Investigaciones

Revista de Derecho Vol. XXIII - Nº 2 - Diciembre 2010 Páginas 9-22

UNIONES DE HECHO Y DERECHO SUCESORIO (LIBERTAD DE TESTAR PARA SOLTEROS SIN HIJOS)*

*Juan Andrés Varas Braun***

Resumen

El texto intenta plantear soluciones posibles a la cuestión acerca de los eventuales derechos hereditarios entre convivientes que el ordenamiento jurídico debiera reconocer, realizando un ejercicio cruzado: Desde el problema de las uniones de hecho, analizar críticamente la regulación sucesoria general y, desde el derecho sucesorio, analizar críticamente los intentos normativos para abordar las uniones de hecho. El trabajo incide también en un aspecto central de la discusión sobre la regulación legal de las uniones de hecho: si el legislador debe enfocar su labor en regular la constitución formal de las mismas para luego asignarles efectos jurídicos o si, por el contrario, debe proveer de normas que permitan acreditar ex post *la existencia de la unión, de manera que sus miembros accedan a los derechos y obligaciones respectivos.*

UNIÓN DE HECHO – CONSTITUCIÓN – DERECHOS HEREDITARIOS

Civil unions and Inheritance Law (freedom to make a will for childless single individuals)

Abstract

The text attempts to consider the possible solutions to the matter regarding the eventual rights of inheritance between live-in partners that the legislation should recognize, carrying out a cross-exercise: From the problem of civil union, critically analyze the general succession regulation; and from the Inheritance Law, critically analyze the regulatory attempts to deal with civil union. The paper also has bearing in a central aspect of the debate on legal regulations of civil union: if the legislator must focus his task on regulating the formal constitution of the aforementioned to later assign them legal effects, or to, on the contrary, if the legislator must provide regulations that allow to prove ex post *the existence of the union to permit to its members obtain their respective rights and obligations.*

CIVIL UNION – CONSTITUTION – HEREDITARY RIGHTS

* El presente trabajo se enmarca dentro de las investigaciones realizadas para el Proyecto Fondecyt Nº 1090706, caratulado "Familia, matrimonio y convivencia", en que es investigadora principal la Dra. Susan Turner Saelzer.

** Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Campus Isla Teja s/n, Valdivia, Chile. jvaras@uach.cl

Artículo recibido el 30 de agosto de 2010 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 27 de octubre de 2010.

1. Introducción

En el marco de una investigación más general sobre uniones de hecho, el presente trabajo aborda uno de los ámbitos patrimoniales importantes derivados de la convivencia de facto, cual es el de los eventuales derechos hereditarios entre los convivientes. El texto intenta plantear soluciones posibles a esta cuestión realizando un ejercicio cruzado: Desde el problema de las uniones de hecho, analizar críticamente la regulación sucesoria general y, desde el derecho sucesorio, analizar críticamente los intentos normativos para las uniones de hecho. El trabajo incide, de esa manera y por añadidura, en un aspecto central acerca de la discusión sobre la regulación legal de las uniones de hecho: si el legislador debe enfocar su labor en regular la constitución formal de las uniones de hecho para poder consecuencialmente asignarle efectos jurídicos a la misma o si, por el contrario, debe proveer de normas que permitan acreditar *ex post* la existencia de la unión de manera que sus miembros accedan a los derechos y obligaciones respectivos.

Con tal propósito, el texto toma el siguiente itinerario. Los apartados que continúan plantean el problema general relativo a las uniones de hecho en Chile (2) y exponen brevemente el s*tatus quaestionis* chileno en materias sucesorias aplicables a esa clase de realidad social (3). Enseguida (4) se realiza una aproximación crítica a los intentos normativos en debate en la actualidad, que pretenden abordar el fenómeno social de la convivencia de facto, centrando esa crítica en la específica materia sucesoria que es objeto de este trabajo. Finalmente (5) se plantea y desarrolla el problema específico que constituye el objeto del presente trabajo, cual es la posición de los ascendientes como legitimarios, para acabar con algunas conclusiones propositivas, todas ellas necesariamente de *lege ferenda,* con alguna referencia, que no pretende exhaustividad sino sólo ejemplaridad, a ordenamientos comparados.

2. Marco teórico y problema general

Como se sabe bien, existe en Chile una notable brecha entre la franca masividad[1] de la realidad social conformada por las uniones de hecho[2] y la ausencia de

[1] Para una aproximación sociológica a la abundancia estadística del fenómeno, téngase en cuenta que "el cambio de mayor significación que se registra en el estado conyugal de las parejas, durante el período intercensal, corresponde al mayor peso relativo de los convivientes en el total de uniones, subiendo de 10% en 1992 a 16% en 2002. Este fenómeno se observa en distintos grupos de edad, pero con mucha mayor intensidad en la población joven". Instituto Nacional de Estadísticas (INE): *Mujeres Chilenas. Tendencias en la última década* (Censos 1992-2002), Vol. II, p. 62, disponible en http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/mujeres/mujeres.php. Al mismo tiempo, el índice de nacimientos fuera del matrimonio ha venido incrementándose muy significativamente, y de una manera muy acelerada (a una tasa ligeramente superior a un 2% anual), en los últimos años, desde un 48% en el año 2000 hasta un 67% en el 2009, conforme a los datos proporcionados por el Servicio de Registro Civil e Identificación (en http://www.registrocivil.cl/f_estadisticas.html).

[2] Para conceptos recientes de unión de hecho en Chile, véase, *ad. ex*., Ramos Pazos, R., *Derecho de Familia*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 627; Barrientos Grandón, J./ Novales Alquézar, A., *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, LexisNexis, Santiago, 2004, p. 65, o Barrientos Grandón, J., *De las Uniones de Hecho*, LexisNexis, Santiago, 2008, pp. 27 a 51. Sólo a efectos de aligerar la redacción, aquí utilizaré indistintamente los términos "unión de hecho", "concubinato", "unión *more uxorio*", "convivencia

reconocimiento legal general del fenómeno. Existen, por cierto, y como también es muy conocido, una serie de intervenciones legales específicas que lo reconocen; en el ámbito del Derecho Penal (como respecto de la facultad de no declarar en juicio por motivos personales o respecto del régimen de atenuantes y de agravantes), en el campo de la seguridad social (montepíos, pensión de sobrevivencia, accidentes laborales, subsidios habitacionales y un largo etc.), o en el propio Derecho de Familia (en lo relativo a la filiación no matrimonial), pero sin llegar a una regulación cabal[3].

Esta brecha ha sido advertida por la doctrina y por los legisladores. Desde el año 2003 se vienen presentando en el Parlamento, con cierta periodicidad, iniciativas de ley que intentan, con más o menos generalidad, pero casi siempre sobre la base de la celebración de un contrato civil, resolver la ausencia actual de regulación global del fenómeno. En forma previa a las propuestas actualmente vigentes, en cuyo análisis se centrará luego este texto, y presentadas en orden cronológico, se han planteado iniciativas por parte de los legisladores Accorsi *et al.* (2003, proyecto para regular exclusivamente las uniones homosexuales, archivado)[4], Viera Gallo (2004, Proyecto de regulación general, archivado)[5], Ximena Vidal *et al.* (2006, proyecto general para uniones de hecho, con informe negativo de la Comisión respectiva)[6], otra vez Accorsi *et al.* (2007, con un proyecto de patrimonio especial para concubinos con vínculo matrimonial, archivado en agosto 2009[7], al que hay que sumar una iniciativa parecida del Diputado Errázuriz)[8], Bianchi (2007, con un proyecto de unión civil de gananciales)[9], y finalmente, Enríquez-Ominami (marzo de 2008, proyecto para regular sólo uniones homosexuales)[10].

Todas las iniciativas antes mencionadas dan cuenta de la clara percepción de un sector significativo de legisladores en torno a la existencia de un problema de anomia respecto de las uniones de hecho y dan cuenta, asimismo, de que esa anomia es percibida como particularmente relevante respecto de las parejas homosexuales.

---

afectiva", "parejas de hecho", "unión no matrimonial", etc.; y por razones que se harán evidentes en el texto, las aplicaré indistintamente a uniones afectivas heterosexuales y homosexuales, a sabiendas, desde luego, que tal asimilación es materia por demás debatida (Véase Barrientos Grandón, J., *Op. cit*, pp. 133 y ss.).

[3] Para una revisión exhaustiva de la normativa que, en diversas sedes, se refiere a la convivencia, véase Barrientos Grandón, J., *Op. cit*, pp. 87 a 124. Para un análisis de la aplicabilidad de esa normativa a las parejas homosexuales, véase De la Barra Suma de Villa, M.A., *Normas legales que reconocen la calidad de conviviente en Chile y su posibilidad de aplicación a uniones de hecho homosexuales*, Tesis de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2009.

[4] Boletín Nº 3283-18, Proyecto de ley sobre fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo.

[5] Boletines Nº 3473-07 y 3494-07, Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho, el segundo en compañía del Senador Núñez).

[6] Boletín Nº 4153-18, Proyecto de ley que establece regulación para las uniones de hecho.

[7] Boletín Nº 4875-18, Proyecto de ley que establece patrimonio especial para quienes vivan en concubinato no obstante mantener un vínculo matrimonial en sociedad conyugal.

[8] Boletín Nº 4187-18, Proyecto de ley que otorga a la comunidad formada por la convivencia la propiedad de los bienes adquiridos en las condiciones que indica.

[9] Boletín Nº 5623-07, Proyecto de ley que regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales.

[10] Boletín Nº 5774-18, Proyecto de ley que regula la unión civil entre personas del mismo sexo.

En los últimos tiempos han cobrado relieve dos propuestas, con un grado muy distinto de concreción, y que serán objeto de análisis más detenido, en cuanto se refieren a la materia que es el tema de este trabajo. Se trata, en primer lugar, del proyecto elaborado por los profesores Carlos Pizarro, de la U. Diego Portales, y Mauricio Tapia, de la U. de Chile, encargado por el Gobierno, pero que, a falta de patrocinio formal del mismo, fuera finalmente presentado como iniciativa legislativa en octubre de 2009[11] por el Diputado Rossi y otros (aunque con modificaciones que lo desnaturalizaron un tanto, especialmente respecto de sus aspectos registrales. Ese proyecto propone la existencia y regulación de un Pacto de Unión Civil –en el proyecto inicial, con una inscripción registral pública–, abierto a parejas hetero y homosexuales). La segunda es lo que podría denominarse una antepropuesta (no son más que ideas legislativas sin formato normativo) efectuada por los Senadores Allamand y Chadwick (que proponen en octubre de 2009[12] legislar sobre un pacto llamado Acuerdo de Vida en Común, también abierto tanto a parejas hetero como homosexuales). Las razones por las cuales serán únicamente estos los proyectos cuyo contenido normativo se analizará son sencillas. La primera, porque es la iniciativa más completa de las presentadas hasta ahora, es la única que fue elaborada en sede académica, que resultó de un encargo inicial del propio Gobierno y que se encuentra en actual tramitación legislativa. La segunda, porque emana de legisladores cuyo sector político ha sido tradicionalmente renuente a innovar en estas materias, pero que acaba de ser electo para ocupar el Poder Ejecutivo.

Siendo muy diferentes esos dos proyectos, comparten una nota esencial: Ambos sustentan la regulación que proponen no en el hecho mismo de la convivencia afectiva, sino en la existencia de una formalidad de carácter convencional. Ahora bien, como se puede colegir mediante un simple ejercicio de lógica formal, cuando se regula la situación de las convivencias *more uxorio* por la vía convencional, automáticamente se genera un nuevo *tertium genus*, porque no se hacen desaparecer las auténticas uniones de hecho residuales, que ahora podrían denominarse convivencias desnudas (o, más irónicamente, uniones de hecho de hecho o uniones de hecho de verdad). De modo, entonces, que las convivencias afectivas, que hoy pueden encontrarse en dos situaciones frente al Derecho (matrimonio y unión de hecho), pasarían a poder enmarcarse en tres situaciones: matrimonio, unión civil y unión de hecho. Antes de referirme a la cuestión específica que constituye el objeto de estas líneas, y simplemente como una suerte de declaración de principios en la materia, dos comentarios acerca de la juridización de la situación de las convivencias de hecho por la vía convencional contractual (es decir, del establecimiento de uniones civiles, en cualquiera de sus formas).

Primero, me temo que es probable que en Chile las situaciones residuales sigan siendo una significativa mayoría, y que, por lo mismo, una regulación de base formal convencional deje sin solucionar un número igualmente significativo de casos. Y ello ocurrirá, creo, porque en nuestro país la resistencia al matrimonio es menos ideológica

[11] Boletín Nº 6735-07, que establece un Pacto de Unión Civil.

[12] Diario *La Tercera*, Reportajes, domingo 11 de octubre de 2009, pp. 10 y 11 (disponible en www.institutolibertad.cl/lt_11_10_09_mlb.pdf)

que cultural. Es decir, no se trata de que la gente no se case porque tenga algún tipo de juicio racional negativo sobre la institución matrimonial (juicio que no se extendería sobre un pacto de unión civil, en la lógica de quienes proponen una solución de base convencional formal), sino porque no ve en ello ningún beneficio especialmente atrayente respecto de la simple convivencia, cuyo único requisito es el traslado físico a un hogar común. Y si esa posición sicológica cultural es así respecto del matrimonio, lo será en igual o mayor medida respecto de un pacto de unión civil, cualquiera sea su nombre o forma. Parece demostrar este aserto el hecho de que no haya aumentado la tasa de matrimonialidad con la dictación de la nueva Ley de Matrimonio Civil, que permite el divorcio, incluso unilateral[13]. Explico esto último. Si la resistencia al matrimonio fuese ideológica, esa resistencia debiera haber disminuido al suprimirse legislativamente el carácter indisoluble del mismo, y ello debiera haberse manifestado en un crecimiento de la tasa de matrimonios por año desde 2004 a la fecha. Si no ha sido así, es sencillamente porque la resistencia al matrimonio no es ideológica, sino cultural. Existe por lo mismo el riesgo importante de que una regulación de base convencional, que omita por lo mismo esta realidad, termine siendo una letra muerta legislativa, o una excepcionalidad utilizada apenas por unos pocos ciudadanos (como ocurre, dicho sea de paso, con el régimen de participación en los gananciales)[14]. Regular, entonces, la realidad de las uniones de hecho sobre la base de la celebración de una convención más o menos solemne tiene el evidente riesgo de redundar en el problema y de infringir el principio de parsimonia o de economía conocido como la navaja de Occam. Es decir, aparte de resolver de dos maneras legales diversas lo que podría resolverse de una sola, no se soluciona verdaderamente el problema, porque subsistirán las convivencias de hecho no juridizadas. Para ellas ¿habrá que crear una tercera manera legal de resolver la cuestión? Y una vez creada, ¿no se hará otra vez necesario resolver la situación de las parejas residuales? ¿No será más sensato regular de entrada la situación de las convivencias de hecho, sin una necesaria fase previa de juridización?

[13] El número absoluto de matrimonios en Chile, en 2003, fue de 56.659; en 2004, de 53.403; en 2005, de 53.842; en 2006, de 58.155 y en 2007, de 57.792. Por su parte, la tasa de nupcialidad por cada mil habitantes para esos mismos años fue de 3,6; 3,3; 3,3; 3,5, y 3,5. Instituto Nacional de Estadísticas. *Estadísticas Vitales, Informe Anual 2007*, p. 113. Fecha de publicación: 16 de diciembre de 2009. Disponible en http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/estadisticas_vitales/ estadisticas_vitales.php. Sólo a modo ilustrativo, vale la pena consignar que en 1973, con la población empinándose apenas por sobre los diez millones, los matrimonios celebrados fueron 83.550 (tasa de nupcialidad de 8,3 por mil), llegándose a un máximo de 103.710 matrimonios anuales para 1989 (tasa de 8,0 por mil), cuando la población total estimada era de 13.963.000 personas (*op. cit*., pp. 41 y 42). Las estadísticas del propio Servicio de Registro Civil e Identificación completan el cuadro para los años 2008 y 2009. El 2008 el número de matrimonios bajó a 57.404 y, el 2009, descendió a 52.834. Cifras disponibles en http://www.registrocivil.cl/Estadisticas_enfoque/estadisticas_enfoque_1.html.

[14] La tasa de utilización de ese régimen legal, presentado en su época como una panacea, ha oscilado entre el 2,2 y el 2,9 por ciento del total de matrimonios celebrados anualmente. Cifras disponibles en http://www.registrocivil.cl/Estadisticas_enfoque/estadisticas_enfoque_1.html, a partir de las cuales pueden obtenerse los porcentajes antes aludidos. Los cambios de régimen desde comunidad de bienes o desde separación de bienes a comunidad de gananciales pueden contarse anualmente, de modo literal, con los dedos de las manos (*Loc. cit.*).

Y un segundo comentario. Como una necesaria consecuencia de lo antes expuesto, puede colegirse que la real necesidad de una regulación contractual o convencional se presenta en verdad casi exclusivamente respecto de las parejas de hecho homosexuales, que carecen de todo instrumento jurídico-simbólico respecto a la socialización de su unión, mientras no se permita, como ocurrió ya en España, su acceso al contrato de matrimonio (y esa permisión parece encontrarse muy lejos de las prioridades políticas en Chile).

3. El *status quaestionis* en Chile respecto de las uniones de hecho y la sucesión *mortis causa*

La situación actual respecto de las uniones de hecho frente a las normas del Derecho de Sucesiones puede caracterizarse, a mi juicio, sobre la base de la constatación de tres realidades: una ausencia normativa, una imposibilidad teórica y una improbabilidad jurisprudencial.

En primer lugar, la ausencia. Las normas de derecho sucesorio común, es decir, descontando las normas de seguridad social y algunas otras a que he hecho antes alusión[15], carecen de toda referencia normativa a la situación del concubino/a. El concubinato, a efectos del derecho sucesorio, no existe. Por lo mismo, en la sucesión intestada, el conviviente no lleva parte alguna de los bienes del causante; y en la sucesión testada, sólo puede dejarse al conviviente la cuarta de libre disposición.

En segundo lugar, una imposibilidad. Es claro que en el estado actual de nuestra jurisprudencia es impensable que puedan llegar a aplicarse al conviviente, por analogía, las normas previstas para el cónyuge (ni aún en el caso de convivencias prolongadas sin matrimonio paralelo). Y, además, resulta probablemente muy sano, desde una perspectiva más general de la aplicación judicial de la ley, que así sea. En otros términos, en Chile existe una nula posibilidad de aplicar analógicamente al concubino sobreviviente las disposiciones relativas al cónyuge sobreviviente, que es la tesis que Espada Mallorquín ha planteado para España, y que carece, asimismo, de recepción jurisprudencial[16].

Y finalmente, una segunda imposibilidad. Como se sabe, existe una actual tendencia jurisprudencial más o menos consolidada que, en caso de concurrencia de cónyuge y conviviente, tiende a preferir o privilegiar la posición del cónyuge, aunque no se encuentre respaldada por convivencia actual[17]. Parece, en mi opinión, muy poco probable que esa tendencia se modifique en un plazo razonable.

Esa realidad normativa produce ciertos efectos que para las parejas matrimoniales no suelen plantear restricciones demasiado indeseables, pero que, en cambio, constituyen para las parejas de hecho problemas específicos que requieren, a mi juicio de modo bastante imperativo, la atención legislativa.

---

[15] Véase Nota Nº 5.

[16] Espada Mallorquín, S., "El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 12, julio de 2009, pp. 9 a 67, *passim*.

[17] Vid. Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 12 de mayo de 2005 (Grez con Álvarez y otros) y comentario crítico de Turner Saelzer, S., "Sentencia sobre los efectos de la terminación de una unión *more uxorio* y su relación con un régimen patrimonial vigente (Corte Suprema)", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XVIII, Nº 2, diciembre 2005, pp. 233 a 244.

En efecto, respecto de la sucesión testada, el espacio para testar a favor del conviviente es francamente muy menor. Como se sabe, si no hay cónyuge ni descendientes, y los ascendientes ya han desaparecido, la libertad es total[18] y, por lo mismo, en esa situación el conviviente puede favorecer ampliamente a su pareja. Sin embargo, esa situación es de hecho bien excepcional (concurren a esa excepcionalidad, entre otras circunstancias, la de que los seres humanos compartimos con los demás seres vivos una natural tendencia a reproducirnos con bastante facilidad; y el actual aumento de las expectativas de vida, que hace que la convivencia intergeneracional resulte cada vez más prolongada) y desde luego que esa excepcionalidad se plantee respecto de los dos integrantes de la unión de facto, de manera que tengan la posibilidad de testar en forma recíproca el uno a favor del otro en igualdad de condiciones, resulta estadísticamente en extremo improbable. Como también es sabido, habiendo cónyuge, descendientes o ascendientes, la posibilidad de favorecer a un conviviente de hecho se reduce de manera significativa, a un cuarto de los bienes (la denominada cuarta de libre disposición) a pesar del actualmente ambiguo texto del artículo 1184 del Código Civil, que parece dar a entender, erróneamente, que hay casos en que puede disponerse de la mitad de los bienes.

Por su parte, en caso de que resulte abierta una sucesión intestada respecto de uno de los convivientes, al concubino sobreviviente no le corresponde parte alguna en el patrimonio del causante, a menos, por cierto, que se accione judicialmente en contra de los herederos legales para obtener alguna solución compensatoria por la vía de las salidas jurisprudenciales diseñadas para esos efectos, a través, esencialmente, de los mecanismos jurídicos de la comunidad y de la sociedad de hecho[19]. Esta acción, sin embargo, es una alternativa a la inexistencia de derechos sucesorales, y no puede considerarse situada dentro de los límites del derecho sucesorio.

Esta situación de máxima restricción de la libertad de testar y de ausencia de mecanismos sucesorios para el concubino sobreviviente, como se comprende con facilidad, resulta grave en todos los casos de uniones no matrimoniales, muy grave en los casos de coexistencia con un matrimonio de alguno de los concubinos, y especialmente dura respecto de las parejas homosexuales. En efecto, en las parejas heterosexuales suele haber hijos, que desplazan automáticamente a los ascendientes como legitimarios, y esos hijos suelen haberse tenido, justamente, con la pareja en cuestión, hipótesis en la que el problema subsiste, pero minimizado. Desde luego, hay numerosas hipótesis de uniones heterosexuales en que la situación regulatoria actual es también grave, como ocurre cuando los descendientes se han tenido con una contraparte biológica distinta de la pareja actual, en una unión de hecho previa o en un matrimonio anterior, a veces ya terminado y a veces subsistente. La frecuencia con que esta gravedad se produce en parejas

[18] Véanse los artículos 1181 y 1182 del Código Civil.

[19] Para un análisis detenido de estas soluciones, que genéricamente podrían denominarse "comunitarias", véase Donoso Vergara, F./Rioseco López, A., *El concubinato ante la jurisprudencia chilena*, Lexis Nexis, Santiago, 2007. Las soluciones no comunitarias, descritas en los textos que abordan el fenómeno de las uniones de hecho, resultan en la práctica tan minoritarias que pueden reputarse inexistentes (véase Billeke Brancoli, T., *Ruptura de Uniones de Hecho en Chile: Las soluciones no comunitarias*, Tesis de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2010.

homosexuales es, sin embargo, superior. En muchas de ellas no existen descendientes (por razones obvias) y suele existir una relación difícil con los ascendientes (derivadas de la dificultad social aún subsistente para aceptar la homosexualidad), lo que hace particularmente complicado aceptar que los integrantes de esas uniones afectivas se encuentren obligados a testar a favor de esos ascendientes en las tres cuartas partes de sus bienes, y que sólo puedan favorecer a la persona con la que comparten su vida en el cuarto restante.

Como analizaré en el siguiente apartado, las propuestas de modificación legislativa en actual vigencia no resuelven este problema.

4. Las propuestas en debate, en materia sucesoral

La propuesta de regulación Allamand-Chadwick, sobre la base de la celebración de un Acuerdo de Vida en Común, establece que en los casos en que tal acuerdo haya sido celebrado se producirá de pleno derecho la presunción de disposición de la cuarta de libre disposición a favor del conviviente. El texto dado a conocer por los legisladores apunta escuetamente que: "El AVC hará presumir que las partes se confieren recíprocamente la cuarta parte de la herencia (cuarta de libre disposición). Adicionalmente, se estudiará la posibilidad de adjudicarse preferentemente el uso, goce o dominio del inmueble que le servía de habitación con cargo a su parte en la herencia".

Algunos inconvenientes de la idea expuesta pueden sintetizarse en los siguientes tres problemas: Primero, la propuesta, en caso de concretarse legislativamente, no resuelve la situación de los convivientes con recursos escasos (que son la inmensa mayoría), respecto de los cuales la cuarta parte de los bienes suele ser bastante irrelevante respecto del objetivo perseguido por una norma como la que se comenta, que no es otro que velar por la situación en que queda el conviviente más desfavorecido luego de la ruptura de la convivencia. Por lo mismo, la idea de estudiar la solución del tema del inmueble familiar resulta mucho más significativa en términos de protección social. Segundo, la proposición no resuelve la situación de los verdaderos convivientes de hecho, porque sólo se aplica a las parejas que habían celebrado un Acuerdo de Vida en Común antes de la apertura de la sucesión. Y finalmente, la propuesta no aclara la naturaleza de la presunción que se propone legislar. Parece razonable pensar que no se trate de una presunción de Derecho, que no pueda desvirtuarse de modo alguno. Si, como sugiere el sentido común, se tratase de una presunción de carácter simplemente legal, surge la duda acerca de si esa presunción se derriba sólo con disposición testamentaria en contrario, o si, por el contrario, podría llegar a verse desvirtuada con cualquier otro medio probatorio.

Por su parte, el proyecto que establece el Pacto de Unión Civil estipula, en esta materia, que el conviviente que sobrevive (que ha celebrado el pacto) tiene identidad de derechos con el cónyuge sobreviviente. La propuesta de modificación del Código Civil establece literalmente:

> "Art. 1792-40 CC. Si el pacto de unión civil termina por muerte de una de las partes la otra gozará de todos los derechos establecidos por la ley para el cónyuge sobreviviente.

> En caso de muerte de una de las partes, causada por la acción de un tercero, la contraparte se encontrará legitimada activamente para exigir la reparación de los perjuicios patrimoniales y morales sufridos, según las reglas generales de la responsabilidad civil".

El texto citado provee, a no dudarlo, una mucho mejor protección al conviviente que sobrevive y que se encuentra en situación desmejorada, tanto respecto de la situación actual como respecto del proyecto de Acuerdo de Vida en Común antes revisado. Tal mejora se produce simplemente por remisión, al igualar los derechos del conviviente con los del cónyuge, para el que existe una nutrida protección legal en defecto y por sobre la voluntad del causante, sobre la que no es necesario abundar aquí, atenta la naturaleza de este trabajo.

Sin embargo, deben hacerse notar dos problemas que la idea normativa expuesta deja pendientes de resolver, en la específica materia que es objeto de este texto. En primer lugar (y este es un defecto común a cualquier regulación de la convivencia de facto que se base en la circunstancia de que, por un mecanismo convencional más o menos formalizado, esa convivencia se juridice y deje de ser, en rigor, de facto) deja sin resolver la situación de los verdaderos convivientes de hecho, y según el temor que se explicitó al comenzar estas líneas, es posible que estadísticamente esa realidad siga siendo muy numerosa. En segundo lugar, la proposición no iguala cabalmente la situación del conviviente a la del cónyuge, sino que lo hace sólo a efectos de la sucesión intestada (porque la homologación ocurre sólo a la muerte de uno de los concubinos contratantes, de modo que antes el concubino no debe considerarse cónyuge a ningún efecto legal, y por lo mismo, no lo es a efectos testamentarios). Por esa razón, en la sucesión testamentaria, no hay tal homologación. Ocurre además que el proyecto no considera al conviviente convencional como legitimario ni como eventual asignatario de cuarta de mejoras. Esto es, se producirá en muchas hipótesis la paradójica situación de que el concubino que quisiera favorecer a su contraparte para el momento de su muerte lo mejor que puede hacer es no hacer nada. Imagínese una pareja con dos hijos, que convive y celebra un Pacto de Unión Civil conforme al proyecto en análisis. Si quiere testar, está obligado a dejar a sus dos hijos el setenta y cinco por ciento de sus bienes (la mitad a título de legítima, la cuarta a título de mejora), y podrá dejar a su conviviente sólo la cuarta restante. Si muere intestado, en cambio, corresponderá al sobreviviente el doble de lo que corresponda a cada uno de los hijos (conforme al artículo 988 del Código Civil), esto es, la mitad de los bienes (amén de los demás derechos correspondientes al cónyuge, como la adjudicación preferente del artículo 1337 regla décima del Código Civil). Por cierto, el ejemplo podrá hacerse más dramático imaginando que los dos hijos no son comunes, sino de convivencia o matrimonio anterior.

De manera, en conclusión de este apartado, que las propuestas en análisis resultan claramente insatisfactorias en lo que se refiere a la solución integral del tema sucesorio para los convivientes.

5. Tesis (propuestas de *lege ferenda*)

Frente al panorama descrito, cabe la pregunta siguiente: Sin modificar la estructura global del Derecho de Sucesiones en Chile, lo que sería algo complejo técnicamente y políticamente de una viabilidad muy incierta ¿existe alguna posibilidad de mejorar la situación de los concubinos, en especial de los convivientes homosexuales, desde el Derecho Sucesorio, de una manera tal que resulte inocua o beneficiosa para el resto de la sociedad, y sin esperar la dictación de una normativa general para uniones *more uxorio,* pero que resulte compatible con la eventual promulgación de una tal iniciativa? El propósito específico de este artículo es apuntar que esa posibilidad existe y que, con una mínima modificación legislativa puede producirse una situación cercana al óptimo de Pareto, en la que todos los involucrados ganan, y nadie pierde (o, al menos, nadie pierde tanto como lo que ganan otros). Tal situación se produce al ampliar el espacio de libertad testamentaria para personas sin hijos, lo que se logra con la simple supresión de los ascendientes como legitimarios.

Algunas explicaciones. Como se sabe, y ya se ha insinuado con anterioridad, la actual deficiente redacción del artículo 1184 del Código Civil[20] hace que la libre disposición de bienes sea prácticamente binaria: O se dispone del total (cuando no hay cónyuge, descendientes ni ascendientes), o se dispone apenas de una cuarta parte de los bienes (cuando hay cualquiera de esos titulares legales de legítima). Esto quiere decir que en materia de libertad de testar se ha ido retrocediendo desde 1857, porque en la redacción original del Código Civil la cuarta de mejoras sólo se formaba cuando había descendientes y, por lo mismo, cuando había sólo cónyuge y/o ascendientes, podía efectivamente disponerse de la mitad[21] (de modo que la porción de libre disposición estaba bastante mejor graduada que hoy). La actual regulación, que parece bastante normal respecto de la mayoría de las personas, resulta sin embargo muy poco razonable para solteros sin descendencia, que es una situación bastante frecuente en parejas homosexuales. En efecto, para la mayoría de las personas ocurre (temporalmente) que mientras son jóvenes y no tienen un

[20] Art. 1184. La mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa.

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

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

[21] En su redacción original, el artículo 1184 disponía: "La mitad de los bienes, previas las deducciones i agregaciones indicadas en el art. 959 i las que enseguida se espresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos lejitimarios, segun las reglas de la sucesion intestada; lo que cupiere a cada uno en esa division será su lejítima *rigorosa*.

No habiendo descendientes lejítimos con derecho a suceder, la mitad restante es la porcion de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.

Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones i agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las lejítimas rigorosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes lejítimos, sean o no legitimarios; i otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio".

patrimonio significativo, sus ascendientes son legitimarios, pero ello no trae ninguna consecuencia práctica, precisamente por la falta de un patrimonio significativo y/o por la ausencia de personas más cercanas a las que se quisiera favorecer en una declaración de última voluntad (las que, por otra parte, son extremadamente infrecuentes en ese segmento de la población). Para esa misma mayoría, en el tiempo en que han logrado acumular un patrimonio relevante, sus descendientes han desplazado a sus ascendientes como asignatarios forzosos, de modo que la posición de estos últimos como legitimarios no produce, en verdad, perturbaciones significativas. En cambio, para las personas sin hijos, ese desplazamiento no se produce nunca, y por lo mismo se genera la poco razonable situación de que, al momento de testar, están obligados a disponer del setenta y cinco por ciento de su patrimonio a favor de sus ascendientes (normalmente sus padres), y que sólo pueden favorecer a terceros (en el caso que nos ocupa, su conviviente) con la cuarta de libre disposición. Esta situación puramente jurídica se agrava en los hechos por cuatro consideraciones de hecho cuya fundamentación excede los marcos de un trabajo como éste, por lo que me limitaré a enunciarlas: Uno, la creciente expectativa de vida de la población nacional hace que la referida situación pueda prolongarse mucho en el tiempo; dos, las parejas sin hijos (especialmente en el sector profesional) suelen tener una capacidad de ahorro superior a la media, de modo que la acumulación patrimonial se produce con mayor facilidad; tres, normalmente la generación de patrimonio por parte de personas cuyos ascendientes están vivos no proviene de haber recibido ese patrimonio de sus padres, y cuatro, en el caso de las parejas homosexuales sin hijos suele (al menos en Chile) darse la paradojal situación de que aquellos a quienes se debe la legítima son precisamente aquellos a quienes ha costado aceptar o han positivamente rechazado la homosexualidad de su descendiente.

Todas estas razones hacen que parezca muy poco conveniente la actual regulación de la situación sucesoral de los ascendientes, que los contempla como asignatarios forzosos de legítima y de cuarta de mejoras; y por las mismas razones, resulta plausible, me parece, una propuesta de modificación de ese estatus.

El estado actual de cosas debiera, me parece, corregirse legislativamente, cambiando el estatus normativo de los ascendientes. Idealmente, creo que tal corrección debiera establecer a los ascendientes sólo como alimentarios, y no como legitimarios (aunque conservando su calidad de sucesores abintestato, por cierto), y desde luego, no como asignatarios forzosos de cuarta de mejoras. Con eso, se produciría un espacio mayor de ejercicio de la autonomía privada para los ciudadanos en general, que las parejas sin hijos (matrimoniales o no, heterosexuales u homosexuales) estarían en condiciones óptimas de aprovechar y, al mismo tiempo, se mantendría la obligación de socorro que pesa sobre los hijos respecto de sus padres (y que parece, por cierto, extremadamente razonable que se preserve), y se mantendría, también, la actual condición de herederos en defecto de voluntad testamentaria que hoy día tienen los ascendientes. Por cierto, tal reforma sería perfectamente compatible con otra que modulara la legítima de los descendientes según el número de hijos, como ocurre en Francia, según se verá luego. Si no se quisiera ir tan lejos, bastaría con volver a la situación que tenían los ascendientes a la época de la dictación del Código: legitimarios, pero no asignatarios forzosos de cuarta de mejoras. Con ello, se produciría una situación mucho más satisfactoria que la

presente, que describí antes: Los ascendientes necesitados de auxilio filial son titulares de derecho de alimentos, y si se han decretado en vida del causante, tales alimentos siguen constituyendo una asignación forzosa. Si no son necesarios tales alimentos, el testador es libre para disponer de su patrimonio (y desde luego, puede hacerlo a favor de sus padres, nada lo impide). Por otra parte, en caso de fallecimiento abintestato, los padres siguen siendo herederos del hijo (en el segundo orden) conforme al artículo 989 del Código, sea concurriendo con el cónyuge sobreviviente, sea de modo exclusivo.

Hay que apuntar que una modificación como la propuesta se inscribe bien en una tendencia hacia la ampliación de la libertad de testar (esto es, una tendencia contraria a la observada en la historia de Chile) que no es infrecuente en derecho comparado. Sólo a título arbitrariamente ejemplar puede hacerse aquí referencia a los casos de Francia, Suiza y Perú. En el primero de los casos citados, la parte de libre disposición se modula entre la totalidad, la mitad, el tercio y el cuarto de los bienes según la existencia y el número de hijos (y en que los padres ya no son legitimarios)[22]. En Suiza se oscila entre la cuarta y la mitad, en el caso de no haber descendientes[23]. A la misma solución llega el Código peruano de 1984[24].

[22] Francia. Code Civil. Article 913 (Mod. 2007). Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.

L'enfant qui renonce à la succession n'est compris dans le nombre d'enfants laissés par le défunt que s'il est représenté ou s'il est tenu au rapport d'une libéralité en application des dispositions de l'article 845.

Article 913-1 (Mod. 2007). Sont compris dans l'article 913, sous le nom d'enfants, les descendants en quelque degré que ce soit, encore qu'ils ne doivent être comptés que pour l'enfant dont ils tiennent la place dans la succession du disposant.

Article 914-1 (Mod. 2007). Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder les trois quarts des biens si, à défaut de descendant, le défunt laisse un conjoint survivant, non divorcé.

Article 916 (Mod. 2007). A défaut de descendant et de conjoint survivant non divorcé, les libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens.

Article 1094 (Mod. 2007) L'époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pourra, pour le cas où il ne laisserait point d'enfant ni de descendant, disposer en faveur de l'autre époux en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger.

[23] Suiza. Código Civil. A. *Porzione disponibile.*

I. *Limiti.* Art. 470. 1. Chi muore lasciando discendenti, genitori, il coniuge o il partner registrato può disporre per causa di morte della parte dei suoi beni eccedente la loro porzione legittima. 2. Chi non lascia eredi in questi gradi può disporre per causa di morte di tutti i suoi beni.

II. *Porzione legittima.* Art. 471. La porzione legittima è:

1. di tre quarti della quota ereditaria per i discendenti;

2. della metà per ciascuno dei genitori;

3. della metà per il coniuge superstite o il partner registrato superstite.

III. *Riserva del diritto cantonale* Art. 472 (…)

IV. *Liberalità al coniuge superstite*. Art. 473. 1. Mediante disposizione a causa di morte, il disponente può lasciare al coniuge superstite, in concorso con i discendenti comuni, l'usufrutto di tutta la porzione che competerebbe a questi. 2. Questo usufrutto tien luogo della legittima del coniuge in concorso con questi discendenti. Oltre a tale usufrutto, la porzione disponibile è di un quarto della successione. 3. Passando ad altre nozze, il coniuge superstite perde l'usufrutto di quella parte della successione che, al momento dell'aperta successione, non avrebbe potuto essere gravata di usufrutto secondo le disposizioni ordinarie sulla legittima dei discendenti.

[24] Perú. Código Civil. Artículo 723. La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

6. Conclusiones

A modo de resumen de lo expuesto hasta aquí, la siguiente enumeración de conclusiones: a) La masiva realidad de las convivencias de facto hace necesaria su regulación legal, pero no parece que, al menos en Chile, la base convencional formalizada sea el mecanismo técnico jurídico más apropiado para estructurar esa normativa. b) Por esa razón, y por otros inconvenientes técnicos específicos, ninguna de las propuestas en debate, que regulan la convivencia sobre el supuesto de su formalización convencional, resultan enteramente satisfactorias en materia sucesoral. c) Sin perjuicio de una eventual regulación general de la convivencia, una pequeña modificación de las normas del Derecho Sucesorio puede producir un interesante espacio de libertad para solteros sin hijos, que les permitiría favorecer a su conviviente, y que no perjudicaría mayormente a nadie. d) Tal modificación menor consiste simplemente en suprimir a los ascendientes como legitimarios o, al menos, como asignatarios forzosos de mejoras, manteniéndolos como alimentarios, como ya se ha hecho en ordenamientos comparados.

Bibliografía

Barrientos Grandón, J./ Novales Alquézar, A., *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, Lexis Nexis, Santiago, 2004.

Barrientos Grandón, J., *De las Uniones de Hecho*, Lexis Nexis, Santiago, 2008.

Billeke Brancoli, T., *Ruptura de Uniones de Hecho en Chile: Las soluciones no comunitarias*, Tesis de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2010.

Boletín del Congreso Nacional Nº 3283-18, sobre "Proyecto de ley sobre fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo".

Boletines del Congreso Nacional Nº 3473-07 y 3494-07, sobre "Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho".

Boletín del Congreso Nacional Nº 4153-18, sobre "Proyecto de ley que establece regulación para las uniones de hecho".

Boletín del Congreso Nacional Nº 4875-18, sobre "Proyecto de ley que establece patrimonio especial para quienes vivan en concubinato no obstante mantener un vínculo matrimonial en sociedad conyugal".

Boletín del Congreso Nacional Nº 4187-18, sobre "Proyecto de ley que otorga a la comunidad formada por la convivencia la propiedad de los bienes adquiridos en las condiciones que indica".

Artículo 724. Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge.

Artículo 725. El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

Artículo 726. El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes.

Artículo 727. El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

Boletín del Congreso Nacional Nº 5623-07, sobre "Proyecto de ley que regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales".

Boletín del Congreso Nacional Nº 5774-18, sobre "Proyecto de ley que regula la unión civil entre personas del mismo sexo".

Boletín del Congreso Nacional Nº 6735-07, sobre "Pacto de Unión Civil".

De la Barra Suma de Villa, M. A., *Normas legales que reconocen la calidad de conviviente en Chile y su posibilidad de aplicación a uniones de hecho homosexuales*, Tesis de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2009.

Diario *La Tercera*, Reportajes, domingo 11 de octubre de 2009 (disponible en www.institutolibertad.cl/lt_11_10_09_mlb.pdf)

Donoso Vergara, F./ Rioseco López, A., *El concubinato ante la jurisprudencia chilena*, Santiago, Lexis Nexis, 2007.

Espada Mallorquín, S., "El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 12, julio de 2009.

Instituto Nacional de Estadísticas (INE), *Mujeres Chilenas. Tendencias en la última década* (Censos 1992-2002), Vol. II, disponible en http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/mujeres/ mujeres.php.

Instituto Nacional de Estadísticas, *Estadísticas Vitales, Informe Anual 2007,* fecha de publicación: 16 de diciembre de 2009, disponible en http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/estadisticas_vitales/estadisticas_vitales.php.

Ramos Pazos, R., *Derecho de Familia*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

Turner Saelzer, S., "Sentencia sobre los efectos de la terminación de una unión *more uxorio* y su relación con un régimen patrimonial vigente (Corte Suprema)", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XVIII, Nº 2, diciembre 2005.