



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO

## **SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**

MACARENA DEL PILAR VALDIVIESO FARÍAS.

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,  
para optar al grado de Abogado.

Profesor Guía: Juan Andrés Orrego Acuña

Santiago, Chile

2016

## INDICE

INTRODUCCIÓN	1
<b>CAPÍTULO 1: ASPECTOS GENERALES.</b>	<b>3</b>
<b>1. Derecho de Sucesión.</b>	<b>4</b>
1.1 Antecedentes históricos del Derecho de Sucesión.	4
1.2 Sucesión: no todo termina con la muerte.	4
1.3. Origen del concepto de Sucesión.	5
1.4 Sucesión en nuestro Código Civil.	6
1.5 Tipos de Sucesión.	8
<b>2. Sistema aplicable en materia Sucesoria.</b>	<b>9</b>
2.1 Tratamiento y soluciones al conflicto de leyes Sucesorias.	9
2.2 Factores de Conexión.	15
2.3 Derecho Comparado a las reglas de conflicto.	19
2.4 Convención de la Haya en materia de Sucesiones por causa de muerte.	21
<b>CAPITULO 2: SU REGULACION.</b>	<b>22</b>
<b>1. Regulación en nuestro Ordenamiento Jurídico.</b>	<b>23</b>
1.1 Estatuto Jurídico del extranjero.	23
1.2 Régimen prohibitivo de todo contrato que tenga por objeto herencias futuras.	25
1.3 Ámbito en que opera la “Lex rei Sitae”.	28
1.4 Sistemas de unidad y pluralidad sucesoria. Sistemas Mixtos.	30
1.5 La Doctrina.	33
<b>2. Otras Regulaciones.</b>	<b>36</b>
2.1 Regulación en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.	36
2.2 Pactos sobre herencias futuras admitidos en el Derecho	

Extranjero.	38
2.3 Sistema del Código Bustamante.	40
<b>CAPITULO 3: TESTAMENTO.</b>	42
<b>1. Aspectos Generales.</b>	43
1.1 Normas relativas a los testamentos.	43
1.2 Concepto legal de testamento.	43
1.3 Características.	44
1.4 Clases de testamentos.	46
<b>2. Regulación Normativa del Testamento.</b>	53
2.1 Testamento otorgado en el extranjero en conformidad al artículo 1027 del Código Civil.	53
2.2 Testamento otorgado en conformidad a la Ley Chilena respecto a los artículos 1028 y 1029.	55
<b>CAPITULO 4: JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA EXTRANJERA.</b>	58
<b>1. Legislación extranjera.</b>	59
1.1 Ley Francesa y las enseñanzas de Aubry & Rau.	59
1.2 Lafaille.	60
1.3 Unidad de fraccionamiento del régimen sucesorio según Werner Goldschmidt.	61
1.4 Los detalles de la reglamentación del régimen sucesorio.	70
<b>CAPITULO 5: FUERO DE ATRACCIÓN Y COMPETENCIA.</b>	72
<b>1. Aspectos Generales.</b>	73
<b>2. Juez Competente.</b>	73
<b>3. Fuero de Atracción.</b>	73
CONCLUSIÓN	75
BIBLIOGRAFÍA	77

A mi Madre...

## INTRODUCCION

El tema a tratar en el presente trabajo pertenece, a la rama del Derecho Internacional Privado y Derecho Civil; específicamente: Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Internacional Privado.

Dentro de esta labor analizaremos la Sucesión Internacional, su implicancia y regulación dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico interno, así como su regulación en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 en el área que nos ocupa.

Los sistemas aplicables en materia sucesoria evaden los límites del derecho sucesorio, su tratamiento es propio del Derecho Internacional Privado. En la actualidad, dos son las soluciones puras que ofrece el derecho en materia de conflicto de leyes sucesorias. Para una, la ley aplicable debe ser única, y ella será la que corresponda al domicilio o a la nacionalidad del causante; para la otra, en cambio, se debe aplicar en cada caso la ley del país donde estén los bienes, lo que implica pluralidad de leyes cuando ellos estén situados en distintas naciones. Junto con estos sistemas puros se puede encontrar un tercer sistema mixto o ecléctico, que se traduce en la aplicación de la pluralidad tratándose de inmuebles y unidad (ya se la ley de la nacionalidad o del domicilio) respecto de los muebles.

Una de las interrogantes que discutiremos es: ¿El sucesor continúa la persona del causante o simplemente lo sucede en sus bienes?.

En el Derecho, hay dos clases de sucesores mortis causa; los herederos y los legatarios. Los primeros sucesores universales, continúan la persona del causante, según el concepto romano, tienen derecho a acrecer, eventualmente responden ultra vires. Los legatarios, en cambio son sucesores universales, no confunden su patrimonio con el del causante ni continúan su persona, suceden en los derechos del difunto sobre un bien determinado, su responsabilidad por las deudas de aquél se limita al valor de la cosa legada. Y por último, hay una tercera

categoría de sucesor, el legatario de cuota, quien recibe una parte proporcional de los bienes sin especificación concreta de cuales le corresponden.

Una de las cuestiones más debatidas en materia de conflictos de leyes, es el viejo problema de la unidad o pluralidad de sucesiones. Esta es una cuestión estrictamente de Derecho Internacional Privado. Hoy se disputan dos opiniones encontradas: la que propugna que el derecho de las sucesiones debe estar regido por una sola ley (la ley del domicilio o de la nacionalidad del causante) y la que sostiene que debe aplicarse la ley del país e que están situados los bienes, lo que implica la aplicación de varias leyes en el caso de que los bienes estén situados en distintos países.

El proceso sucesorio constituye, fundamentalmente, el medio realizador del derecho hereditario. Podríamos definirlo como el proceso judicial cuyo fin es el de asegurar que la transmisión (o adquisición) hereditaria se opera a la persona o personas cuya vocación resulta de la ley o del testamento válido del causante o testador. Ello nos da las pautas de por qué decimos que este proceso es el medio realizador del derecho sucesorio. Permite, mediante la instancia judicial, y, por ende, las garantías jurisdiccionales propias, la determinación de los elementos que legitiman la relación jurídica que regula la transmisión mortis causa: tanto en lo referido a la vocación, legítima o testamentaria, como a la capacidad de los sucesores; la determinación de la masa transmitida, su composición y bienes o derechos que la integran; la determinación, asimismo, del pasivo, o sea, de las deudas y cargas; provee un régimen de administración, liquidación y partición de la masa en caso de indivisión. Además asegura debidamente la publicidad de la relación misma y garantiza el debido proceso en eventuales litigios o discusiones acerca del derecho hereditario, tales como las demandas que pudieren promover sucesores a quienes se desconoce la calidad de tales, o las reclamaciones que pudieren efectuar acreedores y legatarios para el cobro de sus créditos o el cumplimiento de los legados, o las demandas por colación, reducción, nulidad de la partición que pudieren suscitarse, etcétera.

# **SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**

## **CAPITULO 1: ASPECTOS GENERALES.**

### **1. DERECHO DE SUCESIÓN:**

- 1.1 Antecedentes históricos del Derecho de sucesión.
- 1.2 Sucesión: No todo termina con la muerte.
- 1.3 Origen del concepto Sucesión.
- 1.4 Sucesión en nuestro Código Civil.
- 1.5 Tipos de Sucesión.

### **2. SISTEMA APLICABLE EN MATERIA SUCESORIA:**

- 2.1 Tratamiento y soluciones al conflicto de leyes sucesorias.
- 2.2 Factores de conexión.
- 2.3 Derecho comparado a las reglas de conflicto.
- 2.4 Convención de la Haya en materia de Sucesiones por causa de muerte.

## **CAPITULO 1: ASPECTOS GENERALES.**

### **1. DERECHO DE SUCESIÓN.**

#### **1.1 Antecedentes históricos del Derecho de Sucesión.**

El Derecho de Sucesión es tan antiguo como la propiedad. Lo han admitido los pueblos de todas las civilizaciones, una vez salidos de las organizaciones primitivas de los clanes comunitarios. Este hecho solo bastaría para afirmar que se trata de una institución consustanciada con la naturaleza humana.

La transmisión de los bienes "*mortis causa*"<sup>1</sup>, es inseparable de la propiedad privada. **Kipp**<sup>2</sup>, dice que sin el Derecho de sucesión no llegaríamos a ser gran cosa más que usufructuarios vitalicios de los bienes por nosotros adquiridos. Negado este derecho, no se concebiría tampoco la donación, la cesión gratuita. Inclusive la potestad de vender se vería seriamente afectada, porque sería sencillo disimular tras ella una donación y con esta, una transmisión gratuita de derechos a los hijos u otras personas. Teóricamente se puede combatir la propiedad y la sucesión, pero no admitir una y negar la otra.

#### **1.2 Sucesión: no todo termina con la muerte.**

La sucesión tiene un sentido trascendente, responde al deseo humano de perpetuarse, que no se cumple solamente en los hijos, en la continuidad de la sangre, sino también en las obras.

Responde a la necesidad, hoy más urgente que nunca, de defender y fortificar la familia. Con gran frecuencia, el patrimonio de una persona no es el resultado del trabajo personal, sino también el fruto de la colaboración del cónyuge y de los hijos. Este trabajo común carecería de aliciente si al morir el padre, los bienes fueran a parar a manos del Estado y aunque no haya una colaboración efectiva, lo

---

<sup>1</sup> Expresión latina que significa "por causa de muerte", es decir, que produce efectos después de la muerte. Se utiliza en derecho para referirse a aquellos actos jurídicos que se producen o tienen efecto tras el fallecimiento de una persona.

<sup>2</sup> Theodor Kipp; "Derecho de Sucesiones".

auxilian en la medida de sus fuerzas. La herencia será la justa recompensa de todo eso. Por lo demás es indudable que un sólido sustento económico contribuyere a dar coherencia y vigor a la familia.

Hay también una razón de interés económico social. El hombre si supiera que al morir todo su trabajo va a quedar anulado, un primario egoísmo lo llevaría a disfrutar lo más posible de sus bienes, a tratar de consumirlos junto con su vida.

En vez de productores de riquezas, los hombres se convertirían en destructores, en un peso muerto. Él trabaja para sí y para sus seres queridos, no para la comunidad. A ésta consideración de vigencia permanente, habría que agregar en la época actual, un escepticismo creciente respecto de la manera como el voraz Estado moderno administra los fondos públicos. Amasar una fortuna para que se pierda luego en la inmensidad de las áreas fiscales, es una perspectiva que a nadie entusiasma.

La objeción formulada contra el derecho de sucesión, tiene raigambre comunista: se ataca a la propiedad. Se afirma además que una razón de justicia, señala la necesidad de dar a todos los seres humanos iguales posibilidades y no las habrá mientras algunos privilegiados reciban de sus mayores una gruesa fortuna y otros nada.

### **1.3 Origen del concepto de Sucesión.**

Con el termino sucesión, del latín: "*successio*<sup>3</sup>" se designan todos aquellos supuestos en que se produce el cambio o sustitución de uno o más sujetos de una relación jurídica, o de un conjunto de relaciones jurídicas, en virtud de una transferencia o transmisión: cesión, enajenación, etcétera.

La sucesión, de tal modo, provoca una modificación subjetiva de la relación jurídica aunque queda inalterado, en principio, su contenido y su objeto.

---

<sup>3</sup> significado de sucesión, acción de suceder, de reemplazar. Este vocablo está formado por el prefijo sub- (la b cambia por c por asimilación) cuya concepto es bajo, debajo; por cessus del verbo cedo, cedes, cederé, cessi, cessum (andar, marchar, retirarse, replegarse, ceder) más el sufijo -io -ión que señala es acción y efecto.

En el sentido gramatical, suceder es entrar una persona o cosa en lugar de otra. Jurídicamente, significa, continuar el derecho de que otra era titular. Una transmisión se ha operado, el derecho que pertenecía a uno, ha pasado a otro.

Esa transmisión del derecho puede ocurrir ya sea por actos entre vivos, como la venta, la donación, la cesión, ya sea por muerte del titular. En la transmisión entre vivos, hay una sucesión a título particular, porque solo se transmiten ciertos derechos integrantes del patrimonio de una persona. En la transmisión *mortis causa* hay una sucesión a título universal porque se transmite todo el conjunto de bienes del difunto.

- Elementos necesarios para una sucesión mortis causa:
  - La persona fallecida, llamada también causante o de “*cujus*”<sup>4</sup>.
  - Los llamados a sucederla, sea por ley o por la voluntad del difunto, se los designa con el nombre de sucesores o causahabientes, si la sucesión es a título universal, se llamarán también herederos y si lo fuera a título particular, legatarios.
  - El conjunto de bienes de que era titular el difunto, es decir, su patrimonio. Este va a ser objeto de la transmisión y se le denomina herencia.

#### **1.4 Sucesión en nuestro Código Civil.**

El derecho sucesorio se regula principalmente en el Libro III del Código Civil titulado “*De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*”, artículos 951 al 1385, y que abarcan los doce primeros títulos del libro.

En virtud del artículo 955, podemos definir la apertura de la sucesión como el hecho que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes hereditarios y se los transmite en propiedad. La apertura de la sucesión da lugar a la sucesión por causa de muerte. La sucesión se abre en el último domicilio del causante.

---

<sup>4</sup> Abreviatura de la expresión latina de *cujus successione agnoscitur*, aquel de cuya sucesión se trata; utilizada en nuestros días para designar al difunto causante de la sucesión: se dice el de *cujus*.

Respecto a la ley que rige la sucesión, siempre citando el artículo 955, regirá la ley del lugar del último domicilio del causante; si tuvo domicilio en Chile, regirá nuestra ley; si tuvo domicilio en el extranjero, regirá la ley del respectivo país.

Cabe señalar que el artículo 955 es una excepción al artículo 16 del Código Civil que establece el principio de la territorialidad de la ley chilena en lo que respecta a los bienes situados en nuestro país; sin embargo, el artículo 955 alude ciertas excepciones y son las siguientes:

- a) **Caso del chileno que fallece en el extranjero:** aplicando el artículo 15 del Código Civil *“a las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero”*. Entonces, si fallece un chileno teniendo su último domicilio en el extranjero, el cónyuge y demás parientes chilenos tienen en la sucesión que se regirá por la ley extranjera, los derechos que les otorgan las leyes patrias.
- b) **Caso del extranjero que fallece dejando herederos chilenos:** aplicamos el artículo 998 del Código Civil que dice lo siguiente: *“en la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la república, tendrán los chilenos a título de herencia o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes chilenas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno.*  
*Los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero.*  
*Esto mismo se aplicará en caso necesario a la sucesión de un chileno que deja bienes en un país extranjero”*.
- c) **Caso de la muerte presunta:** El artículo 81 del Código Civil que nos indica que la declaración de muerte presunta se hará por el juez del último domicilio que el desaparecido hubiere tenido en

Chile. Como la muerte presunta se declara en Chile, la sucesión se registrará también por la Ley chilena.

- d) **Caso en que una persona fallece dejando bienes en Chile y su sucesión se abre en el extranjero:** al respecto, nos remitimos al artículo 27 de la Ley 16.271 de impuesto a las herencias, donaciones y asignaciones; se debe pedir la posesión efectiva de la herencia en Chile respecto de los bienes ubicados en nuestro país. Continuamos con el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales el cual señala que será el juez competente para otorgar la posesión efectiva de una sucesión que se abra en el extranjero, el del último domicilio del causante en Chile, y si no lo tuvo, el del domicilio de aquel que pide la posesión efectiva.

### **1.5 Tipos de Sucesión.**

Desde tiempo inmemorial se conocen dos clases de sucesiones: **Legítima y Testamentaria.**

- **Legítima:** es aquella que la ley difiere a los parientes más próximos, de acuerdo con un orden que ella misma establece.
- **Testamentaria:** se basa en la voluntad del difunto en el testamento.

En nuestra Ley se admite ambas clases de sucesiones; la Legítima y la Testamentaria. No hay ningún inconveniente en que los sucesores estén indicados en parte por la ley y en parte por la voluntad del causante.

La Ley reserva a los parientes en línea recta y al cónyuge una porción legítima, que varía según el parentesco y de la que aquél no puede disponer. Cuando no hay herederos forzosos, el testador tiene libertad para distribuir sus bienes como quiera. Si no lo hace, la misma ley, interpretando sus deseos, adjudica su patrimonio a sus parientes en determinado orden y hasta el sexto grado. En

cuanto a la porción disponible de la herencia, queda siempre librada al arbitrio del testador, aunque haya herederos forzosos.

## **2. SISTEMA APLICABLE EN MATERIA SUCESORIA.**

### **2.1 Tratamiento y soluciones al conflicto de leyes sucesorias.**

#### a. Conflicto de leyes.

Son aquellos que surgen cuando se trata de regular una relación jurídica vinculada, en forma relevante, a dos o más legislaciones, entre éstas la nacionalidad del tribunal que conoce del asunto "*lex fori o ley del foro*"<sup>5</sup>.

Método atributivo, indirecto o de elección de ley: consiste en elegir a una de las legislaciones en conflicto para que sea ésta la que se aplique, a la solución del conflicto en cuestión.

La elección se realiza a través de normas, las que no solucionan el conflicto sustantivo, sino que atribuyen competencia a una determinada legislación, la que será aplicada para la solución del conflicto en cuestión, es decir, ésta norma le indica al juez, a quién se le ha solicitado el conocimiento del asunto, la legislación que debe aplicar para resolver el asunto determinado.

Este es el método típico de solución de conflictos del Derecho Internacional Privado, es decir, el de mayor aplicación práctica, pues constituye una respuesta lógica al dilema que plantea la pluralidad de legislaciones eventualmente aplicables. Ejemplo: artículo 955 del Código Civil "*La Sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvos en los casos expresamente exceptuados.*"

---

<sup>5</sup> es una locución latina ocupada en el Derecho internacional privado, que significa " que será aplicable la ley de la nacionalidad del juez que conoce del asunto" es decir, la ley de su Estado.

*La sucesión se regla por la Ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales”.*

Crítica al Método Atributivo:

El método soluciona el conflicto internacional en base a legislaciones nacionales entre las que existen conceptos diametralmente opuestos sobre distintas materias, por lo que, la mayoría de las veces se satisface al Estado cuya legislación dirimió el conflicto, más, este subsiste respecto del otro o de los otros Estados.

Además, en virtud del método, los tribunales nacionales deben utilizar la Ley extranjera, generándose problemas en su aplicación. Finalmente la mecánica de este método no funciona cuando opera el Orden Público del país en el cuál se aplicaría la Ley extranjera, pues al ser un concepto impreciso, indeterminado y localista, introduce la incertidumbre sobre la eventual aplicación de la Ley extranjera escogida.

Método Sustantivo, Directo o Material.

Se basa en la aplicación de una norma material o sustantiva de Derecho Internacional Privado que soluciona el conflicto directamente. Estas normas se pueden clasificar en tres grupos:

- a) **Reglas Nacionales o Lex Fori:** cada Estado puede establecer sus propias reglas sustantivas de Derecho Internacional Privado de acuerdo con sus propias concepciones, pero considerando el carácter transnacional de las materias. Así la *lex fori* puede dar la solución directa, sin tener que ordenar la aplicación de todo un ordenamiento jurídico extranjero. Sin embargo, por ser una solución nacional o local, a pesar de que la situación que se trata de resolver sea transnacional, se presenta el mismo problema que con

el método atributivo, pues resuelve el conflicto desde el punto de vista de la legislación de un país, pudiendo ser distintos los puntos de vista de las demás legislaciones. Ejemplo: artículo 135 inciso 2 del Código Civil *“...Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción”*.

- b) **Reglas convencionales o Convenciones Internacionales Sustantivas:** con la celebración de convenciones internacionales sustantivas se han tratado de uniformar las soluciones que las distintas legislaciones dan a los conflictos, en virtud de que la regulación más simple de las relaciones transfronterizas se conseguiría a través de un Derecho único, vigente en toda la comunidad internacional. Sin embargo, en la práctica, debido a la diversidad legislativa y a las diferencias culturales, son muy pocos los temas o materias sobre los cuales se ha llegado a un consenso, por lo que las normas uniformadoras son pocas. Ejemplo: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1990), en la que existen acuerdos en cuanto a la formación del contrato y a los derechos y obligaciones del comprador y vendedor. Sin embargo en su artículo 7 inciso 2, se refiere en forma supletoria al sistema de elección de ley aplicable, lo que demuestra que no puede prescindirse del método

atributivo. Por otra parte, el artículo 9 deja a salvo los usos del comercio internacional que constituyen el derecho espontáneo o "*lex mercatoria*"<sup>6</sup>; Convención de Varsovia (1929) y de la Haya (1955) sobre transporte aéreo Internacional; Convenciones de Ginebra (1930 y 1931) sobre letras de cambios y pagarés; Estatuto del Trabajador Migrante que contiene normas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre derechos políticos, régimen tributario, derechos de familia, derechos económicos y sociales; Arbitraje Comercial Internacional; Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

- c) **Reglas de Derecho Espontáneo o Lex Mercatoria:** el comercio internacional, desconfiado de las legislaciones y jurisdicciones nacionales por su insuficiencia para regular el tráfico transnacional actual, acostumbra valerse de la *lex mercatoria*, es decir, de los usos y costumbres mercantiles, muchos de los cuáles se encuentran configurados en cláusulas o términos de contratación y contratos tipo, que rigen en materia de obligaciones, y que han sido desarrollados para abarcar un gran número de personas, valiéndose de sus propios medios de solución y de coacción. Sin embargo la no negociabilidad de las cláusulas y los abusos cometidos en contra de la parte más débil en estos contratos de adhesión, son desventajas de éste método. Además existe otro problema frente a la *lex mercatoria*, y es aquél relacionado con determinar si ésta es o no de derecho, respecto de lo cual existen

---

<sup>6</sup> La ley mercante o ley del comerciante; fue inicialmente un sistema jurídico utilizado por los comerciantes en la Europa medieval. Por medio de este conjunto de normas y principios, establecidos por los propios comerciantes, estos regulaban sus relaciones.

dos posiciones, desarrolladas en base al menor o mayor valor que le atribuyen a la autonomía de la voluntad.

- **La tendencia tradicional** sostiene que la creación del derecho es patrimonio del Estado, por lo tanto, las partes no pueden, en base a su autonomía de la voluntad, crear tales usos y costumbres con igual fuerza vinculante.
- En los últimos años, frente a la invocación de la *lex mercatoria*, los tribunales la han aceptado como derecho, sobre la base de que las partes están habilitadas para crear Derecho Autónomo. Ejemplo: *Incoterms*, que son términos de contratación (Internacional Commercial Terms) que resume con una sigla, las obligaciones y responsabilidades de las partes en la Contratación Internacional.

➤ Normas de Aplicación Inmediata o Necesaria.

En cada sistema legal interno, existen normas que se refieren a la organización fundamental del Estado, derecho público, derecho de familia, economía y, en general, al orden interno del país. Estas normas son de aplicación inmediata o necesaria porque la protección del orden interno es la primera e inmediata obligación que los Estados deben cumplir por el bien mismo del orden internacional. Por esto, se aplican en forma obligatoria y regulan, sin distinción alguna, las relaciones internas o internacionales. Por afectar a éstas últimas, son consideradas como alternativa para regular el tráfico internacional, como método del Derecho Internacional Privado, sin embargo, la definición y estructura de éstas normas no están todavía bien determinadas por la doctrina.

Existe vinculación entre estas normas y el orden público. Sin embargo, la diferencia radica en que este último opera a posteriori, cada vez que una ley

extranjera, declarada aplicable, sea contraria a ciertos principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno.

➤ Principios Doctrinarios relativos a la ley atributiva.

El derecho, en general, debe ser guiado por los valores de la justicia y de la seguridad jurídica, sin embargo, la doctrina del Derecho Internacional Privado, postula principios específicos para éste, relacionados principalmente con la norma atributiva, pues ésta es la que plantea problemas que le son exclusivos y que, por lo mismo, requiere de orientaciones teóricas especiales.

- 1) **Principio del respeto Internacional de los derechos adquiridos:** se deben respetar, en el orden interno, los derechos adquiridos en virtud de un ordenamiento jurídico extranjero. En Estados Unidos, éste es el llamado principio de los “*vested rights*”<sup>7</sup>.
- 2) **Principio del orden público:** en el plano interno, el orden público es una limitación a la autonomía de la voluntad. En cambio, en el Derecho Internacional Privado, el orden público se refiere a las instituciones básicas del Estado, actuando cómo límite a la legislación extranjera cuando existe infracción a él, ya sea por la aplicación de la ley extranjera en virtud de una norma atributiva o por el ejercicio de derechos adquiridos en el orden extranjero, es decir, una ley extranjera no puede aplicarse, o un derecho adquirido no puede ejercerse, cuando sean contrarios a ciertas normas de la *lex fori* consideradas fundamentales.
- 3) **Principio de la conexión más estrecha:** se debe buscar el centro de gravedad de la relación jurídica (*nombre que le da Von Gierke*<sup>8</sup> al principio)

---

<sup>7</sup> Traducido al español. Significa; Derechos Adquiridos.

<sup>8</sup> Otto von Gierke es uno de los más sólidos juristas en el tránsito del siglo XIX al XX, que ha sido incluido en Juristas Universales por parte de Rafael Domingo entre los 845 más significativos de todos los tiempos. El pensamiento de Gierke se fundamenta en que el Derecho procedía en todo caso del pueblo, y parte como una reacción contra el individualismo y el formalismo jurídico dominante en el derecho privado. En otras palabras, representa la antítesis del positivismo y del individualismo. Gierke advierte que el individuo es conveniente que se logre integrar en formaciones sociales para un desarrollo de su personalidad. Desde otro punto de vista, precisa que los pueblos se unen en comunidades que superan el territorio de un Estado para una mejor defensa de sus intereses. Esta visión que nos brinda es diametralmente opuesta a la del

para encontrar la norma de solución más próxima a ella. Para *Savingny*<sup>9</sup> es necesario que, para cada relación de derecho, se busque el territorio jurídico al que ella pertenece o esté sometido según su propia naturaleza, en el cuál tenga ella su asiento.

- 4) **Principio de la armonía internacional de las soluciones:** se debe procurar la armonía o unidad en las soluciones que cada ordenamiento competente da para un mismo asunto, lo que se logra estableciendo en todos los países las mismas conexiones internacionalmente habituales, para lo que se requieren los tratados. El objetivo de esto es la necesidad de certeza y de estabilidad en su regulación que requieren las relaciones jurídicas, lo que obviamente no se consigue a través de normas atributivas diferentes.
- 5) **Principio de la armonía interna:** no deben existir antinomias o reglas que den soluciones contradictorias a un mismo asunto, sino que armonía y coherencia interna del sistema, lo que tiene importancia respecto del problema de la legislación aplicable a la cuestión preliminar.
- 6) **Principio de la finalidad de las leyes internas:** si la finalidad social perseguida por la ley sustantiva del foro requiere su aplicación a un caso dado, debe atenderse a ésta y no a la ley extranjera que también pueda ser aplicable. Para la doctrina norteamericana, este principio se centra en el interés que tenga el Estado para aplicar su propia ley.

## 2.2 FACTORES DE CONEXIÓN.

Los factores de conexión, son aquellos vínculos o elementos esenciales que conectan un problema o relación de Derecho Internacional Privado con un ordenamiento jurídico determinado. Este factor también llamado factor localizador, varía dependiendo de la categoría jurídica de que se trate, y también puede ser

---

absolutismo. Gierke nos ofrece un Estado popular y corporativo. El Derecho social solo puede ser creado por ese Estado.

<sup>9</sup> Friedrich Karl von Savigny fue un jurista alemán, nacido en Fráncfort del Meno el 21 de febrero de 1779 y fallecido en Berlín el 25 de octubre de 1861, fundador de la escuela histórica del derecho alemana.

distinto al que utilice otro Estado para la misma categoría jurídica, dando lugar al conflicto de reenvío y al conflicto de la cuestión preliminar.

Ejemplo:

- 1- **Nacionalidad:** respecto de personas naturales o jurídicas, o de bienes a los que se les reconozca este atributo como por ejemplo el art. 14 del Código Civil<sup>10</sup>.
- 2- **Domicilio:** en cuanto vincula a las personas, o algunos bienes, al territorio de un Estado determinado como por ejemplo el art. 955 del Código Civil<sup>11</sup>.
- 3- **Lugar donde se encuentra una persona:** lo que dice relación con la residencia, morada, etc. Como por ejemplo el artículo 14 del Código Civil.
- 4- **Lugar donde se encuentra un bien:** como por ejemplo el artículo 16 inciso 1 del Código Civil<sup>12</sup>.
- 5- **Lugar donde se realiza un acto:** generalmente este factor de conexión se aplica a la forma de celebración de los actos, en virtud del principio "*legis locus regit actum*<sup>13</sup>", como el artículo 17 del Código Civil<sup>14</sup>.
- 6- **Autonomía de la voluntad:** las mismas partes pueden establecer, expresamente, a qué legislación someten su relación jurídica.

➤ NACIONALIDAD.

a) Concepto de Nacionalidad.

---

<sup>10</sup> Art. 14. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.

<sup>11</sup> La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvos los casos expresamente exceptuados.

La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales.

<sup>12</sup> Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

<sup>13</sup> Fórmula latina, inventada por los posglosadores, según la cual un acto jurídico está sometido a las condiciones de forma impuestas por la legislación vigente en el país donde fue concluido.

Significa que los actos jurídicos están regidos por la ley del lugar en que fueron celebrados. Es regla principal.

Loc. lat. cuyo significado es: los actos jurídicos son regidos por la ley del lugar de su celebración. En consecuencia, cualquiera que sea la nacionalidad de las partes y el lugar en que haya de realizarse el negocio la ley local determina las formalidades extrínsecas de los actos jurídicos.

<sup>14</sup> Art. 17. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento.

“Vínculo jurídico que existe entre una persona y un estado determinado. La nacionalidad interesa a la persona por ser un atributo de la personalidad, al estado por ser su ámbito de aplicación personal y a también a nivel internacional”.

b) Principios de la nacionalidad.

- i. Toda persona debe tener una nacionalidad, salvo excepciones, como la pérdida de nacionalidad en nuestra Constitución Política de la República de Chile, que puede llegar a afectar a la comunidad internacional por la existencia de apátridas.
- ii. Nadie puede tener más de una nacionalidad, pues para que exista un orden las personas deben estar adscritas a un Estado.
- iii. Toda persona puede cambiar libremente de nacionalidad, esto en virtud de que la nacionalidad se basa en un sentimiento que une a las personas con el Estado, y no en una utilidad.
- iv. No se puede prolongar el “*ius sanguini*<sup>15</sup>” indefinidamente en el extranjero, es decir, el *ius sanguini* no faculta a que la nacionalidad de una persona se traspase, de generación en generación.

c) Conflicto de nacionalidad por la aplicación de sus principios.

Frente a un conflicto de nacionalidad, en el que está involucrada la *lex fori*, es ésta la ley que el juez está obligado a aplicar. Sin embargo, si no está sometida o involucrada la Ley chilena, se acude a la Constitución de la República de Chile, si no se aplica la Constitución, se aplica el Código Bustamante.

d) Conflicto de nacionalidad de origen.

El Código Bustamante señala que:

---

<sup>15</sup> del latín, "derecho de sangre" es el criterio jurídico que puede adoptar un ordenamiento para la concesión de la nacionalidad. Según el *ius sanguinis*, una persona adquiere la nacionalidad de sus ascendientes por el simple hecho de su filiación (biológica o incluso adoptiva), aunque el lugar de nacimiento sea otro país.

- i. Si la legislación del Estado está involucrada, el juez aplica su propia legislación (*lex fori*)
- ii. Si no está involucrada la legislación del Estado, el juez debe atender al domicilio de la persona y aplicar tal ley.
- iii. Si la persona no tiene domicilio en ninguno de los países cuya nacionalidad se discute, se aplica la Constitución como principio, pues en ella se contienen los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico sobre nacionalidad.

e) Conflicto de Domicilio.

Si además de discutirse la nacionalidad, se discute el domicilio, hay que distinguir:

- i. Si la persona tienen domicilio en los dos países cuya nacionalidad se discute, hay que estarse a la ley del último domicilio adquirido.
- ii. Si la persona tiene domicilio sólo en uno de los países cuya nacionalidad se discute, hay que estarse a la ley del domicilio que coincida con la nacionalidad discutida.
- iii. En cambio, si la persona no tiene domicilio en ninguno de los países cuya nacionalidad se discute, se aplican los principios generales del país juzgador.

f) Conflicto de nacionalidad adquirida.

- i. En caso de naturalización individual, se aplica la ley de la nacionalidad que se supone adquirida.
- ii. En caso de naturalización colectiva hay que distinguir dos situaciones:

1. **Por independencia de un territorio:** se debe ver si existe tratado entre el estado antiguo y el independizado:

1) *Si existe tratado:* éste debe necesariamente aplicarse por toda autoridad de un tercer Estado.

2) *A falta de tratado,* hay que hacer una nueva distinción:

- i. si el juzgador ha reconocida al Estado independizado, se aplica la ley del Estado nuevo.
- ii. si el juzgador no ha reconocido al nuevo Estado, se debe aplicar la ley del Estado antiguo.

## **2. Por anexión de un territorio:**

- 1) Si se trata de anexión total, se entiende que ésta naturalización afecta a todos los nacionales del país anexado que pasan a tener la nacionalidad del anexante.
- 2) Si se trata de una anexión parcial, se aplica la misma regla de la naturalización colectiva en caso de independencia.

### **g) Pérdida de nacionalidad.**

Si se pierde por la adquisición de una nueva nacionalidad, es necesario escoger entre las leyes de los dos Estados, teniendo en cuenta que siempre debe prevalecer la ley de la nacionalidad que se supone perdida.

### **h) Recuperación de la nacionalidad.**

- **Apátrida:** Se aplica la ley de la nacionalidad que se pretende haber recobrado.
- **Naturalización:** se aplica la ley de la nacionalidad primitiva, es decir, aquella que se pretende haber recobrado.

## **2.3 Derecho comparado a las reglas de conflicto.**

La importancia del derecho comparado es fundamental por la propia naturaleza de éste y porque su objetivo es lograr la mejor coordinación entre los distintos ordenamientos jurídicos, para lo cual a veces será necesario que el juez aplique una norma extranjera.

Desde el punto de vista del legislador, a éste, le será de gran utilidad el conocimiento de otros sistemas jurídicos a la hora de elaborar normas del Derecho Internacional Privado, asegurando así, la eficacia de estas normas.

Desde el punto de vista del juez, la importancia del derecho comparado es aún mayor, porque en ocasiones el juez del foro tiene que aplicar derecho extranjero, tal como lo haría el juez extranjero. En la práctica es frecuente que el juez deba aplicar simultáneamente normas de distintos ordenamientos jurídicos en la resolución de un conflicto de Derecho Internacional Privado.

En la orientación comparativista destaca el alemán “*Rabel*”<sup>16</sup>, quien parte en su análisis de la dependencia existente entre las normas de conflicto y las normas materiales que habían descubierto los positivistas, tanto en el plano de la creación de normas como en el de su aplicación en los tribunales.

Para *Rabel* esta dependencia implica un verdadero encadenamiento de la norma de conflicto a la norma material, porque se elabora, y se interpreta a la vista del ordenamiento de cada estado, el cuál, difícilmente podrá cumplir su función.

La norma de conflicto, entonces, no puede elaborarse de acuerdo a los estrictos conceptos del derecho material. Hay que elaborar conceptos autónomos, propios y específicos del derecho conflictual, despegados de las normas materiales. Solo así la norma de conflicto cumplirá su función.

La vía a través de la cual se pueden elaborar conceptos autónomos y específicos será el Derecho Comparado.

La propuesta de *Rabel* es muy limitada. Así, en instituciones como el matrimonio, muy pronto aparecen diferencias muy grandes. La facilidad para elaborar un concepto autónomo de una institución dependerá de cuáles son los ordenamientos jurídicos que incluyamos en la base de la comparación.

---

<sup>16</sup> El conflicto de leyes: un estudio comparativo, Volumen 1 , Ernst Rabel.

## **2.4 Convención de La Haya en materia de Sucesiones por causa de muerte.**

La Convención de La Haya sobre la ley aplicable en materia de sucesiones, en el capítulo 1, referente al ámbito de aplicación, dispone en el artículo 1 que ésta convención determina la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, pero la limita expresamente, por cuanto no se aplica a la forma, ni a la capacidad de disponer de los bienes por causa de muerte, ni a las cuestiones relativas al régimen de bienes del matrimonio ni a los derechos y bienes que no son obtenidos o transferidos por sucesión.

Utiliza como conexión la residencia habitual del causante al momento del fallecimiento, si fuese entonces nacional de dicho Estado. Sienta en la segunda parte del artículo, que la sucesión se regirá por la ley del Estado en el cual el causante tenía su residencia habitual al momento de su muerte, si hubiere residido en dicho Estado durante un período no menor a cinco años inmediatamente anteriores a su muerte. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, si al momento de su muerte, el causante hubiere tenido vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado cuya nacionalidad poseía antes corresponderá aplicar la ley de dicho Estado.

En los demás casos, dispone el artículo, la sucesión se regirá por la ley del Estado cuya nacionalidad poseía el causante al momento de su fallecimiento, a menos que, en ese momento hubiese tenido vínculos más estrechos con un tercer Estado, pues en este supuesto se aplicará la ley de este último.

La ley aplicable no afectará los regímenes sucesorios particulares a los que se hallaren sujetos determinados inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes, por aplicaciones de la ley del Estado en el que se encuentren en razón de su destino económico, familiar o social.

La convención se aplicará a la sucesión de cualquier persona cuya muerte ocurra después de que la convención haya entrado en vigencia en el Estado contratante de que se trate.

# **SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**

## **CAPITULO 2: SU REGULACION.**

### **1. REGULACION EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.**

1.1 Estatuto Jurídico del extranjero.

1.2 Régimen prohibitivo de todo contrato que tenga por objeto herencias futuras.

1.3 Ámbito en que opera la "Lex rei Sitae".

1.4 Unidad y pluralidad sucesoria. Sistemas Mixtos.

1.5 La Doctrina.

### **2 OTRAS REGULACIONES.**

2.1 Regulación en los tratados de Montevideo de 1889 y 1940

2.2 Pactos de herencia futura admitidos en el Derecho extranjero.

2.3 Sistema del Código Bustamante.

## **CAPITULO 2: SUCESIONES INTERNACIONALES**

### **1. REGULACION EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.**

#### **1.1 Estatuto jurídico del extranjero.**

Para referirnos a éste tema, nos remitiremos a la Sentencia dictada por el tribunal Constitucional ROL N° 2273-12-INA sobre inaplicabilidad de las normas del D.L N° 10.094, que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones del ROL N° 2257-12-INA.

El Tribunal Constitucional, desarrolla, lo que considera el correcto estatus de las personas extranjeras en Chile. Para esta elaboración el Tribunal trata de la misma manera y sin distinciones, diversos tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, cuya vigencia es anterior a la entrada en vigencia del D.L. N° 1.094 (Declaración Universal de Derechos Humanos suscrita por Chile el 10 de diciembre de 1948, merece la pena que en este caso estamos en presencia de una resolución de NU) y también posteriores a su entrada en vigencia, como ocurre claramente con la Convención de los Derechos del Niño (ratificada por Chile en 1990). El DIDH introduce limitaciones y redefine los contenidos del D.L. a la luz de los nuevos compromisos asumidos por el Estado.

El tratamiento sin distinciones para todos los tratados que inciden en esta materia se irán tratando, en la medida que modifican su entrada en vigencia,, es decir, tienen el poder de modelar y transformar el derecho vigente y desde esta perspectiva claramente su jerarquía está por sobre la del D.L. Dichos tratados se constituyen en un parámetro para el control de constitucionalidad, se integran al ordenamiento interno y engrosan y complementan el catálogo de derechos contenidos en la Constitución.

El conjunto de disposiciones aplicables en esta materia, que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica reconocer que se trata de una potestad del derecho interno de cada Estado el recibir la inmigración

conforme sus leyes lo determinen. Sin embargo, ese margen de discrecionalidad no puede constituir arbitrariedad. Por lo mismo, se pueden configurar los siguientes límites:

- Que la entrada de extranjeros en el cruce de fronteras no puede restringirse cuando se invoca un derecho de asilo (artículo 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y artículo 27.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos).
- Que rige el principio de no discriminación entre nacionales y extranjeros, salvo los casos expresos en los cuales los derechos tienen por titular a los ciudadanos o a los extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente). Que una vez que se ingrese legalmente, el extranjero tiene todos los derechos como si fuera un nacional y las limitaciones a la libertad de circulación y residencia se rigen por las disposiciones del artículo 12.3 del Pacto Internacional.
- Asimismo, "(...) el Comité ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 (...)" (Párrafo 4, parcial de la Observación General N° 27, aprobada en el 67° período de sesiones del Comité en 1999, que interpretó el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- Que las reglas restrictivas que limitan el derecho de ingreso de un extranjero a un país "no debe(n) comprometer la esencia del derecho no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y

deben guardar proporción con el interés que debe protegerse" (Párrafos 13 y 14 de la Observación General N° 27 indicada).

En conclusión, no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país".

Como se puede ver, el Tribunal señala cuáles serían entonces los principios básicos de protección para las personas extranjeras considerando para ello los diversos compromisos asumidos por el Estado.

### **1.2 Régimen prohibitivo de todo contrato que tenga por objeto herencias futuras.**

Siguiendo los modelos Romano y Francés, se ha consagrado el régimen prohibitivo.

No se permite la transacción sobre los derechos eventuales a una sucesión ni sobre la sucesión de una persona viva, ni se admite la cesión de las esperanzas de sucesión.

Las herencias futuras no pueden aceptarse ni repudiarse hasta después de la apertura; sin embargo, el heredero presuntivo que hubiera aceptado la sucesión de una persona viva, podrá aceptarla o repudiarla después de muerta esa persona. No obstante el rechazo categórico que en principio adoptó el legislador, es dable, ya sea porque las figuras soslayan los límites prohibidos o en mérito a autorizaciones especiales de la ley que derogan la norma genérica. Una clara derogación, se evidencia en la partición del ascendiente respecto a sus descendientes. Allí se permite una convención, previendo una sucesión que no se

ha abierto todavía, cuyo objeto versa sobre esa futura sucesión y que se condiciona a un derecho presuntivo.

Otra posibilidad derogatoria, es aquella que determina la imputación de las liberalidades realizadas por los padres en favor de sus hijos, entendiéndose que deben comprenderse como un adelanto de la legítima.

Por último, y aunque no en forma tan definida, se puede dar, según las circunstancias, la posibilidad de pactos sobre herencia futura en las normas contractuales que en las sociedades regulan la eventualidad del deceso de uno de los socios durante la vigencia de la sociedad.

➤ Supuestos Discutidos.

No es pacífica la doctrina en cuanto a las proyecciones de la prohibición sobre distintas figuras.

a) Obligaciones cuyo pago se subordina a la muerte.

Es preciso establecer distinciones:

- i. Si la obligación consiste en un mutuo, en el cual, el deudor se obliga a devolver con lo que reciba de la herencia, estaremos frente a un **pacto sucesorio alcanzado por la prohibición**, ya que en definitiva se ha pactado la transmisión actual de un beneficio patrimonial que se obtendrá de una sucesión aún no abierta.
- ii. Pero en cambio, como lo señalan “*Baudry y Barde*<sup>17</sup>”, no se debe ver un pacto sobre sucesión futura en la convención por la cual la exigibilidad de una deuda es postergada hasta la muerte de una tercera persona, de la que el deudor es heredero presunto. Al menos, de ésta manera, si el deudor debe, después de la muerte de esa persona, permanece obligado a cumplir con esa deuda en todos los casos, aun cuando no heredase o no recibiese nada en esa sucesión.

---

<sup>17</sup> Título Manual de derecho sucesorio, Volumen 2 Edición; Editor: Depalma, 1980.

b) Testamento otorgado en cumplimiento de un pacto.

En sentido lato, es también un pacto de herencia futura, el contrato por el cual uno de los estipulantes se obliga a instituir como heredero o legatario al otro. En cuanto al contrato en sí, no cabe duda de que cae bajo la sanción de nulidad, planteándose el interrogante sobre la suerte del testamento.

c) Mandato conferido para aceptar o repudiar una herencia futura.

Existen discrepancias sobre la validez del mandato conferido para ser ejercitado una vez que se efectivice el llamamiento a una sucesión aún no abierta.

Para una posición, dicha posibilidad es válida, aduciéndose que el mandato es esencialmente revocable, permitiendo al mandante conservar la libertad de aceptar o repudiar la herencia, a su criterio, al serle deferida. A ello se agrega la conveniencia práctica de su admisibilidad, en consideración a los casos en que el sucesor debe alejarse del lugar donde habrá de producirse la apertura de la sucesión. Se observa, sin embargo, que si el mandato fuera irrevocable, caería dentro de la prohibición.

La tesis contraria ha sido lúcidamente sostenida por “*Méndez Costa*<sup>18</sup>”. Para esta autora, el asunto puede considerarse desde tres aspectos:

- *El concepto de pacto de herencia futura*: afirma que la expresión objeto del contrato se identifica con contenido, y siendo el objeto del mandato la aceptación de la herencia, entra decididamente en la conceptualización del pacto sobre herencia futura.
- *Sus condiciones de existencia*: se observa que se celebra en previsión de una sucesión no abierta y que el mandato se otorga en virtud de un derecho hereditario eventual.
- *Clasificación por el contenido*: se concluye que es sencillo ubicarlo en alguna de las clasificaciones de los pactos sobre herencia futura.

---

<sup>18</sup> Méndez Costa, María Josefa; Abogado, Argentina; Capacidad para aceptar y repudiar herencias.

A partir de estos tres puntos se llega a una conclusión única: “recayendo el negocio jurídico a celebrar por el mandatario sobre una herencia futura, queda incluido entre las figuras prohibidas”.

La posición que se adopte en el tema, repercute sobre otras cuestiones de importancia. Así por ejemplo, la validez de la cláusula para aceptar o repudiar herencias que se incorpora a mandatos comprensivos de otros negocios jurídicos, que de admitirse permitiría violar la veda legal por su generalidad al abarcar todas las herencias aún no abiertas a las cuales el mandante pudiera ser llamado.

### **1.3 Ámbito en que opera la “Lex rei Sitae”.**

a) Reconocimiento de éste principio en algunos países:

- **Chile:** se consagra en el artículo 16 inciso 1 del Código Civil que señala que *“Los bienes situados en Chile, están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile”*.
- **Perú:** Se consagra en el artículo 2088 del Código Civil, como regla general, señalando que *“La constitución, contenido y extinción de los derechos reales sobre bienes corporales se rigen por la ley de su situación, al momento de constituirse el derecho real”*. Cabe señalar que existen reglas especiales, que versan sobre: *Bienes corporales de Tránsito, regulado en el artículo 2089 del Código Civil, Desplazamiento de bienes corporales, regulado en el artículo 2090 del Código Civil, Prescripción de acciones relativas a bienes corporales, regulado en el artículo 2091 del Código Civil y, Derechos reales sobre medios de transporte, sometidos a un régimen de matrícula, consagrado en el artículo 2092 del Código Civil.*
- **México:** Se consagra en el artículo 13 fracción III del Código Civil Federal, que señala que, *“La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes*

*muebles, se registrarán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros”.*

- **España:** Regulado en el artículo 10.1 del Código Civil Español, que señala que, *“La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se registrarán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles”.*

- La Doctrina está dividida.

Los internacionalistas, en general, se han centrado en la teoría del patrimonio, diciendo que, formando este ente ideal por cosas (muebles e inmuebles), créditos, deudas, acciones de compañía, obligaciones, etcétera, la misma dificultad de poderlos ubicar en el espacio excluye la probabilidad de subordinarlos a la *“Lex rei Sitae”<sup>19</sup>* (la ley del lugar dónde los bienes estén situados), y si se quisiera aplicar ésta por separado a cada uno de los bienes que lo forman, el concepto de patrimonio quedaría destruido.

Otros señalan que ésta opinión, parte de considerar la naturaleza personal de la sucesión universal, es decir, considerar que el objeto de la relación tiene fundamentalmente en cuenta a la persona, a través de uno de sus atributos inherentes a la personalidad: **el patrimonio**. Pero olvida que los inmuebles es menester adjudicarlos, en definitiva a título singular, reconociendo la legitimidad en el derecho a suceder. Y aquí entonces aparecen las determinaciones del **orden público**.

Lo más razonable, es pensar que se combinaron ambos sistemas y así defender el orden público. De modo que, tratándose de bienes inmuebles situados en el

---

<sup>19</sup> En Derecho Internacional Privado, expresa con la que se designa la ley del lugar donde está situado un bien.

Los bienes singulares se rigen sin excepción por la *lex rei sitae*, y el papel de ésta es también considerable respecto de los bienes encarados a título universal.

Existen dificultades para determinar la situación de ciertos bienes corporales (buques, aeronaves) e incorporeales (créditos); a menudo se les asigna una situación jurídica (puerto de matrícula, domicilio del deudor), pero la cuestión es controvertida.

Loc. lat. Ley del lugar de la cosa.

territorio de la República, el Derecho de Sucesión será exclusivamente regida por nuestra ley, a la cual deberán someterse los sucesores cualquiera fuere el domicilio del causante.

#### **1.4 Sistemas de unidad y pluralidad sucesoria. Sistemas Mixtos.**

La sucesión universal importa la adquisición del todo o parte alícuota del patrimonio del causante, sin consideración especial a su contenido ni al objeto de los derechos, constitutivo de la herencia.

El derecho sucesorio rige, precisamente, no el aspecto adquisitivo particular de cada una de las titularidades transmisibles, sino el hecho fundamental del subingresso total, que resume la unidad patrimonial de la herencia, esta adquisición está jurídicamente regida por la ley.

La ley aplicable a cada relación jurídica singular se determinará por los principios generales.

Lo que ocurre es que para hacer efectiva la adquisición de la herencia se requiere someter el contenido particular de las titularidades transmisibles a una ley. El problema se plantea cuando esas relaciones, tomadas singularmente, están o deben estar, conforme a los principios generales del principio del Derecho Internacional Privado, sometidas a una ley distinta de la que rige el derecho de sucesión. A partir de esto se conocen tres sistemas para resolver los conflictos de leyes que pudieren presentarse en caso de que el causante haya dejado bienes sometidos a diversas leyes:

##### ***a) Sistema de la unidad sucesoria:***

Según éste, una sola ley debe regir lo atinente a la trasmisión sucesoria por causa de muerte y esa ley determinará, por consiguiente, quienes son los herederos del causante, la existencia de vocación hereditaria, cuantía de la legítima, forma de concurrir, modos de colacionar entre coherederos, validez sustancial y forma del testamento, etcétera.

Esa única ley puede ser la de la nacionalidad o la del último domicilio del causante.

Este primer sistema se apoya en los siguientes argumentos:

- Lo que se transmite por sucesión es el patrimonio, es decir, un todo ideal de contenido indeterminado; ese patrimonio se encuentra en todas partes y en ninguna, y no podría asignársele por lo tanto un *lex rei sitae*.
- El fundamento de la transmisión hereditaria es la voluntad del causante, que a veces se manifiesta expresamente y otras tácitamente, como ocurre en la sucesión intestada, en cuyo caso la ley dispone el orden hereditario de acuerdo con la voluntad presunta de aquél; no se concibe que el causante tenga distintas voluntades para distintas partes de sus bienes, como resultaría del sistema de la pluralidad.
- No es exacto, como se pretende, que la soberanía nacional pueda verse afectada por la aplicación de una ley extranjera en lo que atañe al orden sucesorio; aunque se trate de bienes inmuebles, una cosa es el régimen de la propiedad y otra, quienes tienen derecho a ella;
- La unidad implica un solo juicio sucesorio, con todo lo que ellos significa como economía de gastos y de tiempo.
- Por último, hay una razón que resulta cara a los tratadistas de derecho internacional: el ideal de la comunidad jurídica de las naciones sufre con la negativa a aplicar la ley extranjera en materia en que no se ve afectado el orden público nacional.

**b) Sistema de la pluralidad sucesoria:**

Según éste, a cada bien, singularmente considerado debe aplicarse la ley de su situación *lex rei sitae*, de modo que su transmisión *mortis causa* operará conforme a esa ley. Si existen bienes situados en diversos países,

es decir, sometidos a diversas leyes, existirán consiguientemente tantos juicios sucesorios, como países en que haya bienes.

Los sostenedores de éste sistema argumentan a su favor:

- La concepción del patrimonio como entidad ideal independiente de los derechos que lo integran está desprestigiada, y se puede decir que en el derecho moderno, la idea de sucesión en la persona ha sido reemplazada por sucesión en los bienes, por lo tanto es lógico aplicarle a estos, la ley del lugar en dónde están situados.
- Igualmente, inexacta es la teoría que funda la transmisión hereditaria en la voluntad presunta del testador, como que hay herederos que no pueden ser privados por aquél de la porción que la ley le asigna, salvo que medien causas legales;
- Toda ley de sucesión es una ley política que interesa, por tanto, al orden público nacional;
- El derecho del fisco a las sucesiones vacantes, se funda en el dominio eminente del Estado, no obstante lo cual éste podría verse despojado en algunos casos, si las sucesiones se discernieran de acuerdo con la ley personal.
- Todo lo que atañe al régimen inmobiliario se vincula estrechamente con los fundamentos mismos de la organización social, de ahí que no pueda permitirse respecto de ellos la aplicación de la ley extranjera.

c) **Sistema Mixto:** según este, los inmuebles del causante quedan siempre regidos por la *lex rei sitae*, no así los demás bienes cuya transmisión se regirá, en consecuencia, por la ley del último domicilio o por la de la nacionalidad del causante. El sistema mixto, en suma, conjuga la unidad y la pluralidad, excluyendo de aquélla a los bienes inmuebles, respondiendo a

la clásica máxima debida a los posglosadores: “*mobilis*<sup>20</sup>” + “*sequuntur*” + *personam*<sup>21</sup>”.

### **1.5 La Doctrina.**

Aunque no tiene fuerza obligatoria por no ser derecho positivo, indirectamente, es la fuente más importante en el Derecho Internacional Privado porque permite llenar los vacíos, debido a la exigibilidad de la ley y además, le da valor cuando ésta se ajusta a los principios teóricos doctrinarios. Además, la jurisprudencia también sostiene esta posición al señalar que, a falta de tratado, debe resolverse por los principios del Derecho Internacional, tales como han sido generalmente formulados por sus expositores y aplicados por las naciones en sus relaciones entre sí.

La importancia de la doctrina es aún mayor cuando el legislador interno se remite al Derecho Internacional en conjunto o a sus principios teóricos, otorgándole a la doctrina, de esta forma, el carácter de un derecho directo y positivo.

Ejemplos: artículo 60 inciso 2 del Código Civil<sup>22</sup>, 1, 637, 647 y 651 del CPP.

#### ➤ Doctrinas planteadas para la solución de conflictos:

- **Calificar según la *lex causae*:** algunos autores sostienen que la solución está en calificar aplicando la ley extranjera, pues ésta es indivisible y por lo tanto, debe regir la calificación de las materias que caigan bajo su competencia. Sin embargo, ésta doctrina no resiste el argumento en virtud del cual existiría un círculo vicioso, pues, para determinar la “*lex causae*<sup>23</sup>”, el juez debe interpretar previamente su

---

<sup>20</sup> Regla, inventada por los glosadores y que quedó de aplicación consuetudinaria, según la cual los bienes muebles están vinculados a la persona de su propietario (ej., en materia sucesoria, los bienes muebles se someten a la ley del domicilio del difunto).

<sup>21</sup> *Mobilis Latina* ("bienes muebles") + *sequuntur* ("siguen") + *personam* ("persona") = "bienes muebles siguen la persona".

<sup>22</sup> La constitución y efectos del domicilio político, pertenecen al Derecho Internacional.

<sup>23</sup> designa la ley que regula el fondo del asunto, una vez designada por las normas de conflicto de leyes. La calificación debe ser dada por la ley competente para regir la relación jurídica. Despagnet dice que cuando el legislador ordena aplicar una ley extranjera a una determinada relación desea que esa ley extranjera sea aplicada en cuanto organiza y regula dicha relación, Este autor excluye los puntos de conexión de la calificación según la *lex causae*. Distingue la definición de los

norma atributiva, lo que no puede hacer con las calificaciones de una *lex causae* que aún no conoce. Ejemplo: matrimonio celebrado en Estado de Arizona, donde existe legalmente el matrimonio consensual, sería reconocido por la ley chilena como válido en virtud del artículo 15 de la Ley de Matrimonio Civil, pues se estaría calificando el matrimonio de acuerdo a la *lex causae*. En cambio sí se califica el acto según la *lex fori*, el acto celebrado no sería matrimonio (art. 102 del Código Civil<sup>24</sup>) lo que resulta absurdo y atentatorio contra la dignidad de las personas, pues una situación personal como ésta no puede quedar en el plano internacional a los tecnicismos de las distintas definiciones locales.

- **Calificar según la *lex fori*:** la mayoría de los autores sostiene que la solución, está en la calificación, aplicando la legislación del tribunal, pues éste, está obligado por su legislación. Justifican esta posición señalando que la calificación es inseparable de la norma atributiva, pues esta última se ha dictado conforme a los conceptos jurídicos del sistema legislativo al que pertenece, por lo que el Derecho Internacional Privado de la *lex fori* se desnaturalizaría si fuese calificado por una legislación extranjera, lo que implica que el juez debe, por lo tanto, interpretar la norma atributiva según las reglas de interpretación de su propio sistema jurídico. Además, la determinación de la ley aplicable es el efecto de una calificación previa por lo que mal podría el juez calificar aplicando *la lex causae*, si ésta aún no está determinada y por lo mismo no se conoce. Ejemplo: nuestra legislación no se pronuncia sobre los conflictos de

---

términos contenidos en el tipo legal de la de los puntos de conexión. La calificación de éstos corresponde a la *lex fori*. Criterio que comparte Wolff al atribuir a la *lex fori* la función definidora de los términos "nacionalidad o domicilio". Se critica esta teoría diciendo que determina un círculo vicioso, ya que es necesario previamente calificar la relación jurídica para determinar la ley competente. La determinación del derecho presupone la calificación de la relación jurídica. El problema que plantea la *lex causae* es que ésta puede remitir a otro derecho y por lo tanto la *lex causae* tampoco es definitiva.

<sup>24</sup> Art. 102. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente

calificación, aunque existe jurisprudencia de la Corte Suprema, al respecto, que opta por la *lex fori* en la calificación de los conceptos de muerte civil y de nacionalización en país extranjero. Además, el artículo 6 del Código Bustamante y otras disposiciones del mismo, confirma la validez general de este sistema.

- **Calificar utilizando una síntesis del Derecho Comparado:** Los vínculos del Derecho Internacional Privado no pueden encasillarse en categorías estatales, sino que debe realizarse una síntesis de las diferentes legislaciones que tengan valor universal, independiente de la *lex fori*. Una tarea como la anterior, es de sumo difícil en vista de las diferencias que existen entre los distintos ordenamientos locales.
- **Calificación primaria y secundaria:** hay que distinguir la calificación de competencia, o primaria, que se efectúa con la *lex fori*, de la calificación de fondo, o secundaria, que se entrega a la *lex causae*, por lo que, con ésta doctrina, se pretende conciliar las dos primeras; sin embargo, se le critica el que no se dibuje el límite o la línea que determine cuándo el caso pertenece al ámbito de la *lex fori* o de la *lex causae*.
- **Calificar según *lex fori* pero con criterios internacionales:** la doctrina moderna sostiene que, por tratarse de un problema internacional, se debe calificar aplicando la *lex fori* con criterios internacionales. Desde un punto de vista práctico, es conveniente que el juez califique aplicando su propia ley, pues ésta es la que conoce. Sin embargo, ello debe hacerlo evitando proyectar localismos jurídicos a situaciones que no son locales, es decir, la calificación que realiza para un caso con elementos internacionales no puede ser igual a la que hace para un caso doméstico, lo que se logra teniendo en cuenta reglas e instituciones aceptadas por los sistemas legales foráneos. Asimismo, los conceptos de Derecho Internacional Privado deben ser interpretados en sentido amplio para abarcar, en ellos, los conceptos análogos que contenga la legislación

extranjera. La adopción de este criterio amplio corresponde a una idea universalista del Derecho Internacional Privado que ha sido aceptada por la jurisprudencia de varios países.

## **2. OTRAS REGULACIONES.**

### **2.1 Regulación en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.**

Primer tratado de Montevideo, ratificado por Argentina, Uruguay, Perú, Bolivia y Paraguay, estableció el sistema de pluralidad de sucesiones.

El segundo tratado de Montevideo introdujo modificaciones: la capacidad para testar se rige por la ley del domicilio del causante y no por la del lugar de los bienes, las formas de los testamentos se rigen por la ley del lugar de su otorgamiento.

Respecto de los países signatarios del tratado de Montevideo de 1889 y, posteriormente, el de 1940, la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento, aunque se admiten las formalidades solemnes con que dicho testamento se hubiese otorgado de acuerdo con la legislación de cualquiera de los estados Signatarios, la capacidad del heredero o legatario para suceder, la validez y efectos del testamento, los títulos y derechos hereditarios, la existencia y proporción de las legítimas, la existencia y monto de los bienes disponibles y todo lo relativo a la sucesión legítima y testamentaria.

➤ **Tratado de Montevideo: Diferencias entre aplicación del DIP de fuente interna y los tratados de Montevideo.**

Los tratados de Montevideo siguen el sistema absoluto del fraccionamiento, la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al momento de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento, la capacidad del heredero o legatario para suceder, los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite, la existencia y proporción de la legítima, etcétera.

No obstante hay cuatro detalles que analizar:

- 1) En cuanto a la forma de quien haga un testamento abierto o cerrado por acto solemne puede morir tranquilo, su testamento se reconocerá en todos los Estados participantes de este tratado.
- 2) Hace a la unidad en materia de deudas. Es cierto que los tratados intentan aplicar el principio del fraccionamiento también a las deudas, los créditos con garantía real pueden al parecer, realizarse solo en el país donde la garantía real se encuentra, si en aquél no hubiesen bienes suficientes y el acreedor quedó insatisfecho hace a la unidad. También otros créditos deben realizarse preferentemente en el país de su cumplimiento, pero si en este último ellos no hallan satisfacción, pueden cobrar su saldo proporcionalmente en otros países con tal que quede un superávit después de la satisfacción de los acreedores locales. El fraccionamiento en el derecho civil significa su partición real entre diversos herederos, y el fraccionamiento en el Derecho Internacional Privado, alude a la multiplicidad de derechos que indica a los herederos de una sola herencia según los bienes relictos. El fraccionamiento de deuda constituye una división aritmética en proporción al valor de los bienes relictos en cada uno de los países, esta división no afecta para nada la unidad jurídica de la deuda. El acreedor, conserva su crédito con respecto a una pluralidad de deudores y en cada país responden por aquella proporción del monto total que corresponde al valor de los bienes relictos situados dentro del país. Solo con respecto a la deuda con garantía real nos encontramos un fraccionamiento auténtico.
- 3) Con respecto a los legados, de bienes determinados por un género y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rige por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte y se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio y en defecto

de ellos o por su saldo se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante.

- 4) La unidad en la colación, la obligación de colacionarse se rige por la ley que corresponde, cuando consiste en alguna suma de dinero se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero, que deba la colación proporcionalmente a su haber en cada uno de ellos.

## **2.2 Pactos sobre herencias futuras admitidos en el Derecho Extranjero.**

➤ Tipos de Pactos:

- **Dispositivo:** aquél en el que el heredero dispone de la herencia abierta a favor de un tercero.
- **Renunciativo:** aquél mediante el cual se renuncia a una herencia en vida del causante.
- **Institutivo:** es por el que se dispone de la propia herencia para después de la muerte.

La sucesión puede obedecer a una fuente voluntaria contractual, en función de una manifestación de voluntad bilateral. Constituye ello el pacto sucesorio, al que se lo ha definido como la convención mediante la cual el causante organiza su sucesión de acuerdo con otros interesados, o éstos, estipulando entre sí en vida del causante, transfieren o abdican sus derechos.

Según “*Guastavino*<sup>25</sup>”, pacto sucesorio “*es el contrato cuyo objeto es el todo o la parte de una herencia futura y cuyo contenido concierne a su organización a un aspecto de esa organización, por referir a disposición la transferencia de derechos sucesorios eventuales o por referir a reglas de distribución de la herencia o a otras cuestiones sucesorias*”.

Con esto surgen, para la existencia del pacto, tres condiciones:

- 1) Que se celebre en previsión de una herencia futura, es decir, todavía no abierta.

---

<sup>25</sup> GUASTAVINO, Elías P.: Pactos sobre herencias futuras, Editar, Bs. As., 1968, n° 60.

- 2) Que el objeto del contrato forme parte de esa sucesión, no siendo necesario que esté referido a toda ella o a una parte alícuota, bastando que se aplique a una cosa determinada, a una “*res singularis*”<sup>26</sup> de la herencia.
- 3) Que el pacto se celebre en mérito de un derecho hereditario y no a título de crédito u otra clase.

La institución del pacto sucesorio prohíbe ciertas convenciones remontándose al Derecho Romano. Los motivos que se han impulsado para prohibir la vocación contractual en los tiempos clásicos obedecen a dos razones:

- Primeramente, tales convenciones resultan contrarias a las buenas costumbres e indecentes, ya que giran en torno de una especulación sobre la muerte y la ventaja queda subordinada a la proximidad del deceso, lo que provocaría el deseo de ese evento, es decir, el “*votum mortis*”<sup>27</sup>.
- En segundo lugar, se esgrime la defensa de la libertad de testar, que quedaría, de esa forma, menoscabada al restringirse al causante la facultad de disponer por medio del testamento.

Modernamente se han agregado otras consideraciones, tales como la que dichos pactos resultan perjudiciales y lesivos, dado que ordinariamente, por las circunstancias en que se celebran, se aceptan convenciones que se traducen en una despiadada usura, argumentando además que la prohibición tiende a impedir que se altere la igualdad entre los herederos forzosos mediante convenciones que burlen el principio democrático de la división igualitaria entre los sucesores. No obstante el viejo linaje y el predicamento de la tesis prohibitiva, no pocas argumentaciones doctrinales en los tiempos modernos han señalado la insuficiencia de sus razones, y esta corriente permisiva se ve robustecida por el acogimiento que los pacto sobre herencia futura han brindado ordenamientos de tanto prestigio como el Código Civil alemán y el suizo.

---

<sup>26</sup> Cosa Singular, proverbio en latín.

<sup>27</sup> La Doctrina entiende que el *votum mortis* no es especialmente relevante en el contrato sucesorio, así: García Herreros. La sucesión contractual, cit., p 96.

Sin embargo, la tendencia imperante en los códigos es la prohibitiva, y a los citados (francés, holandés y napolitano) deben agregarse los dictados con posterioridad tales como el chileno, uruguayo, peruano, brasileño e italiano.

### **2.3 Sistema del Código Bustamante.**

En 1921 se desarrolla el Código Americano del Derecho Internacional Privado, que tiende a armonizar las soluciones legislativas y que consagra normas sobre Derecho Civil, Mercantil, Penal y Procesal.

Chile, al ratificarlo, hizo una reserva en los siguientes términos *“ante el Derecho Chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho código, en caso de desacuerdo entre unos y otros<sup>28</sup>”*. En otras palabras, Chile se obliga al código cuándo quiere y le conviene. Al no existir ánimo serio de resolver el conflicto se produciría la nulidad de la ratificación. Sin embargo, por haber sido ratificado y promulgado como ley de la república, es ley, y así lo ha fallado la jurisprudencia más fuerte.

#### ➤ Aplicación del Código de Bustamante en Chile.

Hay que distinguir, lo que importa para la procedencia o no del recurso de casación en el fondo:

1) **Países que lo han ratificado:** se aplica como tratado internacional en tres casos:

- Cuando la ley interna se remita a los tratados internacionales, como sucede en materia de exequátur y de extradición.
- Cuando existen materias no resueltas por la ley chilena, es decir, lagunas o vacíos legales que puede solucionar el Código, como sucede en los conflictos de nacionalidad.
- Cuando no se oponen a la legislación actual o futura de Chile.

2) **Países que no lo han ratificado:** se aplica y se constituye fuente de principios de derecho internacional en la decisión judicial, siendo a

---

<sup>28</sup> Código Bustamante, artículos 9 y 16 al 21.

través de esta vía por la que el Código tiene su mayor aplicación práctica.

# **SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**

## **CAPITULO 3: TESTAMENTO.**

### **1. ASPECTOS GENERALES.**

- 1.1 Normas relativos a los testamentos.
- 1.2 Concepto.
- 1.3 Características
- 1.4 Clases de testamentos.

### **2 REGULACION NORMATIVA DEL TESTAMENTO.**

- 1.1 Testamento otorgado en el extranjero en conformidad al artículo 1027 del Código Civil.
- 1.2 Testamento otorgado en conformidad a la ley chilena en conformidad a los artículos 1028 y 1029.

## **CAPITULO 3: TESTAMENTO.**

### **1. ASPECTOS GENERALES**

#### **1.1 Normas relativas a los testamentos.**

- Capacidad para testar y ser heredero: respecto a la capacidad para testar, se regirá por la ley que resulte más favorable entre la ley del lugar de la residencia habitual del testador y la del lugar donde se pretende otorgar el testamento. Respecto a la capacidad para ser heredero: el Estado y la capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio; por otro lado se reconoce el principio de sucesión, que indica que la capacidad para ser heredero o legatario se regirá por la ley que resulte más favorable entre la ley del lugar de la residencia habitual del heredero o legatario y la ley del lugar donde se otorgó el testamento.
- Forma del testamento: tradicionalmente se ha reconocido el principio *locus regit actum* para determinar la validez de la forma del testamento. Sin embargo, existe una tendencia legislativa en el derecho comparado en sujetar la forma del testamento a una gama de diversas opciones. Las opciones reconocidas por el derecho comparado son la ley del lugar del otorgamiento del testamento, la ley del domicilio del testador y la ley de la nacionalidad del testador. En general se dispone que la forma del testamento se regirá por la ley del lugar en que se otorgue o por la ley de la residencia del testador al momento de su deceso.  
  
El testamento otorgado en el extranjero se otorga en el territorio de un país extranjero o se otorga ante una autoridad extranjera o se otorga conforme a las leyes extranjeras.

#### **1.2 Concepto legal de testamento.**

Existen dos formas de suceder a una persona por causa de muerte:

- a) Sucesión testamentaria.

b) Sucesión legal o intestada o abintestato.

*Respecto a la sucesión testamentaria*, la transmisión se materializa obedeciendo la voluntad unilateral del causante que se manifiesta en un acto solemne denominado testamento y que el artículo 999 del Código civil lo define así:

*“el testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”.*

Testamento, del latín “*testatio mentis*”<sup>29</sup>, que significa “*testimonio de la voluntad*”.

➤ Conceptos doctrinales de testamento:

- **Barassi:** negocio jurídico revocable por el que alguien dispone por el tiempo posterior a la muerte.
- **O´Callaghan:** negocio jurídico mortis causa por medio del que ordena el causante el destino de su patrimonio para después de su muerte.

### 1.3 Características.

1. Es un acto jurídico unilateral: es un acto jurídico porque es una declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos. Y es un acto jurídico unilateral, puesto que para nacer a la vida jurídica requiere de la sola voluntad del testador.
2. Es un acto más o menos solemne: siempre es solemne.
3. Es un acto personalísimo: es esta una peculiaridad, pues los demás actos de la vida jurídica admiten la participación de varias personas; así el reconocimiento de hijo, que también es un acto unilateral, pueden hacerlo ambos padres conjuntamente. En el testamento, en cambio, sólo concurre una persona, por ello se dice que es un acto personalísimo.

---

<sup>29</sup> Testimonio de nuestra voluntad, porque efectivamente, es una manifestación de nuestra voluntad hecha delante de testigos.

4. En el testamento no cabe la representación jurídica: en la vida jurídica casi todos los actos pueden realizarse por medio de representantes, pero en el testamento, dado su carácter de acto personalísimo, no tiene cabida por excepción la representación jurídica. Por la misma razón los relativamente incapaces pueden otorgar libremente testamento.
5. El testamento tiene por objeto fundamental pero no único disponer de bienes: pueden existir testamentos en que no se disponga ni en todo o partes de bienes del causante, sino que se otorguen con otros objetos, por ejemplo: nombrar albaceas o partidor de la sucesión, guardador a los hijos, reconocer a un hijo, etc.
6. El testamento produce plenos efectos, fallecido el causante, pero puede producir otros efectos en vida de éste: la definición señala que por el testamento la persona dispone de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días. Y ello es lógico porque el testamento da origen a la sucesión por causa de muerte. Sin embargo, debemos señalar que hay excepciones. Al menos en tres casos, el testamento produce algunos efectos en vida del causante:
  - a. Reconocimiento de hijo que se efectúa en un testamento abierto.
  - b. Reconocimiento de una deuda.
  - c. Donaciones revocables y legados entregados por el causante en vida a los beneficiados con derecho a ellos. Contemplan esta situación los artículos 1140<sup>30</sup> y 1142<sup>31</sup> del Código Civil. Establecen que los donatarios de una donación revocable y los legatarios a

---

<sup>30</sup> Art. 1140. Por la donación revocable, seguida de la tradición de las cosas donadas, adquiere el donatario los derechos y contrae las obligaciones de usufructuario.

Sin embargo, no estará sujeto a rendir la caución de conservación y restitución a que son obligados los usufructuarios, a no ser que lo exija el donante.

<sup>31</sup> Art. 1142. La donación revocable de todos los bienes o de una cuota de ellos se mirará como una institución de heredero, que sólo tendrá efecto desde la muerte del donante.

Sin embargo, podrá el donatario de todos los bienes o de una cuota de ellos ejercer los derechos de usufructuario sobre las especies que se le hubieren entregado.

quienes se entregan en vida las cosas donadas y legadas adquieren un derecho de usufructo sobre los bienes entregados. En estos casos, también produce el testamento un efecto en vida del testador: dar nacimiento a un derecho de usufructo.

7. *Es un acto esencialmente revocable:* concluye la definición diciendo que el testador conserva la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva. El testamento puede ser dejado sin efecto por la sola voluntad del que lo otorgó. Pero debemos tener presente que en el testamento solo son revocables las disposiciones testamentarias, mas no las declaraciones; así se desprende de la propia definición que había únicamente de las disposiciones testamentarias, estableciendo su revocabilidad. En ninguna parte se establece, en cambio, que las declaraciones sean revocables. En consecuencia, el reconocimiento de hijo hecho por testamento queda a firme, aunque con posterioridad éste sea revocado.

#### **1.4 Clases de testamento:**

2. ***Testamento solemne:*** el testamento es considerado siempre como un acto solemne, siendo las circunstancias en las cuales se ve envuelto el testador, las que le permiten acudir a solemnidades de carácter complejo o sencillo. En esta medida pueden existir testamentos más y menos solemnes. Los primeros han sido denominados por la mayoría de los tratadistas como testamentos solemnes ordinarios y los segundos como testamentos privilegiados. El testamento solemne comprende el testamento abierto, nuncupativo o público y el testamento cerrado o secreto.
3. ***Testamento abierto:*** es aquel en el cual el testador hace conocer de sus disposiciones a tres testigos y al notario. Cuando esto ocurre, se trata de un testamento público considerado como escritura pública. De esta manera, se realiza una ceremonia a la cual deben asistir simultáneamente el testador, el notario y los tres testigos. El notario en dicho evento lee el testamento

que el testador llevó escrito o el que ordenó escribir. Terminada la lectura del testamento, dicho documento debe ser firmado por el testador, los tres testigos y finalmente el notario. Si por alguna razón el testador no supiere o no pudiere firmar, otro de los testigos firmará por él a su ruego. La firma del testador puede ser entera o incompleta. En todo caso, el testamento abierto debe expresar el nombre y apellido del testador, el lugar de su nacimiento, su nacionalidad, su domicilio, edad, circunstancia de encontrarse en sano juicio, nombres de las personas con las que hubiere contraído matrimonio, los nombres de los hijos legítimos o naturales y el nombre o apellido de cada uno de los testigos.

Personas que solo pueden otorgar testamento abierto: por regla general, las personas tienen la libertad de disponer la forma como van a realizar su testamento. Sin embargo, hay personas que por razones especiales solo pueden otorgar testamento abierto, siéndoles imposibles utilizar el testamento cerrado. Este es el caso de las siguientes personas:

- Los que no saben leer ni escribir.
- El ciego; cuyo testamento se leerá en voz alta dos veces, la primera por el notario y la segunda por uno de los testigos elegido por el testador para dicho efecto.

En conformidad al artículo 1071 del Código Civil: “...*en los lugares que no hubiere notario o en que faltare este funcionario, podrá otorgarse el testamento solemne nuncupativo, ante cinco testigos que reúnan las cualidades exigidas en éste Código*”.

4. **Testamento cerrado:** el testamento cerrado o secreto es aquél en el cual el testador quiere que nadie sepa cuáles son sus disposiciones testamentarias; antes de abrir la cubierta que encierra el testamento, su identidad y su estado se conservan, el notario debe reconocer ante el juez las respectivas firmas, declarando además si en concepto de los deponentes está cerrado, sellado y marcado tal como en el acto de presentación. Si por alguna razón, la comparecencia de los testigos

instrumentales no fuere posible, será necesario que los presentes reconozcan las firmas del testador y las suyas propias, abonando las de los testigos ausentes. La firma del notario y la de los testigos ausentes también puede abonarse por declaraciones de personas fidedignas a juicio del juez respectivo. Vale la pena aclarar que no es necesario que el testamento cerrado se encuentre escrito de puño y letra por el testador, ya que este puede encontrarse escrito a máquina o en la letra de otra persona. Sin embargo resulta indispensable, para efecto de su validez, que dicho testamento se encuentre firmado por el testador.

### ***Formalidades de un testamento cerrado:***

**1°.- Escrituración y firma del testamento:** El testamento deberá estar escrito por el testador, o a lo menos, firmado por éste. Respecto de las palabras, papel u otras formas para la escrituración, la ley no impone exigencia alguna. Basta, en consecuencia, que lleve la firma del testador, sea que éste lo haya escrito de su puño y letra, que lo haya escrito a máquina o que lo haya escrito un tercero.

Aún, cuando la opinión doctrinaria dominante ha entendido que el testamento escrito de puño y letra del testador, pero que no lleva su firma es válido, el artículo 1023 del Código Civil<sup>32</sup>, claramente parece imponer, como mínima exigencia de autenticidad del testamento la firma del testador.

---

<sup>32</sup> Art. 1023. Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el escribano y testigos le vean, oigan y entiendan (salvo el caso del artículo siguiente), que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del escribano y testigos.

El testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador.

El sobrescrito o cubierta del testamento estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta.

Queda al arbitrio del testador estampar un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta.

El escribano expresará en el sobrescrito o cubierta, bajo el epígrafe testamento, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento.

Termina el otorgamiento por las firmas del testador y de los testigos, y por la firma y signo del

**2°.- Introducción del testamento en un sobre cerrado:** Una vez redactado, el documento deberá guardarse en un sobre cerrado exteriormente de tal manera que para extraer el testamento deba romperse la cubierta. El testador podrá, a su arbitrio, estampar su sello o marca o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta.

Este requisito es, precisamente, lo que hace característico al testamento cerrado: **que los terceros no conozcan la voluntad del testador**. De consecuencia, si se presenta un testamento con la cubierta violada, dicho testamento será nulo.

**3°.- Redacción y firma de la carátula:** Realizado lo anterior, el testador deberá presentar el sobre ante el notario y testigos, declarando de viva voz y de manera que todos lo vean, oigan y entiendan, que ese sobre contiene su testamento.

Finalmente, se deberá estampar en él la leyenda “Testamento”, y a continuación el notario deberá individualizar al testador y a los testigos por su nombre, apellido y domicilio, certificar que el testador se encontraba al parecer en su sano juicio, e indicar el lugar, día, mes, año y hora del otorgamiento.

Termina el acto del otorgamiento con la firma de la carátula por el testador, testigos y notario o juez de letras, en su caso. Esta tercera y última etapa del otorgamiento del testamento cerrado deberá hacerse en un solo acto, en el cual estarán presentes los mismos testigos y el notario, y que no admite interrupción. Al igual que sucede respecto de la firma del testador en el documento mismo, han existido decisiones diversas respecto de si la falta

---

escribano,  
sobre la cubierta.

Durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo escribano y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere.

de firma de la carátula por parte del testador acarrea o no la nulidad del testamento.

Puede el testador llevarse su testamento, o bien dejarlo en la notaría. En cualquier evento, el Código Orgánico de Tribunales exige a los notarios llevar un Libro de Testamentos Cerrados que se otorguen ante ellos, el que se conserva secreto y sólo puede ser exhibido previa resolución judicial. El carácter de cerrado del testamento se elige, muchas veces, precisamente, para que nadie conozca su contenido y sabemos que, si un testamento cerrado se abre en vida del causante o si se abre después de su muerte, sin previos trámites judiciales del caso, pierde todo su valor.

El otorgamiento del testamento de acuerdo al Art. 1023 inciso final, debe ser un **acto continuo e ininterrumpido**. Ya que se trata de velar por la libertad del testador.

El artículo 1023 inciso 2°, establece una regla análoga al artículo 1015 inciso 2°: *“El testamento será presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo escribano, si lo hubiere, y por unos mismos testigos.”*

➤ Personas obligadas a otorgar testamento cerrado.

De conformidad al artículo 1024, *“cuando el testador no pudiere entender o ser entendido de viva voz, sólo podrá otorgar testamento cerrado”*. En esta situación se encuentran al sordomudo que puede darse a entender por escrito y el extranjero que no entienda el idioma del notario y testigos.

Será el propio testador, quién de su puño y letra escriba sobre la cubierta del sobre la expresión “testamento” y su individualización, en el idioma de su preferencia.

➤ Personas que no pueden otorgar testamento cerrado.

No podrán otorgar testamento cerrado, aquellas personas que están obligadas a otorgarlo abierto, esto es, el analfabeto y el ciego.

➤ Revocación del Testamento Cerrado:

Vale la pena mencionar que el testamento cerrado puede llegar a ser revocado no sólo por otro testamento posterior, sino también por el evento en el que el testador destruya el sobre que contiene el tan preciado testamento.

De igual forma se entiende revocado el testamento cerrado, cuando la cubierta esté rota o sus sellos quebrantados o borrados, o cuando se encuentren enmendadas las firmas que lo autorizan. Claro está que estos deterioros no se deben confundir con los causados por el transcurso del tiempo, los cuales no le quitan al testamento su validez en la medida en que no afectan la voluntad del testador.

**Testamento marítimo:**

Es aquél otorgado en alta mar, en un buque de guerra chileno o en un buque mercante que tenga bandera chilena. Este testamento puede ser otorgado tanto por los individuos de la oficialidad y tripulación, como por cualquier otro que se hallare a bordo del buque en alta mar. Será recibido por el comandante o por su segundo, en presencia de tres testigos. El testamento marítimo también queda sujeto a un plazo para su validez, ya que la ley señala que éste caducará si el testador sobrevive 90 días al desembarco del buque.

**Testamento militar:**

El testamento militar es siempre escrito y se establece para los militares que estén en expedición de guerra. De esta forma, los militares pueden otorgar testamento abierto o cerrado ante un capitán, un oficial de grado superior al capitán, un intendente del ejército, o finalmente ante un comisario o auditor de guerra.

Adicionalmente, el testamento deberá llevar el visto bueno del jefe superior de la expedición o del mismo comandante o jefe; finalmente la firma debe realizarla el Ministro de Defensa. Si se decide testar mediante testamento abierto, se requiere

la firma de tres testigos; si por el contrario el testador testa mediante un testamento cerrado, se requiere la firma de cinco testigos.

Gozan del privilegio del testamento militar, no solamente los militares sino también todas aquellas personas que hacen parte de la expedición militar (es decir voluntarios, rehenes, prisioneros, etc.).

Si por alguna razón el que desee testar se encuentra enfermo o herido, su testamento podrá ser recibido por el capitán, médico o cirujano que lo asista. Vale la pena resaltar que para que el testamento militar produzca los efectos deseados, el militar deberá encontrarse en una expedición de guerra que esté en marcha o en campaña contra el enemigo, o dentro de una guarnición de una plaza que se encuentre sitiada.

En caso de que el testador fallezca antes de expirar los noventa días siguientes a aquél en que hubieren cesado las circunstancias que lo habilitaron para testar militarmente, valdrá su testamento como si hubiere sido otorgado en forma ordinaria.

### **Testamento verbal:**

Tal como se puede llegar a inferir de su nombre, este testamento no requiere escrito alguno para su otorgamiento.

Este testamento debe otorgarse ante tres testigos y ante ellos el testador debe hacer sus declaraciones de forma que todos las entiendan y escuchen. Dicho testamento busca otorgar a través de la declaración de voluntad del testador instituir herederos o legatarios.

El testamento verbal se lleva a cabo únicamente en los casos en que exista un peligro tan inminente afectando la vida del testador, que no pueda realizarse un testamento solemne. En síntesis el elemento esencial para que se realice el testamento verbal, es la existencia de un peligro de muerte del testador.

### **Caducidad del Testamento Verbal**

Dos eventos diferentes generan la caducidad del testamento verbal:

- Dentro del testamento verbal, el lapso de treinta días comunes entre el día del otorgamiento y el día de la muerte, produce la caducidad.
- De igual manera, cuando a pesar de haber fallecido el testador dentro de los treinta días siguientes al día de otorgamiento del testamento, sin haber puesto por escrito las formalidades legales exigidas dentro de los treinta días siguientes a su muerte, generan la caducidad del testamento.

Vale la pena mencionar que la ejecución del testamento verbal no puede dejarse en la memoria de los testigos, siendo necesario formalizarlo en un escrito.

Es así como el juez ante quien se rindió el testamento verbal, deberá tomar declaración jurada a las personas que lo presenciaron como testigos, y a todas las otras personas cuyo testimonio le pareciera conducente con el fin de aclarar los siguientes puntos:

- Nombre, apellido y domicilio del testador; lugar de su nacimiento; nacionalidad; edad; circunstancias que le hicieron creer al testador que se hallaba en peligro inminente de muerte.
- Nombre y apellido de los testigos instrumentales y el lugar de su domicilio.
- Lugar, día, mes y año del otorgamiento.
- Las declaraciones de los testigos sobre el hecho de hallarse el testador en sano juicio y las respectivas declaraciones que forman el contenido del testamento.

Estas declaraciones le serán de gran utilidad al juez del último domicilio del testador, si él no fue el que las recibió. No se mirarán como declaraciones y disposiciones testamentarias sino aquellas en que los testigos que asistieron, por vía de solemnidad.

## **2. REGULACION NORMATIVA DEL TESTAMENTO**

### **2.1 Testamento otorgado en el extranjero en conformidad al artículo 1027 del Código Civil.**

**Artículo 1027 del Código Civil:** *“Valdrá en Chile el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar*

*su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria”.*

Éste artículo se refiere al testamento solemne y escrito, sin exigir que se otorgue por acto público. Se consagra el principio del Derecho Internacional Privado, según el cual, la ley del lugar rige el acto.

*Rengifo* señala que, la disposición de nuestro Código Civil, guarda conformidad con el Código Francés<sup>33</sup>, en cuyo artículo 999 los franceses, pueden hacer sus disposiciones testamentarias, o en la forma de testamento ológrafo, prescrita bajo el artículo 970 del mismo Código, bajo firma privada, o por acto auténtico con las formas usadas en el lugar en que el acto se ejecuta, excluyendo los testamento privilegiados.

Agrega, que no es justo hacer un cargo a nuestras leyes, por no admitir todo testamento otorgado en el extranjero ya que habría, una gran inconsecuencia de su parte, si después de conceder tan particular atención a los testamentos otorgados en Chile, rodeándolos de todas las formalidades que se han juzgado necesarias para evitar el fraude, hubiera descuidado los testamentos extranjeros hasta el punto de no exigir garantías de su veracidad.

*“Fabres<sup>34”</sup>*, por su parte, juzga la cuestión con otro criterio, no aceptando la limitación que el artículo 1027 del Código Civil establece, en la aplicación al testamento de la máxima *locus regit actum*.

Ésta limitación, señala *Fabres*, se ha estimado como un defecto, porque la doctrina y la conveniencia personal de los chilenos, optan para que se aplique la

---

<sup>33</sup> El Código civil francés, adoptado a fines de la Revolución francesa, ha sufrido un período de crisis política, atacado por los extremos políticos; y también una crisis técnica, porque quedó rápidamente desadaptado a la nueva sociedad surgida de la Revolución industrial durante la segunda mitad del siglo XIX.

Con todo, el Código civil francés ha conocido una importante renovación durante el siglo XX. Técnicamente, esa renovación ha provenido de específicas reformas del derecho de las personas y del Derecho de la Familia, a partir de los años sesenta, inspiradas por el decano Jean Carbonnier. Políticamente, el Código civil se ha convertido en una figura incontestable del patrimonio nacional.

<sup>34</sup> José Clemente Fabres; Derecho Internacional Privado, Santiago, 1908, página 214.

norma en toda su extensión. En efecto, el motivo porque se exigen para el testamento tantas solemnidades, es el peligro de fraude; pero la necesidad o la suma conveniencia de poder otorgar testamento, ha hecho que se rebaje el rigor de las solemnidades y que se dé lugar al testamento privilegiado: vale más exponernos al peligro del fraude, que quedarnos sin testamento. Si esta consideración ha dado, mérito bastante para que se de valor al testamento privilegiado que se otorgue en Chile, ella debe también autorizar al que se otorgue en país extranjero; y si debemos confiar en la ilustración y prudencia de las legislaciones extranjeras en cuanto al testamento solemne, otro tanto debe hacerse respecto del testamento privilegiado, sin perjuicio de las excepciones que por circunstancias especiales se crea conveniente establecer.

*Lira*, parecía inclinarse por la opinión de *Fabres*. Después de reproducir la disposición del artículo 1027 del Código Civil, dice: Según la conocida regla *locus regit actum*, debería valer en Chile, el testamento verbal otorgado válidamente en país extranjero. Éste artículo, empero, declara lo contrario, mas, un testamento verbal, reducido a escrito, conforme a las leyes de ese país extranjero, donde hubiese sido otorgado ¿vale en Chile? *Lira* no contesta esa pregunta, viene haciendo notar ciertos vacíos del Código que estima conveniente llenar.

No cabe, pues, duda de que los testamentos privilegiados otorgados en país extranjero no tienen valor en Chile, según el artículo 1027 del Código Civil; y creemos con *Fabres*, que éste es un rigorismo injustificado de la ley, que es más perjudicial que conveniente a los chilenos y a los extranjeros domiciliados en Chile.

## **2.2 Testamento otorgado en conformidad a la Ley Chilena respecto a los artículos 1028 y 1029.**

**Art. 1028.** *“Valdrá asimismo en Chile el testamento otorgado en país extranjero, con tal que concurren los requisitos que van a expresarse:*

*1. No podrá testar de este modo sino un chileno, o un extranjero que tenga domicilio en Chile.*

2. *No podrá autorizar este testamento sino un Ministro Plenipotenciario, un Encargado de Negocios, un Secretario de Legación que tenga título de tal, expedido por el Presidente de la República, o un Cónsul que tenga patente del mismo; pero no un Vicecónsul. Se hará mención expresa del cargo, y de los referidos título y patente.*

3. *Los testigos serán chilenos, o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento.*

4. *Se observarán en lo demás las reglas del testamento solemne otorgado en Chile.*

5. *El instrumento llevará el sello de la Legación o Consulado”.*

**Art. 1029.** *“El testamento otorgado en la forma prescrita en el artículo precedente y que no lo haya sido ante un jefe de Legación, llevará el visto bueno de este jefe; si el testamento fuere abierto, al pie, y si fuere cerrado, sobre la carátula: el testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y fin de cada página.*

*El jefe de Legación remitirá en seguida una copia del testamento abierto, o de la carátula del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores de Chile; el cual a su vez, abonando la firma del jefe de Legación, remitirá dicha copia al juez del último domicilio del difunto en Chile, para que la haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio.*

*No conociéndose al testador ningún domicilio en Chile, será remitido el testamento por el Ministro de Relaciones Exteriores a un juez de letras de Santiago, para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe”.*

Hay, por consiguiente, dos formas distintas para los testamentos solemnes otorgados en territorio extranjero que tienen valor en Chile:

- 1- El testamento otorgado en país extranjero, en conformidad a las leyes de dicho país; y

2- El testamento otorgado en país extranjero, en conformidad a las reglas especiales, determinada por los artículos 1028 y 1029 del Código Civil.

# **SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**

## **CAPITULO 4: Jurisprudencia y Doctrina Extranjera.**

### **1. Legislación extranjera**

1.1 ley francesa y las enseñanzas de Aubry y Rau.

1.2 Lafaille

1.3 Unidad de fraccionamiento del régimen sucesorio según Werner Goldschmidt.

1.4 Los detalles de la reglamentación del régimen sucesorio.

## CAPITULO 4: JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA EXTRANJERA.

### 1. Legislación extranjera.

#### 1.1 Ley Francesa y las enseñanzas de Aubry & Rau.

La jurisdicción internacional en materia sucesoria, exige el último domicilio del causante o el domicilio del único heredero que acepte la herencia y se encuentre en la república. Además, hay que traer a colación que el fuero internacional con respecto al patrimonio dice que habiendo bienes relictos, aunque no hubiere habido en la república domicilio del causante ni del único heredero se da jurisdicción nacional (último domicilio del causante).

Como excepción al sistema de unidad de particiones, se reconoce la ley francesa del 14 de julio de 1819, y en cuanto a las razones, se remite a las enseñanzas de “*Aubry & Rau*”<sup>35</sup>.

Con anterioridad a la revolución, el extranjero estaba sometido a varias incapacidades, entre ellas las de no poder transmitir mortis causa los bienes que poseyera en Francia, lo que en sentido restringido constituía el llamado “*Derecho de Albana*”<sup>36</sup>. Éste y el derecho de detracción fueron abolidos, luego de la revolución, por una ley del 06 de agosto de 1790, que fue completada por un Decreto de abril de 1891<sup>37</sup>. Los extranjeros entonces, aun los domiciliados fuera de Francia, podrían recibir la sucesión de sus parientes aunque fueran franceses. Pero al ser sancionado en 1804 por el Código Civil, se inicia un retorno al derecho antiguo y por esto un extranjero no sería admitido a suceder en los bienes de su pariente extranjero. También hubo una reciprocidad diplomática, donde resultaba

---

<sup>35</sup> Aubry & Rau, op. Cit., t. VII, N° 667, pág. 100; Cicu, op. Cit, N°7, pág. 26; Mucius Scaevola, op. Cit.; t. XII, pág. 150.

<sup>36</sup> También "de albana" o "albinagio".

Antiguamente era la facultad que se atribuía al soberano para incorporar a su patrimonio los bienes de los extranjeros fallecidos en sus dominios.

<sup>37</sup> Cuando ese extranjero llegaba al territorio del feudo que deseaba habitar, debía prestar juramento de fidelidad al señor de la tierra en el plazo de 1 año y 1 día sino quedaba como siervo.

sancionada nuevamente la incapacidad para los extranjeros de tener un tratado que les confiera este derecho.

Con el propósito de atraer los capitales extranjeros, sustancialmente los ingleses y favorecer el desenvolvimiento económico, ésta disposición fue derogada y se estableció que en el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y franceses, estos recibirán de los bienes situados en Francia, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero, de que fuesen excluidos por cualquier título, en virtud de las leyes o costumbres locales.

Esta norma protege a los herederos extranjeros aquí domiciliados contra las exclusiones de que puedan ser víctima en otros países.

### **1.2 Lafaille.**

Los principios territoriales sumados al localismo y a los regímenes fiscales condujeron durante mucho tiempo a una pluralidad de sucesiones, más acentuada tal vez en el orden interprovincial que en el orden internacional.

Mientras teóricamente, se sustentaba con todo rigorismo el principio de la unidad y había quien restringía las excepciones hasta el extremo, las provincias obligaban en el hecho a iniciar un expediente sucesorio para autorizar la transmisión mortis causa de los bienes situados dentro de los límites, con la demora y el recargo correspondiente. Recuerda *Lafaille* que, esto era tanto o más sintomático mientras se entendiese que la posesión hereditaria que otorgan los jueces era la posesión material de los bienes, correspondiendo, por lo tanto, a los tribunales de cada provincia el otorgamiento del título a la transmisión, lo que suponía, por consiguiente, la apertura de tantos juicios sucesorios distintos cuantas provincias fueren en las que el causante había dejado bienes.

En cuanto a esto, se puede decir que actualmente ese pluralismo en el orden interno no es ya defendido.

### **1.3 Unidad de fraccionamiento del régimen sucesorio según Werner Goldschmidt.**

- a) **Dimensión Nomológica:** los tratados de Montevideo siguen el sistema absoluto del fraccionamiento. La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento, la capacidad del heredero o legatario para suceder, la validez y efectos del testamento, los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite, la existencia y proporción de las legítimas, la existencia y el monto de los bienes reservables, en suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

En el tratado de 1889 se regula inclusive la capacidad de testar por la *lex situs*. No obstante, hay cuatro cosas importantes:

- 1) *En cuanto a la forma:* quien haga un testamento abierto o cerrado por acto solemne, puede morir tranquilo, su testamento se reconocerá en todos los Estados participantes.
- 2) *Materia de deudas:* Es cierto que los Tratados intentan aplicar el principio de fraccionamiento también a las deudas. Los créditos con garantía real pueden, al parecer, realizarse sólo en el país donde la garantía real se encuentra; si en aquél no hubiese bienes suficientes, el acreedor queda insatisfecho. También otros créditos deben realizarse preferentemente en el país de su cumplimiento; pero si en este último ellos no hallan satisfacción pueden cobrar su saldo proporcionalmente en otros países, con tal que quede un superávit después de la satisfacción de los acreedores locales. El análogo procedimiento se observa si en el país del cumplimiento no hubiese bienes de ninguna especie. Más no es menos cierto que el aparente "fraccionamiento" de las deudas no tiene parangón con el fraccionamiento de la herencia.

El fraccionamiento en el Derecho Internacional Privado alude a la multiplicidad de Derechos que indican a los herederos de una sola herencia según la situación de los bienes relictos. Lo que, en cambio, se podría denominar "fraccionamiento" de las deudas, constituye su división aritmética en proporción al valor de los bienes relictos en cada uno de los países. Esta división no afecta para nada la unidad jurídica de la deuda. El acreedor conserva su crédito con respecto a una pluralidad de deudores que en cada país responden solidariamente por aquella proporción del monto total que corresponde al valor de los bienes relictos sitos dentro del país. Sólo con respecto a la deuda con garantía real encontramos un fraccionamiento auténtico. La unidad aparece, en tercer lugar, con respecto a los legados.

Los legados de bienes determinados por su género, y a que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte; se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio y, en defecto de ellos o por su saldo; se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante.

Por último, asoma la unidad en la colación. La obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión de la cual ese bien depende; cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación proporcionalmente a su haber en cada una de ellas.

- b) ***Dimensión Sociológica:*** La jurisprudencia propiamente tal aplica Derecho nacional a la herencia de inmuebles nacionales. También suele aplicar Derecho nacional a la herencia de muebles con situación permanente en la Nación. De este modo, se aplicaría el derecho de un último domicilio

extranjero del causante sólo a muebles nacionales sin situación permanente en la República. A este efecto, lo que importa es la intención del causante de cambiar o no, el lugar de los bienes muebles. Como normalmente no se puede probar su intención de cambiar la situación de los muebles (a no ser que, por ejemplo, la fruta ya esté embalada en el puerto para ser exportada, o el banco notificado de realizar un giro al extranjero), y como por una presunción de hecho se presume que los mismos sigan donde están, la ley del último domicilio extranjero del causante se aplica a muebles nacionales sólo en los contados casos en que se puede probar la intención del causante de haberlos querido trasladar al extranjero. La jurisprudencia es respaldada por civilistas y uno u otro internacionalista. Es imperativo hacer hincapié en que la tesis jurisprudencial trasciende la doctrina de *Vélez Sarsfield*.

La jurisprudencia, en connivencia con la ciencia civilista, predica el fraccionamiento normal. Aunque, en minoría, no faltan sentencias antiguas y modernas favorables al principio de la unidad, aunque muchas de ellas, al hacer intervenir gratuitamente el orden público, borran lo que acabaron de escribir con la mano. El criterio jurisprudencial unitario, a su vez, es avalado por el casi unánime y por el parecer de uno u otro de los civilistas. En el ámbito del Derecho Comparado aumenta la adhesión al principio de la unidad en la medida en que nos acercamos a la actualidad, y en que avanzamos a través de los países científicamente más adelantados.

- c) ***Dimensión Dikeológica:*** El análisis de las normas y la indagación de la realidad social no agotan el estudio del mundo jurídico; mirar sólo estos dos aspectos de éste y luego querer adaptar las normas a la realidad social, significaría incurrir en una actitud de puro positivismo. Hay que recurrir a la justicia que debe guiar la estructuración de la realidad social y su normativa. Es, absolutamente menester considerar el fraccionamiento y la unidad del régimen sucesorio internacional desde el ángulo visual de la justicia.

Se dijo que si un país sanciona en su interior el principio de la unidad, adoptar para los casos internacionales el fraccionamiento constituye una conexión de destrozo, que, en lugar de defender las relaciones privadas entre personas contra la división política de la tierra en países soberanos, capitula ante esta división.

Exigir, que cada bien relicto se rija por el derecho del país donde se encuentra situado, significa prácticamente permitir al juez aplicar su Derecho propio. Quienes luchan, por consiguiente, en favor del fraccionamiento, defienden la aplicación de la propia ley y repudian la extraterritorialidad del Derecho Privado Extranjero. Si al fraccionamiento de la ley aplicable se une el de la jurisdicción competente, conforme ocurre en los Tratados de Montevideo, el monopolio judicial de la ley propia es completo.

Las causas pueden clasificarse en razones aparentes y en móviles reales. Cada país ejerce sobre el territorio nacional un derecho indubitado e indubitable de soberanía. Por otra parte, con anterioridad al capitalismo y al industrialismo la riqueza consistía en bienes inmuebles a los cuales se hallaban adscritos como pertenencia determinados bienes muebles (útiles agrícolas, ganado). Bienes muebles independientes, como vestimenta, enseres domésticos y joyas, carecían de importancia económica. Esta situación cambia en el siglo XIX, cuando gracias al "capitalismo aparecen los títulos de valores (sobre todo, las acciones), y a causa del industrialismo se crea la infinita riqueza de los artefactos industriales. Identificándose, pues, prácticamente herencia con inmuebles relictos, o sea, con partes del territorio nacional, parecía atentatorio a la soberanía nacional que lo extranjero se posesionase de él.

La consideración de la intangibilidad de la soberanía territorial puede justificar la aplicación de la ley nacional a inmuebles argentinos; pero nunca podría ser un argumento contra el principio de la unidad con respecto a la herencia mobiliaria y tampoco, en rigor, con respecto a inmuebles sitios en el extranjero, ni siquiera con respecto a dinero que se coloca en lugar de un inmueble nacional como el precio de su venta. Parecería, que la solución de **Vélez Sarsfield** podría invocar como argumento la soberanía territorial. En realidad, presenciamos en este argumento una doble confusión. Por un lado, se confunde soberanía con propiedad, confusión característica del feudalismo. La soberanía del Estado no consiste en la propiedad jusprivatista del territorio, sino en su imperio juspublicista sobre éste, conforme se manifiesta sobre todo a través del derecho tributario y del derecho a la expropiación; y este imperio se ejerce libremente contra cualquier heredero, sea un nacional, sea un extranjero, inclusive siendo heredero un Estado extranjero.

Por otro lado, se confunde Derecho extranjero con súbdito extranjero. En efecto, ninguna relación existe entre el hecho de someter una herencia al Derecho extranjero, y este otro de atribuirle a un heredero de nacionalidad extranjera. El Derecho extranjero puede imputar la herencia a una persona de la nación, y el Derecho Nacional puede favorecer a un extranjero. Los partidarios del fraccionamiento invocan a veces en apoyo de su tesis el hecho de que numerosas legislaciones extranjeras resultan, en efecto, partidarias de este principio, ya que colocándose en la realidad de las cosas parecería quijotismo aplicar en el propio país el régimen unitario, si fuera de él nos respondiesen con el fraccionamiento. Esta argumentación no justificaría el repudio incondicional del principio de unidad, sino meramente su sumisión al principio de reciprocidad.

En el Derecho de Extranjería tratar mal a los súbditos de otro país que trata mal a los nuestros, constituye una razonable aplicación del principio de la

reciprocidad cuyo fin histórico consistía en combatir el derecho feudal, a apropiarse de las herencias de extranjeros o de las herencias, en la medida en la cual herederos extranjeros tendrían derecho a suceder.

Los partidarios de la tesis del fraccionamiento desean defender el orden público. La reglamentación de las sucesiones, sobre todo en lo relativo a la falta de igualdad de los herederos y a la legítima forzosa, así como a la discriminación de familia legítima y natural, concierne a valores religiosos, morales y sociales de la más alta dignidad; permitir en esta materia la irrupción del Derecho del domicilio último extranjero del causante, constituiría una traición de preceptos ineludibles.

Estas alegaciones confunden orden público interno y orden público internacional. El primero comprende el conjunto de aquellas disposiciones que no son derogables por la autonomía de las partes, aunque sí lo son por el Derecho extranjero aplicable en virtud del Derecho Internacional Privado argentino. El orden público internacional, en cambio, contiene el conjunto de aquellos principios subyacentes a nuestras disposiciones que estimamos inalienables inclusive con miras al Derecho extranjero en sí aplicable según nuestro propio Derecho Internacional Privado. El orden público internacional no es una cualidad de determinadas disposiciones; por ello, nunca es posible afirmar de antemano (a priori) que estas o aquellas disposiciones deben aplicarse, sea cualquiera que fuese la reglamentación extranjera. El orden público internacional constituye una cualidad de ciertos principios básicos de disposiciones. Pero cada principio es pasible de diversas elaboraciones técnicas dadas, pues, en disposiciones diferentes. He aquí la derivación de la ley humana de la ley natural, a través del modo de la determinación. Por esta razón, procede siempre, en primer término, averiguar cuál es el Derecho aplicable; luego, en segundo lugar, indagar qué solución daría en su caso el Derecho extranjero al problema planteado, y sólo después (a posteriori) examinar si esta solución extranjera, si bien

diferente de la que nuestro Derecho habría dado, es incompatible con sus principios. La desheredación sin justa causa de un descendiente infringe, por ejemplo, no sólo nuestras disposiciones, sino igualmente nuestros principios. En cambio, la legítima forzosa de los descendientes de diez quinceavas partes del Derecho español, aunque conculca nuestras disposiciones, no lesiona nuestros principios, y debe, por ende, ser atendida. Los defensores del principio del fraccionamiento invocan a veces en apoyo de su tesis la necesidad de la intervención de los órganos judiciales propios, ya que con motivo de esta intervención suele hacerse efectivo el tributo impuesto a causa de la trasmisión de la herencia. Estas meditaciones confunden la extraterritorialidad del Derecho Privado con la territorialidad del Derecho Público, el problema de la ley aplicable con el del juez competente, y, por último, la necesidad de la intervención judicial con la necesidad de la intervención de cualquier organismo oficial o privado. En la órbita del Derecho Tributario, el problema está en saber si a los efectos fiscales la herencia ha de considerarse como una unidad, o si la autoridad tributaria reside fraccionada en todos los países en donde se hallan bienes relictos. Como el Derecho Tributario es Derecho Público, y éste es territorial, a diferencia del Derecho Privado que es extraterritorial, es perfectamente concebible que un Estado, con el principio de unidad en materia de Derecho aplicable, siga el de fraccionamiento a los efectos fiscales, como ocurre, por ejemplo, en España.

Con respecto a la intervención judicial, hay que recordar, que la lucha entre los principios de unidad y de fraccionamiento en materia de Derecho aplicable, es independiente del combate entre las tesis de unidad y de fraccionamiento en el ámbito de la jurisdicción internacional. Los Derechos positivos conocen todas clases de combinaciones de los diferentes supuestos. Puede haber unidad del Derecho aplicable por ejemplo, en virtud del Derecho de la última nacionalidad o del último domicilio del causante) y fraccionamiento de jurisdicciones (o sea, tribunal competente

para abrir la sucesión en cada uno de los países donde haya bienes relictos) Puede haber fraccionamiento del Derecho aplicable y unidad de jurisdicción. Puede haber fraccionamiento de Derechos aplicables y de jurisdicciones competentes (tal es normalmente el sentido de la doctrina que proclama el fraccionamiento en materia sucesoria). Y puede haber, por último, unidad del Derecho aplicable y de la jurisdicción competente.

Hay una tendencia de los privatistas de imponer su propia legislación, fortaleciéndose cada días más, si no tienen presentes los numerosos recursos que la ciencia moderna del Derecho Internacional Privado ha elaborado para evitar lesiones de los intereses nacionales a causa de la aplicación del Derecho Privado extranjero. En cuanto a los jueces, conocido es el fenómeno que la ciencia alemana denomina el "*Heimicartsstreben*", lo que significa "vuelta a los pagos", o "tirar para la querencia", y que consiste en una tendencia casi irresistible hacia la aplicación del Derecho Privado propio. Esta aspiración es tan vigorosa que los jueces no sólo evitan dentro de lo posible la aplicación del Derecho Privado extranjero, sino que inclusive esquivan, si pueden, la del Derecho Internacional Privado propio, ya que saben que a través de este último se va camino a aquél. La enemiga judicial al Derecho extranjero estriba sobre todo en el laudatorio y legítimo deseo de los jueces de dictar una sentencia bien fundada, y en su convicción de que este deseo es más fácil de realizar pudiendo basar el fallo en el Derecho propio que en el Derecho extranjero. Estas razones sirven para afirmar, sin correr el riesgo de equivocarse, que, entre dos teorías, de las cuales una obliga al juez a aplicar el Derecho extranjero, mientras que la otra le permite hacer aplicación del propio, el juez escoge esta última. Como por regla general el primer tipo de doctrinas es mantenido por los jusprivatistas internacionales, mientras que el segundo corre a cargo de los privatistas, estos últimos y la jurisprudencia luchan como aliados envolviendo la extraterritorialidad del Derecho Privado extranjero en un movimiento minucioso. Tal estado de cosas sólo puede

cambiar cuando el Derecho Internacional Privado disfrute de autonomía legislativa, ya que de este modo esta disciplina sería estudiada principalmente por los jusprivatistas internacionales, que, por un lado, no han de vencer resistencias emotivas de ningún género y, por el otro, tienen presentes en cada momento el dominio completo de la Parte General de la ciencia moderna del Derecho Internacional Privado.

### ***¿Cuáles son las razones en favor del régimen unitario?***

La finalidad del Derecho Internacional Privado consiste en salvar la unidad de las relaciones jusprivatistas del peligro, de su fraccionamiento a causa de la división de la tierra en diversos países soberanos. Todo depende, pues, de la contestación a la pregunta de si la herencia constituye una unidad o una acumulación de relaciones jurídicas paralelas, pero entre sí independientes. En este orden de ideas, se enfrenta la concepción romanista, que acepta la herencia, como la sucesión universal en un patrimonio, con la doctrina germánica, que la intuye como el reparto de los bienes relictos entre sus nuevos titulares. Aunque la concepción romanista primitivamente estaba vinculada a creencias religiosas, logró sobrevivir emancipándose de aquéllas: es en su forma secularizada en la que la tesis de la sucesión universal en la herencia conquistó los países latinos y germánicos. Siendo, pues, la herencia un patrimonio y, por ello, una unidad ideal de derechos y obligaciones, el Derecho Internacional Privado, rechazando toda contabilidad doble según que se trate del uso doméstico o extremo, debe defender esta unidad, sometiéndola a un solo Derecho que la reglamente, aunque los diversos bienes relictos se hallen en territorios supeditados a diversas soberanías. Esta ley única será la personal del causante, sea su ley nacional, sea su ley domiciliaria. El fraccionamiento de un patrimonio en el aspecto jurídico sólo se explica si se desea liquidarlo también real, o sea, económicamente.

Llegamos al resultado de que **dikelógicamente** la herencia internacional debe regirse por un solo Derecho. Como nuestra interpretación de las normas nos condujo a la conclusión de que Vélez Sarsfield quiso atemperar el gobierno de la ley del último domicilio del causante por la sumisión de los inmuebles nacionales a la ley nacional, nos encontramos con una laguna dikelógica. Procede, por esta razón, la integración del ordenamiento **normológico** acudiendo a los principios generales de justicia. Así resulta que la herencia internacional está sometida íntegramente a la ley del último domicilio del causante, cualesquiera que fuesen los bienes relictos que la constituyen y cualesquiera que fuesen los países donde ellos estén, excepción hecha, por supuesto, del juego normal del orden público.

#### **1.4 Los detalles de la reglamentación del régimen sucesorio.**

- a) **Dimensión normológica:** La aceptación o renuncia con respecto a la herencia puede ser un negocio jurídico o una imposición legal. En cuanto es lo primero, la capacidad se rige por el Derecho domiciliario del heredero en el momento de la declaración.

En el segundo supuesto hay que aplicar la ley de la sucesión. Esta última debe también calificar la conducta del heredero como negocio o como hecho jurídico.

Por la ley del último domicilio del causante se rige, pues, la herencia ab intestato así como la validez intrínseca y los efectos de los testamentos.

Es este Derecho el que rige la responsabilidad de los herederos por las obligaciones del causante y las cargas de la sucesión, mientras que la cuestión de si una obligación del causante existe y qué repercusión sobre ella ejerce su muerte, está sometida al Derecho que impera sobre la obligación. También se rige por el Derecho del último domicilio del causante

el derecho de los acreedores a pedir la separación del patrimonio del causante del de los herederos, así como la limitación de la responsabilidad de los herederos y los medios de realizarla, así como la partición de la herencia. La ley sucesoria rige igualmente el problema de si la nulidad de un testamento es parcial o total. La adquisición de la propiedad de los legados se rige por la ley que gobierna ésta, o sea, según los casos, la ley de la situación o la del domicilio del dueño. La colación se rige también por la ley que impera sobre la herencia, aunque el domicilio del causante al realizar el acto pasible de la colación haya sido diferente del de su último domicilio. La interpretación de los testamentos debe hacerse, en virtud del principio de la unidad, con arreglo a la ley del último domicilio del testador, si bien ésta normalmente mandará tener en cuenta las circunstancias del testador en el momento de redactar su última voluntad. El Derecho del domicilio del testador en el momento de redactar el testamento, resuelve sobre su capacidad de testar.

- b) **Dimensión Sociológico:** Un testamento otorgado por acto público en el extranjero que dispone de inmuebles nacionales, requiere la protocolización. La interpretación de un testamento que se refiere a inmuebles nacionales o a muebles con situación permanente en la Nación, se rige por el Derecho Nacional.
  
- c) **Dimensión Dikeologica:** Hay que aceptar la concepción correcta de orden público como conjunto de principios. La mejora, por ejemplo, del Derecho español no infringe el orden público nacional.

**SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**

**CAPITULO 5: FUERO DE ATRACCIÓN Y COMPETENCIA.**

- 1. ASPECTOS GENERALES.**
- 2. JUEZ COMPETENTE.**
- 3. FUERO DE ATRACCIÓN.**

## **CAPITULO 5: FUERO DE ATRACCIÓN Y COMPETENCIA.**

### **1. Aspectos generales.**

El proceso sucesorio constituye, fundamentalmente, el medio realizador del derecho hereditario. Podríamos definirlo como el proceso judicial cuyo fin es el de asegurar que la transmisión (o adquisición) hereditaria se opera a la persona o personas cuya vocación resulta de la ley o del testamento válido del causante o testador. Ello nos da las pautas de por qué decimos que este proceso es el medio realizador del derecho sucesorio. Permite, mediante la instancia judicial, y, por ende, las garantías jurisdiccionales propias, la determinación de los elementos que legitiman la relación jurídica que regula la transmisión mortis causa: tanto en lo referido a la vocación legítima o testamentaria como a la capacidad de los sucesores; la determinación de la masa transmitida, su composición y bienes o derechos que la integran; la determinación, asimismo, del pasivo, o sea, de las deudas y cargas; provee un régimen de administración, liquidación y partición de la masa en caso de indivisión. Además asegura debidamente la publicidad de la relación misma y garantiza el debido proceso en eventuales litigios o discusiones acerca del derecho hereditario, tales como las demandas que pudieren promover sucesores a quienes se desconoce la calidad de tales, o las reclamaciones que pudieren efectuar acreedores y legatarios para el cobro de sus créditos o el cumplimiento de los legados, o las demandas por colación, reducción, nulidad de la partición que pudieren suscitarse, etcétera.

### **2. Juez competente.**

Dijimos anteriormente que el domicilio que tenía el difunto determina el lugar en que se abre su sucesión. Luego, determinamos que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto.

### **3. Fuero de Atracción.**

La unidad sucesoria constituye corolario de la unidad e indivisibilidad del patrimonio. Ello provoca la necesidad de que un solo juez sea el que entienda en todas las cuestiones que hayan de plantearse en ocasión, o como consecuencia, de la transmisión hereditaria. Por esa razón, en general, los códigos, además de establecer las reglas de competencia para el proceso sucesorio, establece la virtualidad que dicho proceso tiene de atraer, para ser resueltas por ese mismo juez, un sinnúmero de acciones que suponen procesos contenciosos vinculados a la transmisión sucesoria. ***A esto se llama fuero de atracción.*** Se establece que ciertas acciones que interesan a los bienes o parte de ellos, o el título a la adquisición hereditaria, deben dirimirse ante el tribunal que entiende en el proceso sucesorio. El objeto de la adquisición está constituido por la herencia, como unidad sin consideración a su contenido particular ni al objeto de los derechos (considerados, por supuesto, singularmente). Ello confronta al requerimiento de la unidad de partición, pero, también, a que' durante el período de la herencia indivisa, la universalidad de los derechos activos y pasivos se sujeten a un proceso uniforme de liquidación, lo que comprende asimismo las demandas o acciones que interesen a la universalidad patrimonial.

## **CONCLUSIÓN.**

Existe una sucesión internacional cuando una persona muere dejando un patrimonio con bienes ubicados en distintos países. Surge entonces el problema de determinar el juez competente y la ley aplicable a la sucesión. Existen en la doctrina dos principales teorías para dar respuesta a ambos problemas:

1. Teoría de la pluralidad; sostiene que debe aplicarse la ley del país en que están situados los bienes, lo que implica la aplicación de varias leyes en el caso de que los bienes estén situados en distintos países. Los sostenedores del sistema de pluralidad arguyen a su favor: a) la concepción del patrimonio como entidad ideal está desprestigiada, y perimida en el derecho moderno; la idea de sucesión en la persona se ha reemplazado por la de sucesión en los bienes, por lo que se debe aplicar a éstos la ley del lugar en que están situados; b) es inexacta la postura que acepta una voluntad presunta del testador; c) toda ley de sucesión es una ley política que interesa al orden público nacional, por lo que debe aplicarse ley nacional; d) el derecho del Fisco se basa en el dominio eminente del Estado; e) no se puede aceptar la aplicación de ley extranjera a todo lo que atañe al régimen inmobiliario nacional.
2. La teoría de la Unidad y fraccionamiento de jurisdicción: determina que todas las cuestiones que se planteen en el proceso sucesorio deberán ser resueltas por un solo Juez. La Unidad en materia de Ley aplicable, determina que todas las cuestiones relativas a la sucesión serán regidas por una sola ley. El Fraccionamiento de la jurisdicción determina que existirán tantas sucesiones como bienes relictos haya repartidos en distintos países. El Fraccionamiento de Ley aplicable determina que en cada lugar donde existan bienes del causante la organización de la sucesión será distinta. Todo lo que tenga que ver con la sucesión se regirá por la ley del lugar de situación de los

bienes. Cada ordenamiento jurídico puede adoptar cualquiera de los sistemas o una combinación de ambas.

Además, nos referimos a los Tratados de Derecho Civil Montevideo 1889 y 1940. En cuanto a la sucesión testamentaria, ambos tratados se adhieren a la teoría del fraccionamiento en cuanto a la jurisdicción y ley aplicable. El art. 44 de ambos tratados dicen: “La ley del lugar de situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento... Mientras que el art. 45 dice “La misma ley de situación rige:...en suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria” De acuerdo a ello serán competentes para entender en la sucesión los jueces del lugar donde el causante haya tenido bienes y los jueces aplicarán su *lex fori* para regir la sucesión. Habrá entonces tantas sucesiones como bienes haya dispersos en distintos países. Obviamente que cuando nos referimos a distintos países debe entenderse a aquellos países parte de los tratados. Esto es porque el ámbito de aplicación territorial del Tratado son los países signatarios. Por todo lo expuesto y a través del análisis realizado podemos concluir que no podemos ratificar la Convención de la Haya sobre Sucesiones Internacionales por:

- a) PUNTO DE CONEXIÓN
- b) PACTO SOBRE HERENCIA FUTURA.
- c) PROYECTO DE CODIGO.

Por último, los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios.

## **BIBLIOGRAFIA**

CÓDIGO Bustamante. Código de Derecho Internacional Privado. La Habana: Convención de Derecho Internacional Privado, 20 de Febrero de 1928.

CÓDIGO CIVIL. 7ª.ed. Santiago: LexisNexis, 2007. 1008 p.

CÓDIGO Orgánico de Tribunales. 21ª.ed. Aprobada por Decreto N° 754 de 13 de Junio de 2006 del Ministerio de Justicia. Chile: Jurídica de Chile. 420 p.

CÓDIGO de Procedimiento Civil. 18ª.ed. Aprobada por Decreto N°1144 de 18 de Octubre de 2005, del Ministerio de Justicia. Chile: Jurídica de Chile, 2005.175 p.

FABRES, José Clemente. Derecho Internacional Privado. Santiago: Cervantes, 1908. 214 p.

GOLDSCHMIDT, WERNER. Derecho Internacional Privado. 4ª.ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2002. 235 p.

GUZMÁN, Diego; MILLÁN, Marta. Curso de Derecho Internacional Privado. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1973. 959 p.

HAMILTON, Eduardo. Derecho Internacional Privado. Universidad Católica de Chile: Jurídica de Chile, 1973. 407 p.

MONSALVE, Aldo. Derecho Internacional Privado. 4ª.ed. Santiago de Chile: Metropolitana. Jurisprudencia Excelentísima Corte Suprema 2010. 448 p.