

**"Análisis de las Limitaciones a la Libertad de Testar en Chile: Instituciones  
Legales para Ampliar la Autonomía del Testador"**

**Tesina de la carrera de Derecho de la Universidad de Valparaíso  
Florencia Antonia Corvalán Guerra y Felipe Alejandro Gómez Sáez**

**Profesora guía: Muriel Sabioncello Soto  
Diciembre, 2023**

## Índice

Abstract.....	4
Introducción.....	4
Capítulo I: Sistemas sucesorios .....	6
1.    Sistema libre y sin libertad .....	6
1.1    Sistema de libertad de testar.....	6
1.2    Sistema que no contempla la libertad de testar .....	7
2.    ¿Qué sistema se identifica en el derecho sucesorio chileno?.....	9
Capítulo II: Sistema sucesorio en Chile .....	10
1.    ¿Cómo era la idea original de Andrés Bello? .....	10
2.    Diferentes modificaciones del sistema sucesorio chileno.....	11
3.    Sistema sucesorio vigente en Chile.....	12
3.1    Principios que rigen el sistema actual chileno .....	13
3.2    Conceptos fundamentales .....	16
4.    Análisis del Derecho foráneo.....	19
4.1    Costa Rica .....	19
4.2    España .....	22
5.    Críticas al sistema sucesorio vigente .....	24
Capítulo III: Formas de eludir la poca libertad para testar en Chile.....	28
1.    Análisis de la venta de nuda propiedad con reserva de usufructo.....	28
2.    Análisis de la constitución de sociedades .....	30
3.    Análisis de las donaciones .....	32
4.    Análisis de los actos simulados .....	36
5.    ¿Cuál es la solución a largo plazo?.....	39
5.1    Propuesta de derogación de la mejora.....	39
5.2    Propuesta de modificación a un sistema de libre disposición.....	42

Conclusión.....47

Bibliografía .....48

## **Abstract**

Frente al creciente uso de estrategias para eludir asignaciones forzosas y la continua evolución de la sociedad chilena, es necesario que el sistema sucesorio concebido en el siglo XIX, enfrente desafíos significativos en medio de las transformaciones socioculturales y económicas actuales. Se presentarán propuestas legales destinadas a brindar mayor libertad al testador, incluyendo la exploración de una transformación integral del sistema de legítima hacia uno basado en la libertad de testar. Este análisis examina las implicaciones y desafíos asociados, buscando un equilibrio entre asignaciones forzosas y libertad testamentaria en el contexto sucesoral chileno.

## **Introducción**

El Derecho Sucesorio, busca garantizar una distribución justa y ordenada de los bienes y propiedades de una persona después de su fallecimiento, se considera la voluntad del fallecido, como las disposiciones legales en ausencia de testamento. Nuestro sistema sucesorio, fue concebido en el siglo XIX para una sociedad específica marcada por una serie de características. En aquel entonces, las relaciones familiares y culturales estaban fuertemente influenciadas por las normas religiosas, la educación y desarrollo estaban limitados en su mayoría reservado para la élite, entre otras.

No obstante, en la actualidad, el sistema sucesorio se encuentra confrontado por desafíos significativos en medio de las transformaciones socioculturales y económicas experimentados por nuestra sociedad. Se vuelve necesario una revisión del sistema sucesoral en Chile, ya que la familia ha cambiado, la cultura se ha transformado, así lo observaremos a lo largo de este trabajo. Parte de nuestra doctrina considera que nuestro sistema se está quedando obsoleto en ciertos aspectos, principalmente por la restrictiva libertad a la hora de testar que prevalece en la actualidad.

Esta limitación en la libertad del testador a la hora de disponer de sus bienes ha dado lugar a la utilización de diferentes instituciones jurídicas para eludir las asignaciones forzosas con el fin de obtener mayor libertad a la hora de disponer de los bienes.

A continuación, analizaremos las estrategias más utilizadas para burlar las asignaciones forzadas consagradas por la restrictiva libertad de testar, y como la doctrina ha realizado diversas propuestas que abogan por soluciones legales para otorgar mayor libertad al testador en la disposición de sus bienes, incluso, la transformación completa de nuestro sistema de legitima a uno en base en la libertad de testar.

# Capítulo I: Sistemas sucesorios

## 1. Sistema libre y sin libertad

### 1.1 Sistema de libertad de testar

En este sistema las personas poseen libertad para disponer de toda o parte de su masa hereditaria, a favor de las quienes ellos deseen y realizando la distribución que aquellos determinen. La libertad de testar es un derecho con el que cuenta la persona, por tanto, puede o no ejercerlo. En caso de que decida no ejercer este derecho, se aplican las normas de sucesión intestada que rigen el sistema sucesorio (Barría, 2015, p.9).

Este derecho lo ejerce el testador a través del testamento, por lo que debe ser capaz de disponer de su patrimonio o parte de éste.

Principalmente, los países anglosajones son los que se rigen por este sistema, como es el caso de Inglaterra, Estados Unidos, Canadá. Sin perjuicio de que se puede encontrar en algunos países de Latinoamérica, como México y Panamá. Es posible encontrar una atenuación de la total libertad, estableciendo cierta protección a favor de personas en particular.

Este sistema no contempla una libertad absoluta a la hora de testar, sino que existen algunas limitaciones, como es en materia de alimentos.

Siguiendo al profesor Manuel Barría (2015), las características principales que se presentan en este tipo de sistemas son: no se encuentra la figura de desheredamiento; no existen acciones en defensa de algunas asignaciones. Además, es importante recalcar que no es el legislador quien le ordena a la persona que reserve parte de su patrimonio a ciertas personas en particular (p.9).

## 1.2 Sistema que no contempla la libertad de testar

Siguiendo al profesor Barría (2015), se subdistinguen dos clases de sistemas:

Es posible distinguir dos sistemas antagónicos a la libertad de testar. Uno de ellos proviene del derecho germánico (sistema de distribución forzosa o de reserva) y el otro del derecho romano (sistema de legítimas o de freno o de libertad restrictiva de testar). Cada uno de ellos tiene características que le son propias y es posible encuadrar diversas legislaciones dentro de cada uno de ellos (p.12).

### i. Sistema de distribución forzosa.

En este sistema es la ley la que asigna una porción de la masa hereditaria a ciertos parientes del causante. Más que un límite de la libertad de testar es un llamamiento legal al asignatario por una parte de la herencia.

Tampoco existe el término de desheredamiento ya que el causante no puede, por voluntad propia, privar al asignatario de tal cuota, esto ocurre sólo cuando se está ante causales de indignidad para suceder.

### ii. Sistema de libertad restrictiva de testar

En este sistema es la ley la que determina a la persona el deber de disponer una parte de los bienes de su patrimonio en beneficio de ciertas personas. Por regla general, se les llama legitimarios. El punto clave es que, a diferencia del sistema de sucesión forzosa, no tenemos un llamamiento legal, una delación legal del patrimonio de la persona o parte de él, sino que solamente se tiene la obligación de respetar a las legítimas.

Este sistema otorga a los legitimarios ciertas acciones que tienen la finalidad de rectificar o modificar el testamento, cuando estos ven afectados sus derechos a la hora de la apertura del testamento. Además, se caracteriza por incluir la institución del desheredamiento que, por cierto, está sujeta a ciertas causales, esto a diferencia del sistema de sucesión forzosa, el cual no contempla tal institución, debido a que el llamamiento del heredero a una porción de la masa hereditaria es legal.

Siguiendo al autor Manuel Barría (2015, p13.) en su libro *Asignaciones Forzosas y Libertad de Testar*, nos señala que este sistema de legítimas reviste dos modalidades:

a. Sistema de legítimas puro

La ley la que asigna y distribuye la cuota del patrimonio que le corresponde a cada legitimario. En estos casos, hay una porción que distribuida por ley y una parte de libre disposición del testador.

Dentro del derecho comparado, los países que contemplan este sistema son Argentina, Perú, Alemania, Suiza, entre otros.

b. Sistema de legítimas y mejoras

A diferencia del sistema anterior, la herencia se va a dividir en tres partes, la primera parte corresponderá a la legítima, la segunda parte será la mejora y la tercera parte es de libre disposición. En relación con este sistema de legítimas y mejoras, debemos nuevamente hacer una distinción:

i. Mejora que forma parte de la legítima

La herencia en este sistema consta de dos partes, por un lado, la legítima y, por otro lado, la parte de libre disposición. Generalmente, la legítima equivale a dos terceras partes de la herencia y el tercio restante es la parte de libre disposición, así opera este sistema en países como España y Puerto Rico, en los cuales, dentro de la parte de la legítima, encontraremos la legítima propiamente tal y la mejora. Mejora respecto a la cual, la persona puede disponer y distribuir como desee entre los asignatarios que impone la ley, es decir los legitimarios. Siendo esta la característica que lo distingue de aquellos sistemas en los cuales la mejora es una asignación diferenciada de las legítimas y de la parte de libre disposición.

ii. Mejora como una asignación diferenciada de la legítima y la parte de libre disposición

Este sistema, que se aplica en países como Chile, Colombia y Ecuador, es más conocido como "asignaciones forzosas", encontrándose en general los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, la porción conyugal, la legítima y la mejora. Dentro de estas asignaciones hay algunas que son consideradas un límite a la libertad de testar, como es el caso de la legítima y la mejora.

Además de lo ya señalado, en este sistema es posible identificar una parte de libre disposición, porción que dependerá de la legislación de cada país.

## **2. ¿Qué sistema se identifica en el derecho sucesorio chileno?**

Basándonos en lo que señalan diversos autores, podemos concluir que existen dos modelos sucesorios, uno que consagra la libertad de testar de la persona, a través de los pactos sucesorios, y una que limita tal libertad, a través de las leyes.

A raíz de esto, Chile se encuentra bajo un sistema de freno o de libertad restrictiva de testar, integrado por la legítima y la mejora.

## Capítulo II: Sistema sucesorio en Chile

### 1. ¿Cómo era la idea original de Andrés Bello?

Nuestro sistema se identifica con un modelo de libertad restrictiva de testar que cuenta con un sistema de legítimas y que ha pasado por diversas modificaciones a lo largo de los años, que serán expuestas más adelante. Sin embargo, es curioso e interesante señalar que Andrés Bello era más partidario de un sistema de libertad de testar que de un sistema de asignaciones forzosas. Esto se puede rescatar de una nota que hizo al proyecto de 1853, en la que señalaba que:

Las legítimas no son conocidas en la mayor parte de Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América; y tal vez no hay países donde sean más afectuosas y tiernas las relaciones de familia, más santo el hogar doméstico, más respetados los padres, o procurada con más ansia la educación y establecimiento de los hijos. (Bello, 1955, p.187)

A pesar de su intención, y luego del trabajo de la Comisión Revisora del proyecto del Código, se terminan incluyendo las legítimas dentro de nuestro sistema sucesorio, y se establecen las “Asignaciones forzosas” en el proyecto de 1853. Como se puede rescatar, aún no era materia de discusión la mejora ya que, el proyecto de 1853 contemplaba un sistema sucesorio mixto en el que se dividía la herencia en dos partes, por un lado, las legítimas y, por otro lado, la parte disposición del testador para que reparta a quiénes él estimara pertinente.

Pero, no bastó con sólo un límite a la libertad de testar a través del sistema de legítimas, sino que la Comisión Revisora decidió incorporar en el proyecto definitivo del Código Civil una restricción más amplia, al consagrar la cuarta de mejoras. Además, lo hace con una particularidad ya que, la cuarta de mejoras se hace a costa de la mitad que estaba determinada para libre disposición, y no como era en el sistema español, en el que se tomaba de la mitad que correspondía a las legítimas. Por tanto, se entiende que la cuarta de mejoras es una asignación forzosa independiente y autónoma de las legítimas.

Respecto esta materia, curiosamente, no se sigue al Código Civil francés como era de costumbre, instaurando un sistema restringido de la libertad de testar con las “Asignaciones Forzosas”, en su artículo 1167<sup>1</sup>.

## 2. Diferentes modificaciones del sistema sucesorio chileno

El panorama sucesorio actual se encuentra conformado por las transformaciones legislativas realizadas a lo largo del siglo XX. Las leyes N° 10.271, 18.802 y, sobre todo, la Ley N° 19.585 de los años 1952, 1989 y 1998, respectivamente, ilustran la evolución experimentada por el sistema sucesorio hasta nuestros días. La evolución está claramente caracterizada por la progresiva limitación de la libertad testamentaria del testador en nuestro país. Como se verá a continuación, en estas leyes, que constituyen hitos significativos que han configurado la actualidad del derecho sucesorio en Chile, en el cual se pueden observar cómo se va efectuando un cambio de mentalidad en materia sucesoral. Estas leyes han impactado en el sistema de asignaciones forzosas en Chile de la siguiente manera:

La primera reforma significativa en este ámbito surgió con la Ley N° 10.271, promulgada el 2 de abril de 1952. Esta ley introdujo modificaciones al artículo 1167, numeral 4 del Código Civil ampliando el grupo de beneficiarios de la cuarta de mejoras para incluir a los hijos naturales y sus descendientes legítimos.

Posteriormente, la Ley N° 18.802, promulgada el 9 de junio de 1989, introdujo una importante modificación al otorgar al cónyuge sobreviviente el estatus de asignatario de la cuarta de mejoras, previamente reservado solo en casos de insuficiencia de bienes para su sustento, siguiendo una lógica similar a las obligaciones alimentarias establecidas por ley.

El año 1999 entró en vigencia la Ley N° 19.585, reformó de manera profunda el sistema sucesorio en general, incluyendo las asignaciones forzosas. Respecto al cónyuge sobreviviente, eliminó la porción conyugal como asignación forzosa y lo incluyó como legitimario. En cuanto a la descendencia, eliminó la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos, garantizando igualdad plena en sus derechos hereditarios para todos los hijos sin distinción. Además, incorporó a los

---

<sup>1</sup> Artículo 1167 del Código Civil: "Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1°. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas; 2°. La porción conyugal; 3°. Las legítimas; 4°. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos"

ascendientes como beneficiarios de mejoras, así también agregó un mínimo garantizado para el cónyuge sobreviviente.

Finalmente, la ley N°20.830, que crea el Acuerdo de Unión civil, entró en vigencia en abril del año 2015, realizó una importante innovación en materia sucesoria, otorgándole a los convivientes civiles la calidad de herederos intestados, igualando sus derechos a los del cónyuge sobreviviente, es decir le otorga la calidad de asignatario forzoso.

### **3. Sistema sucesorio vigente en Chile**

Después de la ley N°19.585, el régimen sucesorio chileno no ha sufrido modificaciones, por tanto, el sistema que la mencionada ley implementa es el vigente al día de hoy. Por consiguiente, analizaremos a grandes rasgos los principios y normas que conforman nuestro esquema sucesorio.

Como bien mencionamos anteriormente, en Chile existe un sistema de freno o de libertad restrictiva de testar, compuesto por la legítima y la mejora, mejora que constituye una asignación forzosa independiente de la legítima. Así, nuestra legislación establece ciertas asignaciones obligatorias al testador que limitan o restringen su libertad de testar, las denominadas asignaciones forzosas, entendidas de la siguiente manera por el profesor Somarriva (2008): “las asignaciones forzosas significan lisa y llanamente que en nuestro país no existe libertad absoluta de testar, pues ella está limitada precisamente por estas asignaciones que el testador está obligado a efectuar” (p. 355).

Por consiguiente, es cierto que existe una parte de libre disposición para el testador, pero esta parte corresponde a un 25% de su patrimonio, es decir el testador en caso de que tenga legitimarios, solo tendría un porcentaje mínimo al momento de disponer de sus bienes.

Ahora bien, también existen diversas circunstancias en las que el testador tendría libertad para disponer completamente de los bienes que componen su patrimonio, estas situaciones son:

i. En ausencia de herederos forzosos. En este caso, si la persona carece de asignatarios para recibir alimentos, tampoco cuenta con asignatarios de legítimas o mejoras, estará facultado para disponer de la totalidad de sus bienes de manera autónoma y sin restricciones.

ii. En el supuesto de que el único heredero sea un ascendiente de la persona, en este caso la determinación de paternidad o maternidad debió ser establecida judicialmente contra la oposición del padre o madre correspondiente, tal como establece el artículo 1182 del Código Civil.

iii. Otra circunstancia de libertad de disposición, sucede cuando el único legitimario es el cónyuge sobreviviente. En esta circunstancia es necesario que el cónyuge sobreviviente haya provocado una separación judicial por culpa suya, así lo determina el artículo 1182 del Código Civil, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 35 de la ley N°19.947, que regula el Matrimonio Civil.

iv. El testador también tendrá completa libertad para disponer de la totalidad de su patrimonio en el caso en que existan asignatarios forzosos, pero que hayan sido desheredados. El artículo 1207 del Código Civil establece que el desheredamiento es una disposición testamentaria que implica la privación total o parcial de la legítima. En este caso, al no haber asignatarios forzosos porque fueron desheredados, no se forma la legítima. Por tanto, el testador podrá disponer libremente de la totalidad de sus bienes.

### **3.1 Principios que rigen el sistema actual chileno**

Haremos un breve análisis a los principios esenciales que rigen en el sistema sucesorio chileno al día de hoy, principios que pueden parecer bastante generales, no obstante, se ven reflejados en disposiciones concretas en el Código Civil chileno. Para aquello seguiremos la enumeración de los principios esenciales realizada por Domínguez y Domínguez (2011, p. 46-127).

- Continuidad de la persona del causante;
- Unidad del Patrimonio
- Igualdad en el Derecho Sucesorio;
- Protección a la familia; y
- Libertad de testar restringida

### 3.1.1 Continuidad de la persona del causante

Nuestro código consagra la continuidad de la personalidad *de cuius*, por parte de sus herederos, esto quiere decir que se produce la subrogación personal respecto de todos sus derechos y obligaciones transmisibles desde la delación de la sucesión.

Para los profesores Domínguez y Domínguez la subrogación (2011):

No se quiere significar que el heredero sea, en realidad y técnicamente, un representante, es decir, una persona que actúa en lugar y a nombre de otro. Lo que se ha querido expresar es que el heredero sucede más bien en la personalidad jurídica del *de cuius* que en sus bienes. En otros términos, que los bienes lleguen al sucesor como consecuencia de ser el continuador en la personalidad jurídica del causante. Ello explica la responsabilidad personal e ilimitada del heredero por las obligaciones hereditarias y testamentarias del autor. (p.46)

Así, este principio es sumamente relevante en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que resguarda aquellas personas que hayan celebrado un contrato con el causante antes de su muerte; y sin este principio, entenderíamos que la muerte pone fin a todos los actos celebrados por el causante en vida, el acto de contratar se volvería una actividad sumamente arriesgada.

### 3.1.2 Unidad del Patrimonio

Este principio de unidad del patrimonio se puede examinar desde dos perspectivas, la primera respecto de los bienes, consagrada en el artículo 981 del Código Civil, y la segunda sobre la legislación aplicable, establecida en el artículo 955 del Código Civil.

Resulta bastante lógico que, si entendemos la sucesión como una única unidad y no como múltiples masas separadas, exista un solo procedimiento que determine la transmisión del patrimonio completo del causante para sus asignatarios. Así se desprende el mencionado artículo 955, el cual determina que la sucesión en los bienes tiene lugar en el momento de la muerte de la persona, y en el último domicilio de ésta. Domicilio que, a su vez, fija las reglas a las que se deberá someter la correspondiente sucesión. (Domínguez y Domínguez, 2011, p. 102).

### **3.1.3 Igualdad en el Derecho Sucesorio**

La igualdad es de los principios fundamentales del Derecho sucesorio chileno, la cual tiene dos puntos de vista. En primer lugar, debemos remitirnos al artículo 982 del Código Civil, que dispone que la sucesión no se atiende ni al sexo ni a la primogenitura al momento de establecer las porciones correspondientes a los herederos. Del mismo modo, “se completa con la igual división de la herencia entre los parientes de un mismo grado” (Domínguez, R, 2006, p. 481). En segundo lugar, este principio toma gran importancia en relación a las diversas formas de división en los órdenes sucesorales, así también en la distribución de las asignaciones forzosas, en la formación de los acervos imaginarios. Es decir, este principio consagra la reciprocidad en la formación de los órdenes sucesorales, donde la ley llama a todos los asignatarios en igualdad de condiciones.

### **3.1.4 Protección a la familia**

Existe una estrecha conexión entre el Derecho de Familia y el Derecho Sucesorio. Bien sabemos que este principio de protección a la familia es el principio rector para restringir la libertad de testar, debido a que se considera en el Derecho Sucesorio la existencia de una función protectora de la familia, lo cual se manifiesta a través de las asignaciones forzosas, donde todo el sistema de legítimas y mejoras se fundan gracias a este principio (Domínguez, R, 2006, p.482). Por lo que, al día de hoy, lejos estamos de considerar la transmisión del patrimonio como una simple asignación de derechos y obligaciones, sino que, la mencionada transmisión debe contribuir a los fines de la institución familiar.

Cabe destacar que, este principio ha experimentado transformaciones significativas desde la promulgación del Código Civil. Su permanencia es innegable en la actualidad, y como analizaremos brevemente en nuestra investigación, sigue siendo uno de los principales que se utiliza para justificar las restricciones a la libertad de testar, aun cuando la realidad familiar actual difiere enormemente para la cual fue concebida.

### **3.1.5 Libertad de testar restringida**

Este principio es concomitante al principio de protección a la familia. Como se mencionó anteriormente, el sistema sucesorio en Chile impone restricciones a la libertad testamentaria, donde se establecen asignaciones forzosas que el causante es obligado a respetar cuando ciertas personas concurren a la sucesión.

En el marco de nuestra legislación, el sistema legal chileno no asigna automáticamente una parte de los bienes hereditarios a los beneficiarios forzoso, en lugar de ello, implementa medidas legales destinadas a resguardar estas situaciones

Una de estas herramientas es, el artículo 1216 del Código Civil establece la acción de reforma de testamento en nuestro ordenamiento para que los legitimarios protejan sus derechos en caso de posibles violaciones a las asignaciones forzosas, que pudiera llegar realizar el testador en su testamento.

En caso de que los asignatarios forzosos sean perjudicados por la distribución realizada por el testador, se les otorga la facultad de solicitar la reforma de testamento en la porción que afecta su legítima.

Otro mecanismo de protección es la creación del primer y segundo acervo imaginario, acompañado, como se verá más adelante, de la correspondiente acción de inoficiosa donación, acción la cual permite a los asignatarios forzosos afectados, compensar las liberalidades excesivas realizadas por el causante hacía terceros u otros herederos.

## **3.2 Conceptos fundamentales**

### **3.2.1 Asignaciones Forzosas**

Corresponde a una de las dos asignaciones por causa de muerte, y son definidas por el artículo 1167 del Código Civil 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”, y son:

- 1° Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas;
- 2° Las legítimas;
- 3° La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge.

El artículo precedente desprende que, en caso de haber disposiciones testamentarias que no permitan, en su totalidad o en parte, el cumplimiento de las asignaciones forzosas, por ley se reformará el testamento y se reducirán las asignaciones testamentarias para dar cabida a las asignaciones forzosas. El fundamento de las asignaciones forzosas es limitar la libertad de testar y así proteger el interés de la familia del testador, respecto el patrimonio que habría ayudado a crear, ya que, como señala Manuel Barría (2015): “todos los miembros de la familia han contribuido a formar el patrimonio de la familia” (p.112).

### **3.2.2 Legítimas**

Nuestro Código Civil define la legítima en el artículo 1181: “Es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Los legitimarios son por consiguiente herederos”.

Como señala el artículo precedente los legitimarios son herederos, esto se debe a que la legítima corresponde a una “cuota” de los bienes del causante, y los herederos son aquellos que suceden en una cuota los bienes, derechos y obligaciones transmisibles. Así también lo indica Claro Solar (1979): “Las personas a quienes la ley asigna la legítima se llaman legitimarios, como asignatarios que son de esta cuota de la herencia; y los legitimarios son por consiguiente herederos” (p.165). Además de herederos, en virtud del artículo 1167 del Código Civil, los legitimarios son asignatarios forzosos.

Por tanto, la legítima se entiende como una asignación de herencia. Incluso, la doctrina mayoritaria define a las legítimas como la asignación forzosa por excelencia y base del sistema sucesorio chileno.

Los legitimarios, según lo dispuesto en el artículo 1182 del Código Civil, después de la reforma con la Ley N°19.585, son:

- 1° Los hijos, personalmente o representados por su descendencia;
- 2° Los ascendientes, y
- 3° El cónyuge o conviviente civil sobreviviente.

### **3.2.3 Cuarta de mejoras**

El Código Civil chileno no define la mejora, pero, de su nombre se puede entender la mejora como una asignación mediante la cual el testador “mejora” o beneficia a uno o más asignatarios. En virtud de lo señalado en el artículo 1167 del Código Civil, los asignatarios forzosos de la cuarta de mejoras son los descendientes, ascendientes o cónyuge o conviviente civil sobreviviente.

De lo anterior, se desprende que no siempre los legitimarios son asignatarios de las mejoras. Incluso, se podría llegar a mejorar a un nieto estando su ascendiente vivo.

En Chile, la mejora es una asignación forzosa que corresponde a la cuarta parte del patrimonio del testador, cuota que podrá destinar a cualquiera de los asignatarios forzosos que desee. Algunos autores de la doctrina más moderna la consideran una asignación semi forzosa porque su asignación es por voluntad del testador, esto es, puede o no disponer de la cuarta de mejoras para beneficiar a los asignatarios que dispone la ley (descendientes, cónyuge sobreviviente y ascendientes). Sin embargo, en caso de no haber manifestación del testador respecto la cuarta de mejoras, ésta acrece la legítima, por tanto, de todas formas, beneficia a las personas que indica la ley y no es decisión del testador. Aunque se podría, a simple vista, entenderla como una ampliación a la libertad testamentaria porque no siempre deben beneficiarse a los asignatarios de la cuarta de mejoras, esta es superficial ya que restringe la posibilidad de beneficiar personas que el testador desee y no estén contempladas por el Código Civil. Además, de haber una amplia similitud entre los asignatarios de legítimas y aquellos beneficiados por la cuarta de mejoras.

La mejora es una institución más particular que se encuentra en algunos sistemas, a diferencia de la legítima, que se encuentra en todos los sistemas de libertad restringida de diferentes formas.

### **3.2.4 Cuarta libre disposición**

Es aquel porcentaje de la masa hereditaria que el testador puede disponer de manera libre y distribuirla entre las personas que éste desee. A pesar de poder distribuirlas con libre albedrío, en caso de no poder cumplirse con las reglas generales de las asignaciones forzosas, se recurrirá a la cuarta libre disposición para suplir lo faltante.

Los profesores José Luis Pérez Lasala y Graciela Medina (1992) definen la libre disposición como aquella “parte de que el testador puede disponer aun cuando hay legitimarios” (p.11)

#### **4. Análisis del Derecho foráneo**

A continuación, haremos una breve comparación con el derecho comparado, específicamente con Costa Rica y España.

La elección de Costa Rica se debe a que se inspiró, principalmente, en el Código Civil francés al igual que Chile. Sin embargo, han tenido un desenlace completamente diferente y parece interesante hacer tal comparación. Por otro lado, España es una de las potencias del Derecho en general debido a su historia y trayectoria, además de mantener una regulación similar a la que tiene Chile hoy en día.

##### **4.1 Costa Rica**

Costa Rica, al igual que Chile, ha atravesado varias modificaciones a lo largo del tiempo respecto a su sistema sucesorio para llegar al sistema que regula la sucesión hoy en día.

Antes de que se dictara el primer Código de Costa Rica, este país se regía por la legislación española, específicamente Las Siete Partidas. En el año 1841 entró en vigencia el primer Código propio de Costa Rica, el Código General de Carrillo que, en materia sucesoria, se regía por un sistema de legítimas, es decir, con restricciones a la libre disposición de los bienes. En palabras del abogado costarricense Brenes Córdoba (1929), este sistema “se inspiraba en el antiguo concepto de que el patrimonio más bien pertenecía a la familia que al causante, a pesar de tener éste en vida la libre disposición de los bienes...” (p.283), quien defendía que era incorrecta la aplicación de este sistema.

Luego, cuarenta años después, en 1881, se promulga la “Ley de Sucesiones”, la cual consagra y regula un sistema de libertad testamentaria. El artículo 21 de la ley señalaba: “Toda persona que esté en la plena posesión de sus derechos civiles, puede disponer libremente de sus bienes por acto de última voluntad, sin más reservas que los siguientes artículos determinan”. Sin embargo, establecía algunas obligaciones para el testador, las que consistían en dejar asegurada la manutención de los hijos

hasta la mayoría de edad y la enseñanza primaria. Además, el testador debía asegurar la subsistencia de los padres y cónyuge sobreviviente en caso de que éstos no tengan bienes propios suficientes.

A pesar de estas leves y mínimas exigencias, se instauró el sistema de libertad testamentaria en Costa Rica, dejando de lado y dando por superado el sistema de legítimas.

Pocos años después, en 1888, entró en vigencia el Código Civil de Costa Rica, vigente hasta el día de hoy, que confirma el sistema de libertad testamentaria, de una manera más amplia y exacta. En el actual artículo 595 del texto legal señalado, se plasma la libertad a la hora de testar que rige al país hoy en día:

“El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor, y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten. Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero sólo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos. Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimentos”.

Como se puede identificar, el sistema sucesorio actual de Costa Rica reconoce y consagra la libertad testamentaria a toda persona respecto sus bienes, siendo posible identificar una sola “limitante” a la libertad de testar, limitante que la doctrina discute si efectivamente es así o si no corresponde a una restricción a la libertad.

Por tanto, siempre y cuando el causante haya otorgado de manera válida un testamento en el que distribuye sus bienes de manera libre, se aplicarán tales disposiciones, si no, serán aplicadas las reglas de sucesión intestada que rigen en el ordenamiento jurídico costarricense. Así, protegiendo la autonomía de la voluntad que se les reconoce a las personas en vida para que, a pesar del fallecimiento, puedan disponer de manera libre, el destino de sus bienes. Esto, con el fin de proteger la voluntad e intenciones de la persona de disponer de sus bienes de manera libre, tal como puede hacerlo sin limitaciones mientras esté vivo.

Como se señaló anteriormente, el artículo 595 del Código Civil costarricense es el que establece el sistema de libertad testamentaria, sin embargo, hay una discusión doctrinal que se mantiene a lo largo del tiempo sobre si esta disposición legal es una limitación a la libertad a la hora de testar o no, ya que establece la necesidad de que el testador “deje asegurados los alimentos” de sus hijos por un tiempo determinado, según la edad de éstos y si tienen alguna discapacidad que impida valerse por sí mismo; como también debe “asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten”.

Es importante recalcar que el testador está obligado a cumplir con tal exigencia siempre y cuando los beneficiarios no tengan suficientes bienes para cubrir éstos mismos los alimentos o manutención, dependiendo del beneficiario. Sin embargo, en caso de ser exigible, debido a la insuficiencia de bienes de los beneficiarios y el testador no cumpla con su obligación, este mínimo requisito legal, se aplicará la misma regla utilizada por los sistemas de legítimas en los que se recurrirá a lo dispuesto por el testador de manera libre, para suplir lo faltante para cumplir con su obligación por ley.

Ahora bien, respecto a la interrogante sobre si el artículo 595 del Código Civil de Costa Rica es o no una limitación a la libertad testamentaria, la doctrina se encuentra dividida. Gran parte de la doctrina es partidaria que sí consiste en una limitación al testador para distribuir sus bienes y que, efectivamente, no existe una libertad absoluta para testar.

Por otro lado, hay parte de la doctrina que interpreta el artículo 595 del Código como una continuidad a la obligación respecto los alimentos que debe el testador a ciertas personas por la calidad de éstas, como son sus hijos, cónyuge y padres. Lo que defiende esta parte de la doctrina es que esta disposición normativa simplemente protege a ciertas personas, otorgándoles una tutela jurídica al asegurar su manutención en caso de ser necesario por su vínculo familiar con el testador y que, no por eso, aquellas personas son herederos o asignatarios forzosos y mucho menos otorgar a esta obligación alimentaria la calidad de legítima. Uno de los autores quienes defienden o defendieron esta postura respecto Francia fueron los abogados George Ripert y Jean Boulanger (1965), quienes señalaron:

La obligación alimentaria supone que un pariente esté en necesidad. Ahora bien para la atribución de la legítima no se tiene para nada en cuenta la situación de la fortuna de los herederos.

Además es posible ser acreedor de alimentos sin venir a la sucesión del deudor en calidad de heredero forzoso (p.229).

A pesar de la discusión alrededor del artículo 595 del Código Civil de Costa Rica, se puede concluir que los ciudadanos del país cuentan con una amplia libertad para disponer y distribuir sus bienes, con una mínima obligación alimentaria a ciertas personas.

## 4.2 España

El Derecho Civil español ha atravesado un sinfín de modificaciones a lo largo del tiempo y, como ha sido influencia en la creación de diversos ordenamientos jurídicos, a su vez estuvo influenciado de otros sistemas, como es el sistema germánico y sistema romano.

No es pertinente, para la materia de estudio, hacer un análisis profundo del surgimiento y evolución del derecho sucesorio español. Sin embargo, procederemos con una explicación sintetizada de su historia.

En la época de las recopilaciones se comienzan a consolidar ciertas instituciones jurídicas en ciertas zonas de Derecho foral y del Derecho de Castilla, siendo este último el que se comenzó a llamar Derecho común. En el reino de Castilla existieron varios fueros que tuvieron gran influencia en el Derecho castellano, como el fuero de Soria, Cuenca y el de Sepúlveda en el que, cada uno, se reflejaba una interpretación respecto la sucesión, sin embargo, coincidían en que la masa hereditaria debía mantenerse en los hijos, sin derecho a desheredar o distribuir entre otras personas.

El reino de Castilla, al pasar los años, comienza a evolucionar hacia un sistema romano e incorpora instituciones, como el testamento, legítima de cuantía fija, etc. Además, comenzó a surgir más flexibilidad a la hora de distribuir los bienes, dejando de lado la exclusividad a los hijos.

Hasta que llegamos a las conocidas “Siete Partidas”, Código promulgado en el siglo XIII. Con esta normativa, se pretendía instituir las legítimas, proteger al legitimario en caso de no recibir lo que le corresponde por ley, además de extender los legitimarios por ley a los ascendientes y hermanos (Padín, 2013, p.56).

Muchos años después, en el siglo XIX, comienza la codificación en España, con el objetivo de ordenar sistemáticamente la sociedad a través de normas. Hubo muchos intentos de lograr un Código Civil pero no se lograba de la forma que buscaban. Incluso, entre los años 1836 y 1851, hubo una confusión sobre qué perspectiva seguir respecto a la materia sucesoria, ya que hubo proyectos de Código que se guiaban más por una postura francés, pero al final, en el proyecto de 1851, se decide continuar por la tradición del derecho castellano. Respecto a este último proyecto de Código, no se lleva a cabo su promulgación.

Con la base del proyecto de Código de 1851 y con la historia que atravesó la legislación española, se busca lograr lo que fue la Ley de Bases de 1888, que comprime toda influencia y tradiciones de los foralistas y unificadores en un solo Código Civil. Debido a esto, se sabía que sería un gran desafío lograr superar los obstáculos de tener que complementar dos influencias completamente diferentes para un mismo Código.

En el proyecto de la Ley de Bases se determinaba que la masa hereditaria se dividiría en tres partes iguales: una parte sería legítima de los hijos, otra parte que podrá ser distribuida entre los hijos de la manera que el testador desee, y la tercera parte podrá ser distribuida de manera libre. Esta disposición, a pesar de discusiones, fue aprobada sin ninguna modificación. De esta manera, el Código Civil contiene un sistema sucesorio híbrido al combinar posturas foralistas como posturas del Derecho castellano, esto es, en algunas disposiciones es un sistema más restringido y limitado, y por el otro, es más flexible (Padín, 2013, p.60).

De manera resumida, el Código Civil español, defiende a la legítima y sus herederos forzosos prohibiendo cualquier gravamen, ya sea de otros herederos o del mismo testador, que los perjudique. Además, como otros ordenamientos jurídicos, este Código implementa el mecanismo de reducción a otras disposiciones testamentarias en caso de que no se logre cumplir con las exigencias de las legítimas con los bienes del testador, por haber sido distribuidos entre otras personas que no son asignatarios forzosos.

Sin embargo, el sistema sucesorio y las legítimas no han estado libres de modificaciones y han sido materia de reformas a lo largo de los años, las que han llevado al sistema sucesorio español a lo que es hoy.

Hoy en día, el derecho sucesorio se regula en los artículos 657 a 1087 del Código Civil español, son herederos forzosos los descendientes respecto sus ascendientes y, en caso de que falte el primer grupo, serán los ascendientes, y de igual forma, lo son el cónyuge sobreviviente. Por tanto, se entiende que España, al igual que Chile, se rige por un sistema de libertad testamentaria restringida, pero a diferencia de nuestro país, en España la asignación de la mejora se encuentra comprendida dentro de las legítimas.

## 5. Críticas al sistema sucesorio vigente

Como se puede observar, la legislación chilena desde sus inicios ha seguido un modelo de libertad restrictiva de testar. Si bien es cierto que han existido reformas legales que modifican ciertas denominaciones, como la figura del cónyuge del sobreviviente, o que amplían la cantidad de asignatarios, también es cierto que no ha existido una reforma a la legislación nacional que actualice las normas de la sucesión hereditaria, entendiendo que la sociedad chilena ha cambiado y que el sistema sucesorio actual fue ideado para una sociedad completamente diferente. Son varios académicos que apoyan esta crítica, Susana Espada Mallorquín (2021), considera que:

Se han producido cambios sociológicos en la estructura familiar y en los roles de género, en las relaciones personales y afectivas entre padres e hijos...

También existen cambios de carácter económico, desde la configuración del patrimonio y el fundamento de su transmisibilidad a determinados familiares, en la protección de las empresas familiares. Todos estos cambios deberían motivar reformas sucesorias profundas, salvo que queramos ser testigos pasivos de la obsolescencia del derecho sucesorio (p.113).

Así también, Ramón Domínguez Águila (2006), en su artículo sobre los principios del derecho sucesorio en el Código Civil, nos remarca que ciertas realidades no se pueden ignorar. Hoy en día, el promedio de vida de los chilenos es cercano a los 80 años. Además, el matrimonio dejó de ser la única fuente como institución generadora de familia y, cómo estos cambios hay muchos. Por tanto, es pertinente cuestionarnos si, ¿Está el sistema sucesoral creado para la realidad del siglo XIX capacitado para responder lo que nuestra sociedad actual requiere? (p.491)

El sistema sucesorio vigente ha sido objeto de diversas críticas y debates por parte de expertos abogados y académicos, las cuales serán analizadas brevemente para entender por qué la sociedad requiere que haya una reforma en nuestra legislación sucesoral.

En primer lugar, una de las críticas más compartida entre los abogados y académicos, es la gran rigidez presente en las normas que regulan el derecho sucesorio chileno, rigidez que imposibilita la adecuación de las normas a la realidad chilena, la cual ha atravesado innumerables cambios culturales, sociales y económicos.

Dentro de los cambios en la sociedad chilena, que producen la necesidad de modificar las leyes sucesorales, podemos encontrar de tipo normativos, socioeconómicos y socioculturales. A continuación, nombraremos algunos de los cambios que ha atravesado Chile.

Por un lado, como cambio normativo en, tuvo lugar la entrada en vigencia de la Ley 18.802, la cual introdujo una reforma respecto la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal ya que, antes de dicha ley, se le consideraba como relativamente incapaz y, actualmente, es absolutamente capaz. Además, con la promulgación de la Ley de Filiación N°19.585, se igualó el trato y derechos de los hijos legítimos y naturales, esto es, entre los que nacieron dentro o fuera del matrimonio de sus padres.

Otro cambio normativo que es importante rescatar es la promulgación de la Ley 20.830, la que crea el Acuerdo de Unión Civil, contrato por entre dos personas, sin distinción de sexo, que da lugar al estado civil de conviviente civil. Esta Ley se creó con el fin de combatir la desprotección de las personas que tenían relaciones de convivencia, ya sean de igual o diferente sexo, ya que no existía una legislación que los protegiera. Respecto algunas materias, como es el caso del Derecho Sucesorio, se aplican los mismos derechos que le corresponden al cónyuge sobreviviente, al conviviente civil, ya que no tendría fundamento alguno que este último se encuentre desprotegido una vez fallecido su conviviente civil, mientras que al cónyuge sí se le otorga una amplia protección.

Por otro lado, y desde un punto de vista más sociocultural, podemos identificar una mejor cobertura de los servicios de salud, mejoras en la salud y mejores condiciones sociales y culturales, que

han provocado un aumento en la expectativa de vida de las personas en Chile, que puede llegar en 2025 a los 77 años en el caso de los hombres, y 83 años en el caso de las mujeres, según las estadísticas del Instituto Nacional de Estadísticas, Proyecciones y Estimaciones de Población. Este aumento en la expectativa de vida se refleja en que la descendencia del causante ya no será menor de edad, por lo que no se encontraría en una situación de necesidad para tener que recibir una cuota del patrimonio de sus padres. Hoy en día, generalmente, la descendencia, al momento de fallecer sus padres, se encuentra transitando la vida adulta y con una familia propia ya formada.

De igual forma, hay un aumento progresivo en la participación de la mujer en el mundo laboral, desde el punto de vista del espacio público, lo que potencia su autonomía e independencia, además de incrementar los ingresos familiares. En América Latina, según las cifras entregadas por Cepalstat, entre el año 1990 a 2013, se logró un incremento del 50%, y en los últimos años ha logrado un constante de 54%, según indica un estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas de Chile llamado “Mujeres en Chile y Mercado del Trabajo”. Este incremento en la participación laboral de la mujer tiene origen en distintos factores y que, a su vez, son cambios culturales, como el aumento de años de escolaridad de las mujeres, disminución de la tasa de fecundidad, etc.

Por tanto, una de las críticas hacia nuestro sistema sucesorio vigente es que, a pesar de los cambios normativos y socioculturales que ha atravesado la sociedad chilena, nuestro Código ha otorgado más rigidez a ciertas disposiciones. Como señala Ferrara (1961), “A medida que un pueblo se desarrolla y sus relaciones se hacen más extensas y complicadas, el derecho, que permanece fijo e inmóvil, resulta pronto inadecuado para regular aquel conjunto de relaciones variadas” (p.89).

Otro fenómeno que sucede en Chile y que, refleja una crítica a nuestro sistema sucesorio es que, las personas no utilizan el mecanismo del testamento para disponer de sus bienes antes de fallecer. Dentro de las razones por las que éste fenómeno sucede es por la complejidad que puede tener el proceso para personas que no gocen de conocimiento respecto el tema, como también, desde un punto de vista más social, a ciertas personas les causa rechazo el tener que “preparar” o “pensar” su muerte. Sin embargo, la razón principal del porqué no se otorgan muchos testamentos en Chile es la poca libertad para disponer de sus bienes y una cierta resignación a que las normas sucesoriales son las primordiales.

Otra crítica que se puede extraer al analizar el Derecho comparado es que, en el caso de éste, se ha ido haciendo un progreso y avance a una mayor libertad testamentaria, utilizando diversos caminos. Se puede identificar un aumento a la parte de libre disposición, la creación de nuevos pactos sucesorios para mantener el patrimonio del causante se ha mejorado la posición del cónyuge sobreviviente, entre otros.

Como señala Manuel Barría (2015), es preciso afirmar que:

El establecimiento de un nuevo sistema sucesorio le daría mayor vigorosidad a nuestro sistema jurídico. Proliferaría la cantidad de testamentos (que es la vía para disponer de bienes por causa de muerte); disminuiría la cantidad de negocios simulados que se celebran para burlar el sistema de asignaciones forzosas y se daría protección sucesoria efectivamente a las personas que realmente lo necesitan (p.97).

## Capítulo III: Formas de eludir la poca libertad para testar en Chile

La alta limitación que presenta la libertad de testar en Chile conduce con frecuencia a la utilización de estrategias para eludir las asignaciones forzosas, con la clara finalidad de aumentar la parte de libre disposición del futuro causante a la hora de disponer de su patrimonio. Estas estrategias pueden estar completamente dentro de los límites de la legislación actual, como lo son la creación de figuras societarias que, además, traen consigo un beneficio tributario para los futuros herederos. También encontramos la constitución de usufructos vitalicios como una estrategia elusiva que cumple con los límites legales. Sin embargo, se observan prácticas fraudulentas que están dirigidas a menoscabar la porción correspondiente a las legítimas, denominadas por la doctrina comparada como “fraude a la legítima”.

### 1. Análisis de la venta de nuda propiedad con reserva de usufructo

Es otro instrumento utilizado por las personas en Chile para que, de manera “lícita” logren eludir las asignaciones forzosas que impone el Código Civil a la hora de disponer de los bienes.

Para lograr comprender esta herramienta utilizada por muchos chilenos, hay que distinguir ciertos conceptos fundamentales:

i. **Dominio:** en este contexto, consiste en el derecho de propiedad pleno sobre un bien, esto es, la propiedad respecto el uso y disfrute de éste y la propiedad en sí misma. Por tanto, se divide en el usufructo y la nuda propiedad. El Código Civil lo define en su artículo 582 como: “El derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

ii. **Usufructo:** es aquel derecho de usar y disfrutar del bien que le pertenece a otra persona. El artículo 764 del Código Civil lo define como: “Un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible”.

Entonces, de la definición entregada, se desprende que el usufructuario tendrá derechos sobre el uso y goce del bien y, generalmente, será el encargado de la administración de éste. Además, será beneficiado por los frutos que provengan de aquel.

iii. Nuda propiedad: es aquella parte del dominio que otorga el derecho de propiedad sin el derecho de uso y disfrute (Manuel Barría, 2015, p.89). En virtud del artículo 582 del Código Civil, se entiende como la propiedad separada del goce de la cosa.

En Chile, es posible que las personas transfieran únicamente la nuda propiedad, caso en el cual el adquirente sólo adquiere aquella, y el tradente conserva la calidad de usufructuario, esto es, mantiene el uso y goce sobre el bien.

El usufructo, puede ser de carácter temporal, puede tener una duración de un periodo específico de tiempo, o de carácter vitalicio, esto es, que dure toda la vida del usufructuario, tiempo en el cual será quien tendrá el derecho de uso y goce del bien. Una vez finalizada la duración que se determinó, el derecho de uso y goce, estos derechos se consolidan al nudo propietario, quien adquiriría el derecho de propiedad pleno, esto debido a que ya contaba con la nuda propiedad, pero recién en ese momento obtuvo el derecho de uso y goce.

Ahora bien, relacionándolo como herramienta para eludir las restricciones a la libertad de testar que impone el legislador a las personas, lo que suele suceder es que, el futuro causante es el dueño de un bien, respecto al cual transfiere la nuda propiedad a quien desee beneficiar una vez fallecido, y que puede estar o no dentro de los asignatarios forzosos que la ley ampara, reservándose para él el usufructo vitalicio, esto es, mientras esté vivo será quien tiene el derecho de uso y goce del bien.

Una vez fallecido el causante, el nudo propietario obtendrá el derecho pleno respecto a la propiedad, quien tendrá la nuda propiedad y el derecho de uso y goce. Aquello tendría como consecuencia la ausencia de ese bien en la masa hereditaria que será repartida entre los asignatarios forzosos.

El hecho de que no ingrese el bien a la masa hereditaria conlleva dos consecuencias económicas que determina Manuel Barría (2015) la partición de la masa hereditaria será mucho más simple y menos costosa; además de que el bien es liberado del pago del impuesto a las herencias, esto porque, a pesar

de que el causante tuvo el objetivo de heredar un bien a una persona de interés, eludió las restricciones para disponer de sus bienes y los traspasa al beneficiario no como herencia (p.90).

Basándonos en lo expuesto, la venta de la nuda propiedad con reserva de usufructo es perfectamente lícita y no se incurre en ninguna ilegalidad para su realización. Sin embargo, los estudiosos del tema son conscientes que esta herramienta es utilizada para eludir y, de alguna manera, burlar las restricciones que tienen las personas para disponer de nuestros bienes una vez fallecidos.

## **2. Análisis de la constitución de sociedades**

Para adentrarnos en el análisis de la constitución de sociedades, debemos inevitablemente buscar confrontar las legítimas hereditarias y las sociedades comerciales, donde ambas son instituciones importantes del Derecho Civil y Comercial, respectivamente. Bien sucede, que ciertas estructuras societarias creadas por el Derecho Comercial se han convertido en el instrumento ideal para cambiar la titularidad de bienes, los cuales deberían ser transmitidos por causa de muerte, así la profesora Carina Inés Comito (2012, p.7).

Una táctica común implica que la persona aporte sus bienes a un nuevo patrimonio, creando una empresa en forma de sociedad comercial, en esta estructura, los bienes aportados constituyen el activo de la sociedad, mientras otros socios, posiblemente los hijos seleccionados por el constituyente o incluso terceros no relacionados se unen a la sociedad como beneficiarios excluyendo a otros herederos potenciales. Los terceros realizan aportes nominales para poder justificar su calidad de socios de la empresa. De esta manera, el futuro causante constituye una sociedad exclusivamente con alguno de sus hijos o bien terceros extraños, excluyendo a los futuros posibles legitimarios.

Ahora bien, ¿cómo se produce la afectación a la legítima de este modo? Lo que habitualmente sucede en estas situaciones es que la persona aportó sus bienes a la sociedad, teniendo él o bien los otros socios participaciones menores en la sociedad. Es en este punto en el que comienza la vulneración de la legítima, se produce en cuanto a la muerte de la persona, en rigor, debido a que antes de su muerte, el causante fue cediendo sus acciones o derechos a los otros socios, aumentando la participación de estos y disminuyendo la participación de él en la sociedad.

Por tanto, los herederos del causante al momento del fallecimiento de este no tendrán derecho sobre los bienes que haya aportado a la sociedad, debido a que estos bienes ya ingresaron al patrimonio social. No obstante, tendrán derecho a que se repartan entre los herederos las acciones que tenía el causante sobre la sociedad. Acciones que por lo demás, serán bastantes menores en razón de que, en vida, el causante fue cediendo sus respectivas acciones. Este fenómeno provocará que los herederos, si bien tendrán parte de los derechos en la empresa, es seguro que no tendrán la administración de tal empresa, debido a que los otros socios, tendrán un mayor porcentaje de acciones, que conllevarían un control sobre la sociedad, dejando a los legitimarios notoriamente perjudicados.

Daremos un ejemplo. Un padre de cinco hijos, el cual está viudo de su excónyuge madre de los cinco hijos, constituye una sociedad empresarial con dos de ellos, los otros tres no ingresan a la sociedad quedando fuera. El padre realiza un aporte a la sociedad con inmuebles, que equivalen a un 80% de las acciones de la sociedad. Los otros socios, sus hijos, realizan un aporte aparente de un 10% cada uno. Así, como mencionamos anteriormente, lo que sucede es que el padre comienza a ceder sus acciones y derechos a los otros socios, quedando finalmente cada hijo socio con una participación de 45% y el padre un 10%. Falleció el padre, no dispuso de la cuarta de mejoras, tampoco de la cuarta de libre disposición. Entonces sus derechos societarios deben dividirse entre los herederos, que en este caso serían los 5 hijos. Por consiguiente, los tres hijos herederos que no tenían participación en la sociedad tendrán un 2% de participación en la sociedad respectivamente y los otros 2 hijos que sí eran socios, tendrán ahora un 47% a cada uno y serán claramente quienes organicen y tomen las decisiones respecto de la administración de la sociedad.

Con este panorama, los hijos no socios verán notablemente afectada sus legítimas, quedando obligados a las decisiones que puedan tomar los administradores de la sociedad. Tal vez los hijos que tienen un 2% de participación quieran vender sus acciones, con el fin de obtener dinero y la libertad de utilizarlo como ellos quisieran, pero existe una dificultad en esta situación, respecto de encontrar compradores para esas acciones. Resultando casi imposible que un tercero quiera comprar las acciones, dado que la participación en la empresa es reducida. Por lo que, la única alternativa podría ser que uno de sus hermanos socios mayoritarios de la empresa, adquiera ese porcentaje mínimo de acciones, pero el precio de esa compraventa estaría supeditado a los que el socio mayoritario establezca, lo cual nuevamente es una infracción al derecho del legitimario.

Cabe mencionar, que el ejemplo anterior se está abarcando incluso el mejor de los casos posibles, ya que en nuestro ordenamiento la forma en como el socio se puede desprender de sus acciones va a depender del tipo societario que se esté utilizando por la empresa, siendo otro punto a tomar en cuenta para la posibilidad de vender sus acciones.

Como se puede apreciar, en Chile, es factible que la persona establezca sociedades con el propósito de eludir las asignaciones forzosas, especialmente las legítimas. Pero este fenómeno de constitución de sociedades con fin elusivo, también se encuentra presente en Argentina, esta herramienta se encuentra inmerso dentro del sistema de legítimas con asignatarios forzosos, lo que genera la utilización de las formas societarias. Precisamente en Argentina existe un amplio desarrollo doctrinal sobre esta materia, así la profesora Carina Inés Comito (2012), en su texto La protección de la legítima frente a la constitución o aprovechamiento de las sociedades comerciales, realiza una reflexión sobre lo negativo estas prácticas, señalando que:

Si bien entendemos, como lo hace gran parte de la doctrina, que las cuotas de legítima en nuestro país son demasiado elevadas, consideramos que no se puede permitir que las normas civiles que resguardan la legítima queden desplazadas por las normas del derecho societario y los herederos forzosos desamparados (p. 20).

Por consiguiente, esta conducta de usar sociedades para eludir las legítimas claramente representa una infracción a los derechos de los legitimarios, quienes se ven desfavorecidos por estas prácticas societarias. Esta repercusión no se puede ignorar, dado que es crucial recordar que las legítimas no son instituciones de tan solo interés particular, sino que en ellas se encuentra comprometido el orden e interés público.

### **3. Análisis de las donaciones**

Para comprender a las donaciones como herramienta para eludir las restricciones para disponer de los bienes que tiene una persona a la hora de testar, es importante comenzar con un breve análisis de las donaciones propiamente tal, sus clasificaciones y regulación.

Las donaciones están dentro de un sistema amplio, el de las liberalidades, entendiendo por éstas como la “disposición de bienes a favor de alguien sin prestación suya” (RAE), según la definición entregada por la Real Academia Española. Dentro del Código Civil podemos identificar varias liberalidades, como las asignaciones a título singular, respecto a la remisión, constitución del censo, las donaciones revocables e irrevocables, entre otros.

Las donaciones entre vivos, a pesar de ser un contrato no están reguladas en el Libro IV del Código Civil, sino que se encuentran reguladas en el Libro III, respecto a la sucesión por causa de muerte, esto se debe principalmente porque las donaciones son el otro modo de adquirir bienes a título gratuito, además de la sucesión por causa de muerte.

Respecto a su clasificación, pueden ser revocables o irrevocables. Las primeras, son aquellas que, como su nombre lo dice, se puede revocar al arbitrio del donante, mientras que las irrevocables son aquellas no pueden dejarse sin efecto por la única voluntad del donante (Somarriva, 2008, p.155).

De tales definiciones se puede identificar que la función de las donaciones revocables es similar a la que tiene un testamento, esto es, beneficiar gratuitamente a otra persona. Es especialmente importante ya que, como analizaremos más adelante, es utilizado con un carácter de legado preferente a algunas personas y, producen sus efectos una vez fallecido el donante. A diferencia de las donaciones irrevocables que, son un acto jurídico bilateral y producen sus efectos durante la vida del donante.

El Código Civil define la donación revocable en su artículo 1136 como “Aquella que el donante puede revocar a su arbitrio. Donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable; y donación entre vivos, lo mismo que donación irrevocable”. A su vez, en su artículo 1386 define a la donación entre vivos como “Un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta”.

Los efectos que producen las donaciones se deben distinguir según la donación de la que se trate. En el caso de la donación revocable hay que sub distinguir si es a título singular o universal.

Si es a título singular, la donación tendrá el carácter de legado anticipado y puede llegar a haber entrega en vida al donatario, el cual adquiere los mismos derechos y contrae las mismas obligaciones que un usufructuario. Entonces, de haber tradición, el donatario adquiere los derechos y obligaciones,

pero, no el dominio mismo de lo donado ya que esto se adquiere por sucesión por causa de muerte, una vez fallecido el donante. Por otro lado, la donación revocable a título universal sólo tendrá efecto una vez fallecido el donante.

En el artículo 1146 del Código Civil se dispone que las donaciones revocables pueden, de alguna manera, atacar o menoscabar las asignaciones forzosas. Sin embargo, es importante adelantar que las asignaciones forzosas priman por sobre las donaciones, como se analizará a continuación. Por otro lado, las donaciones irrevocables, mientras no excedan la cuota de libre disposición, no hay conflicto en la donación.

Una vez hecho un breve análisis de las donaciones de manera general, es momento de adentrarse al papel que tienen las donaciones como herramienta para eludir las restricciones a la libertad de testar. Como hemos expuesto a lo largo de la investigación, muchas personas no tienen el deseo de beneficiar con una cuota de su patrimonio a las personas que establece la ley como asignatarios forzosos, por lo que buscan una forma de poder “burlar” esta obligación y poder distribuir los bienes como desee.

Es en ese momento, que la porción del patrimonio que le corresponde a los asignatarios forzosos como legítima se ve menoscabada por las donaciones que realizó la persona antes de fallecer a quienes deseaba beneficiar. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, la porción correspondiente a la legítima se encuentra protegida y garantizada en caso de haber donaciones excesivas que perjudiquen la cuota correspondiente por ley; estas donaciones que exceden la cuota de libre disposición que tiene una persona, se llaman inoficiosas. Sin embargo, como señala José Luis Pérez Lasala (1992): “Aunque las donaciones aparezcan, *prima facie*, como inoficiosas, no se las reducirá mientras se pueda cubrir la legítima reduciendo las disposiciones testamentarias...” (p.47). Por tanto, no serán limitadas las donaciones que haga una persona en vida, pero si al fallecer el donante, las donaciones perjudican las legítimas correspondientes, se reducirán.

Sin perjuicio de lo explicado, es necesario retroceder un poco y comprender en qué momento y sobre qué se calcula la legítima. La masa hereditaria del causante se constituye de acervos, los cuales se clasifican en cinco clases. El acervo común, ilíquido, líquido y el primer y segundo acervo imaginario.

Una vez establecidos los tres primeros acervos, corresponde seguir con los acervos imaginarios, que están regulados en los artículos 1185 a 1187 del Código Civil, en caso de que la persona haya realizado donaciones a un legitimario o a un tercero. El objeto de ambos acervos imaginarios es proteger a los asignatarios forzosos de las donaciones que haya hecho el causante. En el caso del primer acervo imaginario, es respecto las donaciones hechas a otros legitimarios, y en el segundo acervo, respecto las donaciones hacia terceros, entonces, los acervos imaginarios tienen como resultado la reconstrucción de la masa hereditaria cuando el causante ha hecho donaciones, excediendo la cuarta libre disposición.

Ante esta lesión a la legítima, el legitimario afectado tiene ciertas acciones que puede ejercer contra tales donaciones. Si se lesionan otras legítimas, en el caso del primer acervo imaginario, existe la acción restitutoria, y si es el caso del segundo acervo, en el que un tercero es el donatario y el donante excedió su cuota de libre disposición, en su contra se puede ejercer la acción inoficiosa de la donación. Estas acciones reflejan lo que se señaló anteriormente, que las asignaciones forzosas priman por sobre las donaciones, esto es, por sobre los deseos de la persona.

La acción de inoficiosa donación procede cuando el testador realiza donaciones irrevocables a terceros que no son legitimarios (Barría, 2015, p.68). Esta acción tiene lugar en el llamado segundo acervo imaginario y, para que este acervo tenga lugar, se requiere que existan legitimarios al momento de hacer las donaciones y al momento de fallecer el testador, y que se trate de donaciones que se hicieron para un tercero, donaciones que resultan excesivas. Y podrá ser ejercida por los legitimarios contra los donatarios de una donación excesiva que hizo el causante a su favor.

A través de esta acción de inoficiosa donación se aplica el monto recuperado de la excesiva donación en la masa hereditaria que se vio afectada y que, a su vez, afectó a los legitimarios. Sin embargo, es fundamental señalar que puede subsistir la donación de forma parcial, toda vez que puedan ser cubiertas las asignaciones forzosas, y no sobrepase la cuarta libre disposición con la que cuenta el testador.

De lo explicado, se desprende que las donaciones pueden llegar a ser utilizadas como una herramienta para eludir las restricciones a la libertad testamentaria. Sin embargo y, a diferencia de otras

herramientas, cuenta con varios mecanismos para corregir lo realizado por el donante y así, proteger tanto las asignaciones forzosas como a sus beneficiarios.

#### 4. Análisis de los actos simulados

La simulación en nuestra legislación no cuenta con un concepto establecido, no obstante, tanto la doctrina nacional como la extranjera han logrado desarrollar un concepto general, así el profesor German Ovalle Madrid (2020), nos establece que:

El concepto de simulación se construye a partir del contraste entre el pacto escriturado y el conjunto de normas jurídicas aplicables a dicho tipo contractual específico. Así, las partes simulan el arrendamiento de un inmueble, pero en realidad han convenido un comodato o préstamo de uso gratuito (p.238).

Se logra inferir, que en general se trata de un contrato con ánimo de ocultar una real intención, por tanto, existe una divergencia entre la voluntad real y la voluntad declarada, consistiendo en una desvirtuación del contrato en forma voluntaria e intencionada, generando una desviación al régimen jurídico contractual aplicable.

Vinculando lo anterior a nuestra materia de estudio, la simulación se utiliza con la finalidad de burlar las asignaciones forzosas, específicamente a las legítimas. La práctica cotidiana es realizar una donación bajo la apariencia de una compraventa. La doctrina entiende que estamos ante un “fraude a la legítima”, así el Doctor en Derecho Eduardo Zannoni (2008) lo define este fraude como: “toda maniobra que, bajo la cobertura de un negocio jurídico que ostenta legitimidad formal, se concluye con miras a eludir las normas imperativas relativas a la legítima, en perjuicio, es obvio, de sus destinatarios: los herederos legitimarios” (p.211).

Complementando lo anterior la profesora Graciela Medina y el profesor José Luis Pérez Lasala (1992), en su libro Acciones Judiciales en el derecho sucesorio manifiestan que:

Estos casos que afectan la legítima, y que se agrupa bajo la denominación genérica de "actos en fraude de la legítima", son principalmente de dos tipos: actos simulados y actos reales efectuados

con el fin fraudulento de violar la legítima. En esta última hipótesis se habla en sentido estricto y propio de fraude de la legítima. A su vez, los actos simulados pueden implicar una simulación absoluta o una simulación relativa (p.53).

Es fundamental la distinción que señalan respecto de la simulación absoluta y la simulación relativa, clasificación reconocida ampliamente por nuestra doctrina y por nuestra jurisprudencia, así se ha fallado por la Corte Suprema en la sentencia Rol N°427-2004, el 20 de julio de 2006:

La doctrina distingue entre simulación absoluta y simulación relativa, concurriendo la primera cuando no existe voluntad de celebrar acto jurídico alguno y sólo en apariencia se realiza uno, que externamente tiene las apariencias de validez, pero, en realidad, no ha existido ningún acto. Se trata de un acto que, en el lenguaje de los antiguos juristas, tiene color, pero sustancia ninguna. En cambio, existe nulidad relativa cuando la voluntad de las partes es celebrar un determinado acto jurídico, pero en apariencia se efectúa otro diverso, para el cual no ha habido una real voluntad. En estos casos, al decir de los antiguos juristas, tiene color, pero la sustancia es otra.

En otro fallo más actual, señala la Corte Suprema en la sentencia Rol N°9699-2015, 20 de julio de 2016, que se pueden producir dos clases de simulación: “La simulación absoluta, cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real y que es solamente ficticio en su totalidad; y la simulación relativa, cuando se ha querido realizar un acto diferente del manifestado”.

Una vez analizada esta clasificación, corresponde adentrarnos a la situación de la acción de simulación en nuestro ordenamiento jurídico. Esta acción no cuenta con una regulación expresa, ha sido creada esencialmente por la doctrina y la jurisprudencia, no fue pensada realmente por el legislador como un modo de protección para los legitimarios. Sin embargo, debido a la trascendencia de las consecuencias que trae consigo, es que se ha vuelto a palabras del profesor Manuel Barría (2015): “Un instrumento eficaz para evitar lesiones a los derechos de los legitimarios” (p.81).

Ahora bien, es fundamental mencionar que en nuestro ordenamiento jurídico los legitimarios cuentan con una serie de acciones que buscan resguardar sus derechos en situaciones en que puedan ser afectados.

Una de esas acciones, es la llamada acción de inoficiosa donación, la cual tiene por finalidad restablecer los derechos que le correspondan a los legitimarios que se hayan visto perjudicadas sus legítimas, debido a ciertos actos a título gratuito que haya realizado la persona antes de su fallecimiento. Sin embargo, no existe una acción correlativa respecto de los actos onerosos que el causante haya realizado antes de su fallecimiento, lo cual a simple vista es bastante lógico, entendiendo que, a pesar de desprenderse de un activo de su patrimonio, recibe a cambio dinero, que se suma a su patrimonio. Por consiguiente, los derechos de los legitimarios no se verán afectados, ya que no existe una disminución de patrimonio.

El mecanismo de acción de los actos onerosos nos plantea de forma habitual el fraude a la legítima mencionado anteriormente en nuestra investigación. Esto sucede debido a que se recurre en reiteradas ocasiones a la utilización de negocios onerosos simulados con el propósito de dañar los derechos de los legitimarios, por tanto, ¿Que acción se ha de ejercer en estos casos?

Debemos diferenciar si estamos ante una simulación absoluta o una simulación relativa, siguiendo al profesor Manuel Barría (2015):

Si la simulación es absoluta, la acción a ejercer es la nulidad absoluta por falta de voluntad seria de querer obligarse, aun cuando también se ha sostenido que falta el objeto y aún se habría omitido la causa, o ella sería ilícita en el contrato (p.147).

Por otro lado, si nos referimos a la simulación relativa, nos enfrentamos a una situación más complicada, entendiendo que la declaración de simulación relativa busca revelar el verdadero acuerdo entre las partes, permitiendo analizar si el acto oculto cumple con los requisitos propios de un acto jurídico. En caso de no cumplir con los requisitos, se puede deducir la acción de nulidad para poder reparar los perjuicios derivados del acto simulado, por tanto, la acción a ejercer, continuando con el profesor Barría (2015): “Es la de nulidad absoluta del negocio simulado, aunque en algunos casos específicos se podría ejercer también la acción de nulidad relativa” (p.147).

## 5. ¿Cuál es la solución a largo plazo?

Si bien es cierto que, nuestro país a lo largo de su historia nunca se destacó por la utilización del testamento como medio para disponer de los bienes después de la muerte, esto se debe a una serie de factores psicológicos, morales, complejidad del mecanismo, etc. Pero consideramos que el factor más determinante para la baja utilización del testamento es la mínima porción de bienes que la persona puede disponer a la hora testar, la doctrina considera que justamente este factor de restricción a la libertad del testador, en palabras de Barría (2015): “hace que el causante va a recurrir a otras figuras, reconocidas por el Derecho, a objeto de disponer de sus bienes, tal como lo indicamos anteriormente a propósito de la simulación” (p.97).

No obstante, el desalentador panorama para utilizar este mecanismo, la doctrina se cuestiona: Cómo corregir esta situación para que el testamento vuelva a ser un instrumento que permita la disposición de bienes por causa de muerte a favor de legitimarios, como también a favor de quienes no lo sean. ¿Cómo evitar que los bienes se transmitan por actos más o menos simulados entre vivos? ¿Cómo devolver al causante la facultad de disponer libremente de lo suyo para después de sus días? (Rodríguez, 2020, p.366).

En Chile, a pesar de haber diversas propuestas para obtener mayor libertad de testar, hay dos principales ramas donde abogados y académicos coinciden en una posible y práctica solución ante las restricciones a la hora de disponer de nuestros bienes, impuestas por nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, y a nuestro parecer, la más “acertada”, la derogación de la cuarta de mejoras. Por otro lado, la modificación total del sistema sucesorio, convirtiéndolo en un sistema de libertad total para testar.

### 5.1 Propuesta de derogación de la mejora

Para los estudiosos de esta materia, es sabido que esta propuesta no es novedad, sin embargo, numerosos académicos coinciden que es la vía a través de la cual se puede lograr un equilibrio entre la protección a la familia del causante y, al mismo tiempo, respetar los deseos de éste de disponer de gran

parte de sus bienes libremente. Hoy en día, es prácticamente imposible que un testador pueda disponer de más de un cuarto de sus bienes a favor de las personas que éste desee ya que, para que esto suceda, no deben sobrevivirle al causante ningún legitimario ni asignatario forzoso.

En breves palabras, esta propuesta consiste en derogar la cuarta de mejorar y mantener a los legitimarios que actualmente poseen dicha calidad, como asignatarios forzosos. Tal como estaba propuesto en el Proyecto de Código Civil de 1853, hecho por Andrés Bello.

De este mismo Proyecto de Código Civil, se puede identificar que Andrés Bello no era partidario de un sistema restrictivo de testar. Incluso, no tenía intención de establecer a las legítimas como limitación a la libertad testamentaria. Sin embargo, como se revisó con anterioridad, accedió a la inclusión de las legítimas como asignaciones forzosas y así tener un sistema sucesorio mixto.

Este sistema mixto al que cede Andrés Bello por las presiones de la Comisión Revisora queda plasmado en una nota de Andrés Bello (1954) en la que señala:

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 romana, que al del Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Leyes de Toro. Se puede siempre disponer libremente, aun entre extraños, de la mitad de los bienes, pero se debe dividir la otra mitad entre los legitimarios (pp. 315-317).

A continuación, indicaremos algunas otras de las razones para preferir un sistema sucesorio mixto, además de la intención de otorgar más protección a las intenciones y deseos del causante. Por ejemplo, el escaso porcentaje de personas que otorgan testamentos, como quedó evidenciado en las estadísticas expuestas con anterioridad. Así lo indica el profesor Hernán Corral (2008):

Un buen incentivo para testar sería ampliar la libertad del testador para asignar sus bienes. Podría pensarse, por ejemplo, en suprimir la llamada cuarta de mejoras, y dejar una mitad de la herencia para los legitimarios y la otra mitad para la libre disposición del testador (p.10).

A través de la implementación de un sistema sucesorio mixto se lograría armonizar el amparo a los miembros de la familia del causante, así como los intereses de éste. El amparo y resguardo a los intereses del núcleo familiar se haría a través de la proporción original, propuesta por Andrés Bello, de un cincuenta por ciento de las legítimas, pero, al mismo tiempo, el testador tendría a su disposición el otro cincuenta por ciento de su patrimonio para distribuir a la o las personas que desee.

Por otro lado, ya no es posible identificar las razones por las que fue creada la mejora, ya no están presentes los fundamentos que en ese momento justificaron su implementación. El objetivo principal de las mejoras era “mejorar” a los descendientes, aumentando el monto que les correspondía por herencia, esto debido a la gran cantidad de hijos que tenían las personas para que así tuvieran mayor amparo económico. Sin embargo, a medida que iban pasando los años, las diferentes reformas a la regulación sucesoria, fueron incorporando más asignatarios de la cuarta de mejoras (Barría, 2015, p.166).

En principio, la Ley N°10.271 amplió el concepto de hijos naturales, incluyendo a los descendientes legítimos. Luego, la Ley N°18.802, incorporó al cónyuge sobreviviente. Por último, la Ley N°19585, incorporó a los ascendientes. Estas reformas no condicen con el fundamento original de protección y sustento a la descendencia del causante, logrando únicamente reducir y restringir más aún la libertad de testar. “Las reformas a la mejora desnaturalizaron su objetivo y la convirtieron en un límite a la libertad de testar de dudosa justificación” (Martinic, 2002, pp. 479-480).

Luego de un análisis de las principales razones para derogar las mejoras como solución a mediano plazo para obtener mayor libertad testamentaria, expondremos diversos y prestigiosos autores que son partidarios de implementar esta medida a pesar de no haber perdurado en el tiempo el sistema sucesorio mixto.

Un caso es el de la autora María Sara Rodríguez (2010), quien ha demostrado en varios escritos estar convencida y a favor de una reforma en nuestro sistema sucesorio a través de la derogación de las mejoras, así señala que: “Para remediar esta situación propongo la derogación de la cuarta de mejoras. Esto liberaría la mitad de la herencia para mejoras y disposiciones de libre voluntad; devolviendo a la legítima su proporción clásica de la mitad de la herencia” (p.433). Demostrando así, estar de acuerdo con la propuesta hecha por Andrés Bello.

Por su parte, María Dora Martinic (2002) tiene una postura más amplia pero que, de todas formas, demuestra estar de acuerdo con una reforma en las asignaciones forzosas impuestas por nuestro ordenamiento jurídico. Esto queda demostrado en uno de sus textos: “¿Se justifica esta institución [las asignaciones forzosas] en nuestro sistema sucesorio, o por el contrario, dada la forma en que se encuentra estructurada, debe ser erradicada del mismo en pos de una mayor libertad de disposición por parte del difunto?” (486).

Por último, porque ya nos parece redundante insistir con la gran utilidad que tiene esta medida propuesta, nos parece adecuado concluir con una cita que resume la necesidad de una reforma sucesoral. Mauricio Tapia (2005) lo refleja así:

Sería necesario examinar en la práctica el grado de respeto que tienen las instituciones que fuerzan la voluntad del testador, aunque respetando la protección económica de la familia más inmediata, sería igualmente consistente con los nuevos fines del derecho de familia... (p. 201).

Es importante señalar que, en Chile, el año 2018 se presentó un proyecto de ley para lograr mayor libertad testamentaria a través de la eliminación de la cuarta de mejoras (Boletín N° 12301-07).

Esta reforma, en la eventual situación de aprobarse, se lograría, principalmente, con la eliminación de los artículos 1167 numeral 3, 1184 inciso final, 1193, 1194, 1195 y 1204 del Código Civil. Además de toda referencia a la mejora, adecuándolo a la nueva proporción de cincuenta por ciento de legítimas y cien por ciento de libre disposición. Sin embargo, este proyecto de ley se encuentra aún en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

## **5.2 Propuesta de modificación a un sistema de libre disposición**

Esta propuesta consiste en suprimir el sistema de asignaciones forzosas reemplazándolo por un sistema de libertad de testar, teniendo el causante la absoluta libertad de disponer sobre el destino que tendrán sus bienes, no estará obligado a retener parte de su herencia en beneficio de alguna persona en particular.

Cabe mencionar, que esta idea de un sistema de completa libertad para el testador ha sido postulada por autores de nuestra doctrina incluso a comienzo del siglo XX, autores como Robustiano Vera y Claro Solar (1979), defendía la libertad de testar, ya que él lo entendía de la siguiente manera:

El sistema de la libertad de testar es preferible por ser más conforme al derecho y a la naturaleza de las relaciones familiares a la vez que el más justo porque permite al padre de familia tomar en consideración lo que más conviene al desarrollo económico de ella; dejando la administración de parte de sus bienes encomendada por tiempo prudencial a aquel o aquellos de sus hijos, cuando éstos son varios, que hayan dado pruebas de mejor discernimiento y dedicación al trabajo y de mejor conducta en la vida; pero no estimamos que la libertad de testar deba ser absoluta, y sin restricción alguna, sino que debe ser limitada en cuanto sea necesario a asegurar por parte de los padres el cumplimiento de las obligaciones que tienen en orden a la alimentación y educación y establecimiento de los hijos (p.247).

Por su parte Alberto Ruiz Diez (1916), indicaba sobre el derecho a la libertad de testar se fundamenta en el derecho de propiedad, nadie puede de esta forma desconocer la facultad que tiene el hombre para apoderarse y disponer arbitrariamente de todos sus bienes, justamente este derecho de disponer arbitrariamente constituye la esencia del derecho propiedad. Por consiguiente, nuestro ordenamiento jurídico al admitir las Asignaciones Forzosas está lesionando el principio del derecho de propiedad, señalando así que: “No se necesita de gran talento, para comprender que las Asignaciones Forzosas perjudican el derecho de propiedad, desde el momento que importan una verdadera limitación de él” (p.37).

A pesar del apoyo doctrinal significativo que tuvo esta propuesta a principios del siglo XX, en la actualidad los autores de nuestro derecho continúan señalando la necesidad de modificar el sistema sucesorio chileno. Sin embargo, las propuestas u opiniones planteadas por ellos difícilmente pretendan reemplazar el sistema de asignaciones forzosas por el sistema de libertad de testar, sino que sus propuestas se centran en mejorar el sistema actual de asignaciones forzosas y ampliar la parte de disposición del causante a la hora de disponer de sus bienes, así lo explicamos anteriormente en nuestra investigación.

¿Por qué no un sistema de libertad de testar? A continuación, expondremos los principales fundamentos doctrinales del porque no es una buena solución el reemplazo del sistema de asignaciones forzosas por el sistema de libertad de testar.

Como bien mencionamos anteriormente en nuestra investigación, los ordenamientos jurídicos que reconocen la libertad de testar son generalmente los de Derecho Anglosajón. Sin embargo, también mencionamos que esta libertad no es absoluta, así nos lo explica el profesor Javier Badenas Boldó (2021): “Habitualmente los límites a la libertad de testar se establecen en el reconocimiento a determinados parientes y al cónyuge el derecho a obtener alimentos cualquiera que sea la disposición del testador, como ocurre en Inglaterra” (p.76).

El autor, hace referencia a la family provision del ordenamiento jurídico inglés, esta institución legitima a clases concretas de personas para que puedan solicitar al juez un tipo de alimentos que debe ser ordenado judicialmente en caso de necesidad, con cargo a la herencia del causante. La ley determina una serie de personas en favor de quienes pueden conceder, entre ellos están el cónyuge del difunto, el cónyuge divorciado del difunto que no hubiere contraído segundas nupcias, los hijos del difunto, hijos, personas que hubieren sido tratadas como hijo, durante cualquier tiempo en la duración del matrimonio, e incluso cualquier persona que hubiere sido mantenida por el difunto, en el tiempo inmediatamente anterior a su deceso. Para que alguna de estas personas pueda obtener las prestaciones, deben acreditar la ausencia de una provisión financiera razonable.

Esta institución resulta bastante interesante, de esta forma lo expresa Antony Vaquer (2007) quien entiende que a la hora de conceder esta family provision:

El tribunal goza de una amplia discreción tanto para decidir si concede la family provision como su cuantía... Es verdad que no todos los descendientes o parientes del causante están legitimados ni tienen por qué ver reconocido su derecho, y que personas que carecen de vínculo de parentesco o familiar pueden verse, en cambio, favorecidas por el tribunal. Sin embargo, al mismo tiempo, la family provision supone también una limitación a la libertad de testar, en la medida en que

una parte (del valor) de la herencia del causante será atribuida a alguien a quien el causante no quiso beneficiar” (p.5).

Es justamente esta amplia discrecionalidad del tribunal, es el foco central de las críticas, aludiendo a una regulación imprecisa en exceso del sistema inglés, así Otte (2002) señala que:

Por otra parte, se obliga al juez –y a las partes– a realizar un ímprobo esfuerzo para detallar el estado financiero y las relaciones entre los contendientes y el causante antes, durante y después del otorgamiento del testamento, incluso tras su muerte. Sólo hace falta leer alguna sentencia inglesa para comprender la dificultad –a la par que el grado de discreción de que disfruta– a la que debe enfrentarse el juez (p.348-351).

Otra crítica relacionada con lo anterior es que, esta decisión del juez conlleva un enorme problema práctico de fijar el momento en que debiera apreciarse tal situación de necesidad, teniendo incluso un inconveniente adicional. El enorme aumento de pleitos familiares, y la complejidad que estos conllevan, pues obliga a las partes a proporcionar prueba suficiente de detalles íntimos de sus vidas generalmente poco documentados (Vaquer, 2007, p.15).

Una vez expuesto los problemas inherentes de la family provision, como lo pueden ser, la amplia discreción que se le otorga al tribunal en este proceso, la complejidad que conllevan los pleitos familiares, entrando a veces incluso a detalles íntimos, la posibilidad de que parte de la herencia de la persona sea atribuida a alguien que no quiso beneficiar.

Debemos mencionar, que la mayoría de los estados que siguen un sistema de libertad de testar, han hecho modificaciones a restringiendo la libertad del testador, buscando principalmente proteger y salvaguardar los derechos de los herederos que necesitan protección. Estas restricciones se implementan para impedir situaciones en las cuales la disposición de la herencia por parte del testador perjudique a los herederos que tienen derechos a una porción de la herencia.

Basándonos en el common law, podría generar consecuencias y desafíos en el contexto chileno, impactando por una parte en el principio esencial de protección a la familia de nuestro Código Civil, el cambio también implicaría asumir los riesgos del sistema respecto de las situaciones de

desigualdad y abuso que se pueden presentar por el testador, a esto debemos agregar la complejidad y excesiva litigiosidad que mencionamos anteriormente. En resumen, la transición podría socavar la protección de los derechos sucesorios a ciertos familiares, generar desigualdades, por tanto, consideramos que el sistema de libertad de testar podría no ser la vía idónea para reformar nuestro sistema sucesorio.

## Conclusión

De la investigación y análisis realizada podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Nuestro sistema sucesorio vigente se creó bajo una realidad que, en gran parte, no es posible asimilarla a la realidad de hoy en día. Se construyó en armonía a los principios de unidad del patrimonio, continuidad del causante y otros principios, pero, sin embargo, el fundamental era la protección a la familia. Principio que, en la actualidad, no se puede interpretar de la misma manera ya que el concepto de familia no es el mismo, y mucho menos los vínculos familiares.
2. La sociedad chilena ha atravesado innumerables cambios sociales, económicos y culturales, los que trajeron consigo una necesidad de una innegable reforma al modelo sucesorio que rige en Chile. Además de las reformas legales que ha tenido el Derecho Civil, particularmente el Derecho de Familia, a través de las cuales se modificaron instituciones y figuras de la familia chilena.
3. Las reformas que ha habido en los sistemas sucesorios del derecho comparado hacen cuestionarnos si nuestro sistema de testar, al estar inspirado en el mismo Código Civil francés como aquellos, es el más apto para proteger los deseos del causante, de la misma forma en que se protegen los derechos de la familia.
4. En Chile, se utilizan diversas herramientas, tanto legales como no, para eludir las restricciones para disponer de los bienes una vez fallecido que pueden perjudicar y menoscabar la porción de las legítimas. Sin embargo, existen acciones que pueden utilizarse para recuperar la cuota perdida.
5. Es fundamental una revisión de nuestro sistema sucesoral actual en Chile, debido a la creciente utilización de estrategias para eludir las asignaciones forzosas que consagra nuestro ordenamiento jurídico.
6. Consideramos que la mejor alternativa se obtendría en la búsqueda de un equilibrio entre nuestro sistema de asignaciones forzosas y la libertad de testar necesaria para la persona que quiera disponer de sus bienes antes de fallecer, a través de la derogación de la cuarta de mejoras.

## Bibliografía

1. Arroyo, W. (2003). El artículo 595 del código civil de costa rica: ¿limitación a la libertad de testar?. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*. (N°101). <https://doi.org/10.15517/rcj.2003.13397>
2. Badenas, J. (2021). Legítima y libertad de testar en el derecho civil español. En *Revista Jurídica*. (N°37-38). Páginas 70-113.
3. Barriá, M. (2015). *Asignaciones forzosas y libertad de testar*. Thomson Reuters.
4. Bello, A. (1954). *Código Civil de la República de Chile*. Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas.
5. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2016). *Libertad de testar en el derecho comparado* (N°3441). [/https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/23550/1/Informe%20BCN\\_Libertad%20para%20testar.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/23550/1/Informe%20BCN_Libertad%20para%20testar.pdf)
6. Brenes, A. (1929). *Historia del Derecho*. Editorial Jurídica Continental.
7. Brenes, A. (1981). *Tratado de los bienes*. Editorial Juricentro.
8. Claro Solar, L. (1979). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Editorial Jurídica de Chile.
9. Comito, C. (2012). La protección de la legítima frente a la constitución o aprovechamiento de sociedades comerciales. En *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*. Páginas 7-20.
10. Corral, H. (2008). Por la democratización del testamento. En *Diario El Mercurio* de 27 de septiembre de 2008. Página 10.

11. Díaz, F. (2011). El Derecho de sucesiones en los primeros manuales de Derecho español. El caso de la Ilustración del Derecho real de España de Don Juan Salas Bañuls. En *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, (Nº4). Páginas 295-319.
12. Domínguez, R. (2006) Principios de derecho sucesorio en el código bello y su estado actual. En *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. (Nº219-220).
13. Domínguez, R. y Domínguez Águila, R. (2011). *Derecho Sucesorio*. Editorial Jurídica de Chile, 2011.
14. Espada, S. (2021). Libertad de testar, derechos legitimarios y solidaridad familiar. *Revista Chilena de Derecho Privado*. (Nº36). Páginas 113-140.
15. Ferrara, F. (1961). La simulación de los negocios jurídicos. En *Revista de Derecho Privado, Madrid*.
16. Instituto Nacional de Estadísticas de Chile (2015). *Mujeres en Chile y mercado del trabajo*. chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgclcfndmkaj/https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/ocupacion-y-desocupacion/publicaciones-y-anuarios/publicaciones/mujeres-en-chile-y-mercado-del-trabajo---participaci%C3%B3n-laboral-femenina-y-brechas-salarialesa.pdf?sfvrsn=ade344d4\_3
17. Instituto Nacional de Estadísticas, Proyecciones y Estimaciones de Población (2004). *Esperanza de vida al nacer (en años), según sexo, por quinquenios comprendidos entre los años 1950 y 2025*. [https://repositoriodeis.minsal.cl/deis/ev/esperanza\\_de\\_vida/esperanza\\_de\\_vida\\_por\\_quinqueniossexo.htm](https://repositoriodeis.minsal.cl/deis/ev/esperanza_de_vida/esperanza_de_vida_por_quinqueniossexo.htm)
18. Padín, J. (2013). Derecho de sucesiones: Elementos históricos y praxis civil, mercantil e internacional. En *Facultad de Derecho de Universidad de Coruña*.
19. Pérez, J. y Medina, G. (1992). *Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio*. Ediciones Depalma Buenos Aires.

20. Martinic, M.D. (1999). Modificaciones introducidas al régimen sucesorio por la Ley N°19.585. En *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta*. (N°5).
21. Martinic, M.D. (2002). Las asignaciones forzosas y la libertad de testar en el derecho chileno. En *Revista Jurídica*. (N°5). Páginas 69-75.
22. Ripert, G. y Boulanger, J. (1965). *Derecho Civil*. Ediciones La Ley.
23. Rodríguez, M.S. (2020). La derogación de la cuarta de mejoras y otros correctivos a la legítima para restablecer la libertad de testar en Chile. En *Revista de Derecho Privado* (N°39). Páginas 359-382. <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.14>.
24. Somarriva, M. (2008). *Derecho Sucesorio, tomo II*. Editorial Jurídica de Chile.
25. Tapia, M. (2005). *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile.
26. Vaquer, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. En *InDret*. (3/2007). Páginas 3-25.
27. Zanoní, E. (2008). *Derecho Civil. Derecho de las sucesiones tomo II*. Editorial Astrea.

### **Jurisprudencia**

1. Sentencia de la Corte Suprema (2006). Caso Ulloa Baeza Mirta Eliana con Mendoza Jaque Carlos Luis y otros.
2. Sentencia de la Corte Suprema (2016). Caso Dinamarca Lavin Reinaldo Antonio con Leiva Lema Ida del Carmen y otros.