



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO



## **INFORME FINAL DE TESIS:**

# **EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE A FAVOR DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE**

**Camila Díaz Santana y Geraldine Flores**  
**Profesor Guía: René Moreno Monroy**  
**Octubre de 2012**

## ÍNDICE

Resumen.....	3
Introducción.....	3
Primera Parte: El derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente. Generalidades	
1. Ley 19.585.....	4
2. Concepto.....	5
3. Características.....	6-7
4. Ámbito de aplicación.....	7-10
5. Presupuestos para su aplicación.....	10-13
6. ¿Cómo se ejerce el derecho de adjudicación preferente dentro del juicio particional? Aspectos procesales.....	13-15
7. Constitución de derecho de uso o habitación.....	15-17
8. Extinción del derecho que el artículo 1337 N° 10 concede al cónyuge sobreviviente. 8.1 Extinción del derecho de adjudicación preferente a propósito de la adjudicación en dominio.....	17-18
8.2 Extinción de los derechos de uso y habitación.....	18-19
9. Cuestión a propósito de las nuevas nupcias.....	19
Segunda Parte: Problemáticas desde la perspectiva del Derecho Civil.	
1. Planteamientos previos.....	20-22
2. Los principios de igualdad y proporcionalidad en la partición a la luz del derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente con respecto al principio de unidad en el sistema sucesoral chileno.....	22-24
3. Herederos postergados en sus legítimas: Posible quebrantamiento al artículo 1192 del Código Civil.....	24-26
4. El concepto de familia y la existencia de hijos que no forman parte del matrimonio entre el causante y el cónyuge sobreviviente.....	26-27
Tercera Parte: Problemáticas desde la perspectiva del Derecho Constitucional.	
I. La Igualdad	
1. Sobre la Igualdad.....	28
2. Igualdad ante la ley.....	28-33
II. Sobre el derecho de propiedad	
1. El derecho de propiedad propiamente tal.....	33-40
2. El derecho de propiedad y el derecho de adjudicación preferente.....	40-46
Conclusiones.....	47-48
Nuestra Propuesta.....	49-50
Reflexión final.....	51-52
Bibliografía.....	53-54

## Resumen

Este trabajo tiene por objeto analizar las características y principales cuestiones que surgen de la aplicación de la regla décima del artículo 1337 del Código Civil, que establece un derecho de adjudicación preferente a favor del cónyuge sobreviviente, y en particular su posible inconstitucionalidad a la luz de la doctrina y jurisprudencia.

Palabras Claves: Adjudicación preferente, órdenes de sucesión, inconstitucionalidad, reglas de partición, cónyuge sobreviviente.

## INTRODUCCIÓN

La ley 19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales respecto de la filiación, introdujo también importantes reformas en materia sucesoria, que no sólo hicieron justicia entre los hijos sino que también mejoraron en buena medida la situación del cónyuge sobreviviente.

En lo que a este trabajo respecta, abordaremos el tema del derecho que le confiere el artículo 1337 N° 10 del Código Civil al cónyuge sobreviviente de adjudicarse en forma preferente la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que tanto el inmueble como el mobiliario haya sido de propiedad del causante; pudiendo incluso exigir que en la parte en que esos bienes excedan de su cuota hereditaria, se le constituya derechos de uso y habitación vitalicios, gratuitos y personalísimos.

En ese supuesto y encontrándonos en el primer y segundo orden de sucesión, consideramos que su aplicación puede adolecer de inconstitucionalidad al afectar los derechos de igualdad y de propiedad consagrados en nuestra Constitución Política de la República, sin perjuicio que, además, altera dos de los principios que informan la partición, a saber: proporcionalidad e igualdad.

## PRIMERA PARTE:

### El Derecho de Adjudicación Preferente. Generalidades.

*“Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.”*  
Artículo 1337 regla décima del Código Civil chileno.

#### 1. La Ley N° 19.585

Con fecha 22 de julio del año 1993, se envía a la Cámara de Diputados el mensaje presidencial con el que se inicia un proyecto de ley que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.

En la enunciación de las características del proyecto queda establecido que el tema central es la filiación, a tal punto que tan solo una de ellas hace referencia a aspectos sucesorios. Sobre este particular, abarca tanto la situación de los hijos y, por vez primera, se refiere a la situación del cónyuge sobreviviente, cuando señala que “en lo que respecta a los órdenes de sucesión, el Proyecto introduce, además de los ajustes ya mencionados, una modificación que tiende a mejorar la situación del cónyuge sobreviviente. En efecto, el segundo orden de sucesión intestada -en que actualmente son cabeza de orden los ascendientes legítimos de grado más próximo, con quienes concurren el cónyuge sobreviviente y los hijos naturales- se ha dejado para los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, quienes se distribuirán la herencia en partes iguales. A falta de aquéllos o de éstos, pertenecerá toda la herencia al cónyuge o a los ascendientes. Sólo si el causante no hubiere dejado descendientes, ascendientes ni cónyuge, entran a sucederle los hermanos.”

Durante el estudio que hizo la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en lo pertinente, se concluyó que si bien el cónyuge sobreviviente se veía favorecido, no lo estaba en el grado adecuado. En este sentido, el profesor Domínguez Benavente “abogó por un proyecto más completo, que –entre otras cosas- mejorara, aun más los derechos

sucesorios del cónyuge sobreviviente para que mantuviera, al menos, el goce de los mismos bienes que existían a la muerte del otro.” (pg. 55 del texto de historia fidedigna de establecimiento de la ley) Asimismo, según consta en este documento, durante el estudio de esta materia, en la Comisión se formularon diversas interrogantes en atención a si se cumplía o no el propósito de mejorar la situación del cónyuge sobreviviente, y al estimarse que la normativa sugerida era insuficiente para lograr esa meta, se propuso agregar un nuevo numeral al artículo 1337 del Código Civil, “destinado a salvaguardar los derechos del cónyuge sobreviviente e impedir que se vea privado de su hogar, quien tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o una u otra, se enteren o solucionen, atribuyéndole el usufructo del patrimonio familiar, aunque éste no haya sido determinado judicialmente, incluso en el caso de que sus derechos hereditarios sean inferiores a su valor.” (pg. 111) Finalmente, el Primer Informe de esta Comisión estimó pertinente agregar al proyecto, en el artículo 1337, la siguiente regla: “11a. Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o una u otra, se enteren o solucionen, con preferencia, atribuyéndole el usufructo del patrimonio familiar aunque no haya sido determinado judicialmente, conforme con el artículo 147, incluso, en el caso de que sus derechos hereditarios sean inferiores a su valor”. Los cambios de mayor trascendencia se produjeron en el seno de la Comisión, quien dio, en definitiva, la redacción final de la norma, a saber: *“Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.”*

## 2. Concepto

Derecho de adjudicación preferente es aquel que tiene el cónyuge sobreviviente de adjudicarse con preferencia a los demás comuneros, y con cargo a su cuota hereditaria, el bien raíz que sea o haya sido la residencia principal de la familia, incluido el inmueble que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.

### 3. Características

a) Derecho de origen legal.

Lo dispone el artículo 1337 del Código Civil.

b) Derecho personalísimo.

Esto atendido a que el propio artículo 1337 n° 10 señala que es intransmisible e intransferible. A su vez, al ser este derecho intransferible, si el cónyuge cede sus derechos hereditarios los cesionarios no gozarán del derecho en estudio, ya que tal estipulación adolecería de objeto ilícito (Artículo 1464 n° 2).

c) Derecho renunciable en los términos del artículo 12 del Código Civil.

Se trata de un derecho renunciable, porque solo mira al interés individual del renunciante y su renuncia no está prohibida por ley. Los autores unánimemente han señalado que este derecho es renunciable una vez abierta la sucesión de que se trate, no antes. (Baraona J, 2000, p. 137, Court E, 2000, p. 150. Durán R, 2000, p. 204.) Así, CORRAL caracteriza al mentado derecho como “irrenunciable anticipadamente”, ya que se transgrediría el artículo 1226 y el 1204, ambos del Código Civil, que prohíben los pactos sobre sucesión futura, con la sola salvedad del referido a no disponer de la cuarta de mejoras.

d) Derecho absoluto.

En el sentido que su ejercicio no genera ninguna responsabilidad para el cónyuge aunque cause daño, no resultando aplicable a su respecto la doctrina del abuso del derecho. Así, los autores ELORRIAGA, COURT y DOMÍNGUEZ. Otros, como CORRAL y BARAONA, han señalado que este derecho requiere justificación en su aplicación, debiendo aplicársele la teoría del abuso del derecho. Así señalan que “*se trata de una norma con una finalidad harto precisa, el juez debe aplicarla atendiendo a ella y a la necesidad de causar la menor desigualdad en la partición*” (Baraona, J., 2000, p.137). A su vez, agrega CORRAL, que le parecería abusivo el ejercicio del derecho cuando el cónyuge sobreviviente lo solicita sin existir “conexión vital o afectiva” respecto de los bienes reclamados.

#### 4. Ámbito de aplicación

4.1 La sucesión hereditaria.- El derecho de adjudicación preferente tiene lugar tanto en la sucesión hereditaria testada como en la intestada, esto es indiscutido y se entiende así porque el artículo 1337 número 10 del Código Civil habla de “*cuota hereditaria*”, por lo tanto entendemos que la institución tiene lugar respecto de la distribución de los bienes motivados por la apertura de la sucesión del cónyuge difunto, pero solo si se trata de asignaciones a título universal. Por consiguiente, no se podrá invocar si se trata de un legado testamentario con cargo a la cuarta de mejoras o la parte de libre disposición.

4.2 ¿Es éste derecho susceptible de ser aplicado cualquiera sea la forma en la que haya sido llevada a cabo la partición de la comunidad? Como ya sabemos, hay tres maneras de hacer la partición de una comunidad hereditaria: la puede hacer el propio causante, en su testamento o en un acto entre vivos; de común acuerdo, los herederos; o en un juicio particional.

Se ha sostenido por algunos autores (Baraona J., 2000, p. 138) que la adjudicación preferente solo podría operar cuando la partición es hecha por los comuneros de común acuerdo y cuando la hace el juez partidador; no podría operar cuando la partición la hizo el causante, ya sea en el testamento o en un acto entre vivos. Esto, atendido que se trata de un derecho que la ley le concede al cónyuge. Cuando la partición la hace el causante, no se ha consultado al cónyuge, es por esto que el causante no podría asignar la adjudicación preferente a su cónyuge.

Pensamos, (Apuntes de clases, Curso de Derecho Civil segundo semestre año 2011, Profesor René Moreno Monroy.) que esta interpretación no es acertada. En efecto, si atendemos al artículo 1318 inciso 1º del Código Civil, que señala “*Si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno*”, notaremos que nos dice que tenemos que respetar la partición que hizo el causante siempre que ésta no vaya contra derecho ajeno.

La Ley 19.585, incorporó un inciso 2° al artículo 1318 señalando que “*La partición se considerará contraria a derecho ajeno si no ha respetado el derecho que el artículo 1337, regla décima, otorga a cónyuge sobreviviente*”. Por lo tanto, si el causante al hacer la partición no respeta el derecho preferente del cónyuge, no está respetando el derecho ajeno, infringiendo la obligación de respetar el derecho preferente del cónyuge contemplado en este inciso. Esto significa que la adjudicación preferente puede operar perfectamente también, cuando la partición la ha hecho el causante, y será válida siempre y cuando no vaya en contra de derecho ajeno en los términos ya referidos, es decir, se impone al causante un deber que consiste en respetar, al momento de hacer la partición, el derecho que tiene su cónyuge a adjudicarse en forma preferente los bienes indicados en el numeral 10 del artículo 1337.

¿Cómo conciliamos el derecho del cónyuge sobreviviente con la facultad de hacer el causante la partición?

La solución es muy simple: el causante hace la adjudicación en la partición que él formula, a cuyo respecto el cónyuge sobreviviente puede:

No reclamar por esta adjudicación, lo que implica que tácitamente está ejerciendo su derecho, al aceptarla.

Si reclama por esta adjudicación, entonces se dejará sin efecto la adjudicación que hizo el causante porque ésta no se puede ser impuesta al cónyuge.

De este modo respetamos el derecho del cónyuge y hacemos aplicable el imperativo del artículo 1318 inciso 2°, que le impone al causante reconocer el derecho preferente del cónyuge sobreviviente.

En suma, concluimos que la regla 10° del artículo 1337 resulta aplicable a las tres formas de partición en que ésta se puede rechazar.

4.3 Oportunidad en la que tiene lugar la adjudicación preferencial. ¿Partición y/o en la liquidación de los gananciales?

El derecho de adjudicación preferente se encuentra consagrado en el Libro III, Título X del Código Civil, denominado “De la partición de bienes”, en particular el artículo

1337 contempla una serie de reglas a las que debe ceñirse el juez partidor para liquidar lo que a cada uno de los coasignatarios se deba y la posterior distribución de los efectos hereditarios.

Autores como DOMÍNGUEZ ÁGUILA (1999, p. 90 y 91) y CORRAL (2005, p. 91 – 93) han señalado que este derecho sólo tiene lugar en la partición de la masa hereditaria del causante, puesto que la regla 10º del artículo 1337 del Código Civil señala que la adjudicación preferente tiene lugar respecto de la “cuota hereditaria del cónyuge sobreviviente” y también porque se refiere a “los bienes que formen parte del patrimonio del difunto”, restringiendo por ende, el ámbito de aplicación del derecho comentado únicamente en el proceso particional, de la herencia dejada para el cónyuge sobreviviente.

Opinión distinta sostienen autores como COURT (2000, p. 250), considerando que el derecho de adjudicación preferente tiene lugar incluso en la liquidación de los gananciales. Apoyan su teoría en el artículo 1776 del Código Civil que dispone “*La división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios*”. Así, el cónyuge tendría derecho a que su mitad de gananciales se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo del inmueble familiar y su mobiliario. Esto no implica mayor problemática, si el inmueble excede en valor a la cuota que corresponde al cónyuge por gananciales y este bien no admite cómoda división, y respecto de lo que exceda la cuota señalada, el cónyuge podrá pedir que se constituya a su favor derecho de habitación y uso dependiendo de la naturaleza del bien en cuestión, con carácter de gratuitos y vitalicios.

Cabe hacer mención a que los autores tienen diversas opiniones respecto a los casos en que el derecho de adjudicación preferente tendría lugar en la liquidación de los gananciales. Según algunos, éste procedería sólo si la causa de la disolución de la sociedad conyugal es la muerte de uno de los cónyuges; otros piensan que procede respecto de todas las causales que contempla el artículo 1764. COURT (2000, p.250) es partidario de la última idea, haciendo una interpretación extensiva del artículo 1337 n° 10 del Código Civil. Por otra parte, CORRAL (2005, p. 93) no comparte la opinión de que el derecho de adjudicación preferente tenga lugar en la liquidación de los gananciales, pero propone la modificación del artículo 1776 del Código Civil, con el objeto de hacer aplicable la norma cuando la

disolución de la sociedad conyugal tenga lugar únicamente por la muerte de uno de los cónyuges, excluyendo en conclusión las demás causales contempladas por el mentado artículo 1764.

Pensamos, que el beneficio en estudio es una norma de carácter excepcional y, en consecuencia, de derecho estricto, siendo improcedente su aplicación por vía analógica, y que por tanto, no puede aplicarse sin norma expresa a los casos no contemplados por la ley.

Es por esto que estimamos que el derecho de adjudicación preferente no tiene lugar en la liquidación de los gananciales, sino en la única hipótesis que expresamente contempló el legislador<sup>1</sup>, esto es, respecto de los bienes que “formen parte del patrimonio del difunto”. Esta expresión, tiene por fin “no sólo excluir bienes ajenos, sino aquellos que en que el difunto era copropietario. Ahora bien, si se excluyen los bienes en copropiedad con terceros también deben ser excluidos aquellos que son comunes entre los cónyuges”. (Corral, 2005, p. 93)

## 5. Presupuestos para su aplicación

Para que este derecho proceda es indispensable que lo ejerza su legítimo titular, sobre los bienes que la ley indica, en la oportunidad que corresponda. En razón de ello, en este apartado delimitaremos quién es la persona del titular, los requisitos que deben reunir los bienes sobre los cuales puede ejercerse este derecho -siendo el principal de éstos, que los bienes formen parte del patrimonio del difunto-, y finalmente, la comunidad a la que se aplica.

5.1. Titular del derecho.- El titular del derecho de adjudicación preferente, es el cónyuge sobreviviente que siendo heredero del difunto, ha aceptado su cuota en la herencia.

Cabe destacar que como hemos anticipado, se excluye su aplicación a los legados.

---

<sup>1</sup> En el proyecto original de la ley 19.585, se pensó contemplar el derecho en estudio cuando la vivienda familiar era común a los cónyuges a título de gananciales. Esto se objetó por la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, señalando que éste es un derecho que sólo tiene lugar en la partición del haber hereditario, es decir, sólo respecto de los bienes del causante, por lo que en definitiva se eliminó la referencia inicial a los gananciales.

5.2 Los bienes deben ser propiedad del difunto.- La norma en análisis señala expresamente que el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a adjudicarse en forma preferente el inmueble que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto. En consecuencia, si no pertenecen al difunto, el cónyuge no podrá adjudicarse dichos bienes.

A continuación y con el sólo propósito de delimitar los demás requisitos que deben reunir los bienes sobre los cuales se ejerce el derecho de adjudicación preferente, efectuaremos un breve análisis de los mismos.

5.2.1 En cuanto al inmueble.- El inmueble sobre el que se ejerce el derecho de adjudicación preferente debe ser la vivienda principal que estuviere destinada a servir, habitualmente, como residencia del hogar familiar.

Entendemos por vivienda “todo espacio delimitado con techo y paredes susceptibles de brindar alojamiento a un grupo de personas.” (Elorriaga, 2010, p.740). Por tanto, y siguiendo al profesor ELORRIAGA, excluimos las consultas profesionales, negocios y establecimientos; fincas y fundos; terrenos y sitios eriazos; y, utilizaciones parciales<sup>2</sup> (Elorriaga, 2010, p. 741 a 745). El espacio al que denominamos vivienda debe ser ocupado por la familia en su conjunto, y como señala el referido autor, lo relevante es que esta vivienda “sea o haya sido el centro de la vida de la familia” (Elorriaga, 2010, p. 745).

Estimamos, además, como requisito para que opere el derecho de adjudicación preferente el que la vivienda sea habitual y principal. ELORRIAGA señala que para que la vivienda adquiera el carácter de habitual, “deben realizarse en ella las diversas funciones que le son inherentes, como la habitación, la convivencia, la comida y el ocio de la familia en su conjunto.” (Elorriaga F., 2010, p. 744)

---

<sup>2</sup> Con todo, en cuanto a fincas, fundos y predios rústicos, deberá estarse a si la construcción que sirve de vivienda ubicada en el predio, cumple o no los requisitos de servir de vivienda principal, habitual y de uso familiar, si así lo hace podrá ser adjudicada preferentemente, no así los terrenos, construcciones, etc., que sean prescindibles para el uso, conservación y disfrute de la vivienda, en cuanto no están destinados al objeto de protección del derecho.

Cuando existe un solo inmueble es sencillo determinar que es ese el inmueble habitual y principal, pero qué ocurre cuando existen varios inmuebles en los que se realizan las funciones a las que nos referimos en el párrafo anterior, ¿cómo determinamos cuál es, dentro de los varios inmuebles, el inmueble principal sobre el cual el cónyuge puede ejercer su derecho? Pensamos que esto reviste de importancia, toda vez que el precepto en análisis habla “del” inmueble en que resida el cónyuge sobreviviente, por tanto, consideramos que es preciso aclarar qué es lo que se entiende por vivienda principal. Entendemos que la vivienda es principal si ésta constituye el centro de los intereses de los cónyuges y de la familia.

5.2.2 En cuanto a los muebles.- Señala la norma que los bienes muebles sobre los que se puede ejercer este derecho, son aquellos que guarnecen al inmueble que constituye la residencia principal de la familia.

Determinar qué significa la voz “guarnecer” es la única manera en la que podemos saber cuáles son los muebles que se puede adjudicar preferentemente el cónyuge sobreviviente. Entendemos que con aquella expresión, la ley se refiere a los bienes muebles que equipan la vivienda, para su uso habitual, haciendo un símil con lo contemplado en el artículo 141 del Código Civil a propósito de la declaración del bien familiar. Siguiendo a CORRAL, si relacionamos el mentado precepto con el inciso segundo del artículo 574 CC, “que interpreta la expresión legal “muebles de una casa”, debieran quedar excluidos bienes como el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros y estantes, las medallas, armas, instrumentos de artes y oficios, joyas, ropas de vestir y de cama, y en general otras cosas de las que forman el ajuar de una casa.” (Corral., 2005, p. 65). Asimismo estimamos que tampoco pueden comprenderse dentro de la expresión en análisis, los automóviles, bicicletas u otros medios de transporte, extendiendo a ellos la exclusión que tal disposición hace de “los carruajes o caballerías o sus arreos.”

Autores como RAMOS PAZOS y CORRAL, han señalado que el derecho de adjudicación preferente sólo puede recaer en los bienes muebles en forma conjunta y total, no parcialmente. En palabras de CORRAL “o lo ejerce sobre todos los bienes o no lo ejerce”, esto en atención a que la norma se refiere al mobiliario en su conjunto.

5.3 Comunidad a la que se aplica.- A la luz del artículo 1337 N° 10, no cabe duda de que la comunidad a la que se aplica este derecho de adjudicación preferente es la comunidad hereditaria; esta afirmación se desprende principalmente de la alusión a la “cuota hereditaria” que hace el artículo y, en seguida, al hecho de haberse eliminado del proyecto en el que se incluía este precepto la posibilidad de adjudicarse preferentemente “ciertos bienes para enterar su cuota hereditaria o la de gananciales, o la una y la otra”, la parte en la que se refería a los gananciales. No obstante, cabe hacer notar que la doctrina nacional se encuentra dividida y a este respecto nos remitimos a lo expuesto en el punto 2.3 referido al ámbito de aplicación.

6. ¿Cómo se ejerce el derecho de adjudicación preferente dentro del juicio particional? Algunos aspectos procesales.

6.1 Solicitud expresa.- Para que el cónyuge superviviente ejerza el derecho en comento, es necesario que lo solicite expresamente, tanto respecto de la adjudicación en dominio, como también en el caso de la subsidiaria constitución de derechos de habitación o uso respecto de los bienes en cuestión, en atención al principio dispositivo que informa nuestro derecho y al artículo 1337 regla décima inciso segundo.

6.2 Oportunidad.- Podrá solicitar el derecho el cónyuge superviviente una vez iniciado el juicio particional y hasta antes de la dictación del laudo arbitral.

6.3 Juez competente.- Será juez competente, un juez partidario, en atención a lo dispuesto en el artículo 651 inciso primero del Código de Procedimiento Civil.

6.4 Procedimiento.- Siguiendo a CORRAL, pensamos que la solicitud del cónyuge superviviente para que sea declarado en su favor el derecho de adjudicación preferente, da lugar a una cuestión que debe servir de base a la partición, en atención al artículo 652 del Código de Procedimiento Civil<sup>3</sup>. Esto es de importancia en cuanto la solicitud del cónyuge será

---

<sup>3</sup> “Podrá el partidario fijar plazo a las partes para que formulen sus peticiones sobre las cuestiones que deban servir de base a la partición.

considerada como demanda que se dirigirá en contra de los coasignatarios, rigiéndose por el artículo 649 del código procedimental<sup>4</sup>.

6.5 Sentencia.- La resolución que resuelva sobre la adjudicación comentada, podrá dictarse durante el proceso particional, como también reservarse para el laudo y ordenata. Esta resolución tiene carácter de sentencia definitiva y es de carácter declarativo, debiendo por lo tanto el juez partidor realizar la atribución concreta de los bienes al cónyuge.

6.6 Acto de adjudicación.- Una vez dictada la sentencia que declara el derecho del cónyuge sobreviviente, el partidor procederá a adjudicar el o los respectivos bienes. La resolución aquí dictada o en la práctica, la resolución del juez reducida a escrita pública, será la que servirá para practicar la inscripción ordenada por el artículo 1337 numeral 10, ante el Conservador de Bienes Raíces de la circunscripción que corresponda.

6.7 Inscripción.- La inscripción debe tener lugar tanto si se trata de adjudicación en dominio de la vivienda familiar como de la constitución de derechos de uso o habitación. En el primer caso, la inscripción deberá practicarse en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces del lugar donde se encuentre ubicado el inmueble, y en el segundo, deberá realizarse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de dicho Conservador.

La importancia de la inscripción radica, en la primera situación, en cuanto a la publicidad y conservación de la historia del bien raíz respectivo, y, en la segunda, en cuanto el artículo en cuestión señala en su inciso tercero “el derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces”.

---

Cada cuestión que se promueva será tramitada separadamente, con audiencia de todos los que en ella tengan intereses, sin entorpecer el curso de las demás y sin que se paralice en unas la jurisdicción del partidor por los recursos que en otras se deduzcan. Podrán, sin embargo, acumularse dos o más de dichas cuestiones cuando sea procedente la acumulación en conformidad a las reglas generales.

Las cuestiones parciales podrán fallarse durante el juicio divisorio o reservarse para la sentencia final.”

<sup>4</sup> “Las materias sometidas al conocimiento del partidor se ventilarán en audiencias verbales, consignándose en las respectivas actas sus resultados, o por medio de solicitudes escritas, cuando la naturaleza e importancia de las cuestiones debatidas así lo exijan. Las resoluciones que se dicten con tal objeto serán inapelables.”

Ahora bien, si no hay juicio particional, éste derecho se ejercerá en la partición hecha por los comuneros de común acuerdo, o bien, por el testamento o acto entre vivos en que el causante haya hecho la partición, ya que, según hemos expresado, pensamos que es aplicable este derecho de adjudicación preferente incluso, si la partición la hizo el causante.

## 7. Otros derechos que concede la norma al cónyuge sobreviviente.

El artículo 1337 N°10, le concede al cónyuge sobreviviente dos derechos. En primer lugar, el derecho de adjudicación preferente sobre el inmueble en que resida y que sea o haya sido residencia principal de la familia y el mobiliario que lo guarnece, que ya hemos analizado. En seguida, además concede el derecho de pedir la constitución de los derechos de uso y habitación, que puede hacerse valer sobre los mismos bienes ya mencionados, que veremos a continuación:

### 7.1. Constitución de derecho de uso o habitación.

El artículo 1337 regla décima inciso segundo y tercero señalan: *“Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios.*

*El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II.”*

En cuanto a los derechos de uso y habitación, debemos comprenderlos en los términos que lo hace el artículo 811 del Código Civil, el que los define como: *“El **derecho de uso** es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.*

*Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama **derecho de habitación.**”*

En consecuencia, la constitución de derecho real de uso y habitación tienen lugar sólo en la situación que el valor del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia y del mobiliario que lo guarnece, excedan la cuota hereditaria del cónyuge sobreviviente, evidenciando así el carácter de subsidiario de la posibilidad de constituir estos derechos.

- a. Expresamente se caracterizan por ser:
  - Gratuitos: El cónyuge no debe recompensar a los demás herederos por el hecho de obtener este beneficio.
  - Vitalicios: Su duración será la del tiempo de vida que quede al cónyuge sobreviviente, salvo que concurra alguna de las causales de extinción del derecho analizadas más adelante.
- b. Requiere de solicitud del interesado, quien será, obviamente, el cónyuge sobreviviente. Si no lo hace, no estarán obligados el partidor ni los coasignatarios en su caso, a constituir los referidos derechos. En definitiva, lo que emana de la ley es el derecho a pedir que se constituyan estos derechos de uso y habitación, los que a su vez nacerán de una resolución del partidor, de la partición de común acuerdo o del testamento o acto entre vivos en que el causante la haya hecho, según cuál sea la forma que ésta haya adoptado.

La ley no se refiere a quién debe solicitarse. Entendemos que se debe dirigir la solicitud al juez partidor en atención a que el artículo 1337 da las reglas a que éste debe someterse. En caso de la partición hecha por los coasignatarios de común acuerdo, la solicitud deberá dirigirse a los demás comuneros. Si la partición la hubiera hecho el causante, ésta deberá respetarse, en tanto no vaya contra derecho ajeno, y por tanto los demás comuneros de la sucesión tienen que acatarla.

- c. Se establece una formalidad por vía de publicidad, la de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, particularmente en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del mismo, de la resolución del partidor o la escritura pública que

constituya el derecho, las que harán de título para efectos de la inscripción. Así éstos derechos serán oponibles a terceros de buena fe.

- d. Los bienes afectos a los derechos de uso y habitación, a diferencia de los adjudicados en dominio, serán objeto de la partición. Ahora, a quien se le adjudiquen dichos bienes sólo gozará de la nuda propiedad a su respecto, debiendo esperar para detentar la plena propiedad la muerte del cónyuge supérstite. (Domínguez B., y Domínguez A., op cit. P. 35) Es por esto que CORRAL al caracterizar estos derechos alude a ellos como “derechos reales de goce en cosa ajena” (Corral Talciani, ob., cit., p. 190)

## 8. Extinción del derecho que el artículo 1337 N° 10 del Código Civil concede al cónyuge sobreviviente.

Es necesario distinguir los supuestos, según se trate del dominio o de los derechos de uso o habitación.

### 8.1. Extinción del derecho de dominio sobre el bien adjudicado preferentemente.

El artículo 1337 número 10 no hace mención a la extinción de este derecho. Siguiendo a COURT (Court, 2002), distinguimos tres formas en virtud de las cuales puede el cónyuge sobreviviente verse privado de ejercer el derecho preferencial que le otorga la norma en la partición, a saber: la separación provocada por culpa del cónyuge sobreviviente, el desheredamiento y la repudiación del derecho de la herencia por el cónyuge supérstite.

8.1.1 Separación judicial provocada por culpa del cónyuge sobreviviente.-Esto se concluye de la lectura de los artículos 994 y 1182 del Código Civil. En ambos se señala que el cónyuge separado judicialmente, que por culpa suya dio lugar a dicha separación, no será legitimario. No podrá ejercer el derecho de adjudicación preferente, porque carece de derechos en la herencia.

8.1.2 Desheredamiento.- Como sabemos el desheredamiento produce distintos efectos, que si no han sido limitados por el testador implicarán la pérdida de la legítima y de todas las demás asignaciones por causa de muerte, por lo tanto no existirá cuota hereditaria que enterar. Si es que el desheredamiento fuera parcial, pensamos, que el cónyuge sobreviviente podrá solicitar que se constituyan, a su favor, los derechos reales de habitación y/o uso. Esto, atendiendo a que el desheredamiento del cónyuge supérstite, no lo priva completamente de su cuota, sino que tiene una, pero ésta es menor a la que por derecho le correspondía.

## 8.2 Extinción de los derechos de uso y habitación.

Atendido que el artículo 1337 N° 10 dispone que “en todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II”, tiene aplicación el artículo 812 del Código Civil que señala que “*Los derechos de uso y habitación se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo*”. La extinción del usufructo se regula en los artículo 804 y siguientes del mismo Código, contemplándose una serie de causales. Dentro de las más relevantes y atinentes al caso, destacamos:

- a) *Muerte del cónyuge sobreviviente*, esto por ser derechos personalísimos y, por ende, intrasmisibles.
- b) *Resolución del derecho del constituyente*. Sólo se podría aplicar si se resolviera el dominio que tenía el causante sobre las cosas objeto de los derechos mentados.
- c) *Consolidación*, es decir, por adquirir el cónyuge sobreviviente la propiedad de las cosas dadas en uso o habitación.
- d) *Renuncia del cónyuge sobreviviente*. Concebida en los términos del artículo 12 de Código Civil. Cabe señalar que la renuncia debe inscribirse en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. (Artículo 52 número 3, del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces).
- e) *Prescripción*. No quedan dudas respecto a que este derecho puede extinguirse por prescripción adquisitiva, pero la doctrina discute la procedencia de la prescripción extintiva, la que, como se sabe, no procede en general respecto de los derechos

reales. Sin embargo, estimamos que atendido la esencia de la institución, que en lo medular tiene como fundamento la protección del cónyuge supérstite, podríamos concluir que si éste no hace uso del derecho establecido en su beneficio es porque no lo necesita, entendiéndose procedente la prescripción extintiva por su no uso en el plazo de 5 años.

- f) *Destrucción de la cosa*, o sea, del inmueble o del mobiliario. Los derechos reales expiran con la destrucción del bien sobre el cual recaen.

## 9. Cuestión a propósito de las nuevas nupcias del cónyuge sobreviviente: ¿Constituyen las nuevas nupcias una causal de extinción de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico?

En otras legislaciones el derecho de adjudicación preferente se extingue por el nuevo matrimonio del cónyuge beneficiario, como es el caso de la legislación Argentina, en que el denominado por ella “*derecho de habitación viudal*”, se perderá si el cónyuge sobreviviente contrajere nuevas nupcias<sup>5</sup>.

En Chile, la regla 10 del artículo 1337, nada señala, por lo tanto, no se puede sino concluir que las nuevas nupcias por parte del cónyuge beneficiario no extinguen los precipitados derechos. Esto es concordante con el carácter de vitalicio de los mismos.

---

<sup>5</sup> Artículo 3573 bis Código Civil Argentino: “Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias.

## SEGUNDA PARTE:

### Problemáticas que genera desde la perspectiva del Derecho Civil

#### 1. Planteamientos previos

Sin perjuicio de que consideramos esta institución como un gran avance del derecho sucesoral chileno, no está exenta de inconvenientes que pueden tener lugar en el evento de ocurrir distintas situaciones no advertidas por el legislador, al momento del fallecimiento del causante.

La necesidad de proteger al cónyuge de la amenaza de perder el lugar donde se había constituido el hogar familiar y de garantizarle una estabilidad con cosas que además de su valor económico presentan un valor afectivo o sentimental importante fue uno de los motivos por los que se decidió incluir a este derecho.

No obstante ello, el legislador se puso en el supuesto que por lo general tiene lugar, esto es que el fallecimiento del causante sobreviene durante su vejez, momento en que sus hijos ya han alcanzado un pleno desarrollo económico, quedando en situación desmejorada sólo el cónyuge supérstite. Sin embargo, no podemos dejar de señalar y de ponernos en otras hipótesis en donde ésta institución resulta del todo injusta para los coasignatarios.

Es así como pueden resultar afectadas las legítimas de los hijos del cónyuge causante y con ello se beneficia a los hijos del cónyuge sobreviviente (nos ponemos en la situación de hijos sólo del cónyuge sobreviviente). Puede ocurrir que los hijos del cónyuge causante se encuentren en una situación económica precaria en relación a la situación económica en que se encuentran los hijos del cónyuge beneficiario.

También es posible encontrar situaciones en que los, sean matrimoniales o no matrimoniales, no reciban nada de inmediato, porque el inmueble adjudicado al cónyuge beneficiario constituya el único bien de la masa hereditaria. Ello sin dudas deja en una situación desmejorada a aquellos hijos, quienes pueden carecer de los recursos necesarios para subsistir, en circunstancias que el inmueble adjudicado al cónyuge sobreviviente pudiere ser, incluso, de alto valor.

En suma, la norma en sí misma y desde la teoría, no genera problemas: es clara, tiene un fundamento. Sin embargo, estimamos que la activación de esta norma se vuelve problemática cuando el bien raíz residencia principal de la familia es el único o principal bien de la masa hereditaria, en especial en los siguientes supuestos:

1. Herederos postergados en sus legítimas.- Así como está concebida la norma, el cónyuge sobreviviente podrá adjudicarse el bien raíz que sea o haya sido la residencia principal de la familia, dejando a los demás legitimarios postergados en sus legítimas, quebrantando lo preceptuado en el artículo 1192 del Código Civil.
2. Los principios de igualdad y proporcionalidad en la partición a la luz del derecho de adjudicación preferente.- Como veremos más adelante, la aplicación de la regla décima del artículo 1337 alteraría estos principios que deben regir en la partición, principalmente porque no se estaría cumpliendo con el ideal de asignar bienes de naturaleza similar, al tiempo que tampoco se distribuirían los bienes en proporción a la cuota hereditaria del cónyuge sobreviviente, cuando éste se adjudicare el inmueble objeto de este derecho, y pida la constitución de los derechos de uso y habitación.
3. El concepto de familia y el conflicto de intereses entre el cónyuge sobreviviente y los demás herederos.- Atendido que el derecho de adjudicación preferente que tiene el cónyuge supérstite tiene el carácter de absoluto, la decisión de éste en orden a adjudicarse en forma preferente el inmueble que constituía la residencia principal de la familia, implicará que los hijos no matrimoniales no reciban nada, al igual que los hijos matrimoniales, a menos que los hijos matrimoniales vivan con el cónyuge sobreviviente. En ese caso, el único bien del causante, se adjudicaría al cónyuge quien podrá seguir viviendo en el inmueble con los hijos matrimoniales que, si bien, serán postergados en sus legítimas podrán usar y habitar el bien raíz familiar. Este problemática situación pone en manifiesto que la aplicación de un precepto puede hacer que –incluso- se aparte del espíritu

general de la legislación, como ocurriría en este caso en el que sí habría una indirecta diferenciación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales.

2. Los principios de igualdad y proporcionalidad en la partición a la luz del derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente con respecto al principio de unidad en el sistema sucesoral chileno.

### 2.1. Principios de igualdad y proporcionalidad en la partición

La partición de la herencia es el conjunto de actos destinados a poner término a la indivisión liquidando los bienes comunes y repartiéndolos entre los partícipes en partes o lotes que guarden relación proporcional con sus respectivos derechos. Para ello, se debe determinar la cuota que le corresponde en la comunidad a cada uno de los copartícipes, a través de la formación del acervo líquido o del primer o segundo acervo imaginario, si procedieran y luego, llevar a cabo la partición.

Entre los principios que rigen a la partición, están la igualdad y la proporcionalidad. Estimamos que el derecho de adjudicación preferente que tiene en su favor el cónyuge sobreviviente, altera estos dos principios, como demuestra el examen que haremos a continuación.

#### 2.2.1 El derecho de adjudicación preferente y el principio de igualdad en la partición

A la luz de los numerando séptimo y octavo del artículo 1337 del Código Civil, que consagra a la igualdad como criterio que debe regir en la liquidación que hace el partidor, y del deber de garantía que pesa sobre los comuneros en orden a responderle al adjudicatario que fuere perturbado en la posesión de la cosa adjudicada porque un tercero alega derechos sobre ella, se concluye que la igualdad informa a la partición y que en el espíritu del Código subyace la idea de tratar de pagar a todos los comuneros con bienes iguales.

Siendo la igualdad uno de los principios del derecho sucesoral del Código Civil que más lo caracteriza, ella tiene un doble sentido: por una parte, la igualdad en valor y, por otra, la igualdad extendida a la naturaleza de los bienes que forman el acervo hereditario.

Con el derecho de adjudicación preferente se alteraría este principio en los casos que el bien principal de la masa hereditaria es el bien raíz objeto del derecho en estudio, existiendo –además del cónyuge que sobrevive al causante- otros herederos, por cuanto a éstos copartícipes de la comunidad hereditaria, no se les estaría tratando en forma igualitaria ni adjudicando bienes de naturaleza similar.

En opinión de DOMÍNGUEZ, “se contraviene el principio de la igualdad, ya que uno de los sucesores, el cónyuge sobreviviente, tiene derecho a llevar para sí la integridad de un bien común. Más aún, le es posible incluso llevar un gravamen sobre dicho bien si su valor supera sus derechos como sucesor, de tal modo que los principios que informaban la igualdad tanto en valor como en especie del art. 1337 resultan derogadas a su respecto.” (Domínguez Águila, Ramón (2006): “Principios del derecho sucesorio en el Código de Bello y su estado actual”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, p. 229)

2.2.2 El derecho de adjudicación preferente y el principio de proporcionalidad en la partición.

Es también de la esencia de la partición, distribuir los bienes comunes entre los comuneros en proporción a sus cuotas hereditarias, lo que implica un trato igual y equitativo en la adquisición de cada uno de los coherederos.

Cuando el cónyuge se adjudica el bien raíz que fue la residencia principal de la familia para sí, siendo éste el único o principal bien que conforma la masa hereditaria, se rompe el equilibrio que debiera existir en las asignaciones de los herederos porque sólo éste puede percibir su legítima, privando a los demás de ese derecho.

2.2.3 Sobre la unidad como principio del sistema sucesoral del Código Civil

Siguiendo a DOMÍNGUEZ, pensamos que la Ley 19.585, contiene una excepción a la unidad sucesoral con el establecimiento del derecho de atribución preferencial que tiene el cónyuge sobreviviente, puesto que “con él, y respecto del que en la mayoría de los casos es el bien más importante del as hereditario, se contraviene el principio de la unidad desde que

para aquel bien se establece un sistema sucesoral diverso al del resto de los bienes, de tal forma que aquí se tiene en cuenta la naturaleza del bien para definir su destino”. (Domínguez Aguila, Ramón (2006): “Principios del derecho sucesorio en el Código de Bello y su estado actual”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, p. 228)

### 3. Herederos postergados en sus legítimas: posible quebrantamiento del artículo 1192 del Código Civil.

El artículo 1192 del Código Civil prescribe que “la legítima rigurosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno. Sobre lo demás que se haya dejado o se deje a los legitimarios, excepto bajo la forma de donaciones entre vivos, puede imponer el testador los gravámenes que quiera; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1195.” Esta regla podría verse burlada con motivo de la aplicación del derecho de adjudicación preferente cuando el valor total de la vivienda y mobiliario que la guarnece exceda la cuota hereditaria del cónyuge sobreviviente y se constituyan en su favor los vitalicios y gratuitos derechos de habitación y uso, puesto que de no existir otros bienes suficientes para cubrir las asignaciones de los demás herederos, éstos no recibirían lo que les corresponde por herencia sino cuando fallezca el cónyuge adjudicatario. En este sentido, esta norma es una excepción al artículo 1192 del Código Civil.

Normalmente el patrimonio está conformado por la casa y los muebles; si al cónyuge sobreviviente no le alcanza su cuota para adjudicarse el inmueble y los muebles en propiedad, pueden constituirse en su favor derechos de uso y habitación, con lo cual las legítimas de los demás terminan siendo afectadas. La pregunta que surge a este respecto es, ¿las legítimas están amparadas por el derecho de propiedad? Podríamos pensar que aquello que los herederos adquieren es lo que ha dicho la ley y si bien la ley ha dicho que ellos tienen derecho a las legítimas, no es menos cierto que también confiere un derecho al cónyuge sobreviviente para adjudicarse en forma preferente los bienes que indica la norma, llegando a parecer que, cronológicamente, lo que ellos adquieren son legítimas gravadas por el derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente.

Sin embargo, creemos que esto no es así. Dado que la legítima rigurosa es la cuota de los bienes del difunto que le corresponde a cada legitimario en la división de la mitad

legitimaria y constituye lo mínimo que éste puede llevar, debería resguardarse el derecho que tiene cada legitimario a adjudicarse lo que le corresponde, sin limitarlo a plazos ni a gravámenes.

Según hemos visto, el causante puede hacer la partición de sus bienes, sabemos además que se debe respetar la voluntad del testador siempre que éste respete las asignaciones forzosas, puesto que no puede ir contra derecho ajeno. El artículo 1318 señala que “en especial, la partición se considerará contraria a derecho ajeno si no ha respetado el derecho que el artículo 1337, regla 10a, otorga al cónyuge sobreviviente.” Pensamos que la expresión “en especial” nos da un indicio de lo siguiente: no respetar el derecho de adjudicación preferente, no es la única manera en la que se va en contra de derecho ajeno, así, si una partición va en contra de las legítimas, irrespetándolas, se está yendo contra derecho ajeno, siendo incluso susceptible de ser impugnada.

Cuando la norma priva a los otros legitimarios de su derecho a percibir aquello que le corresponde, el derecho de adjudicación preferente entra en pugna contra derecho ajeno, específicamente, contra el derecho de los otros herederos, los hijos. Por lo mismo, sostenemos que esta norma que vino a hacer justicia al cónyuge sobreviviente, no hizo tal con los hijos y demás legitimarios, puesto que ha pasado a violar el derecho de los legitimarios “que han sido siempre y en casi todas las legislaciones del mundo, los sucesores por excelencia. Además se ha cometido el error de partir de la base que el causante tiene un cónyuge desvalido e hijos poderosos siendo que muchas veces el causante muere dejando hijos en una situación muy débil, siendo éstos menores de edad.” (Lecaros, Raúl. “Curso Práctico de Particiones”, en una exposición realizada en la Universidad Adolfo Ibáñez” (2008), p.27, disponible en [http://www.cna.cl/doc/CNA\\_ApuntesTallerParticiones.PDF](http://www.cna.cl/doc/CNA_ApuntesTallerParticiones.PDF). Fecha última consulta: 06 de octubre del 2012)

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho argentino en donde también existe este derecho, la norma chilena no fija un máximo valor del inmueble. El artículo 3573 bis del Código Civil argentino, señala respecto del inmueble sobre el que se puede ejercer este derecho que su valoración no debe sobrepasar “el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia.”<sup>6</sup> Como señala CORRAL TALCIANI, “el

---

<sup>6</sup> Ver nota al pie de página n°6

precepto argentino establece una valoración económica del inmueble para autorizar la constitución del derecho de habitación viudal. Los legisladores pensaron que lo más sensato era vincular ese valor máximo a las estimaciones que las provincias establecen para poder declarar la vivienda como bien de familia conforme a lo dispuesto por el art. 34 de la ley N°14.394” (Corral Talciani, Hernán: “El derecho de habitación del cónyuge supérstite. Análisis comparado de las legislaciones argentina y chilena” (2001) p. 14, artículo publicado en *La Ley-Gran Cuyo*, Argentina, año 6 N°5, pp. 743-771, disponible en <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/derechohabitacion.pdf>. Fecha última consulta: 06 de octubre del 2012)

Pensamos que una norma de similares características podría subsanar este problema, y que sería perfectamente factible incluir en nuestro ordenamiento. Sobre este punto, volveremos al momento de las conclusiones y propuestas, en el acápite final de este trabajo.

### 3. El concepto de familia y el conflicto de intereses entre el cónyuge sobreviviente y los demás herederos.

En la primera parte de este trabajo, no reparamos en el concepto de familia a la hora de determinar cuál es el inmueble sobre el cual recae este derecho, puesto que podríamos señalar que debe entenderse en su sentido natural y obvio, pero la dificultad de determinar qué es la familia, atendida la relatividad y temporalidad del concepto, nos llama a reflexionar sobre este punto.

Al decir de DEL PICÓ RUBIO, “el modelo de familia matrimonial, entendido como la unión matrimonial estable y duradera de un hombre y una mujer con el proyecto común de tener y educar a los hijos, ha sufrido un proceso sostenido de debilitamiento en los últimos años, debiendo coexistir con expresiones de matriz ideológica, que tienden a mutar el carácter comunitario de la familia por uno eminentemente social y consensual. La familia no está ya ligada exclusivamente al matrimonio ni tampoco es actualmente el único modelo social aceptable.” (Del Picó Rubio, Jorge (2011): “Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, Talca, vol.17 no. 1, p.52). Entendemos, desde luego, que el derecho de adjudicación preferente protege al

cónyuge sobreviviente en tanto heredero del causante, y en ese sentido, nos parece que la noción de familia matrimonial coincide con el espíritu de la norma. Sin embargo, cabe preguntarse si es que los hijos no matrimoniales forman parte o no de la familia del causante.

La pregunta va orientada a lo siguiente: estos legitimarios sólo por el hecho de no pertenecer a la familia matrimonial, ¿tienen menos derecho que quienes sí pertenecen a esta categoría de familia? Creemos que se hace necesario determinar el concepto de familia. Para nosotras, la familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos de parentesco, matrimonio, adopción y uniones de hecho. Siendo así, los hijos no matrimoniales del causante son tan familia como sus hijos matrimoniales y el cónyuge que tenía al tiempo de su fallecimiento, y sin embargo, eventualmente, quedarían desprotegidos con el ejercicio que el cónyuge pudiera hacer de este derecho; esto en el siguiente supuesto: al fallecimiento del causante, viven en el inmueble sobre el que puede recaer este derecho, el cónyuge superviviente y los hijos del matrimonio, quienes aun estando postergados en sus legítimas, podrán usar y habitar el inmueble, junto al padre o madre que en su calidad de titular del derecho de adjudicación preferente, sigue viviendo en él.

Y si los hijos del matrimonio ya no viven en el inmueble familiar, ¿no se ven afectados por este derecho? Desde luego que sí.

Finalmente, diremos que también puede producirse un conflicto de intereses entre los ascendientes y el cónyuge sobreviviente. El cónyuge, está en el mismo orden de sucesión que los ascendientes cuando no hay hijos que sucedan personalmente o representados.

El cónyuge es heredero exclusivo y excluyente sólo cuando no hay hijos ni ascendientes. Suponiendo que el causante fallece, sin dejar hijos, pero dejando cónyuge y ascendientes y que, además, el bien que constituye la residencia principal de la familia conformada por el cónyuge premuerto y el cónyuge sobrevivientes el único o principal bien de la masa hereditaria, se produciría un conflicto entre los intereses del cónyuge sobreviviente y los ascendientes del causante, sea que éstos vivan o no en el inmueble objeto de análisis, porque en ambos supuestos, se verán postergados en sus legítimas.

**TERCERA PARTE:**  
**Problemáticas que genera desde la perspectiva del Derecho**  
**Constitucional**

**I. La Igualdad**

**1. Sobre la igualdad**

La igualdad es un valor y principio superior que rige a nuestro ordenamiento jurídico, así lo ha contemplado nuestro Tribunal Constitucional al señalar *“Que la igualdad es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, en donde se “configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista”* (Sentencia Tribunal Constitucional, 1185/2011).

**2. La igualdad ante la ley.**

El artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República consagra la igualdad ante la ley, señalando lo siguiente: *“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*.

En razón de esta norma gozamos del derecho a que la ley nos trate de forma idéntica y que cuando así no sea, ese trato no sea discriminatorio. Luis María Díez Picazo ha señalado que *“la igualdad ante la ley es un mandato dirigido al legislador para que no establezca en los textos legales diferencias no razonables o no justificadas para personas que se encuentran en la misma situación, o para que no regule de la misma manera y de forma injustificada a personas que se encuentran en circunstancias desiguales”* (Díez Picazo, 2002, tomo I, pp. 469 y ss.). A nivel nacional don José Luis Cea Egaña ha señalado que este derecho implica *“que el contenido de las leyes sea igual para todos, o desigual si*

así corresponde, sobre la base o en función, exclusivamente de la justicia” (Cea, 2004, p.126).

Entendemos, en consecuencia, que el núcleo esencial de este derecho consiste en que las personas tenemos derecho a ser regulados por leyes similares. Este concepto ha quedado muy bien definido por nuestro Tribunal Constitucional, al señalar que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. (Sentencias Tribunal Constitucional 28/1985, 53/1988 y 219/1995).

En derecho comparado la situación no es distinta, así el Tribunal Constitucional español ha explicado que la igualdad ante la ley se ve violada cuando “la norma distingue de forma irrazonable y arbitraria un supuesto hecho específico, al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales y crea sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente, lo que supone una violación del principio de igualdad” (Sentencia Tribunal Constitucional Español 73/1989).

En el considerando nº 10 de la sentencia de 21 de septiembre de 2005, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, se sostuvo: “Que para que se atente o amenace la garantía constitucional en estudio, es menester que al aplicar la ley a casos similares o idénticos no se interprete la norma de manera uniforme sino que por el contrario, se haga una aplicación discriminatoria” (Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago 4086/2005)

*Diferencias arbitrarias.*

Para determinar si el derecho de adjudicación preferente afecta o no el precipitado derecho constitucional, es necesario precisar si con su aplicación se producen diferencias arbitrarias o discriminatorias.

Entendemos por diferencias arbitrarias aquellas que no se ajustan a la razón, que obedecen al mero capricho del agente que las produce. En palabras de Enrique Evans de la Cuadra, se entiende por tales “aquellas que se realizan por el legislador, la autoridad

*pública o cualquier persona y que aparezcan como contrarias a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tengan justificación racional o razonable” (Evans, 1999, p. 125.) Al respecto, en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, se ha señalado: “La arbitrariedad indica carencia de razón en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad que alcanza, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o sea, una actuación carente de fundamento” (Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia, 3250/2007).*

*¿Es discriminatoria la regla 10 del artículo 1337 del Código Civil, y por ende contrario al artículo 19 n°2 de la Constitución Política de la República?*

El tratamiento que proporciona el derecho de adjudicación preferente al cónyuge sobreviviente, claramente establece una diferencia de trato en relación a los demás legitimarios. Esto queda de manifiesto en que el cónyuge puede adjudicarse la vivienda familiar, postergando a los coasignatarios la posibilidad de adquirir por sucesión por causa de muerte este derecho sobre él inmueble, y eventualmente, si se constituyen derechos de uso y habitación, los derechos de coasignatarios penderán hasta el fallecimiento del cónyuge sobreviviente, pudiendo mantener sólo la nuda propiedad sobre la vivienda familiar y/o de los bienes muebles que la guarnece, lo que en nuestro concepto implica una situación desfavorable y discriminatoria en contra de los coasignatarios, ahora ¿es ésta o no arbitraria?

Para resolver la interrogante en cuestión nos planteamos como necesario realizar una comparación entre lo que nuestra Constitución considera como discriminación arbitraria y la diferencia o trato privilegiado que da el legislador al cónyuge supérstite en la regla estudiada.

Hemos visto, “Que el parámetro de control de la igualdad es el “juicio de razonabilidad”. La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19 N° 2° de la Constitución. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos”

(Sentencias Tribunal Constitucional 1365/2009, 28/1985, 53/1988, 219/1995, 1138/2008, 1140/2008). Por su parte, Fernando ATRIA (Atria, 2000, p. 110 y ss.) ha propuesto un criterio para llevar a cabo el llamado “juicio de igualdad”<sup>7</sup>, según el cual deben seguirse tres pasos:

En primer lugar se debe determinar la finalidad de la regla, la que es claramente explicada en la historia fidedigna de la ley 19.585 en que se señala que se busca, con la regla en estudio, “*salvaguardar los derechos del cónyuge sobreviviente e impedir que se vea privado de su hogar*”.

Luego, en segundo lugar, se debe tener en consideración la calificación constitucional de la finalidad de la regla, esto dice relación con el llamado *interés constitucionalmente relevante*. Así, sólo si el fin de la regla cuestionada se funda en un interés de relevancia constitucional, contenido de manera directa o indirecta en la Constitución, podremos ver afectada la igualdad, aplicando tratamientos privilegiados de manera legítima.

¿Existe éste interés en el caso en comento? Sí, en nuestro concepto estaría dado por el valor constitucional de protección y fortalecimiento de la familia, contemplado en nuestra carta fundamental en el capítulo de “Las bases de la institucionalidad” en el inciso segundo del artículo 1 de la Constitución Política de la República, que la contempla como “el núcleo esencial de la sociedad”, y el inciso quinto de la misma norma que ordena al Estado “dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento”.

Por último, en tercer lugar, se debe precisar la relación existente entre el medio utilizado y la finalidad perseguida por la regla. Este último requisito consiste en determinar si la medida discriminatoria contemplada en la regla en estudio (derecho de adjudicación preferente) es un medio adecuado para lograr la finalidad perseguida (protección de la familia), debiendo tomar en consideración para aclarar esto lo siguiente:

---

<sup>7</sup> Proceso de abstracción que tiene por objeto constatar, mediante una apreciación objetiva, el respeto del principio jurídico de la igualdad. REY MARTÍNEZ, FERNANDO, citado por FERNÁNDEZ, MIGUEL A., Principio constitucional de igualdad ante la ley, p. 213.

- Medida es o no imparcial. A nuestro entender parece no verse afectada pues en el caso del derecho en comento su establecimiento surge del legislador quien es totalmente soberano para elegir entre un amplio abanico de posibilidades, siempre que éstas no estén constitucionalmente prohibidas.
- Medida es proporcional a la finalidad anhelada. Consideramos que la única manera de asegurar al cónyuge sobreviviente el no verse privado de la propiedad y/o de la posesión sobre los bienes de que se trata es a través del derecho de adjudicación preferente.
- Medida esté racionalmente vinculada al fin de la discriminación: En nuestra opinión, el que el derecho en estudio está vinculado con la finalidad de proteger a la familia, y esto parece claro, pues mediante éste se busca que el cónyuge permanezca en la vivienda familiar luego de la muerte de su marido o mujer, para esto debe necesariamente postergarse los derechos de los demás coasignatarios a la hora de efectuar la partición.

Tomando en consideración el criterio de la razonabilidad defendido por el Tribunal Constitucional y lo sostenido por ATRIA, estamos a nuestro entender, frente a discriminación no arbitraria. Nos apoyamos para plantear esto haciendo un parangón con la denominada discriminación positiva, que si bien no dice relación estrictamente con la materia en comento si sirve, a modo ejemplar, para justificar la postura ya señalada. La discriminación positiva es conceptualizada por el profesor Rodolfo FIGUEROA como “aquella que corresponde a una política que se impulsa en un país, en un cierto momento histórico, en conformidad a la cual se concluye que ciertos grupos o sectores han sido históricamente postergados, perjudicados y desventajados. Para que tal grupo de individuos pueda sobreponerse, no basta una mera institucionalidad que garantice la igualdad de oportunidades, sino que se requiere de un impulso mayor, un trato especial o privilegiado” (Figueroa, 2000, p. 16). Esto se vincula con la institución en estudio, en razón de lo que la propia historia fidedigna de la ley 19.585 planteó al señalar que una de las grandes debilidades de nuestra legislación es la forma en que se ha desprotegido al cónyuge

sobreviviente, al establecer a su favor únicamente la porción conyugal, recalcando que es su intención el velar por los derechos de dicho cónyuge, mejorando su condición mediante la eliminación de dicha porción y estableciendo su calidad de heredero como legitimario, además de establecer la figura en discusión. Consideramos, por tanto, al cónyuge sobreviviente antes de la dictación de la ley 19.585 como discriminado arbitrariamente, postergado, desprotegido, entendiendo así el fundamento del legislador al establecer este trato diferente en la regla décima del artículo 1337 del Código Civil.

## II. Sobre el derecho de propiedad

El derecho de propiedad se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, y con él se asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.” La norma en comento no se agota en la parte transcrita ya que, según veremos, este precepto es una de las normas constitucionales más extensas, y ello demuestra, de alguna manera, la importancia que el constituyente le ha dado a este derecho.

Para efectos de este trabajo, sólo nos enfocaremos al derecho de propiedad propiamente tal, sin entrar a comentar lo que ocurre respecto de la propiedad minera ni de la propiedad sobre las aguas, a los que alude el precepto constitucional.

### 1. El artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.

De acuerdo a la norma en estudio, “La Constitución asegura a todas las personas:

“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recaea o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso

de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.

El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.

La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”

## 2. El derecho de propiedad propiamente tal

### 2.1 Titularidad y objeto del derecho de propiedad.

Si nos fijamos en el contenido de los primeros incisos de la norma transcrita, podemos decir a su respecto, en primer lugar, que el constituyente reconoce una importante

amplitud en cuanto al titular del derecho; y, en seguida, podemos señalar que esta amplitud se repite en lo referido al objeto de la propiedad.

En cuanto al titular.- La norma es amplísima, toda vez que asegura a todas las personas un derecho de propiedad, vale decir, pueden ser titulares de este derecho: las personas naturales, las personas jurídicas, ya sean de derecho público o de derecho privado, nacionales o extranjeras.

En cuanto a la propiedad.- El precepto constitucional reconoce el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. Como se refiere a la propiedad en sus diversas especies, entendemos que está aludiendo a la propiedad plena, nuda propiedad y a la propiedad fiduciaria. También, debido a su amplitud, es posible incluir la propiedad privada, estatal y mixta.

Ahora, con respecto a la inclusión de toda clase de bienes corporales e incorporales, entendemos que la norma reconoce expresamente el derecho de propiedad respecto de los derechos, sean éstos reales (artículo 577<sup>8</sup> del Código Civil) o personales (artículo 578<sup>9</sup> del Código Civil), cuestión que, según veremos, resulta un punto de importancia para este trabajo.

## 2.2 El núcleo esencial de este derecho

El núcleo esencial de este derecho, esto es, el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a autoridades y particulares, puede ser resumido en tres puntos, a saber:

- a) la facultad de adquirir la propiedad;
- b) las facultades de uso, goce y disposición;
- c) el

---

<sup>8</sup> Art. 577 CC: “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

<sup>8</sup> Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”

8

<sup>9</sup> Art. 578. Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales

9

derecho a no ser privado de su propiedad sino en virtud de una causa legal y previo pago de una indemnización justa<sup>10</sup>.

a) La facultad de adquirir la propiedad

Si bien esto forma parte del derecho a la propiedad reconocido en el artículo 19 N° 23, en el que se asegura a todas las personas “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto de aquellos que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así.”, estimamos que forma parte del núcleo esencial del derecho de propiedad, por una cuestión lógica: antes de ser dueño, se debe poder ser dueño.

b) Las facultades de uso, goce y disposición.

Varios autores, como Pfeffer y Nogueira<sup>11</sup>, reconocen como elementos del contenido esencial del derecho de propiedad, el uso, goce y disposición y, en ese sentido, podemos concluir –atendida la definición que previamente señalamos a propósito del núcleo esencial- que si se priva a una persona de alguno de ellos, el Estado quedará obligado a responder.

Entonces, si las facultades de uso, goce y disposición son parte del contenido esencial, entendemos que el titular del derecho de propiedad puede: servirse del bien, percibir para sí los frutos y/o productos que la cosa sea susceptible de producir; y, enajenar, consumir o transformar el bien.

c) El derecho a no ser privado de su propiedad sino en virtud de una causa legal.

Breve mirada sobre la función social de la propiedad.

Señala el inciso segundo del numeral en estudio que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.”

---

<sup>10</sup> En este punto hemos seguido las explicaciones del Profesor Jorge Astudillo, en su curso de Derecho Constitucional, en el acápite dedicado a los Derechos Fundamentales, específicamente, a aquellos asociados al orden público económico, impartido el primer semestre del año 2009, en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

<sup>11</sup> Ver Derecho Constitucional. Tomo I. Segunda Edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Como bien sabemos, el derecho de propiedad, en tanto derecho fundamental, sólo puede verse limitado a través de una ley. Pues bien, señala la norma que el legislador puede establecer límites y obligaciones al titular de éste derecho en cuanto éstas se deriven de la función social de su propiedad. A la luz de la norma, diremos que la función social es aquel atributo esencial de la propiedad, que la hace compatible con los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Siguiendo a RÍOS, pensamos que la función social del derecho de propiedad “constituye –en líneas generales- una limitación impuesta al ejercicio de ese derecho, con el fin de asegurar que la colectividad reporte de ese manejo la satisfacción de determinadas necesidades.”

Con todo, no se debe olvidar que las limitaciones legales que pueden afectar a la propiedad en razón de su función social van dirigidas a su ejercicio. En otras palabras no es posible privar a una persona de su propiedad basándose en la función social de la misma.

### 2.3. Sobre los límites al derecho de propiedad

Los veremos brevemente. La norma señala que el derecho de propiedad puede ser limitado: en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación del bien, por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador; y en seguida, por el legislador cuando los límites que impongan se deriven de su función social. Ya hablamos sobre la función social, así es que en esta parte nos referiremos brevemente a la expropiación.

La expropiación es un acto unilateral de la administración pública, fundado en una ley que lo autoriza, por razones de utilidad pública o de interés nacional, por medio del cual se priva al dueño de un bien particular, previo pago de una indemnización. Una vez dictada la ley expropiatoria, la expropiación propiamente tal se materializa a través un acto expropiatorio, acto administrativo, dictado por una autoridad de la administración del Estado.

Cuando se dicta el acto expropiatorio, el expropiado podrá reclamar<sup>12</sup> de la legalidad del mismo ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. La persona afectada por un acto expropiatorio puede reclamar de éste ante el juez competente, que, en principio, es el juez civil de la comuna en que se encuentra el bien expropiado. Ello debe hacerlo dentro de treinta días contados desde la publicación del acto expropiatorio en el Diario Oficial.

El reclamo interpuesto no paraliza el procedimiento de expropiación, salvo que el juez, en los casos en que se reclame la improcedencia de la expropiación en razón de la inexpropiabilidad del bien afectado, falta de ley que la autorice o no concurrencia de causa legal; o, b) la falta de conformidad entre el acto expropiatorio y la ley que lo autoriza, en lo referido a forma y condiciones de pago de la indemnización, así lo resuelva. Si el juez suspende el procedimiento de expropiación a solicitud del reclamante, puede, en todo caso, solicitarle que rinda caución o garantía para responder de los perjuicios que la paralización ocasione, si después resulta que no era procedente.

#### 2.4. Sobre la protección constitucional del derecho de propiedad.

El derecho de propiedad se encuentra protegido constitucionalmente por la acción de protección; el artículo 19 N° 26 de la Constitución; y por la garantía de reserva legal que hace el propio artículo 19 N° 24 tantas veces mencionado.

##### a) La acción de protección

La acción de protección es aquella que tiene por objeto obtener que la Corte de Apelaciones respectiva adopte de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de todo aquel que, a causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de algunos de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política de la República. Está consagrada en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental.

---

<sup>12</sup> El reclamo de legalidad del acto expropiatorio se encuentra regulado en el Decreto Ley N° 2.186 del año 109780

El derecho de propiedad forma parte del catálogo de derechos amparados por esta acción.

b) Artículo 19 N° 26 CPR

El artículo 19 N° 26 confiere “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.” Esta garantía genérica que establece un límite al legislador en orden a no afectar los derechos en su esencia, aplicada al derecho de propiedad, implica que los preceptos legales que lo regulen o complementen tendrán que respetar el núcleo esencial al que ya nos referimos.

c) La garantía de reserva legal

Cuando el inciso segundo del numeral 24 prescribe que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, nos está diciendo que, como en la mayoría de los derechos constitucionales del art. 19, la delimitación, limitación, y en este caso, la autorización para la privación de este derecho o su contenido esencial es una facultad legislativa; la cual, dadas las características institucionales de nuestro régimen político deben ser sistematizadas con la facultad presidencial del art. 32 N° 6 que establece la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

### 3. El derecho de propiedad y el derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente.

En este acápite estudiaremos las implicaciones que tiene el derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente, bajo la óptica del derecho de propiedad, especialmente de lo que sucede a propósito de los demás coasignatarios que concurren en la sucesión. Finalmente, examinaremos cómo es que el causante ve afectado también su derecho de propiedad.

1. El ejercicio de los derechos que confiere el artículo 1337 N° 10 del Código Civil y las hipótesis en que podría afectar el derecho de propiedad en cuanto derecho fundamental.

Como ya sabemos, el artículo 1337 del Código, a fin de velar por la permanencia del cónyuge supérstite en el inmueble que servía de residencia al hogar común, le asegura a éste un derecho de adjudicación preferente sobre la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que tanto el inmueble como el mobiliario haya sido de propiedad del causante; pudiendo incluso exigir que en la parte en que esos bienes excedan de su cuota hereditaria, se le constituya derechos de uso y habitación vitalicios, gratuitos y personalísimos.

Por tanto, la norma le confiere el derecho de adjudicación preferente, propiamente tal y, en segundo lugar, el derecho a pedir que se constituyan en su favor los derechos de uso y habitación respecto del inmueble y los muebles, cuando los bienes excedan la cuota hereditaria. Veamos qué ocurre en cada una de estas situaciones.

1.1 Consecuencias que derivan del ejercicio del derecho de adjudicación preferente, a la luz del derecho de propiedad.

El derecho de adjudicación preferente, hemos dicho, es un derecho absoluto, o sea, se trata de un derecho que no genera ninguna responsabilidad para el cónyuge aunque cause daño. Sin embargo, como es de toda lógica, el hecho de no generar responsabilidades para el titular, no significa que deje de traer aparejadas consecuencias respecto de otros sujetos que participan en la sucesión.

¿Qué ocurre respecto de los demás coasignatarios una vez que el cónyuge supérstite decide adjudicarse en forma preferente el bien raíz que constituía la residencia habitual de la familia y que, a su vez, es el único o principal bien que conforma la masa hereditaria del causante?

La respuesta es obvia: los demás coasignatarios se quedan sin recibir nada. Al menos nada en forma inmediata puesto que, como explicamos, los demás herederos se ven postergados en sus legítimas.

Desde luego, puede ocurrir que aun tratándose del bien raíz que constituía la residencia principal de la familia en el supuesto mencionado, las siguientes situaciones:

- a. En primer lugar, puede ocurrir que la cuota del cónyuge sobreviviente sea superior al valor del inmueble sobre el cual puede ejercer su derecho, en ese caso, se le enteran, de acuerdo con las reglas generales de la partición.
- b. En seguida, puede ser que el valor del inmueble sea equivalente a la cuota del cónyuge supérstite, en cuyo caso, no se produce ninguna consecuencia en particular
- c. En tercer lugar, podría ocurrir que el valor del inmueble y del mobiliario que lo guarnece exceda del valor de la cuota que le corresponde al cónyuge supérstite. Recordemos que en este caso, el cónyuge sobreviviente puede pedir que se constituyan a su favor, derechos de uso y habitación, pero si no los pide, se podría subsanar la postergación de las legítimas de los demás herederos si es que ellos pudieran disponer realmente, de una parte del bien, por ejemplo, del mobiliario. Esta opción sí va a generar problemas cuando el cónyuge solicite la constitución de dichos derechos, como veremos a continuación.

1.2 Consecuencias que derivan de la constitución de los derechos de uso y habitación en favor del cónyuge sobreviviente, vinculado al derecho de propiedad.

Respecto de los demás partícipes de la comunidad hereditaria, podemos plantearnos una hipótesis de inconstitucionalidad de la regla décima del artículo 1337 del Código Civil, en cuanto a que se constituya el derecho real de uso y/o el derecho real de habitación a favor del cónyuge supérstite, esto es, cuando la cuota de éste es inferior al valor del inmueble y/o de los bienes muebles que guarnece el mismo. Podríamos pensar que se afecta el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la República, por cuanto se estaría privando de ejercer el derecho de dominio que a cada coasignatario le corresponde en lo tocante a sus respectivas cuotas.

La Constitución protege toda forma de propiedad, esto es: la plena y la nuda propiedad, como también todos los atributos esenciales del dominio, estos son: usar, gozar y disponer del objeto de la propiedad. El dueño, sólo puede ser privado de sus facultades esenciales, en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación del bien, por

causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador, como ya hemos señalado anteriormente.

En la hipótesis planteada, el o los demás legitimarios sólo mantienen la nuda propiedad sin recibir contraprestación alguna por ver limitado en el tiempo su derecho de dominio, hasta el momento del fallecimiento del cónyuge sobreviviente, en atención a que los derechos de habitación y/o uso constituidos a favor del cónyuge sobreviviente se caracterizan por ser vitalicios y gratuitos. En consecuencia, adquieren la nuda propiedad del bien.

¿Atenta la constitución de estos derechos en contra del derecho de propiedad?

La doctrina está dividida.

Una primera opinión señala que “este plus gratuito en forma de uso y habitación vitalicios sobre los bienes excedente de su derecho, no parece la mejor de las opciones posibles desde la perspectiva de la justicia y la equidad”, esto “supone una verdadera exageración, casi expropiatoria de los derechos de los demás herederos y sin justiprecio posible” (Durán, R. 2000, p. 201).

Creemos que esta opinión es perfectamente comprensible, por cuanto, en su aplicación, el derecho efectivamente afecta el derecho de propiedad de los demás partícipes en la sucesión, lo que puede llevar a graves situaciones de injusticia, como por ejemplo si los hijos del cónyuge causante no tienen lo indispensable para vivir y el cónyuge sobreviviente queda viviendo en el bien raíz que fue la vivienda principal de la familia, avaluado en una importante suma, sin poder usar ni gozar de ella, ni disponer de la misma hasta la muerte del cónyuge supérstite.

Otros, entienden que con la constitución de los derechos reales a los que hemos aludido, no se vulnera el derecho de propiedad cuestión por cuanto para que esto ocurra, es necesario que los coasignatarios se hayan visto privados de lo que les corresponda según su cuota en la sucesión, y en nuestro concepto lo que ocurre es que éstos son llamados a la sucesión con sus cuotas previamente gravadas por la ley, particularmente por el artículo

1337 regla décima del Código Civil, esto de conformidad con el mandato constitucional del artículo 19 número 24.

En nuestra opinión, sí se vulnera el derecho de propiedad. La finalidad de la norma consiste en no deteriorar el estándar de vida que tenía el cónyuge cuando muere su marido o mujer, pero la constitución de estos derechos, en la medida que se caracterizan por ser gratuitos y vitalicios, vulnera el derecho de dominio que tienen los demás coasignatarios. Si bien es cierto, es la propia Constitución la que señala que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social y en este caso es el legislador el que está limitando la propiedad del resto de los herederos, cabe preguntarse si es que acaso esta limitación surge de la función social de la propiedad.

Dijimos que esta función social puede entenderse como el atributo esencial de la propiedad, que la hace compatible con los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Tal vez el único de esos conceptos que justifica esta limitación, son los intereses generales de la Nación, en tanto es un deber del Estado, proteger a la familia. Sin embargo, podríamos preguntarnos ¿sólo el cónyuge supérstite forma parte de la familia del causante?, ¿qué ocurre con los hijos, éstos no son familia? Y aún en el supuesto en el que la limitación se justifique en un interés tan noble, ¿tan sólo por ese hecho es que se vuelve justa? Pensamos que no.

Los demás herederos han adquirido un derecho real de herencia al momento de la apertura de la sucesión, tienen el derecho a percibir una cuota y este derecho se encuentra amparado por el artículo 19 N° 24 que, según vimos, reconoce el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. Sin embargo, aun teniendo derechos en la cuota, cuando se constituyen en favor del cónyuge sobreviviente los derechos reales de uso y habitación, los demás herederos verán afectado el entero de su cuota, pues sólo podrán adjudicarse sobre esos bienes la nuda propiedad,

viéndose privados de ejercer sus facultades de uso y goce, hasta la muerte del cónyuge supérstite.

Vimos, también, a propósito del núcleo esencial del derecho de propiedad, que forma parte de éste, además de la facultad de adquirir la propiedad y las facultades de uso, goce y disposición, el derecho a no ser privado de su propiedad sino en virtud de una causa legal y previo pago de una indemnización justa, es decir, el pago debe ser actual y equitativo. Pues bien, aquí ocurre que el coasignatario que no es cónyuge supérstite, se ve privado de su propiedad en virtud de una causa legal (artículo 1337 N° 10), pero no se cumple el otro requisito copulativo, a saber, el previo pago de una indemnización justa, puesto que la norma establecida en el numeral 10 del artículo 1337 del Código Civil, en su afán de no desamparar al cónyuge sobreviviente, no se hace cargo del menoscabo que puedan sufrir los demás partícipes de la sucesión.

1. 3 El detrimento del derecho del causante para disponer de sus bienes para después de sus días.

Un punto no menor en el análisis del derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente desde la perspectiva del derecho de propiedad, es el detrimento del derecho del causante para disponer de sus bienes para después de sus días.

Como sabemos, en Chile, la libertad para testar es una libertad restringida: el causante no puede disponer libremente de todos sus bienes, sino que está llamado a reservar una parte de ellos a sus familiares, es decir, debe respetar las asignaciones forzosas que son aquellas que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no se han hecho, aún en perjuicio, de sus disposiciones testamentarias expresas.

El testador puede hacer la partición de sus bienes, y ésta será respetada si es que él ha respetado el derecho ajeno. Sin embargo, pareciera ser que este respeto por el derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente está por sobre su facultad de disponer, parte del núcleo esencial del derecho de propiedad. En efecto, con la existencia de este derecho se limita aún más la facultad de disponer del causante ya que, no sólo deberá

respetar las asignaciones forzosas sino que también deberá tener en cuenta, al momento de hacer la partición, el derecho que tiene el cónyuge supérstite de adjudicarse en forma preferente el inmueble familiar, porque el artículo 1318 del Código Civil, en su inciso segundo señala que “en especial, la partición se considerará contraria a derecho ajeno si no ha respetado el derecho que el artículo 1337, regla 10.a , otorga al cónyuge sobreviviente”. ¿Y qué ocurriría si el causante quisiera una partición distinta atendiendo la realidad de su familia?, ¿no se estaría, entonces, menoscabando la facultad de disponer del causante?

Pensamos que, efectivamente, lo preceptuado en el artículo 1318 en relación con la regla décima del artículo 1337, provoca un menoscabo en la facultad de disponer que tenga el causante sobre sus bienes, puesto que no le permite disponer de ella jurídicamente.

## CONCLUSIONES

1. El derecho de adjudicación preferente instaurado por la Ley 19.585, tiene como fundamento la protección del cónyuge supérstite, posibilitando que este continúe su vida en la vivienda familiar, al permitir que le sea enterada su cuota hereditaria con la adjudicación del referido inmueble y, en su caso, del mobiliario que lo guarnece.

2. En lo relativo al principio de la igualdad en la partición, estimamos, que el derecho de adjudicación preferente lo contraviene, tanto en valor, como respecto de la naturaleza de los bienes que forman el acervo hereditario.

3. En lo que respecta a la igualdad ante la ley, contemplada en el artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República, estimamos que el legislador claramente ha establecido una diferencia entre el cónyuge sobreviviente y los coasignatarios, pero que este trato privilegiado no es arbitrario, al perseguir la protección de la familia, valor o interés constitucionalmente relevante que, en definitiva, avala el trato señalado.

Cabe mencionar a propósito de la igualdad, a las uniones no matrimoniales, que no se encuentran contempladas en la hipótesis de la regla decimal del artículo 1337 del Código Civil, al éste tener como único titular al cónyuge sobreviviente. Podríamos señalar al respecto, que un derecho tan excepcional como éste no admite aplicación ni interpretación extensiva ni aplicación analógica, por cuanto, concluimos que no se podría conceder este derecho, por vía jurisprudencial, a los convivientes.

4. Otro de los tópicos tratados en el acápite dedicado a los problemas que genera desde la perspectiva del Derecho Constitucional fue el derecho de propiedad, específicamente propiedad sobre el derecho real de herencia que al momento de la apertura de la sucesión adquieren los asignatarios, amparado por la garantía constitucional del artículo 19 n° 24 de la Constitución. El perjuicio respecto a los demás coasignatarios estaría dado por la constitución de derechos de habitación y de uso gratuito y vitalicio a favor del cónyuge sobreviviente, porque éstos sólo podrán adjudicarse sobre esos bienes la nuda propiedad, viéndose privados de ejercer las facultades de uso y goce. Una limitación que nos parece

excesiva, por cuanto el coasignatario que no es cónyuge supérstite, se ve privado de su propiedad en virtud de una causa legal, sin recibir contraprestación alguna.

## NUESTRA PROPUESTA

El derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente es una institución destinada a proteger a la familia, y a mantener el estándar de vida que tenía el marido o mujer al tiempo del fallecimiento de su cónyuge. Y aunque el propósito es noble y viene dentro de un contexto en el que se buscó mejorar los derechos sucesorios del cónyuge, hemos llegado a pensar que debiera ser modificado, pues en la forma que aparece en el artículo 1337 N° 10, se desprotege a los demás herederos que concurren en la sucesión.

Después de analizar nuestros planteamientos estimamos que la norma en que se establece este derecho:

- 1) Vulnera la igualdad, proporcionalidad y unidad en la partición.
- 2) Vulnera el derecho de propiedad, en los términos ya analizados.
- 3) Nada dice respecto a las segundas nupcias.

A objeto de subsanar los defectos que, en la elaboración de este trabajo, hemos detectado, proponemos:

1) Establecer o enunciar criterios que permitan flexibilizar el ejercicio de este derecho, para ajustarlo a las diversas situaciones que se pueden derivar a propósito de la partición. Estamos conscientes, el legislador no puede prever todas las situaciones, y utiliza normas para situaciones generales, sin embargo, hemos visto que el ejercicio de este derecho afecta los intereses de los demás herederos.

2) Eliminar el carácter gratuito y vitalicio que tienen los derechos de uso y habitación, por cuanto esto hace impracticables los derechos que tienen los demás herederos sobre su cuota.

3) Agregar una causal de extinción del derecho de adjudicación preferente, a saber, las segundas nupcias. Esto en atención a que este excepcional derecho grava en gran medida a los demás herederos, y no parecería justo que si el viudo o viuda quiere formar un nuevo

hogar conyugal, deban los nudos propietarios esperar a que éste muera para ejercer sus derechos. Además, dicha situación no se condice con el espíritu de la norma que reconoce el rol de los cónyuges en el proyecto de vida en común que constituye el matrimonio.

Al reflexionar sobre este punto, nos inspiramos en el citado precepto argentino que señala que este derecho “se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias.”

## UNA REFLEXIÓN FINAL

# Deberá vender la casa de toda su vida por reclamo de un heredero

Al morir el padre, los hermanos supieron que él tenía otra hija. Ésta decidió reclamar su parte del único bien dejado por el fallecido: una casa en la que aún reside la viuda. Y lo conseguirá porque la ley —aunque parezca lo contrario— está de su lado.

Cuando murió su padre, Alejandro y sus dos hermanos se enteraron de que tenían una media hermana. Les dolió, sobre todo por su madre. Pero, decidieron conocerla y fue incluida en la posesión efectiva del único bien que dejó su padre: una casa muy precaria adquirida con el esfuerzo de ambos progenitores bajo régimen conyugal.

Nadie pensó en venderla porque allí vive la viuda, una señora mayor. Sin embargo, hace unas semanas recibieron una carta de la abogada que representa los intereses de la hija que el fallecido tuvo fuera del matrimonio, donde se les informaba que se ejercía su derecho de reclamar la parte que le correspondía del bien.

La propiedad tiene un avalúo fiscal de \$20 millones, donde el terreno es lo importante ya que la vivienda se halla en malas condiciones. Alejandro y sus

hermanos son personas de escasos recursos. “¿Cómo vamos a sacar a la mamá de la casa que ella misma ayudó a hacer realidad! No podemos venderla, pero esta persona exige su plata. Si incluso envió un tasador”, comentó a Línea Directa.

Aunque la lógica pareciera inclinarse por el lado de la viuda y de sus hijos, que son la mayoría de los herederos —más aún considerando que ella se casó en régimen conyugal y que le corresponde la mayor parte de los bienes incluidos en la posesión efectiva—, la ley dice lo contrario y obliga a ejecutar lo que se denomina partición.

La partición puede presentarse de tres formas:

**Por el propio causante** (el fallecido que hereda), mediante un acto entre vivos o por testamento.

**Por los consignatarios** (los herederos) de común acuerdo.

**Por un juez árbitro**, o juez partidor, cuando no hay acuerdo entre los herederos.

La posesión efectiva de los bienes dejados al momento del fallecimiento del causante habi-



lita a los herederos a disponer de ellos, pero en el evento de que exista oposición de uno de los consignatarios para la venta del bien —o uno exija su parte—, se debe necesariamente iniciar un juicio de partición. Aquí, los costos son altos, debido a que hay que designar un juez árbitro cuyos honorarios se pagarán con la realización del bien en remate público si es que los herederos no llegan a un acuerdo.

Lo mejor en estos casos —según precisan en el sitio web [Abogadosenlinea.cl](http://Abogadosenlinea.cl)— “es realizar gestiones previas destinadas a convencer a los herederos del inconveniente que existe si no se vende voluntariamente el bien, porque le asiste a cualquiera de los herederos el derecho de iniciar el juicio de partición”.

Este tipo de procedimientos se efectúan principalmente a través de comparendos y la sentencia final consta de dos partes: **Laudo**: en que se consignan los resultados de la partición y contiene los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de base para la distribución de los bienes comunes.

**Ordenata**: o liquidación, que consigna los cálculos numéricos para la señalada distribución.

### Las deudas

Las deudas también se heredan y en un juicio de partición, se dividen de pleno derecho entre los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias.

Por la partición o por convenio de los herederos pueden distribuirse entre ellos las deudas de diferente modo que el señalado por la ley o por el testador.



## Asesoría legal

Cuando se carece de recursos, como es el caso de nuestro lector y sus hermanos, se tiene la posibilidad de recurrir a la Corporación de Asistencia Judicial —en la oficina de Agustinas 1401, esquina Amunátegui— donde un abogado lo atenderá gratuitamente. Asimismo, la orientación legal telefónica de esta institución se extiende libre de costo a cualquier ciudadano, sin importar su situación económica. Para acceder a este servicio tiene que llamar al número 600 440 2000.

### @ EN INTERNET

Más información en:  
[http://www.cna.cl/dcc/CNA\\_ApuntesTallerParticiones.PDF](http://www.cna.cl/dcc/CNA_ApuntesTallerParticiones.PDF)

El domingo treinta de septiembre del presente año, en el diario El Mercurio, se relataba el drama de una viuda que sería despojada de su hogar por la hija extramatrimonial que tuvo el cónyuge premuerto. Más allá de los reparos que podríamos hacer a la investigación periodística que, en forma pedagógica, se dirigió a explicar lo que ocurre –a grandes rasgos- en los juicios particionales, existen varios aspectos sobre los cuales reflexionar.

El primero de ellos es el desconocimiento que existe respecto de este derecho. Desde luego, no podemos aventurarnos a asegurar que los abogados que asesoren a la familia que aparece en la noticia no verán en el derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente una solución; pero, al menos, podríamos especular respecto del abogado de la heredera que pide la partición, no la advirtió del mismo y, constatamos, que el rigor de la investigación periodística no alcanzó para informarse de la existencia del derecho de adjudicación preferente, que podría haberle dado un matiz bastante diferente a la noticia. Al decir de DOMÍNGUEZ, “este derecho ha dado lugar a una abundante literatura, aunque no a importantes aplicaciones prácticas.” (Domínguez Águila, Ramón (2006): “Principios del derecho sucesorio en el Código de Bello y su estado actual”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, comentario a pie de página, p. 228)

El derecho de adjudicación preferente se instauró en nuestro país con la ley 19.585, que comenzó a regir en el año 1999. Hoy, año 2012, esto es 13 años después, aún esta figura es casi desconocida, o de poca aplicación. Esto lo notamos también, en la nula existencia de jurisprudencia que se pronuncie sobre el referido derecho, y en consecuencia las pocas acciones que se han incoado en nuestros tribunales al respecto.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK M. RENE. Derecho sucesorio: explicaciones de clases revisadas por el profesor / Manuel Somarriva Undurraga, Tomo II, novena parte: “La partición de bienes”
- ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. Concepciones de la Función Judicial: El Caso de la Igualdad ante La Ley. Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 10, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000.
- BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, “Atribución Preferente de la Vivienda Familiar: Posibles Objeciones de Constitucionalidad”, en Cuadernos de Extensión Jurídica n° 4, Universidad de Los Andes, Santiago, 2000.
- BARAONA GONZÁLEZ, JORGE. Partición hereditaria y derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar. Cuadernos de extensión jurídica/ Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 2000.
- BARRÍA URENDA, DIEGO. El derecho de Adjudicación preferente: su acogida a la legislación nacional. Viña del Mar, Chile, 2004. (Monografía)
- BITTAR, AMARA Y MORALES, ÁNGEL, “Constitución del Derecho Real de Habitación del Cónyuge Supérstite”, en ALTERINI, et. al., *Estudios de Derecho Civil*, Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1980.
- CAPRILE BIERMANN, BRUNO, “El Derecho de Adjudicación Preferente: Comentario del artículo 1337 n° 10 del Código Civil”, Revista de Derecho Universidad de la Santísima Concepción, Volumen VII, n° 7, 2000.
- CAPRILE BIERMANN, BRUNO, “El Derecho de Adjudicación Preferente: Algunas Dificultades en la Aplicación del Nuevo Artículo 1337 n° 10 del Código Civil”, en [www.semanajuridica.cl](http://www.semanajuridica.cl) .
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004.
- COURT MURASSO, EDUARDO, “El Derecho de Adjudicación Preferente en la Nueva Regla 10ª del Artículo 1337 del Código Civil”, en Cuadernos de Extensión Jurídica n° 4, Universidad de Los Andes, Santiago, 2000.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, en “La Protección de la Vivienda Familiar a Favor del Cónyuge Sobreviviente. Panorama de Derecho Comparado”, en Cuadernos de Extensión Jurídica n° 4, Universidad de Los Andes, Santiago, 2000.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “La Vivienda Familiar en la Sucesión del Cónyuge”. Editorial Jurídica, 2005.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “El derecho de habitación del cónyuge supérstite. Análisis comparado de las legislaciones argentina y chilena” (2001) p. 14, artículo publicado en en *La Ley-Gran Cuyo*, Argentina, año 6 N°5, pp. 743-771, disponible en <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/derechohabitacion.pdf>. Fecha última consulta: 06 de octubre del 2012.

- DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA. Sobre la igualdad ante la ley. En la Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, Tomo I, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002.
- DURÁN RIVACOBBA, RAMÓN. Vivienda Familiar y Sucesión en el Derecho Chileno. Su perspectiva comparada con Ciencias Jurídicas. En Cuadernos de Extensión Jurídica n° 4, Universidad de los Andes, Santiago, 2000.
- ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN, “El Concepto de Vivienda Familiar en los Artículos 141 y 1337, Regla 10ª del Código Civil”, en Cuadernos de Extensión Jurídica n° 4, Universidad de Los Andes, Santiago, 2000.
- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. Los Derechos Constitucionales, Tomo II, Segundo Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- FIGUEROA, RODRIGO. Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público. Disponible en [http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos\\_de\\_analisis\\_Coleccion\\_Derecho\\_Privado/especiales/CAJ\\_n10\\_Serie\\_Publicaciones\\_Especiales.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/especiales/CAJ_n10_Serie_Publicaciones_Especiales.pdf), 2000. Fecha de última consulta: 06 de Octubre de 2012.
- PEREZ CASTRO, ANGÉLICA. Evolución de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente en el Código Civil chileno. Santiago, Chile 2002. (Monografía)