

NOVENA PARTE: PÉRDIDA DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS¹

Sumario:

Introducción.

1.- Indignidades.

a) Clasificación.

b) Quiénes pueden alegar la indignidad.

c) Efectos de la indignidad.

d) La indignidad debe declararse judicialmente. Excepciones.

2.- Desheredamiento.

a) Concepto.

b) Requisitos.

c) Causales de desheredación.

d) Prueba y calificación de la causa de desheredación.

e) Multiplicidad de causas de desheredación.

f) Excepción a la obligación de probar la causa de desheredación.

g) Efectos del desheredamiento.

h) Revocación del desheredamiento.

i) Tiempo de prescripción del desheredamiento.

j) Efectos del desheredamiento respecto del desheredado y de terceros.

k) Transmisión del desheredamiento a los herederos.

l) A quién aprovecha el desheredamiento.

m) Rasgos fundamentales del desheredamiento.

n) Paralelo entre indignidad y desheredamiento.

3.- La preterición.

Introducción.

Ya hemos estudiado los medios de defensa de que dispone el asignatario forzoso para resguardar el cálculo de su respectiva asignación (acervos imaginarios, imputaciones, acción de inoficiosa donación, etc.). Corresponde ahora estudiar las causas por las cuales puede el asignatario forzoso perder su asignación.

En general, las causas por las cuales el asignatario forzoso pierde su participación en la sucesión son genéricas y específicas. Las genéricas pueden a su vez conformar una indignidad para suceder o un desheredamiento. Las específicas, se refieren a situaciones particulares que el legislador ha tratado a propósito de cada asignación en forma separada y que, como veremos, tienen rasgos excepcionales que permiten asimilarlas en algunos casos a la indignidad y en otros al desheredamiento.

En las líneas que siguen, sólo haremos algunas referencias generales a las indignidades, pues ya fueron estudiadas con el debido detalle ("Sucesorio-1"). A continuación, nos abocaremos al análisis del desheredamiento. Cerraremos esta parte de la materia refiriéndonos a la preterición. En rigor, según veremos, sólo las dos primeras hipótesis producen la pérdida de las asignaciones por causa de muerte. No así en la tercera.

1.- Indignidades.

a) Clasificación.

¹ Fecha de última modificación: 30 de diciembre de 2022.

Nos referimos a las indignidades en el Capítulo IV de la PRIMERA PARTE. Señalamos que existen once causales generales (contenidas en los arts. 968 a 972), que deben entenderse complementadas por otras causales que aluden a situaciones concretas (contempladas, según anota Somarriva, en los arts. 124 con relación al 127 y 994). Rodríguez Grez agrega los arts. 219 (antes 296), 1300, 1327 y 1329. Estas últimas han sido instituidas como sanciones al incumplimiento de deberes, ya sea para con el causante o para con otros miembros de la familia de éste. Así, por ejemplo, el art. 219 sanciona a los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto o suplantación, impidiendo que se aprovechen del descubrimiento del fraude, sucediendo al hijo; el art. 1300 sanciona al heredero que es removido de la administración de la herencia yacente por dolo, etc.

b) Quienes pueden alegar la indignidad.

Cabe destacar que las indignidades pueden alegarse por cualquier persona que tenga interés en ello, vale decir, que tenga interés en excluir al heredero o legatario afectado por la causal, bien porque en virtud de la exclusión es llamado a suceder o porque aumenta su asignación en la herencia.

c) Efectos de la indignidad.

Un asignatario forzoso puede perder su asignación, si incurre en una causal de indignidad para suceder.

d) La indignidad debe declararse judicialmente. Excepciones.

La indignidad no produce efecto alguno si no es declarada en juicio: art. 974.

Este principio, sin embargo, tiene algunas excepciones, como señalan algunos autores: tal como lo expresamos en el estudio de las causales de indignidad para suceder, para los Domínguez padre e hijo, "en los dos casos previstos en el art. 994 basta con que exista sentencia ejecutoriada que declare la separación judicial por culpa del demandado o que reconozca la calidad de hijo respecto del padre o madre demandados, para que la indignidad se produzca sin otra declaración. Aquí la indignidad es un efecto sea de la separación judicial, sea del reconocimiento judicial".²

2.- Desheredamiento.

a) Concepto.

La definición legal se encuentra en el art. 1207:

"Desheredamiento es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima. / No valdrá el desheredamiento que no se conformare a las reglas que en este título se expresan".

Esta definición, al decir de Rodríguez Grez, no da un concepto claro de esta institución, ya que pone acento en un requisito formal de la misma, y no en su carácter esencial.

Este autor lo define en los siguientes términos: es el medio de que dispone el causante para privar a sus herederos forzosos legitimarios de la asignación que les corresponde, cuando han incurrido en una causa calificada por la ley que lo permite y

² Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, *Derecho Sucesorio*, Tomo I, 3ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 302.

siempre que ella sea probada judicialmente en vida por el causante o después de su muerte por los interesados.³

Cabe consignar, como apunta Somarriva, que el legislador llama también a esta institución exheredación (art. 1190) y desheredación (art. 18 de la Ley de Efecto Retroactivo).⁴

b) Requisitos.

De la definición, podemos extraer sus elementos o requisitos fundamentales:

b.1) Se trata de un medio legal de que dispone el causante para sancionar a los herederos forzosos legitimarios que han incurrido en hechos graves que la ley califica como causa eficiente.

b.2) Sólo pueden ser desheredados los herederos legitimarios, es decir los asignatarios de legítima rigurosa o efectiva, en su caso.

b.3) Para desheredar a un legitimario debe invocarse una causa especialmente calificada en la ley.

b.4) La causal de desheredación debe ser acreditada judicialmente (salvo casos de excepción), bien por el propio causante (o sea, en vida) o por quienes estén interesados en ello.

b.5) Debe efectuarse por testamento: la voluntad del causante debe manifestarse en el testamento específicamente.

b.6) La causal de desheredamiento debe indicarse en el testamento.

Analizaremos a continuación estos requisitos:

b.1) Cuando decimos que es el medio de que dispone el causante para sancionar a los herederos legitimarios, atribuimos al desheredamiento un carácter punitivo. La ley se encarga de consignar el procedimiento mediante el cual puede privarse al legitimario de la asignación forzosa.

El heredero, para suceder al causante, debe ser leal con él y con las personas que conforman el núcleo familiar más próximo. Dos instituciones se han establecido para velar por el cumplimiento de estas lealtades: la indignidad (que se pone en manos de los interesados, sin atender a la voluntad del causante) y el desheredamiento (que se entrega al causante directamente). La finalidad es la misma: sancionar a quien no se ha comportado lealmente con el causante o ha incurrido en comportamientos desdorosos que de alguna forma comprometen a su persona.

Como dice Elorriaga, esta posibilidad que la ley entrega al testador tiene su causa en que la protección de los legitimarios no está exenta de límites. Si bien se grava al testador con la obligación de asignarles una parte de sus bienes, ello lo será en la medida que aquéllos tengan una conducta acorde con los cercanos lazos de familia que los ligan con el causante. Cuando estos cánones de conducta se violan gravemente, la ley autoriza al causante a privar a sus legitimarios de lo que por ley les corresponde en la herencia, en el bien entendido que debe existir reciprocidad entre lo que el causante debe a sus legitimarios y lo que éstos deben al primero.⁵

b.2) Sólo los legitimarios son desheredados.

En efecto, si se analizan las diversas asignaciones forzosas, se llegará a la conclusión de que no cabe tratándose de los alimentos forzosos, en este caso no opera

³ Rodríguez Grez, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio. Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, Volumen 2, p. 15.

⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, séptima edición actualizada, p. 434.

⁵ Elorriaga De Bonis, Fabián, "Derecho Sucesorio", Santiago de Chile, LexisNexis, año 205, p. 469.

el desheredamiento, ya que esta asignación tiene reglas propias (art. 1210, 2º). Finalmente, tratándose de las asignaciones semiforzosas (cuarta de mejoras), ellas suponen una disposición testamentaria, o sea, una cláusula en favor del asignatario, lo que obviamente excluye la voluntad de desheredar.

b.3) El desheredamiento debe fundarse en una causa legal.

Se ha de tratar de una de aquellas causas legales enumeradas en el art. 1208. Dicho precepto es taxativo, no hay otras causales que permitan desheredar a un legitimario. El legislador no dejó al arbitrio del causante calificar los hechos que permiten privar al legitimario de su herencia. Ello es lógico, pues en caso contrario el causante podría haber burlado las asignaciones forzosas o semiforzosas. Las causales son de derecho estricto y la voluntad del causante debe encuadrarse en cualquiera de ellas. Las causales, entonces, tienen un carácter limitativo, deben ser interpretadas restrictivamente y no admiten una interpretación amplia ni una aplicación analógica.⁶

b.4) La causa legal invocada debe acreditarse judicialmente.

Ello implica dos cosas que habrán de concurrir copulativamente: por un lado, deben acreditarse los hechos que configuran la causal; por otro lado, debe "calificarse" de suficiente por el tribunal. Así, por ejemplo, si el testador interpreta un acto del legitimario como una injuria grave contra su persona, su honor o sus bienes, el juez no sólo debe dar por acreditados los hechos que conforman la injuria, sino que calificar esta como tal y darle el carácter de grave. Como veremos, deberá seguirse un juicio contra legítimo contradictor, que culminará con una sentencia definitiva que acepta o rechaza el desheredamiento.

b.5) El desheredamiento debe hacerse por testamento.

Es un acto solemne que no puede hacerse en otra forma que por testamento. Así se desprende de la propia definición del art. 1207, según el cual el desheredamiento es una disposición testamentaria. No puede hacerse en ninguna otra forma, ni aun por escritura pública. De esta característica se desprende que la voluntad del causante, en este aspecto, es revocable, pudiendo el causante dejar sin efecto esta sanción mientras viva, sin expresión de causa.⁷

b.6) Debe indicarse en el testamento la causal por la cual se deshereda.

Así se establece en el art. 1209, primera parte. El testador debe indicar específicamente la causal por la cual deshereda al legitimario, señalando los hechos que la constituyen. Naturalmente que no se exige al testador el conocimiento de la ley. Así, por ejemplo, no tendrá que decir que deshereda al legitimario por la causal cuarta del art. 1208; basta con que indique los hechos constitutivos de la causal.⁸

c) Causales de desheredación.

Hemos señalado que están contempladas expresamente en el art. 1208. De esta disposición se desprende que el desheredamiento es de derecho estricto, en un doble sentido: no puede fundarse esta sanción sino en los motivos indicados en la ley; y no pueden estos motivos extenderse a otras situaciones análogas.

Para establecer las causales de desheredamiento, el precepto distingue entre ascendientes, descendientes y cónyuge sobreviviente (a los que debemos agregar el conviviente civil, de conformidad al art. 17 de la Ley N° 20.830).

⁶ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 471, quien a su vez cita a Ferrero, A., "Tratado de Derecho Civil", T. V, Vol. I y II, Derecho de Sucesiones, Universidad de Lima, Lima, 1994.

⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 434.

⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 437.

Los descendientes pueden ser desheredados por cualquiera de las cuatro causales indicadas en el art. 1208; los ascendientes, el cónyuge y el conviviente civil sobreviviente⁹ sólo por las tres primeras, que corresponden en términos generales a las causales de indignidad establecidas en el art. 968, números 2, 3 y 4.

La distinción requiere de una breve explicación. Desde luego, en lo concerniente al número 5 del art. 1208 (cuarta causal), se trata de reproches que hace el ascendiente al descendiente por actos de falta de moralidad o mal comportamiento y no a la inversa. La ley ha tenido especial cuidado en evitar que los descendientes juzguen o califiquen la formación moral o cultural de sus ascendientes, puesto que ello va contra el orden natural de las cosas.

Analizaremos seguidamente las causales:

c.1) Haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes: art. 1208, N° 1.

El Código Civil no precisó en las normas del desheredamiento qué debe entenderse por "injuria grave". Revisaremos, en consecuencia, lo que se ha planteado por nuestra doctrina.

Como cuestión general, cabe señalar que la doctrina nacional ha concluido que el alcance de la expresión "injuria" empleada por el art. 1208 no es el que le da el Código Penal en su art. 416, cuando tipifica el delito homónimo (toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona), sino que, más bien, aquél en que se emplea la voz en el art. 44 del Código Civil, al definir el dolo.

Asimismo, se ha concluido que las conductas descritas en el art. 1208, regla 1ª, son similares a las contempladas en el artículo 968 N° 2, éstas últimas a propósito de las causales de indignidad para suceder. Advertimos, sin embargo, que dicha similitud no implica que las figuras sean idénticas, según daremos cuenta más adelante.

Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila señalan al respecto: "El precepto hace referencia a la 'injuria grave', bien en la persona misma del testador, bien en relación al honor del difunto, o en sus bienes. Y lo mismo para las restantes personas que la norma indica. Ya en el art. 172 se ha referido la ley al 'atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad'; y en el art. 968 se dice que 'Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios N° 2. El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada'. Pero no ha definido el legislador lo que debe entenderse por *atentado grave*, o por *injuria grave*, no obstante el empleo que hace de esas dos expresiones. Lo que está claro es que se trata de un *hecho* realizado con dolo, desde que el art. 44, inciso final, también emplea la frase 'injuria a la persona o propiedad de otro'. Pues bien, atentado grave e injuria grave tienen un mismo significado (...) Por lo demás, en el Derecho Romano la *injuria* es un acto que lesiona, sea física, sea moralmente o en su honor a la persona misma. Tanto puede consistir en palabras, como en hechos (...) procesalmente, para los fines del art. 1209, los hechos constitutivos de la injuria grave que pide el art. 1208 regla primera, los determinan soberanamente los jueces del fondo, es decir, los de la instancia; pero determinar si tienen la gravedad requerida por la ley es una cuestión de calificación que queda sujeta al control de la casación".¹⁰

⁹ Dispone el art. 17 de la Ley N° 20.830: "El conviviente civil sobreviviente podrá ser desheredado por cualquiera de las tres primeras causas de desheredamiento indicadas en el artículo 1208 del Código Civil".

¹⁰ Domínguez Benavente Ramón y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., tomo 2, pp. 1092 y 1093.

Pablo Rodríguez Grez, expresa por su parte: "El alcance de la expresión '**injuria**' no está establecido por el significado que le da el Código Penal en el artículo 416 (...) Creemos que esta expresión tiene el mismo sentido y alcance que le asigna el artículo 44 del Código Civil, al definir el dolo como la '*intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*'. Por consiguiente, '**injuria**' significa daño material o moral que se causa con intención o dolo. La ley, por lo mismo, da un contenido amplio a este daño, pero a condición de que sea '**grave**', cuestión de hecho que deberán apreciar los jueces del fondo y que es esencialmente relativa a la calidad, estado y situación de los afectados. No vemos nosotros, al igual que otros autores, diferencia alguna entre la causal de desheredación del artículo 1208 N° 1, y la causal de indignidad del artículo 968 N° 2. El primero se refiere a '**injuria grave**', el segundo a '**atentado grave**' contra la persona (la vida), los bienes o el honor del causante (...) Parece lógico que el causante tenga en vida la facultad de privar a sus herederos legitimarios de la asignación que les corresponde en caso de que cualquiera de ellos incurra en injuria grave en contra de la persona, sus bienes o su honor, o en contra de la persona, bienes u honor de aquellos que se presume ser más próximos a él. Insistamos que la '**gravedad**' es una noción relativa que, a mayor abundamiento, deberá juzgar el juez si el afectado no la acepta. De esta manera se preservan el derecho del testador y el derecho de los herederos legitimarios".¹¹

En similares términos se expresa Fabián Elorriaga de Bonis: "INJURIA GRAVE. De acuerdo al número 1 del artículo 1208, es causal de desheredamiento el haber cometido el legitimario injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes. Esta causa de desheredamiento es similar a la causal de indignidad señalada en el número 2 del artículo 968, según la cual es indigno de suceder al causante 'el que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada'. La causal de desheredamiento es la injuria grave, comportamiento que si bien está enunciado, no está ni descrito ni definido por la ley. Naturalmente, la expresión injuria no está tomada en su significación penal, sino que es utilizada como sinónimo de la expresión daño o perjuicio, tal como se hace en la definición de dolo del artículo 44. Por consiguiente, podrá ser desheredado quien haya cometido un grave daño en contra de las personas que menciona la norma. Equivale a la expresión "atentado grave" de la que se vale el artículo 968 N° 2 para configurar la causal de indignidad. Como se comprende, la determinación final de si se está en presencia de un daño y de la gravedad de éste es una cuestión de hecho que, como tal, deberá ser apreciada por los tribunales del fondo".¹²

Los planteamientos de la doctrina nacional, son por lo demás concordantes con el sentido natural y obvio, es decir, con "el uso general" que tienen las expresiones "injuria" y "grave". La palabra "injuria", es definida en sus tres primeras entradas como "agravio, ultraje de obra o de palabra"; "hecho o dicho contra razón y justicia"; "daño o incomodidad que causa algo".¹³ Nos parece que aquella que corresponde aplicar en el caso del artículo 1208 es la tercera de estas entradas. A su vez, la expresión "grave" debiéramos entenderla aquí en la segunda entrada del citado Diccionario: "grande, de mucha entidad o importancia". Estas definiciones deben ser consideradas a falta de una contemplada por el legislador, conforme se desprende del artículo 20 del Código Civil.

¹¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., Volumen 2, pp. 18 y 19.

¹² Elorriaga de Bonis, Fabián, ob. cit., p. 474.

¹³ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22ª edición, 2001, p. 1.278.

De esta manera, por "injuria grave" debiéramos entender "daño de mucha entidad o importancia" que se causa a una persona, en este caso, al testador.

Así las cosas, la regla 1ª del artículo 1208 bien podría entenderse como: "Por haber cometido daño de mucha entidad o importancia contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes". Resulta así perfectamente concordante con la voz "injuria" empleada en el artículo 44 del Código Civil, en cuanto con ella se alude al resultado que se pretende por aquél que actúa dolosamente: dañar físicamente, moralmente o patrimonialmente a otro. Por lo demás, la asimilación de "injuria" a "daño" es visible en las seis oportunidades en que el Código Civil emplea la primera de estas palabras (artículos 44, 324, 968, 1208, 1210 y 1437).

Debe advertirse, sin embargo, como ya lo habíamos anunciado, que la asimilación que se hace entre las hipótesis previstas en el artículo 1208, regla 1ª, y el artículo 968 N° 2, no deben llevarnos a la conclusión equivocada de que son figuras idénticas. Como lo destacan Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, existen varias diferencias entre ellas:

- 1.- La causal de indignidad se presenta en la sucesión testada y en la intestada, mientras que la causal de desheredamiento sólo puede darse en la sucesión testada.
- 2.- La causal de indignidad requiere de prueba y de una sentencia judicial previa al juicio de indignidad; en cambio, la causal de desheredamiento en principio no requiere de prueba ni por ende de declaración judicial, a menos que el desheredado la impugne.
- 3.- Tratándose de la causal de indignidad, la exigencia de la sentencia de condena obligará a las personas comprendidas en el art. 968 N° 2 a un litigio dentro de cierto lapso, para evitar la prescripción de la acción penal. Lo anterior no es necesario para la causal de desheredación contemplada en la regla 1ª del artículo 1208. Basta que los hechos se acrediten en el litigio iniciado por el desheredado.¹⁴

A estas tres diferencias, podríamos agregar una cuarta: la causal de indignidad puede afectar a cualquier asignatario por causa de muerte, sea heredero o legatario. Y si se trata de un heredero, sea o no legitimario. La causal de desheredamiento sólo puede afectar a un heredero legitimario.

De esta manera, si bien hay semejanzas entre las conductas descritas en ambos preceptos legales, existen dos diferencias que nos parecen fundamentales, siendo la segunda una consecuencia de la primera, a saber:

- a) en cuanto a la tipificación de la conducta, pues en un caso se trata de un ilícito penal –"atentado"– y en el otro de un ilícito civil –"injuria"– y,
- b) en cuanto a la prueba de una u otra.

En lo que se refiere a la tipificación de la conducta, tratándose de la causal de indignidad del artículo 968 N° 2, la expresión "atentado" se ha entendido como alusiva a la comisión de un delito.¹⁵ La conducta del indigno, de esta manera, necesariamente debe estar encuadrada dentro de un tipo penal. Nada de ello se exige, por cierto, tratándose de la causal de desheredamiento en estudio. En este caso, debe tratarse de la comisión de un daño grave para el testador o para sus familiares más cercanos, pero que es independiente de todo ilícito penal. Esto, sin perjuicio que, en algunos casos, los hechos que configuran la causal de desheredamiento también pudieren encuadrarse en un ilícito penal. Pero bajo el entendido que tal hipótesis no es requisito para el desheredamiento.

La segunda diferencia esencial, a nuestro juicio, y que emana de la primera, dice relación a la prueba de una y otra. La prueba de la causal de indignidad, por así decirlo, es más exigente, pues según se dijo, se requiere una sentencia penal

¹⁴ Domínguez Benavente Ramón y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 1093.

¹⁵ Lo mismo puede observarse en el artículo 172 del Código Civil, cuando señala: "... atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad".

condenatoria. No hay otra forma de acreditar los hechos que la indignidad exige. En cambio, tratándose de la causal de desheredación, la norma es más flexible. Esta última diferencia se puede sintetizar en los siguientes términos: mientras que la causal de indignidad requiere de una sentencia condenatoria por la comisión de un ilícito penal, la causal de desheredamiento no exige tal cosa, sino que basta con acreditar el grave daño que se causó al testador por el legitimario expulsado de la sucesión. Y ello, según se dirá, puede probarse en el juicio –evidentemente civil y no penal-, que promueva el propio desheredado, cuando a través de la acción de reforma de testamento intenta impugnar el desheredamiento que le afecta.

Si consideramos el significado de la voz “atentado” que contempla el Diccionario de la Lengua, como es necesario hacerlo por mandato del art. 20 del Código Civil, claramente puede observarse que la acepción que corresponde aplicar en este caso es la tercera entrada: “Agresión contra la vida o la integridad física o moral de alguien”.¹⁶ En términos penales, dicha agresión podría consistir, por ejemplo, en un homicidio frustrado, o en el delito de lesiones graves o en el delito de injuria o de calumnia, etc., todos ellos en los que la víctima fuere el propio testador o alguna de las otras personas mencionadas en el N° 2 del art. 968. O, como señala Claro Solar, formulando un ejemplo, “... la violación o el estupro de una hija de matrimonio anterior de la mujer del difunto, porque sería un atentado grave contra el honor de su cónyuge”.¹⁷

La connotación penal que tiene la voz “atentado” que se emplea en el art. 968 N° 2, se desprende implícitamente de lo que escribe Luis Claro Solar acerca de esta segunda causal de indignidad: “Dentro de la clasificación que el Código Penal vino a establecer de los delitos, en crímenes, simples delitos y faltas, según la penalidad que la ley impone, no son atentados graves las faltas; pero lo son los crímenes y en general los simples delitos que merecen pena aflictiva, y los que la ley califica de graves. La calificación de la gravedad del atentado corresponde, por lo tanto, al juez del crimen, llamado a conocer del delito, y resultará de la pena que le imponga; y es a esta sentencia a la que la ley se refiere al expresar que dicho atentado grave debe ser probado por sentencia ejecutoriada. Parece a Vélez que el juez de lo civil a quien corresponda declarar la indignidad, es el competente para resolver si el hecho que castiga la sentencia ejecutoriada respectiva es un atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes (...), por estimar que en el caso aludido, a los jueces del crimen sólo toca apreciar el hecho de acuerdo con la ley penal, no siendo de su incumbencia establecer las consecuencias civiles de ese hecho. Pero precisamente al exigir la ley que el atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada, indica que es esta sentencia la que ha de establecer la gravedad del atentado para poder probarlo y que pueda servir de fundamento para la declaración de la indignidad en el juicio civil que esta declaración provoca, lo que explica que, a diferencia del N° 1 en que se trata del homicidio de la persona de cuya sucesión se trata en que nada dice sobre la sentencia criminal a que el homicidio tiene que dar lugar, la ley haga expresa referencia en el N° 2 a la sentencia que debe probar el atentado grave”.¹⁸

En los mismos términos se expresa Manuel Somarriva Undurraga: “Esta causal tiene parecidos fundamentos a la anterior: la ingratitud con el causante. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que en los demás casos de indignidad, la causal misma puede acreditarse en el respectivo juicio de indignidad; en cambio, en esta segunda causal del 968 es necesario que en el juicio de indignidad se la pruebe mediante sentencia

¹⁶ *Diccionario de la Lengua Española*, ob. cit., p. 239.

¹⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo 13°, p. 91.

¹⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., pp. 90 y 91.

criminal condenatoria. Así lo pone de manifiesto la frase final del precepto: 'con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada'.¹⁹

A fin de cuentas, esta diferencia que destacamos entre el "atentado" y la "injuria", explica que, en el primer caso, puesto que estamos ante la comisión de un delito, la ley admite que sean los interesados en promover la declaración de indignidad quienes den inicio al respectivo juicio civil para que ésta sea declarada, sin que la voluntad del causante desempeñe algún rol (en el supuesto que él no perdonó la indignidad). Pero lo harán sobre la base de existir una sentencia penal condenatoria para el heredero. En cambio, en el caso de un desheredamiento fundado en la comisión de una "injuria", los restantes herederos sólo podrán litigar en contra del desheredado en la medida en que, primero, haya existido una manifestación expresa de voluntad del testador de desheredar al legitimario ofensor, y segundo, que el propio legitimario afectado controvierta tal disposición testamentaria que lo priva de su legítima. Puesto que aquí no se exige, necesariamente, la comisión de un ilícito penal, siendo suficiente uno de carácter civil, serán a la postre las voluntades divergentes del testador y la del legitimario desheredado, las que operarán como necesario presupuesto para que los demás interesados litiguen contra el segundo.

Pero ninguna relación tiene el art. 1208 N° 1, con el art. 324, que extingue los alimentos en los casos de "injuria atroz", y que corresponden a las situaciones que se describen en el art. 968.

La injuria grave debe tener como sujeto pasivo al testador, a su cónyuge, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes.

La causal de desheredación se "propone" por el testador, pudiendo ser aceptada o rechazada por el afectado. Si la acepta, no se requiere de trámite judicial alguno. Si la rechaza, deberá el juez, en sentencia judicial ejecutoriada, tener por acreditada la causal y calificarla, además, de grave.²⁰

c.2) No haber socorrido al testador en estado de demencia o destitución, pudiendo: art. 1208, N° 2.

La conducta es semejante con aquella descrita en el N° 3 del art. 968, pero con una diferencia importante: mientras que en el art. 968 la causal de indignidad puede afectar a cualquier heredero consanguíneo del causante hasta el sexto grado (grado hasta el que llega la vocación hereditaria abintestato, según lo que hemos estudiado), la causal de desheredamiento a que se refiere el art. 1208, N° 2, sólo puede afectar a un legitimario.

Los herederos legitimarios, establecidos en el art. 1182, son presuntivamente los parientes más cercanos del causante (sus ascendientes y descendientes y el cónyuge, aunque el último no es "pariente"). Todos ellos tienen deberes de lealtad para con él, cuya contrapartida es la situación de privilegio que les da la ley para sucederle en sus bienes a su muerte.

Tradicionalmente, se ha sostenido que estas obligaciones del legitimario están contenidas en los arts. 222 y 223 respecto de los padres, en lo relativo a los ascendientes en el art. 321, que consagra el derecho de alimentos y en los arts. 131 y siguientes, entre los cónyuges.

Esta causal plantea cuestiones curiosas. Desde luego, si el causante se encuentra en estado de demencia, ella resulta inoperante porque no podrá otorgar testamento válidamente y, por consiguiente, no podrá desheredar al legitimario. A su respecto sólo será eficiente una causal de indignidad (art. 968, N° 3). De manera que la única forma en que puede hacerse efectiva esta causa de desheredamiento supone necesariamente que el causante demente sea rehabilitado (art. 468). Tampoco tendrá

¹⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., tomo I, p. 128.

²⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 18 y 19.

efecto alguno esta causal si se trata de una persona "destituida", lo cual significa que carece absolutamente de bienes o se encuentra empobrecida al extremo de ser incapaz de sustentar su vida. Si ello ocurre, no parecen importantes las asignaciones forzosas, puesto que ellas carecerán de toda relevancia económica. Para que tenga efecto la causal, en esta parte, sería necesario que el testador mejorara de fortuna y al momento de su muerte tuviera bienes.

La ley establece, en ambos casos, que la obligación del asignatario prevalece mientras está en condiciones de dar cumplimiento a estas obligaciones. Si el asignatario no está en situación de socorrer al causante en estado de demencia o destitución, queda liberado de toda responsabilidad: lo anterior es consecuencia del principio de que "nadie está obligado a lo imposible".

c.3) Haberse valido de fuerza o dolo para impedir testar: art. 1208, N° 3.

Esta causal coincide, parcialmente, con la indignidad del art. 968, N° 4. La causa de desheredación, como es lógico, sólo se refiere al dolo o a la fuerza que se ejerce sobre el causante para impedirle testar, ya que si ha habido fuerza o dolo para obtener una disposición testamentaria, el causante puede revocar el testamento y sancionar por este medio a quien lo indujo con malicia o por la fuerza a hacer la indicada liberalidad. Pero si se le impide testar, con ello se conseguirá un aumento de las asignaciones forzosas, o se perjudicará a otros herederos, o se hará operar la sucesión abintestato.

Se presenta en esta causal otra situación curiosa: si la causal de desheredamiento debe estar contenida en el testamento, no hay duda que el impedimento a que alude el N° 3 del art. 1208 es meramente tentativo. Ha habido una tentativa frustrada para impedir que el causante otorgue testamento, la cual deberá ser acreditada judicialmente. En el fondo se trata de una verdadera denuncia que hace el causante contra el legitimario que valiéndose de la fuerza o del dolo trata de que el causante no otorgue testamento, sin conseguirlo.

La fuerza debe reunir los requisitos indicados en el art. 1456, pero con una salvedad: en este caso, según Rodríguez Grez, la fuerza debe ser obra del asignatario que es desheredado. Si la fuerza es obra de un tercero, carece de sanción, a menos que la fuerza se emplee para hacer testar al causante, en cuyo caso el testamento será nulo en todas sus partes (art. 1007).

La causal analizada opera aun cuando exista un testamento anterior del causante o éste no haya otorgado testamento. En el primer caso, la desheredación - que deberá hacerse por medio de otra cláusula testamentaria- puede ratificar el testamento anterior, en cuyo evento ambos tendrán pleno valor legal, o revocar el testamento anterior y disponer de otra manera de los bienes, o dejar a la ley dicha distribución.²¹

c.4) La cuarta causal, aplicable, como la anterior, sólo a los descendientes, está constituida por tres situaciones diversas:

- 1) Haber cometido un delito que merezca pena aflictiva.
- 2) Haberse el asignatario abandonado a los vicios.
- 3) Haber ejercido granjerías infames (art. 1208, N° 5).

Como puede observarse, se trata de actos desdorosos que revelan un mal comportamiento del asignatario. En las tres situaciones, el asignatario puede "probar" que el testador no cuidó de la educación del desheredado, caso en el cual queda liberado del desheredamiento (art. 1208, N° 5).

Revisemos seguidamente cada una de estas conductas:

- 1) Haber cometido un delito que merezca pena aflictiva.

²¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 20 y 21.

Desde luego, dicha pena sólo es aplicable a delitos graves, hecho que justifica la causal. Pero cabe notar que se trata sólo de delitos, no de cuasidelitos.

Cuestión importante es determinar si para hacer operante esta causal es necesario que, al momento de otorgarse testamento, exista una sentencia ejecutoriada que imponga la pena. Rodríguez Grez cree, del contexto de la norma, que no es menester una sentencia ejecutoriada, y que el testador puede proceder a desheredar, con el solo mérito de una sentencia de primera o segunda instancia, sin perjuicio de que el desheredamiento quede sin efecto por una sentencia absolutoria posterior. Piensa de este modo, en razón de lo previsto en el art. 968 número 2, el cual revela que cuando el legislador exige una sentencia ejecutoriada, así lo preceptúa formalmente. Esta conclusión se refuerza si se considera que no existe una causal de indignidad semejante, razón por la cual la falta de una sentencia ejecutoriada burlaría la facultad del testador de privar de su asignación al legitimario que incurre en la comisión de un delito grave que ya ha sido objeto de una sentencia condenatoria, aunque aún no esté ejecutoriada.²²

2) Haberse el asignatario abandonado a los vicios.

Se trata de una cuestión de hecho que deberá apreciar el juez del fondo y que no es susceptible de revisión por medio del recurso de casación. Puede concluirse que habrá abandono a los vicios cuando el asignatario lleva una vida disipada, cuando practica inmoderadamente los juegos de azar y cuando se embriaga con frecuencia. De igual forma ocurrirá con los drogadictos, los cleptómanos, los embaucadores, etc.

No debe tratarse de una conducta meramente ocasional, sino que debe revestir caracteres de habitualidad, según se desprende la expresión "*haberse abandonado a los vicios*".²³

Como es obvio, estos vicios deben calificarse atendiendo al nivel cultural del testador y del legitimario y siempre que el vicio sea reprochable o imputable a una falta de moralidad del desheredado (por la excepción en favor del legitimario, contenida en la parte final del N° 5 del art. 1208: "*a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado*"). No se incluirán, por consiguiente, aquellas taras hereditarias, defectos genéticos o disfunciones orgánicas que el asignatario es incapaz de controlar.²⁴

3) Haber ejercido granjerías infames (art. 1208, N° 5).

La palabra "granjerías", según el Diccionario de la Lengua Española, significa, en una de sus acepciones, "ganancia y utilidad que se obtiene traficando y negociando". La expresión "infame", significa "que carece de honra, crédito y estimación". La frase "granjerías infames" denota entonces el lucro que se obtiene por actos deshonestos.

Se trata de actividades ilícitas que se realizan con fines de lucro, tales como el tráfico de blancas, de drogas, reducidos de especies hurtadas o robadas, testafellos en el lavado de dinero, etc. Todas estas actividades innobles, ofenden al testador, ya que deshonran su núcleo familiar.²⁵

Cabe señalar, como lo anticipamos, que el N° 5 del art. 1208, en su última parte, exculpa al asignatario si éste prueba que el testador no cuidó de su educación. El principio es el mismo que inspira el art. 2321.²⁶

Una última cuestión interesante surge de la aplicación del N° 5, última parte, del art. 1208: ¿Puede un asignatario exculparse por las razones analizadas si al testador no correspondían el cuidado y educación del asignatario? Tal ocurrirá cuando el asignatario sea llamado a la sucesión del abuelo, por ejemplo, por falta del padre o

²² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 22 y 23.

²³ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 477.

²⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 23 y 24.

²⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 24.

²⁶ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 24.

madre y en virtud del derecho de representación. Del tenor literal del art. 1208 parece desprenderse que la facultad de exculparse sólo puede alegarse respecto del testador que estaba encargado de la educación del asignatario. Sin embargo, no es esa la opinión de Rodríguez Grez. Estima que la excepción y razón exculpatoria mira fundamentalmente a la falta de culpa del asignatario que, como consecuencia de una mala o descuidada educación, no se encuentra en situación de comportarse de mejor manera. Con todo, se advierte que el tema es discutible, ya que bien podría basarse esta exculpación en una compensación de culpas (del encargado de la educación del asignatario y de éste).²⁷

Las causales de desheredamiento como una consecuencia del deber de lealtad filial, cuando el desheredado fuere un descendiente.

Tanto la causal de indignidad para suceder del N° 2 del art. 968 cuanto el desheredamiento, si el afectado por estas situaciones fuere un hijo del causante, son una consecuencia del incumplimiento, por parte de tal heredero legitimario, del deber de lealtad filial que la ley le impone para con su padre o madre.

En efecto, el heredero, para suceder al causante, debe ser leal con él y con las personas que conforman el núcleo familiar más próximo. Dos instituciones se han establecido para velar por el cumplimiento de estas lealtades: la indignidad (que se pone en manos de los interesados, sin atender a la voluntad del causante) y el desheredamiento (que se entrega al causante directamente). La finalidad es la misma: sancionar a quien no se ha comportado lealmente con el causante o ha incurrido en comportamientos desdorosos que de alguna forma comprometen a su persona.

Como dice Fabián Elorriaga de Bonis, esta posibilidad de desheredar que la ley entrega al testador tiene su causa en que la protección de los legitimarios no está exenta de límites. Si bien se grava al testador con la obligación de asignarles una parte de sus bienes, ello lo será en la medida que aquéllos tengan una conducta acorde con los cercanos lazos de familia que los ligan con el causante. Cuando estos cánones de conducta se violan gravemente, la ley autoriza al causante a privar a sus legitimarios de lo que por ley les corresponde en la herencia, en el bien entendido que debe existir reciprocidad entre lo que el causante debe a sus legitimarios y lo que éstos deben al primero.²⁸

Ahora bien, ciertamente que la contravención a este deber de lealtad filial y en particular a su componente de "respeto" a los padres, puede generar consecuencias jurídicas para el hijo infractor, como el desheredamiento o una causal de indignidad.

Pero ya hemos precisado que, en el caso del desheredamiento, la infracción al deber de lealtad filial puede consistir en la comisión de un delito civil (y eventualmente, aunque no necesariamente, también en la de un ilícito penal). En cambio, en el caso de la indignidad para suceder, la causal a que se refiere el N° 2 del art. 968 debe conducir necesariamente a una condena de carácter penal. Ahora bien, como es obvio, a los herederos legitimarios se les exige una conducta más estricta (que la exigible a otros herederos no legitimarios), una mayor exigencia, en la relación que han de mantener con sus progenitores. Y por eso es que la comisión de un delito civil puede dar pie para que el causante los desherede. En cambio, un heredero no legitimario deberá incurrir en un ilícito penal, para que a su respecto pueda operar la causal de indignidad.

d) Prueba y calificación de la causa de desheredación.

El art. 1209, inc. 1º, exige que los hechos constitutivos de la causal de desheredamiento se prueben judicialmente en vida del testador, o bien con

²⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 24.

²⁸ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 469.

posterioridad a su fallecimiento (caso en el cual la prueba corresponde a las personas interesadas en el desheredamiento); pero, además, el tribunal debe calificar la causal. En otras palabras, aun cuando la ley no lo diga expresamente, el tribunal, en su sentencia, deberá también declarar si los hechos probados conforman o no la causal de desheredación que el testador señala en la cláusula respectiva de su testamento.

El juicio en el cual se pruebe la causal puede ser de índole civil o penal, que tenga lugar en vida del testador o que se inicie después de muerto por las personas a quienes interese el desheredamiento. Por ejemplo, si el legitimario causó lesiones al causante por haberlo agredido, y existió el juicio criminal correspondiente en que se establecieron estos hechos, bastará que el causante los indique en el testamento. Por el contrario, si hubo agresión y lesiones, y el testador estableció estos hechos en el testamento, pero no existió proceso penal, el resto de los herederos interesados deberá iniciar un juicio destinado a demostrar la existencia de estos hechos.²⁹

El juicio en el que se establece la causal del desheredamiento podría ser iniciado por el propio causante, por el desheredado o por otros herederos interesados. Respecto a la posibilidad de que la demanda sea interpuesta por el propio causante, Elorriaga pareciera no admitirla, señalando que no está expresamente prevista en nuestro Código Civil (a diferencia de lo que acontece con otros Códigos, como el peruano, art. 751). Sin embargo, pensamos que ello no obsta para que el causante accione, pues en el silencio de la ley, entendemos que ello es posible. El propio desheredado podría provocar el juicio, deduciendo una acción de reforma de testamento, con el fin de se cambie éste en la parte que lo perjudica. El litigio también podría ser iniciado por el resto de los herederos, con el propósito que se declare que el legitimario ha sido correctamente desheredado.³⁰

En suma, la causa de desheredamiento debe estar expresada en una cláusula del testamento, debe consistir en alguna de las conductas descritas en el art. 1208, debe probarse judicialmente ante juez competente por los medios que la ley consagra, y debe ser calificada como suficiente por el mismo tribunal.

Especificando aún más, podríamos agregar que, para probar la causa de desheredamiento, es necesario deducir demanda en juicio ordinario en contra del legitimario desheredado (contra legítimo contradictor) y culminar en una sentencia definitiva. Tal es la opinión de Somarriva y de Rodríguez Grez.^{31 32} El primero señala que "*Los hechos constitutivos de la causal de desheredamiento deben ser probados en vida del testador o con posterioridad a su fallecimiento. Excepción.* El mismo art. 1209, ya citado, exige que los hechos constitutivos de la causal de desheredamiento se prueben judicialmente en vida del testador, o bien con posterioridad a su fallecimiento. De no ser así, podrían ser burladas las legítimas, suponiendo causales inexistentes para desheredar al legitimario". Agrega que, si estamos en el segundo caso, "... la prueba corresponde a las personas interesadas en el desheredamiento".³³

Para los Domínguez, la acción en la que debe probarse el desheredamiento debiera ser incoada por el propio desheredado: "... las causas que autorizan el desheredamiento se apoyan en hechos, que deben ser acreditados por los que tienen interés en que la voluntad del testador sea cumplida. Mientras no se acrediten esos hechos, el desheredado no tendrá interés de justificar que la causal no existe. ¿Cuándo llegará la oportunidad de la prueba? Sabemos sobre quién recae el peso o carga de la prueba. Pensamos que el o los herederos no desheredados, apoyados en el testamento, pueden realizar todos los actos que esa calidad les permite: obtener, por ejemplo, la posesión efectiva de la herencia. La oportunidad de la prueba llegará

²⁹ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 472.

³⁰ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 472.

³¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 25.

³² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 437.

³³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 437.

cuando el desheredado reclame de esa desheredación, mediante la acción de reforma de testamento. La disposición testamentaria que contiene el desheredamiento debe ser cumplida mientras el afectado por ella no reclame. Pero si éste pone en duda el desheredamiento, nada tendrá que acreditar, mientras los interesados en su desheredamiento no acrediten los hechos señalados por el testador. Por lo demás, procesalmente, quien afirma es quien debe probar el hecho, como norma general". Y agregan más adelante: "*Necesidad de un litigio*. Sea que los hechos estén probados en vida del testador, o se acrediten después de su muerte, es lo cierto que esa prueba debe ser rendida judicialmente. Así lo dispone el art. 1209. Esto impone un litigio que, como se ha expresado, lo intentará el desheredado. En esa contienda judicial se discutirá si los hechos en que se apoyó el testador para desheredar son o no efectivos y si, además, se encuentran comprendidos en los que el legislador considera adecuados a tales fines. Este juicio será ordinario, de lato conocimiento, por la naturaleza de las cuestiones a debatir. Por consiguiente, si en las gestiones sobre posesión efectiva de la herencia del testador el desheredado pretende ser incluido entre los herederos y éstos, por su parte, no lo aceptan, por aplicación del art. 823 del Código de Procedimiento Civil, se tendrá que intentar el juicio pertinente y por quien crea debe hacerlo. El litigio debe estar enderezado a obtener la *reforma del testamento* y no la nulidad de la cláusula del desheredamiento".³⁴

Que los demás interesados en la sucesión demanden, es muy improbable, sin embargo. En realidad, en la práctica nada harán, y esperarán que el desheredado accione o se resigne al desheredamiento. Y si acciona, deberán generar en el juicio respectivo la prueba constitutiva de la causal de desheredamiento.

En efecto, según veremos, el desheredamiento operará sin necesidad de prueba si el legitimario no reclama su legítima en el plazo de cuatro años subsiguientes a contar de la apertura de la sucesión, o dentro de cuatro años desde el día en que haya cesado su incapacidad de administrar, si al tiempo de abrir la sucesión era incapaz: art. 1209, inc. 2º.

Teniendo presente lo expuesto, se hace imperativo comentar en qué situación queda un legitimario que ha sido desheredado, a partir de la muerte del causante y mientras no exista juicio en que se pruebe la causal de desheredamiento o éste no esté terminado. ¿debemos entender que está excluido de la sucesión? O, por el contrario, ¿debemos entender que forma parte de la misma, mientras no se pruebe la causal aludida? La conclusión que parece más lógica es la primera: el legitimario debe entenderse excluido de la sucesión.

En efecto, tal como destaca Elorriaga, tanto en la doctrina extranjera como en la nacional, se ha concluido que el legitimario desheredado quedará por el momento excluido de la sucesión. Al efecto, señala Zannoni (citado por Elorriaga): "aunque el desheredado controvierta la existencia de la causa invocada por el testador para desheredarlo, su exclusión lo priva del llamamiento ipso iure. Aunque se trata de un heredero forzoso; es decir, de un legitimario, carece provisionalmente de vocación y quienes accionan podrán obtener medidas precautorias en la acción para evitar que el desheredado pueda invocar título de heredero." Borda, por su parte, afirma que mientras dura el proceso, el desheredado "carece de título hereditario, no recibe la posesión de la herencia de pleno derecho, puesto que ha sido privado de ella por el testador. Es verdad que puede impugnar la disposición testamentaria, pero hasta que el Juez declare que no se ha probado la causa de desheredación invocada por el causante, él no puede reclamar los bienes." Entre nuestros autores, los Domínguez sostienen, asimismo, que "el desheredado carece de título a la herencia. No es llamado a ésta (...). El desheredado, estando fuera de la sucesión, debe intentar una demanda si

³⁴ Domínguez Benavente Ramón y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 1.087-1.089.

desea integrarse al fenómeno sucesorio, mediante la acción de reforma de testamento”
35

Así las cosas, al otorgarse la posesión efectiva por el Juez de Letras en lo Civil del último domicilio del causante, debe excluirse al legitimario que fue desheredado. El respectivo decreto judicial no lo debe incluir entre los herederos del causante.

El desheredado, por su parte, dentro del plazo previsto para la acción de reforma de testamento, podrá o no intentar revertir tal situación que le afecta. Pero por ahora, el juez debe respetar la voluntad del testador. De otra manera, no tendría aplicación práctica el inc. 2º del art. 1209, que con toda claridad expresa que “no será necesaria la prueba” de la causal del desheredamiento, si el legitimario desheredado deja pasar los cuatro años a que se refiere dicho precepto. Si el legitimario afectado demanda, no será él, sino que los otros herederos, es decir los demandados, quienes deberán probar los hechos constitutivos de la causal del desheredamiento. Esto, conforme se explicó, porque los hechos que se prueban son los positivos, no los negativos.

e) Multiplicidad de causas de desheredación.

No existe inconveniente alguno en que el testador impute al legitimario una serie de causas de desheredación, siempre que ellas se especifiquen en el testamento y correspondan a las del art. 1208. Tampoco se advierte inconveniente alguno en que dichas causas se expresen en uno o más testamentos, siempre que ninguno de los posteriores sea revocatorio y las causas especificadas sean compatibles.³⁶ De cualquier manera, será suficiente probar una de las causales, para que pueda producir sus efectos la desheredación.

f) Excepción a la obligación de probar la causa de desheredamiento.

Ella opera si el legitimario no reclama su legítima en el plazo de cuatro años subsiguientes a contar de la apertura de la sucesión, o dentro de cuatro años desde el día en que haya cesado su incapacidad de administrar, si al tiempo de abrir la sucesión era incapaz: art. 1209, inc. 2º.

La inactividad del legitimario desheredado constituye una especie de “renuncia tácita” a su asignación. Para que tal ocurra deben concurrir copulativamente dos requisitos: desheredamiento e inactividad por el plazo legal.

El plazo de 4 años que establece la ley parece estar vinculado a la acción de reforma de testamento, que prescribe en el mismo plazo, contados desde el día en que el legitimario tuvo conocimiento del testamento o de su calidad de tal. Tal es, precisamente, la acción que tiene el desheredado para impugnar el desheredamiento.³⁷ Ello porque, el testador, habiendo desheredado, priva al asignatario de su legítima. De tal suerte, viene a ser perfectamente equivalente testar sobrepasando los derechos de un legitimario que desheredarlo disponiendo que el asignatario no lleve su asignación. Pero no tiene el plazo del art. 1209, inc. 2º, relación alguna con la acción de petición de herencia regulada en los arts. 1264 y siguientes, cuyo plazo de prescripción es de 10 años en general y de 5 años en el caso del heredero putativo: art. 1269-art. 704, parte final.

Tampoco existiría inconveniente alguno para que, en vida del testador, se acuerde entre el desheredado y el primero, dar por acreditada la causal de desheredamiento. Pero en tal caso, se estima que dicho acuerdo debe traducirse en

³⁵ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., pp. 472 y 473.

³⁶ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 26.

³⁷ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 479.

una transacción judicial. Ello, por dos razones fundamentales: porque la ley exige la prueba judicial y porque el art. 2460 da a la transacción el efecto de cosa juzgada y de equivalente jurisdiccional.^{38 39}

g) Efectos del desheredamiento.

g.1) Rol que desempeña la voluntad del testador.

Los efectos del desheredamiento quedan entregados al testador. Desde luego, en el silencio de éste, el desheredamiento comprende todas las asignaciones que puedan corresponder al legitimario, tanto en la sucesión forzosa o intestada. Ello es lógico, porque si el testador puede privar de su legítima al legitimario, vía desheredamiento, con mayor razón puede privarlo de toda otra asignación a que sea llamado en la sucesión intestada. Por consiguiente, si el testador no limita los efectos del desheredamiento, éste comprenderá todas las asignaciones que puedan corresponder al afectado y, aun, todas las donaciones que le haya hecho al desheredado.

Los efectos del desheredamiento alcanzan incluso a las donaciones irrevocables. El art. 1428 permite que las donaciones entre vivos sean revocadas por ingratitud. El mismo artículo define el "acto de ingratitud" diciendo que él consiste en "cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hiciera indigno de heredar al donante".

De todo lo cual resulta que puede el testador extender los efectos del desheredamiento, aun revocando las donaciones entre vivos, o bien restringir los efectos, limitando parcialmente las asignaciones que corresponden al legitimario.

Lo que interesa destacar es el hecho de que el desheredamiento, en el silencio del testador, se extiende por el solo ministerio de la ley a todas las asignaciones y donaciones que correspondan al desheredado. Sólo en virtud de voluntad expresa del testador pueden limitarse sus efectos de la manera que el causante haya dispuesto en su testamento.^{40 41}

g.2) Los efectos del desheredamiento no se extienden, por regla general, a los alimentos.

Conforme al art. 1210, inc. 2º, los efectos del desheredamiento no se extienden a los alimentos, excepto en los casos de injuria atroz. Recordemos que los casos de injuria atroz están contemplados en el art. 968, el cual coincide, en gran parte, con el art. 1208.

Cabe establecer entonces, en qué situaciones puede haber desheredamiento y no constituir la causal "injuria atroz", subsistiendo por ende la asignación alimenticia.

En un estudio comparativo de las causas de indignidad del art. 968 y las causales de desheredamiento consignadas en el art. 1208, se llega a la conclusión de que hay tres casos en que, indiscutiblemente, habiendo desheredamiento, no hay "injuria atroz", subsistiendo la obligación alimenticia; son los casos del número 5 del artículo 1208:

1º Cuando el asignatario ha cometido delito que merezca pena aflictiva.

2º Cuando el asignatario se ha abandonado a los vicios.

3º Cuando el asignatario ejerce o ha ejercido "granjerías infames".

En los tres casos, no hay "injuria atroz", pues ninguna de estas situaciones cabe entre las enumeradas en el art. 968. Además, no se trata de actos que implican un atentado directo en contra del testador.

³⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 26 y 27.

³⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 437.

⁴⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 27 y 28.

⁴¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 438.

Tratándose de las demás causas de desheredamiento, ellas coinciden con los casos de "injuria atroz", arrastrando consigo la pérdida del derecho de alimentos conforme al art. 979.^{42 43}

g.3) El desheredamiento priva del beneficio de competencia.

Otro efecto importante del desheredamiento deriva de lo previsto en el art. 1626 número 1, conforme al cual se priva del beneficio de competencia (definido en el art. 1625) a los ascendientes o descendientes cuando éstos han irrogado al acreedor alguna ofensa de las clasificadas entre las causas de desheredación.

La pérdida de este beneficio puede coincidir con un desheredamiento judicialmente probado, en cuyo evento sólo será necesario invocarlo para privar al ascendiente o descendiente del beneficio de competencia. Pero también puede hacerse valer (cuando no se ha otorgado testamento ni probado la causa) con el fin de privar al titular de este privilegio tan especial. En otras palabras, las causas de desheredación son también causas de pérdida del beneficio de competencia en el pago.⁴⁴

g.4) El desheredamiento priva al padre o madre del derecho legal de goce sobre los bienes del hijo.

El art. 250 N° 3 priva al padre o madre del derecho legal de goce sobre los bienes del hijo, cuando ellos provienen de una herencia que ha pasado al hijo por desheredamiento del padre. En este caso, el derecho legal de goce corresponderá al padre o la madre que no ejercía la patria potestad (lo anterior, aunque la madre esté casada en régimen de sociedad conyugal, entendiéndose parcialmente separada de bienes, para estos efectos). A falta de los padres, el usufructo corresponderá al hijo, debiendo designársele un curador para su administración.

El art. 250 N° 3, complementa la sanción que acarrea el desheredamiento, ya que si el padre o madre tuviera el usufructo de los bienes que componen la asignación de la que fue privado, se burlaría, al menos parcialmente, el efecto de esta sanción, permitiendo que el asignatario (en cuanto padre o madre) gozara para sí de los bienes de los cuales fue privado. Lo mismo sucedería si el usufructo correspondiera a la madre casada en sociedad conyugal, y la ley no hubiere previsto la hipótesis de separación parcial de bienes, porque entonces los frutos de dichos bienes incrementarían el haber de la sociedad conyugal, aprovechando en parte al padre que fue desheredado.⁴⁵

h) Revocación del desheredamiento.

Dispone al efecto el art 1211: "El desheredamiento podrá revocarse, como las otras disposiciones testamentarias, y la revocación podrá ser total o parcial; pero no se entenderá revocado tácitamente, por haber intervenido reconciliación; ni el desheredado será admitido a probar que hubo intención de revocarlo".

Si el testador puede sancionar al legitimario privándolo de su asignación forzosa y de las demás asignaciones que puedan corresponderle e, incluso, de las donaciones que le hubiere hecho, también puede perdonarlo, revocando el desheredamiento.⁴⁶

La revocación es un acto solemne que depende de la sola voluntad del testador y que al igual que el desheredamiento, debe estar contenida en un acto testamentario. No existe por lo tanto una revocación tácita.

⁴² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 28 y 29.

⁴³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 438.

⁴⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 29.

⁴⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 29.

⁴⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 438 y 439.

La ley permite revocar total o parcialmente el desheredamiento. Si el causante puede privar de toda asignación al desheredado, también puede privarlo sólo de una parte de dicha asignación.

En esta materia, conviene precisar algunas cuestiones de interés práctico:

1º Si el desheredamiento está contenido en un testamento privilegiado que caduca (art. 1212, inc. 2º), aquel quedará igualmente sin efecto por el solo ministerio de la ley.

Más complejo resulta el caso inverso, vale decir, si el desheredamiento está contenido en un testamento solemne que es revocado por un testamento privilegiado que a su vez, también caduca. El art. 1213, inc. 2º, consagra la única circunstancia en que un testamento revocado recobra, sin expresión de voluntad del causante, plena validez jurídica. A primera vista, parece claro que al extinguirse por caducidad el testamento privilegiado y "revivir" el testamento solemne, subsiste el desheredamiento.

Rodríguez Grez no comparte tal conclusión. Si el testador ha "*perdonado al desheredado*" por medio de un testamento que caducó por hechos que no son imputables al causante (como acontece con el art. 1036), parece evidente que la causa de desheredación no puede surtir efectos contra la voluntad expresa del testador. Cree el autor citado que en este evento, concurren dos requisitos propios de la revocación del desheredamiento:

- i.- Voluntad expresa del causante contenida en acto de última voluntad (testamento);
- y
- ii.- Caducidad de dicho testamento por razones ajenas a la voluntad del causante e imputables a terceros que pueden resultar favorecidos por dicha caducidad.

Atendiendo a la ratio legis, resulta evidente que una situación de esta especie debe ser resuelta en favor del desheredado, tanto más si nos atenemos al tenor literal del art. 1211.

2º Una situación semejante podría plantearse si luego de otorgado testamento con la cláusula de desheredación, el testador hace donaciones entre vivos o por causa de muerte al desheredado (donaciones irrevocables o revocables, respectivamente). En tal caso, se estima que se trataría de una revocación parcial, lo cual obligaría a reconocer al desheredado sólo derechos sobre la donación, mas no con respecto de los demás bienes de la sucesión.

3º El testamento en que se contiene una cláusula de desheredación, puede ser revocado expresa o tácitamente. Si la revocación es expresa, el testador, en términos formales y explícitos expone su voluntad de dejar sin efecto el desheredamiento; si la revocación del testamento es tácita, la voluntad de dejar a su vez sin efecto el desheredamiento, se desprende de lo dispuesto en el último testamento. Lo que prima siempre es la voluntad del testador, pero con tal que ella se manifieste en un acto testamentario, sea en forma expresa o tácita.

De lo anterior se desprende entonces que no es legalmente suficiente la reconciliación entre testador y desheredado, ni la intención comprobada de que el causante quiso revocar el desheredamiento en vida. Para que esta intención tenga efecto, es necesario que esté contenida en una disposición testamentaria. Tanto el desheredamiento como su revocación son actos unilaterales eminentemente solemnes que deben estar contenidos en un testamento. Al respecto, es aplicable el art. 1701.⁴⁷

i) Tiempo de prescripción del desheredamiento.

⁴⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 30 a 32.

Un problema interesante de resolver es determinar en cuanto tiempo prescribe el desheredamiento. No hay norma expresa en el párrafo 4 del Título V del Libro III del Código Civil.

Pueden presentarse tres situaciones:

1º Puede el desheredado no reclamar su legítima, caso en el cual el art. 1209, inc. 2º, establece que los derechos del desheredado prescriben en cuatro años, a partir de la apertura de la sucesión o desde que haya cesado la incapacidad de administrar, si al momento de abrirse la sucesión el legitimario era incapaz.

2º Puede el desheredado tener conocimiento del testamento del causante, pero no iniciarse juicio en su contra para acreditar la causa de desheredación ni haberse acreditado en vida del testador.

3º Puede el desheredado no tener conocimiento del desheredamiento, sea porque no se conoce el testamento del causante o porque teniéndose conocimiento del mismo, lo ignora el desheredado.

Estima Rodríguez Grez que, en los dos últimos casos, se aplican las normas de la acción de petición de herencia, que más adelante estudiaremos. En consecuencia, la causa se purga, por regla general, en 10 años, pero respecto del heredero putativo que obtuvo reconocimiento judicial, se purgará en el plazo de 5 años. De tal forma, para probar la causa de desheredamiento debe estarse a los plazos consagrados para ejercer la acción de petición de herencia.

Se basa la conclusión anterior en el hecho de que el legitimario desheredado no es heredero (siempre que concurren las exigencias legales), lo cual obliga a aceptar que tienen en este caso plena aplicación las reglas sobre petición de herencia. Una vez probada judicialmente la causa de desheredamiento contenida en el testamento y calificada como suficiente por sentencia judicial, para recuperar la herencia que está en manos del desheredado, debe interponerse la acción de petición de herencia (art. 1264 y siguientes).

De todos modos, como el desheredamiento es de competencia exclusiva de la justicia ordinaria, esta decisión es previa a la partición de bienes. Pero puede ocurrir que se tenga conocimiento del desheredamiento, ya iniciado o incluso terminado el proceso particional, caso en el cual deberá aplicarse el art. 1267, para establecer las prestaciones mutuas que procedan.⁴⁸

j) Efectos del desheredamiento respecto del desheredado y de terceros.

j.1) Respecto del desheredado.

Cabe dilucidar qué sucede cuando el desheredado entra en posesión de su asignación (sea ignorando o conociendo la disposición testamentaria que lo priva de su legítima) y, con posterioridad, se conoce y prueba la causa de desheredación (por ejemplo, porque el desheredamiento constaba en un testamento cerrado cuyo contenido se conoce tras la muerte del causante).

Conforme a lo señalado, se trata en este caso de una acción cuyos efectos son idénticos a los que corresponden a la **acción de petición de herencia**. En consecuencia, el desheredado deberá restituir la herencia conforme a las reglas contenidas en los arts. 1266 y 1267, que distinguen según se trate de un poseedor de buena o mala fe, entendiéndose que ello está referido al conocimiento o desconocimiento que se tenga del testamento en el que se contiene el acto del desheredamiento (se aplicarán, por ende, las reglas de las prestaciones mutuas, contenidas en los artículos 904 y siguientes).

j.2) Respecto de terceros.

⁴⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 32 y 33.

Al efecto, el art. 1268 confiere a los demás herederos que se benefician con el desheredamiento **acción reivindicatoria**, así se trate de poseedores de buena o mala fe, y una **acción personal** contra el desheredado de mala fe para que les complete lo que no hayan podido obtener de los terceros y los deje enteramente indemnes (artículos 898 y 900 del Código Civil).

Lo usual será, sin embargo, que tan pronto se tenga noticia del testamento que contiene el desheredamiento se inicie el juicio respectivo para probar y calificar la causa invocada por el testador, suspendiéndose entre tanto la partición y la toma de posesión de los bienes que componen la legítima de que ha sido privado el legitimario afectado con esta sanción.⁴⁹

k) Transmisión del desheredamiento a los herederos.

Otro problema interesante que cabe resolver es determinar si la causa de desheredamiento se transmite a los herederos del desheredado. Puede ocurrir que el desheredado muera sin tener conocimiento del acto testamentario mediante el cual es privado de su legítima. ¿Puede iniciarse juicio para probar y calificar la causa de desheredamiento después de la muerte del legitimario desheredado?

Cabe advertir que no existe en la regulación del desheredamiento una norma que se refiera a esta materia en forma específica, como sucede en los casos de indignidad (art. 977).

Hemos señalado que tratándose del desheredamiento, operan los efectos propios de la acción de petición de herencia, ya que los verdaderos herederos del causante reclaman una herencia que está ocupada por un legitimario que ha sido desheredado, no teniendo, a partir de la prueba y calificación de la causa de desheredación, la calidad de tal. Siguiendo esta tesis, forzoso es concluir que la causa de desheredamiento pasa a los herederos del legitimario que ha sido privado de su asignación por disposición testamentaria, pudiendo iniciarse a su respecto, durante el tiempo que falte para que opere la prescripción de que trata el art. 1269, la acción destinada a probar y calificar la causa que se ha invocado de desheredamiento.

En suma, la causa de desheredamiento pasa a los herederos del legitimario por todo el tiempo que falte para que opere la prescripción de que trata el art. 1269, esto es, 10 años en general o 5 años si el desheredado fue reconocido como heredero en acto judicial.

Todo lo anterior, sin perjuicio del derecho de representación que pudiere operar.⁵⁰

l) A quién aprovecha el desheredamiento.

Interesa esta materia, dado que la asignación (la legítima) y las donaciones efectuadas, tendrán otro destino.

Para establecer con precisión esta cuestión, debe atenderse a si el desheredado puede o no ser representado y si tiene o no descendientes que sean llamados en su nombre y pasen a ocupar el mismo grado de parentesco y los mismos derechos hereditarios que tendrían su padre o madre desheredados, en relación al causante:

1º En el primer caso, si el desheredado puede ser representado, sus descendientes con derecho a representarlo (art. 984) lo reemplazarán, debiendo ser capaces y dignos de suceder al causante, no al representado. Por consiguiente, la desheredación aprovechará a los descendientes del desheredado. Cabe consignar que la representación sólo operará en favor de los descendientes del desheredado. Si fuere

⁴⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 34.

⁵⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 34 y 35.

desheredado un ascendiente, no tiene lugar la representación, y el desheredamiento aprovechará a las personas que se indicarán en la segunda opción, esto es, cuando el desheredado no puede ser representado.

2º En el segundo caso, o sea, cuando el desheredado no puede ser representado (sea porque es un legitimario sin descendencia o legitimario sin derecho a representación, como son el ascendiente, el cónyuge sobreviviente o el conviviente civil sobreviviente), el desheredamiento aprovecha a los demás legitimarios llamados a la sucesión, quienes verán incrementadas sus legítimas en la parte o cuota que no lleva el desheredado. Se tratará en este caso de una legítima rigurosa, o eventualmente de una efectiva. El art. 1190 se refiere a esta hipótesis: "Si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad o exheredación, o porque la ha repudiado, y no tiene descendencia con derecho a representarle, dicho todo o parte se agregará a la mitad legitimaria y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros".

3º Puede ocurrir también que el causante no tenga otros legitimarios. En tal situación, el desheredamiento puede aprovechar a los herederos o legatarios voluntarios (testamentarios), y si no existe disposición testamentaria, a los herederos abintestato.

Esta materia reviste importancia, atendido el hecho que serán las personas que resulten favorecidas las que podrán, después de muerto el testador, iniciar el juicio respectivo para probar y calificar la suficiencia de la causal de desheredamiento.

Resta aún por resolver otra cuestión crucial: ¿Qué sucede con las donaciones que en virtud de la desheredación quedan revocadas de pleno derecho si el testador no ha dispuesto otra cosa? Estima Rodríguez Grez que no opera al respecto la representación, aun cuando existan descendientes del desheredado. Ello, en razón de que la representación sólo opera en la sucesión intestada (y en la sucesión forzosa), mientras que las donaciones suponen una disposición voluntaria. De modo que aun cuando dichas donaciones sean imputables a la legítima que corresponde al desheredado (art. 1198), ellas deberán integrarse al as hereditario y distribuirse en conformidad a las reglas generales.⁵¹

m) Rasgos fundamentales del desheredamiento.

Lo que caracteriza esencialmente al desheredamiento, puede resumirse en 3 ideas matrices:

1º Es el medio que la ley confía al causante para privar de su asignación forzosa al legitimario desleal por hechos graves que sólo han podido ocurrir en vida del causante.

2º Es eminentemente solemne, de causas taxativamente enunciadas en la ley, y de prueba y calificaciones judiciales.

3º El desheredamiento es un derecho absoluto del testador, que puede ordenarlo, revocarlo o limitarlo sin restricción alguna, excluyendo total o parcialmente de su sucesión al afectado.⁵²

n) Paralelo entre indignidad y desheredamiento.

1º La indignidad es el medio que la ley franquea a todos los interesados en la sucesión para privar de su asignación a los que incurren en alguna de las causales de indignidad que consagra la ley.

El desheredamiento es el medio que la ley franquea al causante para excluir de su sucesión a los legitimarios, en cuanto asignatarios forzosos, cuando ellos han incurrido en alguna de las causales de desheredación establecidas en la ley.

⁵¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 35 a 37.

⁵² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 41 y 42.

2º Las causas de indignidad están referidas tanto a hechos acaecidos en vida del causante como a hechos posteriores a su muerte. Así, por ejemplo, se hace indigno el partidor nombrado por testamento que no acepta el encargo (art. 1327 en relación al art. 971, inc. 2º), o el que siendo mayor de edad no hubiere acusado a la justicia el homicidio cometido en la persona del causante (art. 969).

Las causas de desheredamiento están referidas necesariamente a hechos acaecidos en vida del causante.

3º Las causas de indignidad sólo pueden probarse después de la muerte del causante. Las causas de desheredamiento pueden probarse judicialmente en vida del causante o por los interesados después de la muerte del causante.

4º Las causas de indignidad no se expresan jamás en el testamento. Las causas de desheredamiento deben estar contenidas en una disposición testamentaria.

5º Las indignidades no son revocables ni se sanean por voluntad del causante. El desheredamiento es revocable por voluntad del causante, sea total o parcialmente.

6º Las causas de indignidad siempre deben acreditarse judicialmente en juicio ordinario que se sigue entre el asignatario afectado y el o los interesados en excluirlo.

Las causas de desheredamiento pueden operar sin necesidad de que sean probadas, en el caso contemplado en el art. 1209, inc. 2º, esto es, cuando el desheredado no reclame su legítima dentro de los cuatro años subsiguientes a la apertura de la sucesión.

7º La indignidad se refiere a cualquier asignación que pueda corresponder al indigno, así sea forzosa, semiforzosa o voluntaria.

El desheredamiento sólo se refiere a la legítima y por ende afecta únicamente a los legitimarios.

8º Las indignidades privan al asignatario de toda participación en la sucesión, pero no afectan a las donaciones que le haya hecho el causante, salvo en el caso del art. 1430: "La acción revocatoria termina en cuatro años contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo, y se extingue por su muerte, a menos que haya sido intentada judicialmente durante su vida, o que el hecho ofensivo haya producido la muerte del donante, o ejecutándose después de ella. / En estos casos la acción revocatoria se transmitirá a los herederos."

El desheredamiento priva al asignatario de toda asignación en la sucesión y de las donaciones que le haya hecho el causante, salvo que éste limite sus efectos en la forma que estime conveniente.

9º La indignidad sólo opera de pleno derecho en la circunstancia contemplada en el art. 994, tratándose del cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial y en el caso previsto en el art. 203, respecto del padre o madre cuya paternidad o maternidad se determinó judicialmente con su oposición; en los demás casos debe ser declarada judicialmente.

En los demás casos debe constar en cláusula testamentaria y probarse judicialmente, salvo cuando no se reclama la legítima en el plazo de 4 años (art. 1209).

10º La indignidad se purga en el plazo de 5 años (art. 975). El desheredamiento debe ser acreditado judicialmente en el plazo consagrado en el art. 1269: 10 o 5 años, según el caso.

11º La indignidad declarada judicialmente no pasa a terceros de buena fe (art. 976). El desheredamiento se rige por las disposiciones del art. 1268, pudiendo los herederos que sean llamados a la asignación del desheredado reivindicar las cosas hereditarias que sean reivindicables y que no hayan adquirido por prescripción terceros poseedores.

12º El asignatario indigno está obligado a restituir la herencia o legado con sus acciones y sus frutos, sin que se distinga entre poseedor de buena o mala fe (art. 974, inc. 2º).

El asignatario desheredado se rige por la disposición del art. 1267, que distingue entre poseedor de buena y de mala fe, entendiendo que ella está referida al conocimiento o ignorancia del mismo desheredamiento contenido en el testamento.

13º La indignidad puede acarrear la pérdida del derecho de alimentos en los casos de que trata el art. 968 (injuria atroz).

El desheredamiento puede importar la pérdida del derecho de alimentos sólo en los casos consignados en los números 1, 2 y 3 del art. 1208.

14º La indignidad se transmite a los herederos del indigno por el tiempo que falta para completar los 5 años al cabo de los cuales se sana.

El desheredamiento también se transmite a los herederos del desheredado, de la misma manera y por los mismos plazos que la acción de petición de herencia (art. 1269).

15º La indignidad y el desheredamiento pueden aprovechar a los descendientes del desheredado siempre que respecto de estos legitimarios proceda el derecho de representación (art. 984), o a los demás legitimarios si los hay. Si no hay descendientes del desheredado o no procede a su respecto el derecho de representación (ascendientes y cónyuge sobreviviente), el desheredamiento puede aprovechar a los asignatarios testamentarios o abintestato en su caso.⁵³

3.- La preterición.

Estrechamente vinculada a la indignidad y al desheredamiento, se halla la "preterición" de un legitimario. La materia se encuentra definida en el art. 1218: "El haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima. / Conservará además las donaciones revocables que el testador no hubiere revocado".

No se trata entonces -afirma Elorriaga-, de una acción de nulidad del testamento o del resto de las instituciones de heredero hechas por el testador, sino que la ley entiende que el omitido ha sido instituido heredero en su legítima.⁵⁴

A juicio de algunos, la preterición revela la insuficiencia de la definición que de las asignaciones forzosas contiene el art. 1167, cuando se indica que son aquellas que el testador "es obligado a hacer". En verdad, las asignaciones forzosas las hace la ley, no el testador, el cual está obligado a respetarlas. Si no lo hace, la ley arbitra los medios (acciones de reforma de testamento) para hacerlas prevalecer en contra la voluntad del causante.⁵⁵

De allí que, ante una absoluta preterición u omisión del legitimario en el testamento, éste se entiende instituido heredero en su legítima. Más aún, sobrepasada la legítima en favor de un asignatario testamentario, el testamento del causante no es nulo, sino que se reforma, haciendo prevalecer las legítimas por sobre su voluntad expresa.⁵⁶

Las donaciones hechas al legitimario y que no se hayan revocado, subsisten, pero recordemos que todas ellas deberán imputarse a su legítima, salvo que el causante, en su testamento, o en la escritura respectiva o en acto posterior auténtico, haya dispuesto que la respectiva donación se impute a la cuarta de mejoras (art. 1198).⁵⁷

- Casos de preterición.

Se han propuesto tres por Rodríguez Grez:

⁵³ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 38 a 41.

⁵⁴ Elorriaga de Bonis, Fabián, ob. cit., p. 495.

⁵⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 42.

⁵⁶ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 42.

⁵⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 42 y 43.

1º Nada ha recibido el legitimario con imputación a su cuota de su legítima y no es mencionado en el testamento.

2º Se ha mencionado al legitimario como pariente, pero sin que se le haga asignación alguna, ni se le instituya heredero.

3º Se le ha instituido en legado o donación revocable; pero ordenándose que esas asignaciones no se imputen a su legítima.⁵⁸

Elorriaga lo plantea en términos similares. Subraya que la preterición no dice relación a ser o no mencionado el legitimario en el testamento, sino que lo relevante es si al legitimario se le ha asignado o no algo con cargo a lo que le corresponde por concepto de legítima. De esta forma, debiera entenderse preterido un legitimario en los siguientes casos:

1º No se le menciona en el testamento y tampoco se le hicieron donaciones irrevocables en vida del causante.

2º Se le menciona en el testamento, pero nada se le asigna en él ni tampoco nada se le donó en vida del causante.

3º Cuando se le hacen en el testamento donaciones revocables o se le dejan legados, pero con cargo a mejoras o a la parte de libre disposición, esto es, no con cargo a su legítima.

En todos estos casos, el legitimario ha sido pasado en silencio no por no haber sido mencionado en el testamento, sino porque no se reasigna lo que por concepto de legítima le corresponde.⁵⁹

Todas estas hipótesis corresponden a lo que se entiende por "preterición". Ella está referida, exclusivamente, al contenido del testamento del causante, sin que tenga relación con las donaciones hechas al preterido, aunque sean imputables a su legítima. Ello, porque el art. 1218 forma parte del párrafo relativo a la acción de reforma de testamento. Las donaciones, revocables o irrevocables, se "imputan" a la legítima, en una operación posterior, cuando se ejecuta el testamento.⁶⁰

Por consiguiente, hay preterición cuando el testador simplemente omite toda referencia al legitimario en su testamento, sea que se le haya hecho o no donaciones revocables o irrevocables en vida. Así, por ejemplo, si el testador se limita en su testamento a disponer de la cuarta de libre disposición, sin hacer mención alguna a sus legitimarios, todos ellos han sido preteridos y tiene plena aplicación el art. 1218.⁶¹

Lo que la ley dice entonces, es que el silencio o la omisión de toda referencia al legitimario en el testamento, es un reconocimiento tácito de la asignación instituida en la ley. Si el testador no sólo omite toda referencia al legitimario, sino que dispone más allá de lo que la ley permite, el legitimario preterido -pero instituido heredero por la ley en su legítima- ejercerá la acción de reforma de testamento (art. 1216), tal como si hubiera sido expresamente reconocido por el testador en su testamento.⁶²

Punto importante en esta materia es resolver si el preterido debe iniciar acción para que se le reconozca su calidad de legitimario. Se estima que el legitimario no necesita deducir acción alguna, porque su asignación está instituida por la ley, y de consiguiente, le basta invocar el art. 1218 para ser tenido como heredero en su legítima. Sólo deberá accionar cuando las disposiciones testamentarias del causante hayan sobrepasado su legítima rigorosa o efectiva. Así, por ejemplo, el legitimario puede deducir acción de reforma de testamento si el causante ha dispuesto mal de la cuarta de mejoras, afectando por consiguiente su legítima efectiva. En este caso, la

⁵⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 43.

⁵⁹ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 496.

⁶⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 43.

⁶¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 43.

⁶² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 43 y 44.

acción de reforma de testamento se basa en la lesión que sufre la legítima por efecto de una disposición ilegal de la cuarta de mejoras.⁶³

En suma, la acción de reforma del testamento sólo procede cuando el testador, junto con omitir al legitimario, hace otras asignaciones que lesionan la legítima del preterido.⁶⁴

En la doctrina, se ha discutido qué acción debe deducir el legitimario preterido para reclamar su asignación. Claro Solar sostiene que, considerándose la preterición del legitimario como una institución de heredero en su legítima, en los términos imperativos en que la ley lo establece, el legitimario no necesita valerse de la acción de reforma del testamento, o más bien, no le compete como única acción la de reforma del testamento para entrar en posesión material de los bienes que forman la legítima en que deberá entenderse instituido heredero. En el mismo sentido, se pronuncian Rodríguez Grez, Rozas Vial y otros.⁶⁵

En sentido contrario, Somarriva expresa que la consecuencia de entender al preterido instituido como heredero en su legítima, es que la acción que propiamente deberá intentar es la de petición de herencia y no la de reforma de testamento. Lo anterior, porque el art. 1218 es imperativo y dispone que el preterido deberá entenderse instituido heredero y por ende, será un heredero privado de su posesión. Aplicando estos principios, agrega Somarriva, la Corte Suprema determinó que la acción del preterido no prescribe en los cuatro años indicados en el artículo 1216 para la acción de reforma del testamento, sino en conformidad a los plazos de prescripción de la acción de petición de herencia.⁶⁶

Ahora bien, dice Somarriva, mediante su acción, el preterido puede reclamar, según los casos, la legítima rigurosa o la efectiva. Reclamará la primera si es preterido en beneficio de otro legitimario de igual derecho, y la efectiva si es preterido en provecho de un extraño.⁶⁷ O en palabras de Elorriaga: el tipo de legítima que el preterido puede reclamar es diferente según como haya dispuesto de los bienes el causante. Si dejó todo a un tercero, el preterido puede reclamar la legítima efectiva, es decir la mitad legitimaria más la cuarta de mejoras, pero no la cuarta de libre disposición, pues en esta parte, los terceros estarán bien instituidos como herederos. Por el contrario, si se ha omitido a uno de los legitimarios en beneficio de otros, el omitido tiene derecho solamente a la legítima rigurosa, pero no a la efectiva, puesto que el resto de los legitimarios estarían bien instituidos como herederos en esa parte, al haber sido beneficiados por la cuarta de mejoras y por la parte de libre disposición.⁶⁸ Para Elorriaga, adhiriendo a Somarriva, el preterido no requiere de la acción de reforma de testamento, por ser innecesaria. La acción de que dispone es la de petición de herencia. Es un heredero privado de la posesión de los bienes que le caben en la herencia; en cambio, no se le ha negado su carácter de heredero. Sin embargo, advierte Elorriaga, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha resuelto que el heredero preterido debe ejercer la acción de reforma de testamento. Al efecto, expresa una sentencia de 7 de mayo de 2003: "silenciada como fue en el testamento mencionado y entendiéndose heredera legitimaria del causante, a fin de asegurar la asignación forzosa que le cabía en el bien hereditario motivo de los legados, debió, como efectivamente lo hizo en esta causa por la vía de la reconvención, ejercer la acción de reforma en su favor del referido testamento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1216 del Código Civil, la cual, como se explicó fue rechazada por los jueces de

⁶³ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 44.

⁶⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 44.

⁶⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 44 y 45.

⁶⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 455.

⁶⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 456.

⁶⁸ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 496.

fondo por estar prescrita." El criterio es parecido, destaca Elorriaga, en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 2 de junio de 1999.⁶⁹

En verdad, señala Rodríguez Grez, no existe contradicción alguna entre los autores. Si el heredero instituido en la ley por efecto de la preterición no tiene la posesión de su asignación, deberá deducir acción de petición de herencia; pero si no se discute su calidad de heredero y se le da la posesión de su herencia, no deducirá acción alguna.⁷⁰

En síntesis, pueden producirse tres situaciones:

1º El testamento del causante no lesiona la legítima rigorosa o efectiva en su caso, y el heredero entra en posesión de los bienes que componen su asignación, evento en que no necesita deducir acción alguna en defensa de sus intereses.

2º El testamento del causante no lesiona la legítima rigorosa o efectiva en su caso, y el heredero no está en posesión de los bienes que componen su herencia, situación ante la cual deberá deducir acción de petición de herencia, sustentándola en su calidad de heredero legitimario instituido en la ley;

3º El testamento del causante, junto con preterir al legitimario, contiene disposición de bienes que lesionan la legítima rigorosa, en cuyo caso deberá deducirse acción de reforma del testamento para que sea considerado heredero en su legítima. Puede deducir también, junto a la anterior, acción de petición de herencia si el legitimario está privado de los bienes que componen su asignación.

Como se observa, donde corresponde, no existe incompatibilidad entre ambas acciones, siendo la primera -reforma de testamento- la base lógica de la segunda -de petición de herencia.⁷¹

- Plazo de que dispone el legitimario para reclamar su asignación.

Siguiendo los tres supuestos anteriores, no requiere de plazo alguno si la preterición no va acompañada de una disposición que lesiona su asignación y el legitimario entra en posesión de los bienes que componen su herencia (en tal caso, no hay nada que reclamar).

Si el preterido es lesionado en su legítima por otras disposiciones del testamento del causante, podrá deducir acción de reforma de testamento, para lo cual dispondrá de cuatro años contados desde el día en que tuvo conocimiento del testamento y de su calidad de legitimario.

Finalmente, si no ha podido entrar en posesión de los bienes que corresponden a su legítima, dispondrá de diez años o de cinco años según el poseedor de esta herencia sea o no heredero putativo en los términos del art. 704 inc. final. Todo lo dicho se desprende de lo previsto en los arts. 1216 y 1269.⁷²

⁶⁹ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 497.

⁷⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 45.

⁷¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 42 a 46.

⁷² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 46.