cuarta parte del acervo ilíquido, después de deducidas la bajas generales de los N.ºs. 1.º, 2.º y 4.º del artículo 959, presentando en este caso el carácter de un crédito que el cónyuge sobreviviente podía hacer valer contra la masa, crédito que ni siquiera presentaba un carácter alimenticio como lo tuvo hasta la dictación de la Ley N.º 10.271, de 1952.

La porción conyugal sólo tenía con propiedad el carácter de asignación forzosa cuando el cónyuge concurría con descendientes legítimos, en cuyo caso a partir de la Ley N.º 18.802, de 1989 en principio equivalía a la legítima rigurosa o efectiva de un hijo legítimo, si el cónyuge concurría solamente con un hijo legítimo, o al doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva correspondía a cada hijo, si el cónyuge concurría con más de un hijo legítimo.

En cuanto a la cuarta de mejoras po-

<sup>2</sup> La porción conyugal, como se verá, fue derogada por la Ley N.º 19.585, de 26 de Octubre de 1998, llamada "Ley de Filiación".

dría sostenerse que constituye una asignación híbrida, parte voluntaria y parte forzosa, por cuanto toda asignación con cargo a esta porción de la herencia requiere una manifestación de voluntad expresa del causante. "Ciertamente, dice el profesor Pablo Rodríguez, que si el causante no dispone de la cuarta de mejoras acrece a la mitad legítima, pero ello no es razón suficiente para considerarla una asignación que obligadamente debe hacer el causante, quien puede distribuirla libremente, pero sólo entre aquellas personas indicadas en la Ley"<sup>3</sup>.

De lo expuesto se colige que la asignación forzosa por excelencia es la legítima que el Código trata en el Párrafo III del Título V del Libro III. El artículo 1181 define la legítima como "aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios".

El nuevo texto legal acorde con el principio que lo inspira en el sentido de otorgar a todos los hijos igualdad de derechos, sustituye el artículo 1182 del Código Civil, por el siguiente: "Son legitimarios: 1° los hijos, personalmente o representados por su descendencia. 2° los ascendientes, y 3° el cónyuge sobreviviente.

No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición

del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal."

Es de toda justicia que los ascendientes del causante no sean legitimarios cuando la paternidad o la maternidad de que deriva el parentesco ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, pero esta regla reconoce una calificada excepción, contemplada por el inciso final del artículo 203. Este precepto priva al padre o madre, cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, de la patria potestad y en general de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez lo declarará así en la sentencia y de ello se dejara constancia en la subinscripción correspondiente.

El padre o madre conservará, en cambio, todas sus obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes.

El inciso final establece la mencionada excepción, que podríamos denominar "el perdón del hijo" y que prácticamente se aplica únicamente los derechos sucesorios, al disponer: "sin embargo, se restituirán al padre o madre todos los derechos de que está privado si el hijo, alcanzada su plena capaci-

<sup>3</sup> Rodríguez Grez, Pablo, "Instituciones de Derecho Sucesorio", V. I, pág. 243 (Santiago, 1993).

dad manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos. El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable. El restablecimiento por acto testamentario producirá efectos desde la muerte del causante.

Por otra parte, el cónyuge sobreviviente pasa a tener la calidad de legitimario, mejorándose de esta manera considerablemente sus derechos hereditarios. Se deroga, en consecuencia, la porción conyugal.

La necesidad de otorgar al cónyuge sobreviviente la calidad de legitimario es innegable pero no constituye una novedad, pues hace varias décadas ilustres profesores de nuestra Facultad como don Manuel Somarriva Undurraga, don Fernando Mujica Bezanilla manifestaban su opinión en este sentido, argumentando que la porción conyugal de escasa aplicación práctica y desvirtuada por la Ley 10.271, de 1952 que la privó de su connotación alimenticia al hacerla compatible con las donaciones o asignaciones testamentarias que correspondan al cónyuge sobreviviente en la sucesión del difunto, carece de justificación.

De otro lado, si no se justifica la porción conyugal íntegra, tampoco tiene justificación la porción conyugal com-

plementaria, por cuanto a ningún asignatario o abintestato se le consideran sus bienes propios para determinar si lleva o no su asignación, sólo al cónyuge se le estudia su fortuna para ver si le corresponde porción conyugal<sup>4</sup>.

## 2. La libertad de testar en relación a la cuarta de mejoras

Bajo la sola vigencia del Código Civil sólo podían ser asignatarios de cuarta de mejoras los descendientes legítimos. En consecuencia, para determinar de qué parte de sus bienes podía el testador disponer libremente era necesario distinguir si tenía o no legitimarios. Si el causante carecía de legitimarios podía disponer libremente de todos sus bienes, situación que, como se verá, no parece mantenerse en el nuevo inciso 2° del artículo 1184. Si tenía legitimarios que no fueran descendientes legítimos, podía disponer libremente de la mitad de sus bienes, la mitad restante era la mitad legitimaria que necesariamente correspondía a los legitimarios, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1184. Si concurrían a la sucesión descendientes legítimos, la herencia se dividía en cuatro partes, dos partes para las legítimas, una parte formaba la cuarta de mejoras, que el causante necesariamente debía dejar a sus descendientes legítimos, y la cuarta parte restante constituía la cuarta de libre disposición, quedando, por consiguiente, limitada la

<sup>4</sup> La tendencia que se advierte en el derecho comparado es la de conferir al cónyuge la calidad de legitimario. Así ocurre con el Código italiano de 1942 (artículo 536), en la legislación española (artículo 807 del Código Civil) y argentino (artículo 3595 del Código Civil).

facultad de disposición a la cuarta parte de los bienes del causante. Así lo establece claramente el artículo 1184 del Código Civil.

La ley 10.271 de 1952 con el propósito de mejorar situación hereditaria de los hijos naturales, confirió a éstos y a su descendencia legítima la calidad de asignatarios de cuarta de mejoras, planteando a la doctrina y a la jurisprudencia el problema de saber si sólo se formaba cuarta de mejoras cuando concurrían en la sucesión descendientes legítimos, como se desprendía del tenor literal del artículo 1184 o si, por el contrario, se formaba cuarta de mejoras cuando no concurrían en la sucesión descendientes legítimos, sino hijos naturales o descendientes legítimos de éstos.

La jurisprudencia se inclinó por esta última tesis mayoritaria en la doctrina, esto es que sí concurrían hijos naturales y no descendientes legítimos se formaba cuarta de mejoras, limitándose aun en este caso la libertad de testar a la cuarta parte de los bienes del causante.

La ley en comento confiere a los ascendientes la calidad de asignatarios de cuarta de mejoras, sin que se advierta para así hacerlo una razón técnico jurídica, sustituyendo el artículo 1195 por el siguiente: "De la cuarta de mejoras puede hacer el donante y el testador la distribución que quiera entre sus descendientes, su cónyuge y sus ascendientes; podrá pues asignar a uno o más de ellas toda la dicha cuarta con exclusión de los otros".

Se modifica el artículo 1167 que establece que: "Asignaciones forzosas son:...3. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge." Como consecuencia se modifica el artículo 1204 inciso 1° en el sentido de que el pacto de no donar o no disponer por testamento de la cuarta de mejoras podrá ahora celebrarse también entre el difunto y los ascendientes que al momento de celebrarse dicho pacto tengan la calidad de legitimarios.

Consecuencia última es que se modifica el artículo 1220 que legitima activamente a los ascendientes que tengan la calidad de legitimarios para reclamar mediante el ejercicio de la acción de reforma del testamento, también la cuarta de mejoras.

Por último, en virtud del nuevo inciso segundo del artículo 1195 los gravámenes impuestos a un asignatario de cuarta de mejoras puedan establecerse en beneficio no sólo del cónyuge, de uno o más descendientes, sino también de uno o más ascendientes del testador.

### **3. La libertad de testar conforme a la ley 19.585**

La ley que analizamos modifica el artículo 1184 del Código Civil sustituyendo los incisos segundo y tercero de dicho precepto en los siguientes términos.

La mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959 y las agregaciones que enseguida se

expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa.

No habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.

Este nuevo inciso adolece de un grave error de técnica legislativa. En efecto, de su tenor literal se infiere que no concurriendo legitimarios el difunto sólo puede disponer libremente de la mitad de sus bienes. Sin embargo, no cabe duda alguna que si el causante carece de legitimarios puede disponer a su arbitrio de todos sus bienes y no se advierte razón alguna para limitar su libertad de disposición a la mitad de los mismos, lo que sólo puede atribuirse a un error del texto legal, ya que lógicamente no puede sostenerse que se forma mitad legitimaria sin que concurren legitimarios.

A continuación, el nuevo inciso tercero agrega: "Habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones se divide en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios; y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio".

De este precepto se colige con claridad meridiana que se forma cuarta de mejoras toda vez que concurren en la sucesión descendientes, cónyuge o ascendientes.

De esta forma curiosamente, por una parte, se amplía la libertad de testar, en el sentido que al instituirse a los ascendientes asignatarios de mejoras se aumenta el abanico de personas a las que el causante puede efectuar asignaciones con cargo a dicha cuarta, pero por otra parte, se restringe considerablemente la libertad de disposición del difunto, por cuanto como expresara al comenzar este trabajo, habiendo descendientes, ascendientes o cónyuge, esto es asignatarios de cuarta de mejoras el causante sólo puede disponer a su arbitrio de la cuarta parte de sus bienes.

En Argentina, Vélez Sarsfield eliminó la mejora de manera expresa. Es así como el artículo 3605 del Código Civil establece: "De la porción disponible puede hacer el testador los legados que estime convenientes, o mejorar con ellos a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser distraída para mejorar a los herederos legítimos".

Resulta entonces curioso que, mientras en otros sistemas jurídicos se aboga por otorgar al causante mayor libertad de testar en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha demostrado, se la restringe cada vez más, precisamente a través de las mejoras.

Por lo demás esta institución ha sido criticada en el Derecho español del

que arranca su origen en los siguientes términos por Federico Puig Peña.<sup>5</sup>

Existen en nuestro Derecho algunas instituciones singularísimas e interesantes, pero que deben, no obstante ser sometidas a profundo estudio y atenta consideración para sí, con arreglo a los resultados de las mismas en la práctica, deben continuar dentro de nuestro Ordenamiento o, por el contrario, suprimirse o modificarse. Ello ocurre precisamente con la institución de la mejora que, a pesar de los elogios que ha recibido por parte de la doctrina española... no ha tenido un resultado de gran eficacia en el ámbito real de nuestro derecho sucesorio. Ya hay bastante que sospechar cuando en el resto del derecho comparado apenas sí se recoge este instituto jurídico; y cuando la línea histórica nacional no se encuentra uniformemente continuada. Las mejoras, en efecto, no se reciben en la mayoría de los derechos extranjeros y tan sólo alguno que otros Códigos sudamericanos dio entrada a las mismas, quizás por respeto y consideración al Código de la Ma-

dre Patria; de otro lado... la línea histórica nacional no se encuentra uniformemente continuada, pues los cuerpos legales más trascendentales en el Derecho castellano o lo silencian o le ponen profundas y graves cortapisas. Lo cierto es que la mejora castellana tiene defectos gravísimos muy difíciles de paliar: "Introduce el desamor y el odio entre los familiares al ver que muchas veces, sin una verdadera y justificada causa, resulta uno de ellos enriquecido en relación con la estricta cuota dejada a los otros".

Finalmente, pone en mano de los padres un instrumento de desigualdad filial que puede no moverse siempre por equitativas razones, sino a veces, por la misma pasión, el cariño extremado o incluso el mismo desafecto.

Estas palabras nos invitan a reflexionar ¿Se justifica esta institución en nuestro derecho sucesorio o por el contrario, dada la forma como se encuentra estructurada en el nuevo texto legal, debe ser erradicada del mismo?

---

<sup>5</sup> Puig Peña, Federico "Tratado de Derecho Civil Español", Vol. II, pág. 446, citado por Augusto César Bellucio en la ponencia presentada a las XIV Jornadas de Derecho Civil por la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. República Argentina, 20 al 23 de septiembre de 1993.