

EL DERECHO REAL DE HERENCIA: ¿DUPLICIDAD ARTIFICIAL DE DERECHOS O DERECHO REAL EN COSA UNIVERSAL PROPIA?

THE REAL RIGHT OF INHERITANCE: ARTIFICIAL DUPLICATION OF RIGHTS OR REAL RIGHT IN OWN UNIVERSAL THING?

HERNÁN CORRAL TALCIANI*

RESUMEN: El propósito de este estudio es reivindicar la figura del derecho real de herencia que el Código Civil chileno ha regulado tomando en cuenta el derecho romano y la doctrina de autores franceses y españoles. Se sostiene que entendiendo el derecho real de herencia como derecho real en cosa propia, ello permite dar coherencia y razonabilidad al sistema de bienes y sucesorio en Chile, y se refutan las críticas que la doctrina nacional ha formulado en su contra por considerarlo artificial y superfluo. Se analizan la posesión y la prescripción de la herencia, es decir, del derecho real de herencia, que es el objeto de este estudio.

Palabras clave: derecho de herencia, cosa universal, derecho real en cosa propia

ABSTRACT: The purpose of this study is to vindicate the figure of the real right of inheritance that the Chilean Civil Code has regulated taking into account Roman law and the doctrine of French and Spanish authors. It is argued that understanding the real right of inheritance as a real right in its own thing, this allows to give coherence and reasonableness to the system of assets and succession in Chile, and refutes national scholarship's criticisms that it is artificial and superfluous. The possession and the prescription of the inheritance are analyzed, that is, the real right of inheritance, which is the object of this study.

Keywords: right of inheritance, universal thing, real right in own thing

I. DESARROLLO DEL ARTÍCULO

Este estudio se propone justificar la figura del derecho real de herencia en el Código Civil chileno que ha sido criticado por parte de la doctrina nacional¹. En primer lugar, buscaremos los orígenes de esta concepción y la coherencia que da al sistema (II), luego nos abocaremos a lo que ha señalado la doctrina y, en particular, a su supuesta vida efímera, así como a las críticas de María de los Ángeles Soza Ried (III). En el centro del estudio, está la consistencia y utilidad de un derecho real de herencia como derecho en una cosa propia de carácter universal, con una refutación de las críticas de duplicidad y complejidad que suelen hacerse (IV). Enseguida, analizamos la situación del derecho real de herencia como

* Doctor en Derecho, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Orcid N° 0000-0001-5315-1484. Dirección postal: Avenida Monseñor Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes. Correo electrónico: hcorral@uandes.cl. Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt N° 1191093. Hemos de agradecer los comentarios y críticas del arbitraje ciego, que han contribuido a mejorar el estudio.

¹ Ha de considerarse que el Código Civil chileno ha sido seguido en esto por los Códigos Civiles de Colombia (art. 665) y de Ecuador (art. 595), que son los países que lo adoptaron tempranamente.

modalidad de propiedad sobre la herencia, y exploramos qué sucede con este derecho en la herencia yacente o en la administración de un albacea con tenencia de bienes, el sentido de la posesión legal de la herencia y la adquisición por prescripción del derecho real de herencia y de las cosas hereditarias (V). El artículo finaliza con las principales conclusiones.

II. ORIGEN DE ESTA SINGULARIDAD DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

1. LA HERENCIA COMO DERECHO REAL EN EL CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código Civil, entre sus muchas originalidades que lo distancian del Código Civil francés, califica el derecho del heredero sobre la herencia como un derecho real. El artículo 577, después de definir el derecho real como “el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”, menciona cuáles son los derechos reales típicos: “Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca”². También habla de derecho de herencia o derechos hereditarios al tratar de la cesión de derechos hereditarios³ y de la acción de petición de herencia⁴, y en otras disposiciones en las que la asignación de la categoría de derecho real al derecho de herencia es manifiesta. Así, se establece que

en el tiempo intermedio entre la fecha en que principie a regir este Código y aquella en que la inscripción empiece a ser obligatoria, se hará la inscripción de los derechos reales mencionados en los artículos anteriores, del modo siguiente: ... 3º. La de un derecho de herencia, por el decreto judicial que confiere la posesión efectiva⁵;

Se señala que “los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio; excepto el derecho de herencia.— Este derecho produce la acción de petición de herencia, de que se trata en el Libro III”⁶, y para la prescripción se indica que “los derechos reales se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio, y están sujetos a las mismas reglas, salvo las excepciones siguientes: 1ª. El derecho de herencia y el de censo se adquieren por la prescripción extraordinaria de diez años”⁷.

En otras ocasiones, el Código habla de la herencia como cosa, y así se regula la posesión de la herencia⁸, la venta de una sucesión hereditaria⁹, su declaración como herencia

² CHILE, Código Civil. Art. 577.2.

³ CHILE, Código Civil. Arts. 1909 y 1910.

⁴ CHILE, Código Civil. Art. 1264.

⁵ CHILE, Código Civil. Art. 697.

⁶ CHILE, Código Civil. Art. 891.

⁷ CHILE, Código Civil. Art. 2512.

⁸ CHILE, Código Civil. Arts. 688 y 722.

⁹ CHILE, Código Civil. Art. 1801.2.

yacente¹⁰, de herencias del Fisco¹¹ y todas las referencias a la herencia como asignación a título universal¹².

Para comenzar revisaremos los antecedentes históricos de la consideración del derecho de herencia como derecho real, partiendo por los proyectos de Código Civil.

2. EL DERECHO REAL DE HERENCIA EN LOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL

En el llamado Primer proyecto de Código Civil que es erróneamente atribuido a Mariano Egaña, pero cuya autoría es de Bello¹³, aparece ya en ciernes lo que llegará a ser el art. 577. Después de dar una definición de derecho como “el que tenemos sobre cosas sin respecto a determinadas personas”, se señala: “No hay más derechos reales que el de dominio, el de servidumbre, el de censo y el de prenda o hipoteca”¹⁴. Como vemos, no aparece el derecho de herencia, ni tampoco los derechos de usufructo, uso y habitación¹⁵, y sí en cambio el de censo.

Los proyectos de 1841-1845 y 1846-1847, no incluyen la materia de bienes, sino solo las sucesiones por causa de muerte y las obligaciones y contratos. En lo relativo a sucesiones no se observa que se mencione un derecho de herencia, sino que solo se define la herencia como “la colección de todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona difunta, o una cuota determinada de dichos bienes, derechos y obligaciones...”¹⁶ y se definen las asignaciones a título universal como “las de todos los bienes o una cuota de ellos”¹⁷. En ninguno de estos proyectos aparece regulada la acción de petición de herencia.

No obstante, en los dos proyectos de obligaciones y contratos ya se encuentran referencias a un derecho de herencia que puede ser cedido¹⁸ y adquirido por prescripción¹⁹. Respecto de esto último se observa que el derecho de herencia está considerado como un derecho real, aunque sin explicitarlo; se dispone que

¹⁰ CHILE, Código Civil. Art. 1240.

¹¹ CHILE, Código Civil. Art. 1250.1.

¹² CHILE, Código Civil. Arts. 954, 956, 957, 962 y ss., 988, 1239, 1241 y ss.

¹³ Aunque no lo afirma categóricamente, señala que es lo más probable. GUZMÁN (1978) pp. 92-99.

¹⁴ CHILE, Código Civil, Primer Proyecto. Art. 4, inciso 2.

¹⁵ Al parecer en este proyecto no estaban todavía configurados estos derechos reales. Solo después de los modos de adquirir figuraba un título denominado “Del usufructo” que se refiere exclusivamente al usufructo constituido por testamento, y no se le califica como derecho real, aunque ello parece desprenderse de la posibilidad de enajenar la “mera propiedad”, pero “sin menoscabo de la legítima duración del usufructo y de los demás derechos del usufructuario” (art. 8).

¹⁶ CHILE, Código Civil Proyecto 1841-1845. Art. 2 título I. Esta norma parece inspirada en las *Instituciones de Derecho Romano* de Bello donde se señala que “La herencia es propiamente el patrimonio de una persona difunta con sus cargas, o colección de todos los derechos que competen al difunto y contra el difunto al tiempo de su muerte”, BELLO (1871) p. 82.

¹⁷ CHILE, Código Civil Proyecto 1846-1847. Art. 2 título I.

¹⁸ CHILE, Código Civil Proyecto 1841-1845. Art. 4 título 24; CHILE, Código Civil Proyecto 1846-1847, art. 400. Aunque en el primero se habla de “derecho de heredero” y en el segundo de “derecho de herederos”. En ambos proyectos aparece también la posibilidad de una venta de la “sucesión hereditaria” imponiendo que se haga por escritura pública (art. 2 tít. 22 P. 1841-1846; art. 326 P. 1846-1847).

¹⁹ CHILE, Código Civil Proyecto 1846-1847. Art. 716. El Proyecto 1841-1845 no contiene el título relativo a la prescripción; solo llega hasta el contrato de prenda.

los derechos reales siguen a las cosas corporales, y pueden perseguirse contra cualquiera poseedor; se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio; y están sujetos a las mismas reglas salvo las excepciones siguientes: El derecho de herencia no se adquiere sino por la prescripción extraordinaria de treinta años...²⁰.

Podemos ver aquí que ya en fecha temprana para Bello el derecho de herencia era, o al menos debía asimilarse, a un derecho real.

Lo anterior queda explícito en el Proyecto de 1853, en el que encontramos ya los cuatro libros del Código y, entre ellos el de Bienes. En la enumeración del artículo 681, después de definir el derecho real, se señala: “Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, y los de prenda o hipoteca”; con lo que se aparta del Código francés de 1804 que no contiene una enumeración de los derechos reales y nunca se refiere al derecho de herencia como derecho real²¹.

Además, en el Proyecto de 1853 aparece ya la distinción entre acción reivindicatoria y de petición de herencia: “Las cosas incorporales pueden también reivindicarse, excepto el derecho de herencia y los de cuotas hereditarias pro indiviso.– Este derecho produce la acción de petición de herencia, de que se trata en el libro III”²², la que aparece concebida como una acción que puede interponer “El que probare su derecho a una herencia, ocupada en todo o parte por otra persona”²³.

Se mantiene la norma que exige escritura pública para la venta de una sucesión hereditaria²⁴ y el párrafo que regula la cesión “del derecho de herencia”²⁵, como parte del título XXV del libro IV que se denomina “cesión de derechos”. Ligeros cambios se observan en lo referido a la prescripción adquisitiva: ahora el Proyecto de 1853 dispone directamente que “los derechos reales se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio, y están sujetos a las mismas reglas, salvo las excepciones y declaraciones siguientes: 1º El derecho de herencia no se adquiere sino por la prescripción extraordinaria de treinta años”²⁶.

La Comisión Revisora en un primer examen al Proyecto de 1853 dio paso al que se conoce como Proyecto Inédito. El listado de los derechos reales aparece con ligeras variaciones y ya con lo que será su texto definitivo: “Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca”²⁷. En la conformación del artículo, Bello parece haber usado el *Cours* de

²⁰ CHILE, Código Civil Proyecto 1846-1847. Art. 716, incisos 1 y 2.

²¹ Por ejemplo, el art. 1696 habla de venta de una herencia, y no se regula la acción de petición de herencia más que en una mención incidental al tratar de la declaración de ausencia en el artículo 137, hoy derogado por la ley N° 77-1447, de 1977. Sin embargo, prontamente los comentaristas comienzan a hablar de la venta de derechos sucesorios o del derecho de suceder: cfr. DELVINCOURT (1834) Tomo III, pp. 85-86.

²² CHILE, Código Civil, Proyecto de 1853. Art. 1034.

²³ CHILE, Código Civil, Proyecto de 1853. Art. 1437 a.

²⁴ CHILE, Código Civil, Proyecto de 1853. Art. 1972.

²⁵ CHILE, Código Civil, Proyecto de 1853. Arts. 2086-2088.

²⁶ CHILE, Código Civil, Proyecto de 1853. Art. 2692.

²⁷ CHILE, Código Civil, Proyecto Inédito. Art. 681. La variación es que en vez de decir como hacía el Proyecto de 1853 “y los de prenda o hipoteca”, ahora se mencionan de manera separada: “el de prenda y el de hipoteca”.

Delvincourt²⁸, aunque no consta que haya tomado de la doctrina de este autor la calificación de derecho real del derecho de herencia.

En lo referido a la acción reivindicatoria se suprime la frase “y los de cuotas hereditarias proindiviso”, para dejar solo como excepción “el derecho de herencia”, pero se sigue hablando de la reivindicación de las cosas incorporales²⁹. En cambio, en el Proyecto de 1855 presentado al Congreso, se habla de “los otros derechos reales”, con lo que adquiere su redacción definitiva, y con ello hace más patente que el derecho de herencia es considerado un derecho real.

Los preceptos del Proyecto Inédito relativos a la acción de petición de herencia³⁰, a la venta de una sucesión hereditaria³¹, a la cesión del derecho de herencia³² son idénticos a los que aparecían en el Proyecto de 1853. Solo respecto a la prescripción hay una leve variación ya que se omite la palabra “declaraciones” y se deja solo “salvas las excepciones siguientes”³³.

Como vemos, ya desde el Proyecto 1841-1845 se observa que el derecho de herencia es considerado un derecho real que puede adquirirse por prescripción. Esto se reafirma en el Proyecto de 1853 al incluir el derecho de herencia dentro del listado de derechos reales.

3. FUENTES HISTÓRICAS DEL DERECHO REAL DE HERENCIA

Andrés Bello muy probablemente tomó esta idea de las *Institutas* de Gayo que señalaban que las cosas incorporales “son las que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones de cualquier modo contraídas”, en las que aclara que no importa que la herencia contenga cosas corporales, porque el derecho en sí es una cosa incorporal³⁴. Este texto pasó luego al Digesto³⁵ y a las Instituciones de Justiniano³⁶.

Esa era una idea afirmada entre los romanistas de la época. Así se puede leer en la doctrina del romanista alemán Johannes Heineccius contenida en sus *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, publicado en 1725, y que probablemente Bello consultó en la edición latina de 1766³⁷. Heineccio enseñaba en esa obra que

El derecho que se versa acerca de las cosas es o en la cosa (*in re*) o a la cosa (*ad rem*). Tanto el derecho canónico como el civil admiten esta distinción... El derecho en la cosa es la facultad que compete a uno en la cosa sin respecto a la persona...”³⁸

²⁸ Cfr. BARRIENTOS (2016) Tomo I, pp. 758-759.

²⁹ CHILE, Código Civil, Proyecto Inédito. Art. 1034.

³⁰ CHILE, Código Civil, Proyecto Inédito. Art. 1437 a.

³¹ CHILE, Código Civil, Proyecto Inédito. Art. 1972, inciso 2.

³² CHILE, Código Civil, Proyecto Inédito. Arts. 2086 y 2087.

³³ CHILE, Código Civil, Proyecto Inédito. Art. 2692.

³⁴ Gai 2, 12-14.

³⁵ D. 1.8.1, §1.

³⁶ Inst. J. 2, 2, § 2

³⁷ En la biblioteca de Bello aparece dos obras de Heineccio: *Elementa iuris* (1766) y *Recitationes in elementa iuris* (1812). Cfr. WELLEMANN (1995) p. 185.

³⁸ HEINECCIO (1829) N° 308 y 309, p. 95.

Luego señala que de la definición del derecho en la cosa se desprende que el derecho no es momentáneo y persiste si la cosa es hurtada o perdida y que produce acción en la cosa contra cualquier poseedor. Luego afirma: “Síguese también que las especies de derecho son cuatro: 1º dominio; 2º herencia, 3º servidumbre y 4º prenda”³⁹.

No extraña así que Bello en sus *Instituciones de Derecho Romano*, que redactó como apoyo a sus clases al menos desde 1835, aunque el libro se publicó, anónimamente, solo en 1843⁴⁰, distinguiera:

Los derechos que tenemos sobre las cosas son *in re* o *ad rem*. El derecho *in re* es la facultad que compete al hombre sobre una cosa sin consideración a determinada persona. El derecho *ad rem* es la facultad que compete a una persona sobre otra para obligarla a dar o hacer algo [...] De la primera definición se sigue que el derecho *in re* no expira, aunque salga la cosa de nuestro poder, y que produce acciones *in rem* contra cualquiera que la tenga. Sus especies son cuatro, dominio, herencia, servidumbre y prenda⁴¹.

Se observa que se considera la herencia como un derecho *in re* (derecho real).

En algo debió también influir Pothier. Si bien no afirma explícitamente que el derecho sobre la herencia sea un derecho real, señala que “una universalidad de bienes como una sucesión, cuando ella nos sea disputada por otro no da lugar a la acción reivindicatoria sino a otra especie de acción, que es la de petición de herencia”⁴², y curiosamente trata de esta acción en la última parte de su Tratado sobre la propiedad. Enseña que “Del mismo modo que la acción reivindicatoria no puede ser válidamente intentada más que por el propietario de la cosa reivindicada, la petición de herencia no puede ser intentada más que por aquel que es heredero del difunto cuya sucesión reivindica, y por consecuencia *propietario* de esta sucesión”⁴³.

Esta idea de considerar la herencia como derecho real debió ser confirmada por algunos de los autores franceses que, aunque el *Code* no lo dijera expresamente, así lo en-

³⁹ HEINECIO (1829) N° 311, p. 96. Al parecer Heinecio pensaba que los derechos de usufructo, uso y habitación cabían en el concepto de servidumbres, ya que los romanos las consideraban servidumbres personales. Un poco más explícito sobre el derecho del heredero es Arnoldo Vinnio al señalar que la herencia no es la sucesión, ni el derecho de suceder, ni la cosa a que se sucede, “sino un derecho que se adquiere por la sucesión” en VINNIO (1846) Tomo I, p. 304, y agrega que Teófilo “define muy bien la herencia diciendo ser un derecho en virtud del cual uno se hace señor universal de un patrimonio de otro...”, VINNIO (1846) Tomo I, p. 306. Las obras de Vinnio estaban en la biblioteca de Andrés Bello: WELLEMANN (1995), p. 278.

⁴⁰ El libro fue publicado con autorización de Bello e incluso después de haberlo corregido no consintió en que se pusiera su nombre por creer que no era original suyo ni tampoco una traducción, como lo afirma BARROS ARANA (1905) Tomo I, p. 197, n. 4, de cuyo testimonio da fe HANISCH (1980) pp. 422-424. Más información sobre este libro en HANISCH (1982) pp. 468-472.

⁴¹ BELLO (1871) pp. 45-46. En la página 56 se señala que “Otra división de las cosas es en corporales e incorpóras. Dase el primero título a las cosas que pueden ser tocadas: el segundo a las otras, a cuya clase pertenecen las que consisten en meros derechos como *la herencia*, el usufructo y las obligaciones” (énfasis añadido).

⁴² POTHIER (1830a) Tomo I, N° 283, p. 176.

⁴³ POTHIER (1830a) Tomo I, N° 365, p. 187 (énfasis añadido). Igualmente señala que el heredero que solo es de una parte de la herencia puede ejercer la acción de petición y el juez debe declarar que esa parte “le pertenece”.

señaban. Por ejemplo Delvincourt, si bien señala que “las causas que producen el *jus in re* [derecho real] pueden, en general, ser reducidos a dos: propiedad y derechos de prenda o hipoteca. Los otros derechos reales deben ser reputados, y son efectivamente, desmembraciones del derecho de propiedad”⁴⁴, pero luego, al tratar de la “*vente des droits, ou choses incorporelles*”, dice que “los derechos son, o personales como un crédito, o reales como un usufructo, o mixtos como una herencia”⁴⁵, con lo que parece aceptar que al menos en parte el derecho de herencia sea real.

Claro Solar señala que esta era la doctrina de Duranton⁴⁶. En efecto, este jurista francés, al enumerar los derechos reales señala en segundo lugar: “*Le droit d’hérédité*” (el derecho de herencia), y lo explica como “el derecho por el cual el heredero persigue al que detenta las cosas hereditarias, a fin de que sea obligado a reconocer la calidad del demandante y en consecuencia le restituya la herencia con todas sus dependencias”⁴⁷. Agrega que “el derecho real consiste en la calidad de heredero, y la acción es el medio para que se reconozca esta calidad por el poseedor de la herencia...”⁴⁸.

Demolombe tiene una opinión matizada ya que por un lado señala que el silencio del Código no significa que lo rechace como tal, pero que en el fondo no es más que el derecho de propiedad del heredero sobre los bienes de la sucesión⁴⁹. Reconoce que Duranton tiene razón en que el derecho de herencia puede ser comprendido por el título o la misma calidad de heredero y que puede reclamar su reconocimiento ante alguien que le dispute la herencia, pero concluye que esta calidad “no es en sí, más que una manera de adquirir los derechos hereditarios, sea reales o personales”⁵⁰.

Por su parte, Laurent critica a Duranton por sostener que el derecho real de herencia es la calidad de heredero, y se pregunta cómo un derecho real que debe recaer sobre una cosa puede ser una calidad personal, aunque reconoce que hay una discusión sobre si es un derecho real o no⁵¹. Pero, siendo la primera edición del tomo VI de sus *Principes* en que Laurent analiza la materia de bienes y en que contiene esta opinión, de 1871⁵², no pudo haber influido en Bello al tiempo en que se redactó el Código Civil chileno. En cambio, los

⁴⁴ DELVINCOURT (1834) Tomo I, p. 147

⁴⁵ DELVINCOURT (1834) Tomo III, p. 83; y más adelante al tratar de la venta de una herencia señala que “se entiende aquí por herencia, no los objetos que componen una sucesión, sino el derecho mismo de suceder. Basta que este derecho exista para que la venta sea válida...”, DELVINCOURT (1834) Tomo III, pp. 85-86. El mismo autor refiere que antiguos juristas como Bartolo, Vinnio, Cujas, Duaren y Pothier discutían sobre si en la venta se incluía o no el derecho de acrecimiento. DELVINCOURT (1834) Tomo III, pp. 175-176.

⁴⁶ CLARO (1992) Tomo VI, vol. 1, N° 23, p. 32, aunque no señala que Duranton fuera la fuente de Bello, y más bien discrepa de él y se alinea con las opiniones negativas de Laurent y Baudry-Lacantinerie y Chaveaux que sostienen que el derecho real de herencia no existe en realidad y que solo es el conjunto de los derechos transmitidos al sucesor.

⁴⁷ DURANTON (1828) Tomo IV, N° 236, p. 191.

⁴⁸ DURANTON (1828) Tomo IV, N° 236, p. 192.

⁴⁹ DEMOLOMBE (1852) Tomo IX, N° 478, pp. 380-381.

⁵⁰ DEMOLOMBE (1852) Tomo IX, N° 478, p. 381.

⁵¹ LAURENT (1871) Tomo VI, N° 83, p. 107.

⁵² Los 33 tomos de los *Principes* se editaron por primera vez entre 1869 y 1878.

textos de Durantón y de Demolombe sí pueden haber tenido influencia en Bello ya que su primera edición es de 1828, el primero, y 1852, el segundo.

Lo cierto es que al tratar el *Code* de la venta de una herencia –en el artículo 1696–, siguiendo a Pothier⁵³, los comentaristas franceses se refieren a la venta de los derechos sucesorios. Troplong llega a decir que “la herencia es aquí considerada como un derecho independiente de las cosas que componen en detalle la sucesión”⁵⁴.

Florencio García Goyena, cuyas *Concordancias* fueron consultadas por Bello para la edición final del Proyecto de 1853⁵⁵, al hablar de la venta de una herencia señala que lo que se vende es el derecho o título universal de heredero⁵⁶.

4. EL DERECHO REAL DE HERENCIA Y LA COHERENCIA DEL SISTEMA

Ya muy tempranamente (en el proyecto de 1846-1847: art. 716) se observa que Bello concebía la herencia como un derecho real. Con ello no hacía más que conectarse con las fuentes romanas de las Institutas de Gayo y Justiniano, y los principales romanistas de la época como Heinecio y Vinnio que expresamente hablan de derecho de herencia como un derecho real. Este criterio nunca se desechó en los posteriores proyectos, sino que se profundizó.

En esta opción debió haber influido la lectura del tratado de la propiedad de Pothier y las *Concordancias* de García Goyena que aunque no lo califican así, implícitamente le reconocen la calidad de derecho asimilado a la propiedad o dominio.

Bello seguramente consultó la obra de Durantón en que, pese al silencio del Código francés, incluye el derecho de herencia entre los derechos reales ya que su primera edición es de 1828. También ha de haber tenido en cuenta la doctrina de Delvincourt que, aunque no menciona el derecho de herencia en la división entre derechos reales y personales, posteriormente al tratar de la venta de derechos hereditarios lo califica de derecho mixto, es decir, como un derecho personal y real.

De esta manera, no es una singularidad de Bello que calificara la herencia como un derecho real. Es *más bien una idea que cuenta con el respaldo de la tradición histórica del derecho romano*, al menos como lo interpretaban los romanistas de la época.

Además, el codificador debió haber considerado que esta opción de calificar el derecho de herencia como un derecho real era más consistente con las diversas regulaciones de la sucesión por causa de muerte: si era posible vender o donar una herencia en cuanto universalidad, reclamarla mediante una acción como la de petición de herencia, y si podía

⁵³ POTHIER (1830) Tomo I, N° 525 y ss., pp. 751 y ss.

⁵⁴ TROPLONG (1844) N° 953, pp. 431-432.

⁵⁵ Las *Concordancias* si bien fueron publicadas en España en 1852, arribaron muy pronto a Chile, de modo que Bello pudo usarlas para la edición del Proyecto de 1853, publicado en enero de ese año (se le cita como fuente en los arts. 1720 y 1721). Cfr. LIRA (1956) p. 75. Lo mismo afirma WELLEMAN (1995) p. 177.

⁵⁶ GARCÍA GOYENA (1852) Tomo III, art. 1462, p. 432, comentando el precepto que reproduce el art. 1696 del Código francés, apunta: “Aquí no se venden las cosas particulares contenidas en la herencia, sino una cosa incorporal, el derecho o título universal de heredero”. Además, contiene un artículo para disponer que “el que por cualquier título enajena su derecho hereditario... se entiende que ha aceptado la herencia”. Luego GARCÍA GOYENA (1852) Tomo II, art. 830, p. 217, agrega, que si un tercero hubiere comprado “el derecho hereditario” de uno o más de los herederos, cualquiera de ellos puede excluirlo de la partición y subrogarse en sus derechos si le reembolsa el precio (Tomo II, art. 916, pp. 271-272).

adquirirse por prescripción, todo esto se explicaba mejor dando a la calidad de heredero la consistencia de un derecho subjetivo. Al considerar que se trata de un derecho que recae directamente en una cosa, aunque universal: el patrimonio hereditario, no podía sino incluirse en la categoría de los derechos reales, como una titularidad de pertenencia de ese patrimonio como un todo universal.

III. EL DERECHO REAL DE HERENCIA EN LA DOCTRINA CHILENA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Nuestros civilistas enseñan que la herencia puede mirarse desde un punto de vista objetivo: como el conjunto de relaciones jurídicas que conforman el patrimonio del causante, y desde un punto de vista subjetivo: como un derecho a este conjunto que corresponde al heredero como asignatario a título universal⁵⁷. Pero se observa algún grado de confusión para conceptualizarlo. Somarriva dice que es “un derecho que consiste en la facultad o aptitud de una persona para suceder en el patrimonio del causante o en una cuota de él”⁵⁸, confundiendo el derecho a heredar (*ius delationis*) con el derecho de herencia⁵⁹. Claro Solar dice que la herencia es “a la vez que un modo de adquirir el patrimonio del difunto, una abstracción, una idealidad jurídica, una cosa incorporal, o sea un derecho, que comprende el conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales, que recaen sobre cosas materiales o inmateriales que constituían el patrimonio objeto de la sucesión”, y que por eso el Código Civil coloca “la herencia entre los derechos reales”⁶⁰.

La herencia es la cosa universal y no un modo de adquirir, y el derecho de herencia no “comprende” un conjunto de relaciones jurídicas sino que es un derecho que recae sobre la cosa universal que es la herencia. Somarriva incurre en una confusión similar al escribir que el derecho de herencia “constituye una universalidad jurídica”⁶¹.

El derecho de herencia sería un derecho real en cuanto se ejerce directamente sobre la cosa universal que es el patrimonio del causante, sin respecto a determinada persona, fundado en la calidad de heredero, de manera que “corresponde así a la concepción clásica de derecho real que admite el art. 577”⁶², a lo que se une que de este derecho surge una acción real: la de petición de herencia. Por eso se distinguiría del dominio sobre los bienes

⁵⁷ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011) Tomo I, N° 109, p. 152. Esta distinción es señalada también por SOMARRIVA (2022) Tomo I, N° 39, p. 46.

⁵⁸ SOMARRIVA (2022) Tomo I, N° 39, p. 57.

⁵⁹ Curiosamente, siguiendo a Somarriva, incurren en la misma confusión SILVA (2020) p. 24; FIGUEROA (2021) pp. 594-595; ELORRIAGA, (2015b) p. 101; RIVERA (2020) Tomo I, pp. 319-320. Defiende que el derecho real de herencia incluye el derecho a adquirir la herencia, OLAVARRÍA (2004) p. 68. Nos parece que se confunde el derecho a heredar con el derecho de herencia: el segundo es un derecho real, mientras que el primero es un derecho personal que nace de la delación de la asignación, en el sentido de que el llamado puede aceptarla o repudiarla. En el fondo se trata del *ius delationis*, que posibilita el derecho de transmisión (art. 957 CC).

⁶⁰ CLARO (1992) Tomo XIII, N° 20, p. 20.

⁶¹ SOMARRIVA (2022) Tomo I, N° 40, p. 57. Aunque al analizar esta supuesta característica del derecho de herencia habla de que es la herencia la que constituye una universalidad jurídica (Tomo I, N° 42, pp. 58-59).

⁶² DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011) Tomo I, N° 111, p. 155.

de los que el causante era dueño⁶³, que el derecho de herencia recae sobre la cosa universal que es la herencia, y que ha sido la fórmula técnica elegida por el codificador para explicar la sustitución de la persona del causante por la del heredero⁶⁴.

Se trata también de un derecho patrimonial y como tal puede ser transferido a título gratuito u oneroso⁶⁵, y ser transmitido por causa de muerte ya sea por herencia o legado. También por la misma razón es un derecho que puede adquirirse por prescripción adquisitiva extraordinaria de diez años⁶⁶ u ordinaria de cinco años⁶⁷.

2. LA “VIDA EFÍMERA” DEL DERECHO REAL DE HERENCIA

Se ha hecho común afirmar que este derecho tiene una “vida efímera” ya que, como advierte Somarriva, realizadas las adjudicaciones a los herederos y partida la herencia “es indiscutible que el derecho de herencia pasa a confundirse con el derecho de dominio” por lo que el derecho de herencia “tiene una vida transitoria, para dar paso al de dominio”⁶⁸, lo que se deriva del efecto declarativo de la partición contenido en el art. 1344 del Código Civil.

Se señala que

antes de la partición todos los herederos tenían, en conjunto el dominio de cada bien del causante y de que este era dueño, pero cada cual no era propietario de ninguno en particular por sí solo. Cada cual tenía su derecho de herencia sobre una cuota de la universalidad, pero no el dominio de una cuota de cada bien. Es realizada la partición y la adjudicación que se singulariza el derecho de cada heredero. Cuando ello sucede, no tiene razón el derecho de herencia y desaparece⁶⁹.

Figuroa señala que el derecho real de herencia tiene una vida efímera ya que está destinado a terminar una vez hecha la adjudicación de los bienes⁷⁰. Olavarría reitera que el derecho de herencia nace con el fallecimiento del causante y es transitorio, ya que se extin-

⁶³ Cfr. SOMARRIVA (2022) Tomo I, N° 41, p. 57.

⁶⁴ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011) Tomo I, N° 112, p. 157. SILVA (2020) pp. 29 y ss., siguiendo a Stitchkin, expone las diferencias entre el derecho real de herencia y el derecho de dominio: la forma de adquisición, de enajenación, la amplitud (el derecho de herencia recae sobre activo y pasivo; una cosa universal), si son varios herederos, hay cotitularidad en el derecho de herencia y copropiedad sobre los bienes singulares.

⁶⁵ Cfr. arts. 1909 y 1910 CC.

⁶⁶ CHILE, Código Civil. Art. 2512.1.

⁶⁷ CHILE, Código Civil. Arts. 1269 y 704.4.

⁶⁸ SOMARRIVA (2022) Tomo I, N° 43, pp. 59-60. SILVA (2020) p. 13, señala que tanto el derecho real de herencia como la comunidad hereditaria son transitorios, ya que una vez liquidada la herencia se extingue tanto el derecho como la comunidad, pero observa que bien puede desaparecer el derecho de herencia y subsistir la comunidad si se acuerda que ciertos bienes se mantengan en común entre dos o más herederos, o si son adjudicados en conjunto a varios de ellos.

⁶⁹ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011) Tomo I, N° 114, p. 159.

⁷⁰ FIGUROA (2021) p. 597. En el mismo sentido, DIEZ (1995) pp. 125-126.

que con la partición y liquidación de la herencia⁷¹, y Rivera señala que se trata de un derecho efímero y que “está destinado a esfumarse”⁷².

La mayoría de estos autores piensan que el derecho real de herencia se extingue desde la partición, aunque Silva Segura sostiene que ello sucede con la inscripción de la posesión efectiva⁷³.

3. CRÍTICAS A LA FIGURA DEL DERECHO REAL DE HERENCIA

Parte de la doctrina ha criticado esta construcción por varias razones: en primer lugar porque si la herencia es una universalidad, el derecho que recae sobre ella es una “pura creación del legislador”, y no siempre esta creación parece justificada y lógica.

Además porque existiría una duplicidad de derechos del heredero: el derecho real de herencia que recae sobre la universalidad o patrimonio hereditario y el dominio respecto de los bienes de que era dueño el causante, sin que exista vinculación entre ambos, de modo que los bienes pueden entrar o salir de la universalidad sin que esta se altere: “Llevada la idea a su extremo, resultaría que un heredero podría perder, aisladamente, todos los bienes de la herencia y mantener su derecho real sobre una universalidad desprovista de contenido”⁷⁴.

Otra dificultad que presenta el derecho real de herencia es si se trata de un derecho mueble o inmueble, y con ello si su cesión (tradición) requiere o no inscripción del título en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

La crítica más aguda es la de María de los Ángeles Soza, por lo que nos parece que merece un párrafo aparte.

4. LA POSICIÓN DE MARÍA DE LOS ÁNGELES SOZA

La crítica de María de los Ángeles Soza Ried se encuentra en un artículo publicado en la *Revista de Derecho* de la Universidad Austral de Chile, y que lleva por título “La cesión del ‘derecho real’ de herencia y de una cuota hereditaria”⁷⁵. La puesta entre comillas de la expresión derecho real anuncia desde ya que la autora niega la funcionalidad del derecho real de herencia, a pesar de las normas del Código Civil que así lo consagran.

Su crítica parte por rechazar que la herencia sea una universalidad de derecho una vez que se haya producido la aceptación de algún heredero, porque, a diferencia de otros ordenamientos, en Chile no se adquiere por sucesión al morir el causante sino solo cuando se acepta su herencia. Antes de la aceptación por algún heredero, habría universalidad jurídica pero no derecho real de herencia, sino solamente un derecho a la herencia, entendido como *ius ad rem*. Una vez aceptada la herencia, si hay un solo heredero solo habría dominio

⁷¹ OLAVARRÍA (2004) pp. 28 y 68.

⁷² RIVERA (2020) Tomo I, pp. 324-325.

⁷³ SILVA (2020) p. 27, piensa que el derecho real de herencia se extingue una vez inscrito el decreto que concede la posesión efectiva de la herencia, ya que desde ese momento el heredero o herederos pueden disponer de las cosas separadamente. Esta posición implica que una vez obtenida e inscrita la posesión efectiva no cabría cesión del derecho real de herencia, ya que se habría extinguido.

⁷⁴ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011) Tomo I, N° 113.1, p. 158.

⁷⁵ SOZA (2004) pp. 91-111.

sobre las cosas singulares, y si hay varios se daría una comunidad que explicaría la conexión entre los bienes, y que está destinada a desaparecer.

Añadir el derecho real de herencia sería duplicar derechos de manera artificiosa: “si consideramos al conjunto de los herederos como comuneros, es decir, como condóminos, está de más considerarlos como titulares de un derecho real cuyo contenido es precisamente el dominio común sobre esos bienes”, a lo que agrega

Esta duplicidad nos parece excesivamente rebuscada, y por lo demás innecesaria. En efecto, cuando hay bienes en la herencia, que es lo más común, el contenido del derecho de herencia no puede ser sino real, esto es, consistente en bienes, de modo que, de aceptarse la existencia del derecho real de herencia, concurrirían dos derechos reales cuyo objeto es idéntico⁷⁶.

Señala que si, como dice la doctrina mayoritaria, el derecho real de herencia tiene una existencia transitoria, una vida efímera, esto haría más rara la figura de este derecho real: “resulta difícil concebir un derecho real de carácter intrínsecamente efímero, dado que lo que precisamente caracteriza al derecho real frente al personal es su permanencia en el tiempo”⁷⁷.

La autora se hace cargo de las justificaciones que se dan para reconocer la utilidad de este derecho real, en relación con el fundamento de la acción de petición de herencia y en cuanto a la cesión de los derechos hereditarios.

Respecto de la acción de petición de herencia señala que no es necesario fundarla en un derecho real de herencia que recae sobre la universalidad de la herencia. Basta con reclamar los efectos hereditarios con el fundamento de la calidad de heredero. El artículo 1264 dispone que esa acción corresponde a quien probare derecho en la herencia, y se pregunta Soza: “¿Quién tiene ‘derecho a la herencia’, sino el que detenta la condición de heredero?”⁷⁸.

En lo referido a la cesión de derechos hereditarios piensa que los artículos 1909 y 1910 regulan de manera comprensiva el título o contrato por el cual el cedente se obliga a ceder sus derechos en la herencia, por lo que si se trata de venta o permuta se necesitará como solemnidad la escritura pública⁷⁹ y si es donación además de escritura pública, debe haber insinuación e inventario solemne⁸⁰. Pero escribe que lo que se vende o dona no es un derecho diferente al derecho de dominio de las cosas ni tampoco una cosa universal, ya que la calidad de heredero siempre permanece en el cedente como lo prueba el que permanezca sujeto a las acciones de los acreedores hereditarios que no están obligados a perseguir al cesionario o comprador. Señala que “la adquisición del derecho real de herencia significaría para el cesionario asumir la condición de heredero, lo cual naturalmente no ocurre, ya que

⁷⁶ SOZA (2004) p. 95.

⁷⁷ SOZA (2004) p. 96.

⁷⁸ SOZA (2004) p. 98.

⁷⁹ CHILE, Código Civil. Arts. 1801 y 1898.

⁸⁰ CHILE, Código Civil. Art. 1407.

la asunción de deudas, por ejemplo, que es la característica prototípica de la herencia, no se produce en este mecanismo, sino cuando expresamente se conviene así⁸¹.

Además, y coincidiendo con los profesores Domínguez Benavente y Domínguez Águila, señala que lo que se cede es solo el activo de la sucesión hereditaria, es decir, los bienes corporales e incorporales que integran la herencia⁸².

Impugna la idea de que haya una doble cesión: del derecho real de herencia, que es el dominio del total de bienes, y el dominio de los bienes singulares:

si se sostiene que el cedente cede su cuota en el derecho real de herencia, habría que decir que el cesionario adquiere, por un lado, una cuota en la comunidad hereditaria, convirtiéndose en condómino, y por otro, que se hace titular de una cuota del derecho real de herencia cuyo contenido es el dominio común sobre los bienes hereditarios. Es decir, adquiere dos derechos de idéntico contenido. A nuestro juicio, lo único que adquiere el cesionario es la calidad de condómino, si bien a un título distinto del hereditario⁸³.

Para efectos de la tradición sostiene que la polémica sobre si la herencia es o no inmueble es tan artificial como la construcción de este derecho real distinto del dominio. Así, si se trata de un heredero único la tradición de los muebles puede hacerse de manera conjunta por alguno de los modos de tradición simbólica, los créditos por las formas de transferencia reconocidas por nuestro derecho civil y comercial y los inmuebles por la inscripción del contrato de cesión de derechos hereditarios en el Conservador de Bienes Raíces⁸⁴. Si son varios herederos, y uno cede su derecho en la herencia lo que hay es una venta o donación de una cuota en el dominio de los bienes que componen la herencia, y que por ser un bien inmaterial se debe hacer de manera instrumental a través de la misma cesión⁸⁵. De este modo: “al adquirir esta cuota en la comunidad hereditaria, el cesionario adquiere los derechos de comunero”⁸⁶, es decir de condómino pero no de coheredero.

⁸¹ SOZA (2004) p. 98.

⁸² SOZA (2004) p. 98.

⁸³ SOZA (2004) p. 99.

⁸⁴ Soza escribe que “El único heredero que decide ceder su derecho de herencia debe hacer la transferencia de todos y cada uno de los efectos hereditarios. Y, al igual que en la venta de un establecimiento de comercio, no es necesario que los bienes muebles se entreguen singularmente, pudiendo a estos efectos realizarse en forma simbólica una entrega conjunta de todos los muebles. Los derechos, acciones y créditos, en cambio, deben ser cedidos de acuerdo con las normas específicas que se establecen a tales efectos en nuestro ordenamiento civil y comercial, mientras que los inmuebles deben ser transferidos instrumentalmente, es decir, por medio de la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces”, SOZA (2004) pp. 101-102.

⁸⁵ Señala Soza que “Lo que se transfiere [el coheredero], entonces, es la cuota que se tiene en la comunidad hereditaria, no cosas singulares, de modo que la entrega, a nuestro juicio, ha de hacerse de una manera simbólica, al igual que ocurre respecto de los créditos. En efecto, como la cuota es inmaterial, debe verificarse algún acto por el cual se haga efectiva la adquisición de la cuota, el cual, a nuestro modo de ver, no es más que la suscripción de la escritura de cesión en la que conste que desde ese mismo acto el cedente ya no puede disponer de su cuota, porque ya no le pertenece. Se trata, entonces, de una forma instrumental de realizar la tradición de la cuota, que no puede operar de otro modo, precisamente por su carácter inmaterial”.

⁸⁶ SOZA (2004) p. 103.

Respecto de la herencia que contiene inmuebles distingue entre si la cesión la hace un coheredero o un heredero único. En ambos casos, la cesión constituye aceptación tácita de la herencia⁸⁷. Si se trata de coheredero y la cesión se hace antes de pedirse la posesión efectiva, el cesionario no tiene derecho a ser incluido en la inscripción del auto o resolución de posesión efectiva ya que no es heredero, pero sí debiera incluirse en la primera inscripción especial del artículo 688 N° 2 del Código Civil ya que es comunero y no podría disponerse conjuntamente de los inmuebles hereditarios mientras no se haga esta inscripción. También este cesionario puede pedir e intervenir en la partición y si le es adjudicado el inmueble deberá inscribirse esa adjudicación conforme al artículo 688 N° 3. Si la cesión es posterior a la posesión efectiva, el cesionario no necesita incluirse en la inscripción del auto o resolución de la posesión efectiva, pero sí siendo comunero debe incluirse en la inscripción del artículo 688 N° 2, ya que es indispensable esa inscripción que es de los comuneros en la herencia para disponer de los inmuebles de consuno. Concluye que “En definitiva, puede decirse que cuando hay inmuebles en la sucesión, las inscripciones que se hagan a nombre del cesionario de cuota solo tienen por finalidad habilitarle para disponer junto con el resto de los comuneros de los inmuebles de la sucesión, y, en ningún caso, significan tradición”⁸⁸.

Si se trata de un heredero único debe exigirse que pida él la posesión efectiva y luego haga la cesión, la que siendo una cesión de las cosas singulares de la herencia, si se trata de inmuebles debe hacerse la tradición por la inscripción del título (la cesión) en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces del lugar en que está situado el bien raíz⁸⁹. No precisa la autora si el heredero único debe inscribir el inmueble a su nombre conforme con el artículo 688 N° 2, para poder disponer de él, pero entendemos que debiera exigirse dicha inscripción para mantener la historia de la propiedad raíz.

La tesis de Soza es estrictamente jurídica y no se refiere únicamente a las dificultades prácticas del derecho real de herencia, sino que señala que la regulación del Código Civil debe interpretarse prescindiendo de la figura del derecho real de herencia.

El planteamiento de Soza ha sido recogido por algunos de nuestros principales autores que han escrito posteriormente sobre la materia. Peñailillo después de citar su opinión llega a decir que “parece innecesaria la creación de este derecho real de herencia”⁹⁰. Palavecino sostiene que concuerda con este análisis, sin perjuicio de expresar algunas discrepancias⁹¹.

⁸⁷ CHILE, Código Civil. Art. 1230.

⁸⁸ SOZA (2004) p. 108.

⁸⁹ Señala la autora que “el cedente, al transferir la herencia al cesionario, deberá entregar los objetos de la herencia de acuerdo con la naturaleza de estos, según hemos visto más arriba. Y si hay inmuebles, debe entregarlos de un modo instrumental, esto es, debe hacer la transferencia por medio de la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. De este modo, el cesionario adquiere el inmueble como quien adquiere una cosa singular. En otras palabras, no adquiere la universalidad, que ya no existe, sino un inmueble que pertenecía al heredero por causa de herencia”. SOZA (2004) p. 108.

⁹⁰ PEÑAILILLO (2019) p. 906, nt. 1227.

⁹¹ PALAVECINO (2012) pp. 185-207.

IV. CONSISTENCIA Y UTILIDAD DEL DERECHO REAL DE HERENCIA. REFUTACIÓN A SUS CRÍTICAS

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo defenderemos la consistencia y la utilidad del derecho real de herencia y refutaremos las principales críticas. Comenzamos examinando la herencia como cosa universal distinta de las cosas singulares que la integran, y negando que haya duplicidad de derechos.

Además, analizamos la adquisición simultánea del derecho de herencia y las cosas singulares de las que era dueño el causante, la acción de petición de herencia como acción que emana justamente del derecho real de herencia, y lo que sucede con este derecho antes de la aceptación: en la herencia yacente y en la herencia testada con albacea con administración de bienes. Terminamos criticando la tesis de que la función del derecho real de herencia sería la de preparar la liquidación de la herencia y pago de las deudas del causante, y haciendo ver que en países que no cuentan con este derecho los problemas son aún peores que en el nuestro.

2. LA HERENCIA ES UNA COSA UNIVERSAL DISTINTA DE LAS COSAS SINGULARES QUE LA INTEGRAN

Las críticas se refutan si se concluye que la herencia es considerada por el Código Civil como una universalidad de derecho, es decir, como una cosa universal a la que la ley da su consistencia, y que si bien su adquisición se produce desde que el heredero acepta, esta se retroae al momento de la delación de la herencia del causante⁹². Justamente la institución de la herencia yacente y el nombramiento de un guardador evidencian que el Código Civil la mira como una universalidad de derecho⁹³.

El que la herencia sea una cosa universal proviene del derecho romano clásico⁹⁴, y claramente ha sido recepcionada por nuestro Código Civil. En muchas ocasiones se menciona la herencia como si fuera una cosa universal incluso sin aceptación⁹⁵ y se distingue la herencia de las cosas que la componen a las que se da el nombre de “cosas hereditarias”⁹⁶. Además, se le califica expresamente de cosa universal⁹⁷, que es susceptible de posesión⁹⁸ y de prescripción adquisitiva⁹⁹.

⁹² CHILE, Código Civil. Art. 1239.

⁹³ CHILE, Código Civil. Arts. 481 y 1240.

⁹⁴ GUZMÁN (2013), Tomo II, p. 417, enseña que la *hereditas* romana es un complejo de relaciones que es objeto de la sucesión, por lo que eso “viene a significar que la herencia es concebida como una *universitas* creada por el *ius* (‘universalidad jurídica’)”. Por su parte, D’ORS (1991) p. 303, señala que la universalidad de derecho del heredero puede no coincidir con la totalidad de la herencia si existen otros herederos concurrentes, ya que en tal caso se reduce a la cuota en la universalidad y en los bienes que la integran.

⁹⁵ CHILE, Código Civil. Arts. 166, 255.3°, 399, 532.2, 722, 734, 954, 967, 975, 1096, 1317, 1371, 1373, 1526.4° y 2306 CC.

⁹⁶ CHILE, Código Civil. Arts. 483, 484, 1231, 1257, 1264, 1267 y 1268.

⁹⁷ CHILE, Código Civil. Arts. 1317, 2304 y 2306.

⁹⁸ CHILE, Código Civil. Arts. 722, 688 y 704.4°.

⁹⁹ CHILE, Código Civil. Arts. 2512.1°, 1269 y 704.4°.

En otras ocasiones se habla de la herencia como derecho¹⁰⁰ o de derechos hereditarios, derecho de herencia o derecho de suceder por causa de muerte¹⁰¹.

3. NO EXISTE DUPLICIDAD DE DERECHOS NI DE ACCIONES

Sobre esta cosa universal (universalidad jurídica) existe un solo derecho, cual es el derecho de herencia, que nuestro Código le da la categoría de derecho real. No hay un doble derecho porque el derecho sobre la herencia recae sobre la universalidad, ya sea del total o de una cuota, sea uno o varios los herederos. Si se trata de un heredero habrá un derecho real de herencia, si son varios los que aceptan habrá una cotitularidad en un derecho real de herencia.

Concurrentemente, los herederos se hacen dueños de las cosas en las que el causante tenía un derecho de propiedad, pero en la herencia también se encuentran cosas de las que el causante era solo poseedor o incluso mero tenedor y la herencia incluye también las deudas transmisibles del causante. Por ello no puede señalarse que se trata de una duplicidad de derechos artificiosa, lo que se demuestra en cómo el Código regula la acción de petición de herencia, en la que no se reclaman las cosas singulares sino la totalidad o parte de la cosa universal, en la que existen cosas de propiedad del causante pero también otras que no eran de dominio suyo.

El Código lo señala de manera expresa:

El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños¹⁰².

Se distingue claramente la acción de petición de herencia de la acción reivindicatoria¹⁰³, lo que es coherente con lo que se afirma en el inciso 2° del artículo 577 en cuanto a que “De estos derechos [reales] nacen las acciones reales”.

Del dominio y de los otros derechos reales nace la acción real que es la reivindicatoria, mientras que del derecho real de herencia nace la acción de petición de herencia (cfr. art. 891 CC).

4. ADQUISICIÓN SIMULTÁNEA DEL DERECHO REAL DE HERENCIA Y DEL DOMINIO DE LAS COSAS SINGULARES

Esta cuestión suscita el problema de si nuestro Código Civil siguió el modelo romano de adquisición de la sucesión (solo se produce por la aceptación) o el sistema ger-

¹⁰⁰ CHILE, Código Civil. Arts. 127, 219, 531, 565.2, 670.2 y 2498.2.

¹⁰¹ CHILE, Código Civil. Arts. 254, 577.2, 697.3°, 891, 983.2, 1230, 1264, 1330, 1463, 1749.3, 1898, 1909 y 2512.1°

¹⁰² CHILE, Código Civil. Art. 1264.

¹⁰³ CHILE, Código Civil. Arts. 891 y 1268.1.

mánico (se produce por el solo ministerio de la ley al abrirse la sucesión aunque puede ser repudiada)¹⁰⁴.

Pero cualquiera sea la tesis que se siga, ya sea que se es heredero, aunque no se haya aceptado o que se es heredero desde que se acepta, pero que esta aceptación opera con efecto retroactivo, lo cierto es que el derecho real de herencia se adquiere al mismo tiempo que el derecho de dominio sobre las cosas que el causante era dueño, es decir, al aceptarse la herencia que opera con efecto retroactivo¹⁰⁵.

Si se trata de más de un heredero habrá cotitularidad en el derecho de herencia y copropiedad para las cosas que eran del causante¹⁰⁶.

Si son varios los herederos se formará entre ellos, respecto de los bienes singulares que hayan sido de propiedad del causante, una comunidad y cada uno será dueño de la cuota que, según la ley o el testamento, le corresponde en la herencia. Se trata, por tanto, del derecho de cada heredero sobre las cosas singulares que se corresponden con una cuota en la comunidad integrada por las cosas singulares de la herencia¹⁰⁷.

Por ello, si solo algunos herederos enajenan un bien de la herencia, el excluido podrá ejercer la acción reivindicatoria de la cuota que le corresponde en ese bien¹⁰⁸. Se mantiene que la naturaleza de los bienes comunes se comunica a la cuota, de manera que si se trata de cuota en inmueble común es inmueble y si se trata de cuota en un bien mueble común será mueble¹⁰⁹. No es efectivo sostener que la comunicación de la cuota de la comunidad

¹⁰⁴ Una revisión de las opiniones de la doctrina chilena puede verse en ELORRIAGA (2015b) pp. 106-118.

¹⁰⁵ Como Olavarría piensa que el derecho real de herencia incluye la facultad de aceptar o repudiar, defiende que el derecho se adquiere por el modo sucesión por causa de muerte por la delación de la herencia, aunque señala que si el heredero repudia se entiende que nunca tuvo derecho real de herencia: OLAVARRÍA (2004) pp. 187-193.

¹⁰⁶ Siguiendo la tesis de la adquisición por la sola muerte del causante, que es la tesis tradicional, afirma esto FIGUEROA (2021) pp. 586-587.

¹⁰⁷ URRUTIA (1909) pp. 241-244, sostiene que si se trata de más de un heredero el derecho real de herencia no conlleva una cuota en cada una de las cosas singulares que integran la herencia ni existe una propia comunidad, sino sobre la universalidad del patrimonio hereditario. Lo señala fundándose en que, si bien se permiten actos sobre cuota de una comunidad universal y también su reivindicación, la partición puede dejarlos sin validez por el efecto declarativo de la adjudicación. Aunque su planteamiento es confuso ya que parece distinguir entre cesión del derecho real de herencia que dice relación con el patrimonio hereditario como un todo, y la cesión de cuota en una comunidad así como la reivindicación de cuota en cosa singular que no integre una comunidad universal. DIBARRART (2020) Tomo 3, p. 917, señala también que antes de la adjudicación no hay derecho de dominio, sino solo derecho real de herencia.

¹⁰⁸ Así lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, negando la tesis de que en una comunidad universal no existe propiedad sobre la cuota. Cfr. ELORRIAGA (2015a) pp. 113-132. La jurisprudencia puede verse en pp. 115-118. Peñailillo se decanta por permitir la acción reivindicatoria de cuota en las cosas singulares de la herencia, ya que afirma ser partidario de la tesis de la comunicación entre cuota y comunidad. PEÑAILILLO (2019) p. 1402.

¹⁰⁹ A favor de la comunicación de la cuota en la comunidad, véase SILVA (2020) pp. 158-171, donde aparecen argumentos en contra y que señalan que antes de la partición solo habría una expectativa o derecho eventual de dominio. Peñailillo se muestra partidario de la comunicación entre cuota y bienes comunes, pero en el caso de la herencia señala que existe una comunidad universal de dominio (una universalidad de hecho), por lo que la cuota dependerá de los bienes que la integren: si son solo muebles, la cuota será mueble; si son solo inmuebles, la cuota será inmueble, pero si la comunidad universal se compone de muebles e inmuebles, la cuota será “mixta”. Nada dice para aclarar este calificativo. PEÑAILILLO (2019) pp. 524-529. Nos parece que estamos ante una construcción difícil de aceptar, ya que la comunidad hereditaria no es una universalidad de hecho, sino que son

hace más difícil de conciliar el derecho real de herencia con el dominio cuotativo de cada uno de los bienes; el derecho real de herencia no recae sobre la comunidad o las cuotas de los herederos, sino que sobre el patrimonio del causante y no solo sobre los bienes de los que era dueño sino en los que es poseedor o mero tenedor, y además incluye el pasivo, las deudas, que, aunque se dividan de pleno derecho según las cuotas de los herederos, esto no implica que no existan en el derecho real de herencia y que no se transmitan al cesionario cuando se hace cesión de dicho derecho.

Obviamente, los coherederos, si se trata de un bien que está en posesión de un tercero, podrán ejercer en conjunto la acción reivindicatoria, o uno de ellos podría actuar por los demás en virtud de los poderes de administración que tienen los comuneros por aplicación de las reglas de la sociedad (arts. 2305 y 2081 CC)¹¹⁰.

Un argumento histórico para la procedencia de la acción reivindicatoria de cuotas de la herencia la proporciona la eliminación del proyecto de 1853 de la exclusión de la acción reivindicatoria de “los [derechos] de cuotas hereditarias proindiviso” y que desaparece del Proyecto Inédito y del Proyecto de 1855, que mantiene solo el derecho real de herencia como cosa incorporal no susceptible de reivindicación¹¹¹. Es lo que defiende Claro Solar¹¹².

5. LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA SE FUNDA EN EL DERECHO REAL DE HERENCIA

Se sostiene que la calidad de heredero es suficiente para justificar una acción para pedir la cosa universal que es la herencia, pero en nuestro sistema las acciones se fundan en derechos subjetivos, ya sean reales o personales. Por eso la simple calidad personal de un

los bienes singulares los que son comunes si existen varios herederos, por lo tanto, al comunicarse la cuota si el bien hereditario es mueble la cuota será mueble y si es inmueble será inmueble.

¹¹⁰ CHILE, Código Civil. Arts. 2036 y 2081. Así lo sostiene RODRÍGUEZ (2002) Tomo II, pp. 126-127. Se oponen DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011) Tomo III, p. 1149, quienes piensan que deben obrar todos los herederos en conjunto ya que la acción supone la titularidad del dominio y esta corresponde a todos los herederos. Parece inclinarse por este partido, ELORRIAGA (2015b) p. 608. Peñailillo da argumentos de cada posición, aunque señala que el problema debiera resolverse caso a caso. PEÑAILILLO (2019) pp. 1403-1404.

¹¹¹ El art. 1034 inc 1° del Proyecto de 1853 decía: “Las cosas incorporales pueden también reivindicarse, excepto el derecho de herencia y los de cuotas hereditarias proindiviso”. Lo más probable es que esta norma se creyera duplicada con la que disponía la procedencia de la acción reivindicatoria de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular (actual art. 892), y que, por ello, se excluyeran las cuotas hereditarias proindiviso. También puede pensarse que cuando se refiere a cuota hereditaria se refería a las cuotas de la herencia, pero para esto bastaba con la acción de petición de herencia. No obstante, la primera interpretación puede ser mejor entendida ya que se habla de cuotas hereditarias “proindiviso”, y este calificativo implica propiedad común. Además, la misma definición de acción reivindicatoria del art. 889 el Código habla de “cosa singular”, si bien en su versión más antigua en el manuscrito de Bello del originario “Título 9. De la reivindicación” (Manuscrito 692-4, disponible en Archivo Central de Andrés Bello U. de Chile, Colección Manuscritos) decía “Las cosas incorporales pueden también reivindicarse, excepto el derecho de herencia y las cuotas hereditarias pro indiviso”. Barrientos piensa que en los arts. 891 y 892 ha tenido influencia el *Traité* de Pothier sobre la propiedad, ya que este excluía de la acción reivindicatoria las cosas universales como la herencia: POTHIER (1830a) Tomo I, N° 283, p. 176. BARRIENTOS (2016), Tomo I, p. 1029-1030.

¹¹² CLARO SOLAR (1992), Tomo IX, N° 1729, p. 393: “es indiferente, por lo demás, que la cosa singular cuyo dominio corresponde proindiviso a varias personas, forme parte de una universalidad o comunidad no liquidada”. Pero no se trata, como parece afirmar, de que todo heredero pueda reivindicar “según el derecho que tenga en la herencia o en la comunidad”, ya que la reivindicación de cuota debe tratarse de cosa singular, aunque esta sea integrante de una herencia no partida.

heredero, ya sea único o en conjunto con otros no puede justificar por esa simple calidad una acción paralela a la del dominio como es la reivindicatoria. De allí que Bello sintiera la necesidad de coherencia y de construir un derecho para protegerlo con esta acción. Como se trata de un derecho que recae directamente sobre la cosa (la herencia) lo situó en la categoría de los derechos reales. La Corte Suprema ha dicho que “la acción de petición de herencia es una acción real, pues, en conformidad al artículo 577 del Código Civil, nace de un derecho real, cual es, precisamente, el derecho real de herencia”¹¹³.

La misma María Ángeles Soza señala que existe un “derecho a la herencia”, y que ese derecho nace de la condición de heredero¹¹⁴. Se trata, por tanto, de un derecho a reclamar la herencia poseída por alguien que no es heredero, que no es el derecho de dominio de las cosas de que era dueño el causante, sino el que recae sobre la cosa universal que es el patrimonio del difunto.

6. EL DERECHO REAL DE HERENCIA ANTES DE LA ACEPTACIÓN: HERENCIA YACENTE Y ALBACEAZGO CON TENENCIA DE BIENES

La institución de la herencia yacente ha sido caracterizada como la herencia que no ha sido aceptada por ningún heredero. Puede ser declarada judicialmente, de oficio o a petición de cualquier interesado, cuando hayan transcurrido quince días desde la apertura de la sucesión sin que se haya aceptado la herencia o una cuota de ella, y no hubiere albacea con tenencia de bienes que haya aceptado el cargo¹¹⁵. Esta declaración permite que se nombre a esa herencia un curador de bienes que es dativo¹¹⁶.

Se ha discutido sobre cuál es la naturaleza jurídica de la herencia yacente y, sobre la base de los artículos 2509 N° 3, 2500 inciso 2° y 2346, se ha sostenido que se trataría de una persona jurídica¹¹⁷. La mayoría de la doctrina, en cambio, se inclina por la negativa argumentando que el artículo 2346 distingue para efectos de la fianza la persona jurídica y la herencia yacente y sostiene que estamos ante un patrimonio que por tener un titular incierto es necesario nombrarle un curador de bienes¹¹⁸.

El inciso 2° del artículo 2500 dispone que “la posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero”. Esta norma trata de dar continuidad a la posesión pero no tiene en cuenta que, siendo la posesión un hecho, no se transmite. La herencia yacente no posee ni menos lo hace a nombre del heredero. El heredero tiene la posesión de las cosas hereditarias siempre que acepte la herencia y las aprehenda materialmente. Otra cosa es que el heredero pueda añadir a su posesión la de su causante conforme a las reglas de la accesión de posesiones¹¹⁹. La posesión de la cosa universal que llamamos herencia requiere también actos posesorios que trasunten

¹¹³ Corte Suprema, 14/7/2014.

¹¹⁴ SOZA (2004) p. 98: “¿Quién tiene ‘derecho a la herencia’, sino el que detenta la condición de heredero?”

¹¹⁵ CHILE, Código Civil. Art. 1240.

¹¹⁶ CHILE, Código Civil. Art. 481.

¹¹⁷ Es la tesis que expone BORJA (1908) Tomo VII, N° 171, pp. 178-180.

¹¹⁸ Por todos, ELORRIAGA (2015b) pp. 632-634. Figueroa piensa que la herencia yacente es un patrimonio sin titular. FIGUEROA (2021) pp. 401-404.

¹¹⁹ CHILE, Código Civil. Arts. 717 y 2500, inciso 1.

la apropiación de la herencia como patrimonio, y, como se comprenderá, no puede haber accesión de posesiones entre el heredero y el causante respecto de la herencia. Sí podría, si se trata del cesionario de herencia que puede añadir a su posesión de la herencia la del cedente.

Pero, ¿qué sucede con el derecho real de herencia cuando se declara yacente la herencia? Como hemos sostenido que el derecho real de herencia surge, aunque con efecto retroactivo, desde la aceptación, hemos de entender que la adquisición de ese derecho estará suspendida hasta que al menos un heredero acepte la herencia o una cuota de ella. Si son varios herederos y uno de ellos acepta, pero no todos, se le da la administración, pero con las facultades del curador de bienes¹²⁰. En este caso, habrá nacido para este heredero el derecho real de herencia, pero se limitan sus facultades de administración en protección de los herederos que no han aceptado. No hay inconveniente, sin embargo, para que ceda su derecho real de herencia, aunque el cesionario quedará limitado también en sus facultades administrativas.

En todo caso, esto mismo sucederá si ningún heredero ha aceptado pero la herencia no se declara yacente por haber albacea con tenencia de bienes que haya aceptado el cargo. Pero a diferencia de la herencia yacente la aceptación de uno o más herederos no pone término a esta administración, como sí sucede con el curador de bienes de la herencia yacente. De este modo, si uno o más herederos aceptan, adquieren el derecho real de herencia y se entiende adquirido retroactivamente desde que la herencia les fue deferida.

7. OTRAS FUNCIONES ATRIBUIDAS AL DERECHO REAL DE HERENCIA

Se ha sostenido que el derecho real de herencia es el que permitiría que opere una continuidad entre el causante y sus herederos, y que, siendo así, el enfoque funcional de ese derecho estaría en la partición, y en la división del activo y la distribución de las deudas. Por lo que hecha la adjudicación y pagadas las deudas, el derecho real de herencia ya no tendría una función precisa, ya que solo se justificaría para el cumplimiento de las deudas ajenas, previo el reparto del activo.

Esta puede ser una de las funciones del derecho real de herencia, pero no es ni la única ni la fundamental. Primero, porque siempre pueden aparecer nuevos bienes o nuevas deudas que será necesario partir o si aparece un nuevo heredero o porque se descubre que alguien está poseyendo parte de la herencia y se requiere ejercer la acción de petición de herencia. Además, el derecho real permite su disposición por parte de los herederos a través de la cesión de derechos hereditarios.

8. CONVENIENCIA Y UTILIDAD DEL DERECHO REAL DE HERENCIA

Es cierto que la figura del derecho real de herencia, junto a la acción de petición de herencia y a la reivindicación de cuota de las cosas singulares que componen la herencia, ha traído múltiples complejidades para el sistema sucesorio y de bienes chileno. Pero nos parece que en los países donde no existe esta figura, las cosas son peores porque no se logra articular lógicamente el sistema y, por ejemplo, la acción de petición de herencia aparece

¹²⁰ CHILE, Código Civil. Arts. 1240 y 3.

sin un sustento jurídico adecuado¹²¹, la cesión de derechos hereditarios tampoco puede explicarse suficientemente¹²², y menos la prescripción de la herencia¹²³. Lo propio sucede con el Código Civil y Comercial de Argentina (2015), en el que no aparece en el listado de derechos reales¹²⁴, pero luego se regula la cesión de herencia señalándose que es la cesión del derecho de una herencia ya deferida¹²⁵. En Francia, se habla de la “*saisine*” de los sucesores¹²⁶, pero la cuestión se ha complejizado en demasía¹²⁷.

Por ello, pensamos que pese a las complejidades la existencia y regulación del derecho real de herencia, esto soluciona mucho mejor los problemas que se dan en este ámbito y, lo que es más claro, le da coherencia al sistema sucesorio y de bienes en su conjunto.

V. EL DERECHO REAL DE HERENCIA COMO MODALIDAD DE PROPIEDAD EN SENTIDO AMPLIO

1. TITULARIDAD SOBRE LA HERENCIA COMO UNIVERSALIDAD DE DERECHO

El derecho real de herencia, como ya advirtió Pothier, es una modalidad de propiedad, pero que recae sobre el total o parte de la cosa universal que es la herencia¹²⁸.

¹²¹ Se discute si es una acción real o personal; así en España, LACRUZ y SANCHO (1993) pp. 166-168; LASARTE (2005) p. 373, y sobre todo qué prescripción se aplica. En Francia, se sostiene que se asimila a la reivindicatoria, pero que es personal porque proviene de la calidad de heredero y es la calidad de heredero aparente del demandado lo que especifica la acción: MAURY (1999) pp. 76-77; en contra MAZEAUD, MAZEAUD, y CHABAS (1999) pp. 494-495 que sostienen que es una acción real, mientras que GRIMALDI (1998), p. 486, piensa que es personal. En Italia el Código Civil reguló especialmente esta acción, pero sin fundarla en un derecho real y discutiéndose si el adquirente de la herencia puede ejercer dicha acción, aunque se señala expresamente su imprescriptibilidad: PALAZZO (2000) pp. 423-426.

¹²² Aunque los arts. 1531 del Código Civil español y el 1696 del Código Civil francés (modificado por la ley 526, de 21 de mayo de 2009) hablan de venta de la herencia o de una sucesión, presentan muchos problemas en su configuración. Se señala que no se vende la calidad de heredero pero que el cesionario adquiere el título de vice heredero, que se trataría de la venta de una *universitas rerum*, que no daría legitimación al comprador para ejercer la acción de petición de herencia. La divergencia doctrinal es enorme. Sobre la materia, RUBIO (2003) pp. 27 y ss., pp. 49 y ss., pp. 29 y ss.

¹²³ El Código Civil italiano señala que la acción de petición de herencia es imprescriptible, salvo la aplicación de la prescripción adquisitiva de los bienes singulares que integran la herencia (art. 533.2): PALAZZO (2000) p. 425, pero no habla de derecho real ni de posesión de la herencia; lo mismo el Código Civil y Comercial argentino (art. 2311). En España, se discute qué plazo de prescripción se aplica pero se conviene que es extintiva; algunos piensan que tratándose de una acción personal el plazo sería de 15 años (art. 1964 CC), otros, que sostienen el carácter *erga omnes* de la acción, postulan el plazo de 30 años desde la muerte del causante o desde el inicio de la posesión del heredero aparente, aunque para ello deben asimilar la herencia a un bien inmueble (art. 1963.1 CC): LACRUZ y SANCHO (1993) p. 168; LASARTE (2005) p. 373; ALBALADEJO (1979) pp. 446-447. Este último autor señala que la usucapión global de la herencia como un todo no la admite nuestro derecho (p. 448).

¹²⁴ ARGENTINA, Código Civil. Art. 1887.

¹²⁵ ARGENTINA, Código Civil. Art. 2302.

¹²⁶ FRANCIA, Código Civil. Art. 724.

¹²⁷ GRIMALDI (1998), pp. 389-418; MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS (1999), pp. 430-473.

¹²⁸ Pothier indica que así como la acción reivindicatoria debe ser interpuesta por el dueño de la cosa singular, la acción de petición de herencia “no puede ser interpuesta sino por el heredero del difunto cuya sucesión reivindica, y por consecuencia propietario de la sucesión”. POTHIER (1830a) N° 366, p. 187. Pothier enseña que la reivindicatoria tiene lugar para las cosas particulares, mientras que “la petición de herencia tiene lugar para las sucesiones: el heredero a quien la sucesión le pertenece, sea por el total o en parte, tiene esta acción en contra

En este sentido, ya Durantón señalaba que esta

segunda especie de derecho real [de herencia], necesario es reconocerlo, puede quedar incluido en la primera, la propiedad, sobre todo en nuestra legislación en la que según la máxima *le mort saisit le vif*, el heredero es el continuador directo y sin espacio de tiempo de la persona del difunto, y tiene de pleno derecho la propiedad e incluso la posesión que tenía aquel al momento del deceso¹²⁹.

En este sentido, lleva razón María de los Ángeles Soza en que la figura del derecho real de herencia viene a duplicar el derecho de propiedad. Pero ella lo señala después de negar que exista la cosa universal llamada herencia, al menos una vez que ya haya sido aceptada por uno o más herederos. En nuestra opinión, esto no es así; la herencia aceptada, dado el efecto retroactivo de la aceptación, no hace desaparecer la universalidad, y por tanto, bien puede sostenerse que el heredero, incluso si es único, tiene, además de la propiedad u otros derechos reales adquiridos por sucesión por causa de muerte en su forma de modo derivativo, un derecho que le da la titularidad sobre la cosa universal que es la herencia y que es adquirido por sucesión por causa de muerte como modo originario. Es ese derecho el que le da la calidad de heredero y todos sus derechos anexos, entre los cuales está el de ejercer la acción de petición de herencia para reclamar, no los bienes singulares, sino la cosa universal que es la herencia si ella está siendo poseída por un tercero que no es más que un heredero aparente.

De alguna manera vemos una cierta contradicción en el planteamiento de Soza, que señala que la acción de petición de herencia la tiene el heredero porque tiene un derecho a la herencia. ¿Qué sería este derecho a la herencia sino un derecho que recae sobre la cosa universal que es la herencia y que de alguna manera es una modalidad del dominio?

Por cierto, existe la delación de la asignación hereditaria y el llamado *ius delationis*, pero este es un derecho personal que consiste en aceptar o repudiar la herencia y que puede ser transmitido (e incluso se ha planteado que podría transferirse por acto entre vivos¹³⁰). Pero ese derecho no se configura todavía como un derecho real sobre la herencia como tal, mientras no sea aceptada, ya sea por el primer llamado o por el transmitido (cfr. arts. 957

de aquel que se la disputa... La cuestión que se debe juzgar es saber si el demandante ha establecido su calidad de heredero y si, en consecuencia, la sucesión le pertenece”. POTHIER (1830a) N° 365-366, p. 187. Agrega que el heredero del heredero inmediato puede ejercer esta acción, ya que al morir le ha transmitido todos sus derechos, y entre ellos “la propiedad que él tenía sobre esa herencia” (N° 368, p. 187). Claro cita a Pothier, que asimila al dominio el derecho de herencia, llamándolo dominio que se tiene sobre la herencia. CLARO (1992) Tomo XIII, N° 23, p. 31. Lo afirma como modalidad de propiedad CORRAL (2020) pp. 196-198. También DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011) Tomo III, p. 1152, señala que el sujeto activo de la acción de petición de herencia es el “propietario de la herencia” y de los que pueden probar su derecho de propiedad en la herencia.

¹²⁹ DURANTON (1828) Tomo IV, N° 236, p. 183.

¹³⁰ CIFUENTES (1996) pp. 269-285. El autor da una respuesta negativa sobre la base del art. 1230, que señala que hay aceptación tácita si se vende, dona o transfiere el objeto que se ha deferido “o el derecho de suceder en él”. No obstante, cuando se habla de derecho de suceder parece hacerse referencia a la cesión del derecho de herencia y no del *ius delationis*.

y 962 CC)¹³¹. Este derecho no puede fundar la acción de petición de herencia, ya que para ejercer esta acción se requiere que la herencia haya sido aceptada, sin perjuicio de que la misma interposición de la acción podría considerarse acto de heredero y por tanto aceptación tácita.

Bello podría haber hablado de propiedad de la herencia, como habla de especies de dominio para las cosas incorporales¹³² o para las producciones del talento y del ingenio¹³³, pero teniendo en cuenta que había ya una distinción entre la acción reivindicatoria y la acción de petición de herencia, prefirió configurar como un derecho real diferente el derecho real de herencia, que tiene por objeto la cosa universal que es la herencia.

Siendo el derecho real de herencia una cosa incorporal, se aplica el artículo 583 en el sentido que sobre él hay una especie de propiedad. Esto tiene importancia porque de esta manera queda protegido en la garantía constitucional de la propiedad, que como sabemos se amplía a los bienes incorporales¹³⁴.

2. DERECHO REAL SOBRE COSA PROPIA Y SU “VIDA EFÍMERA”

Si el derecho real de herencia es una modalidad específica de propiedad, a saber, la que recae sobre la cosa universal que es la herencia, es claro que no puede ser conceptualizado como derecho real limitado o derecho real en cosa ajena, como son los derechos reales de goce (usufructo, uso, habitación, servidumbre) o de garantía (prenda, hipoteca, censo).

Se trata, por tanto, de un derecho real, diverso del dominio, pero que recae sobre cosa propia y no sobre cosa ajena. Además, no se limita a una faceta del dominio, sino que concede todas las facultades o atributos de la propiedad: uso, goce y disposición. La disposición de este derecho está regulado como cesión del derecho de herencia, que puede ser a título oneroso o gratuito y requiere que se haga la tradición de la cosa universal que es el patrimonio hereditario.

Siendo un derecho real sobre cosa propia, si bien universal, es un derecho con vocación de perpetuidad y, por tanto, el mero lapso de tiempo no lo extingue. No se aplica la prescripción extintiva, sino que se extingue por la prescripción adquisitiva de ese derecho por alguien que no es el verdadero heredero, sea por el total o en parte¹³⁵.

Tampoco es posible señalar que, porque la acción de petición de herencia prescriba, el derecho real de herencia sería transitorio, ya que es claro que si no hay posesión de la herencia y prescripción adquisitiva de ella no cesará el derecho real de herencia; y si se adquiere la herencia por prescripción el derecho real se extinguirá para el heredero auténtico, pero surgirá un nuevo derecho real de herencia en el heredero aparente. Más evidente es lo que sucede en la cesión de derechos hereditarios: el cesionario va a adquirir la calidad de heredero junto al derecho real de herencia.

¹³¹ En contra, OLAVARRÍA (2004) p. 115, quien piensa que este derecho a aceptar la herencia integra el derecho real de herencia.

¹³² CHILE, Código Civil. Art. 583.

¹³³ CHILE, Código Civil. Art. 584.

¹³⁴ CHILE, Constitución Política de la República. Art. 19 N° 24.

¹³⁵ CHILE, Código Civil. Arts. 2517, 2512 N° 1 y 704 N° 4.

Por lo mismo, no es correcto decir que la universalidad termina con la partición, ya que siempre es posible que aparezcan nuevos bienes, nuevas deudas o nuevos herederos. La supuesta vida efímera del derecho real de herencia no es tal, ya que se trata de un derecho tendencialmente perpetuo.

Al igual que el derecho de propiedad, como derecho sobre cosa propia, muchas veces se identifica con la cosa, y así como se habla de “mi propiedad” que reúne tanto la cosa como el derecho de dominio sobre ella, también se habla de “herencia” para aludir tanto a la cosa universal como al derecho real que recae sobre ella. Por eso se habla de tradición, prescripción, posesión o reivindicación de una cosa, aludiendo al dominio, y también de tradición, prescripción, posesión o petición de la herencia para referirse al derecho real de herencia.

3. POSESIÓN DE LA HERENCIA Y DE LAS COSAS HEREDITARIAS

a) Posesión legal de la herencia

Nuestro Código Civil, al parecer siguiendo precedentes históricos, estableció una posesión legal de la herencia desde el momento de la delación, incluso aunque el asignatario ignore la muerte del causante: “La posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore”¹³⁶. Con ello concordaba el texto original del artículo 688 al señalar que “en el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda...”. Lamentablemente la reforma de la ley N° 19.903 cambió esta parte del artículo y hoy el texto señala “En el momento de deferirse la herencia, la posesión efectiva de ella se confiere...”¹³⁷, confundiendo posesión efectiva con posesión legal.

En todo caso, esta posesión legal no tiene ninguna relevancia práctica ya que no autoriza a adquirir por prescripción, ya que se trata del verdadero heredero que ha adquirido la herencia por sucesión por causa de muerte. Tampoco sería idónea para ejercer la acción de petición de herencia, ya que esta acción supone que el actor no está en posesión de la herencia que reclama. No se admitiría ejercer acciones posesorias de amparo o de restitución, ya que estas acciones solo se admiten para bienes inmuebles y la herencia no es un bien inmueble.

En esto sí debemos concordar en que esta institución de la posesión legal es completamente artificial y no tiene ningún rol que no sea meramente simbólico como explicación de la continuación de la personalidad del causante en los herederos¹³⁸.

¹³⁶ CHILE, Código Civil. Art. 722.

¹³⁷ CHILE, Ley N° 19.903. Art. 16.

¹³⁸ ELORRIAGA (2015b) p. 125. Sobre los orígenes históricos de esta posesión legal, puede verse a CLARO (1992) Tomo XIII, N° 46 a 51, pp. 44-48, quien niega que nuestro Código haya seguido el principio francés de *le mort saisi le vif*, ya que aquí la posesión no la entrega el causante sino la ley, y no es la posesión del muerto sino una propia del o los herederos. Peñailillo sostiene que la *saísine* no debe ser confundida con la transferencia de la propiedad o la posesión de los bienes: es una habilitación legal del heredero para que pueda ejercer los derechos y acciones del difunto sin necesidad de ninguna formalidad por ser el continuador de la persona del difunto. PEÑAILILLO (2019) p. 955, nt. 1314.

b) Posesión material de la herencia

No hay duda de que en nuestro Código Civil la herencia es susceptible de posesión, justamente porque se trata de un derecho real, sobre los cuales no se duda de que pueda ejercerse posesión e incluso adquirirse por prescripción¹³⁹. Obviamente esta posesión no es la legal, ya que ella corresponde al auténtico heredero.

En todos estos casos, es la cosa universal la poseída. Al cederse los derechos hereditarios el cesionario comenzará a poseer la herencia o la cuota de ella, por lo que podrá ser demandado por la acción de petición de herencia.

Esta posesión, al igual que el dominio, puede coincidir con el derecho real de herencia o no. Casos de poseedores de la herencia sin tener el derecho real de herencia son, por ejemplo, el que es nombrado heredero por un testamento del causante pero ocupa la herencia ignorando o incluso sabiendo que existe un testamento posterior que revoca el anterior. O si existen hijos del causante que han pedido la posesión efectiva de la herencia por el total, pero aparece luego otro hijo del causante que reclama su legítima; aquellos serán poseedores de la parte de la herencia que corresponde a este hijo.

Para determinar si hay meramente posesión habrá que ver si el heredero aparente se comporta como tal, al menos respecto de las cosas singulares contenidas en el patrimonio del causante. En este caso, el sucesor aparente posee la herencia a título de heredero, aunque no sea propiamente heredero¹⁴⁰; y podrá adquirir la herencia por prescripción ordinaria o extraordinaria.

c) Posesión de las cosas hereditarias

La posesión de las cosas singulares que integran la herencia, siendo una realidad fáctica, no se transmite y comienza con el sucesor o heredero (cfr. arts. 717 CC). Pero si el heredero aparente ha vendido o donado la cosa a un tercero, este comienza a poseerla a título de compraventa o de donación y no como heredero. Por ello para recuperar esta cosa el verdadero heredero no debe ejercer la acción de petición de herencia sino la reivindicatoria¹⁴¹.

Se conviene en doctrina y jurisprudencia que se puede reclamar una cosa hereditaria singular por medio de la acción de petición, pero siempre que se alegue que el que la está poseyendo lo hace a título de falso heredero¹⁴². Hay que distinguir, sin embargo, si se trata de cosas de dominio del causante o que son poseídas por él sin ser dueño. El auténtico heredero adquirirá, por transmisión, el dominio de las cosas de que era dueño el causante y comenzará a poseer, a título de heredero, las cosas de las que el causante era poseedor; aunque podrá añadir a su propia posesión la de su antecesor y en este sentido invocar el título de posesión del causante¹⁴³. Sobre las cosas de las que el causante era mero tenedor, se

¹³⁹ CHILE, Código Civil. Arts. 715 y 2498 inc. 2°.

¹⁴⁰ Peñailillo señala que, en estricto rigor, el falso heredero carece de título, pero si hay apariencia habrá título putativo que dará lugar a la prescripción extraordinaria ya que ese título es injusto. Si obtiene la posesión efectiva de la herencia, el decreto o resolución servirá como título, es decir, será justo título dando lugar a la prescripción ordinaria. PEÑAILILLO (2019) p. 956.

¹⁴¹ CHILE, Código Civil. Art. 1268.

¹⁴² Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011), t. III, pp. 1126-1127.

¹⁴³ CHILE, Código Civil. Art. 717.

discute si el heredero puede tomar la posesión a título de heredero de esas cosas o si, al ser continuador del causante, seguirá en la condición de mero tenedor. Nos parece que si el heredero ignora que el causante era mero tenedor y ocupa la cosa con ánimo de señor y dueño, pasa a ser poseedor de ella a título de heredero. Se aplicaría por analogía lo que dispone el artículo 730 inciso 1° del Código Civil: si el mero tenedor enajena la cosa, el adquirente pasa a poseerla.

El heredero aparente se hará poseedor de las cosas de las que el causante era dueño, de las que poseía sin serlo y de las que era mero tenedor, todo en el entendido de que ocupe dichas cosas con ánimo de señor y dueño¹⁴⁴.

4. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE LA HERENCIA Y DE LAS COSAS HEREDITARIAS

La herencia, siendo susceptible de posesión, es también posible de adquirir por prescripción. Es claro que no basta la posesión legal de los artículos 688 y 722 ya que esta se concede al verdadero heredero, que no necesita adquirir por prescripción.

La prescripción de la herencia está regulada en el artículo 2512 N° 1, que señala que se aplica la prescripción extraordinaria de diez años, pero luego el artículo 704 en su inciso final dispone que al heredero putativo a quien por decreto judicial o resolución administrativa se haya otorgado la posesión efectiva, le servirá de justo título el decreto o resolución; lo que se explica en el artículo 1269 del Código que establece: “El derecho de petición de herencia expira en diez años. Pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del artículo 704, podrá oponer a esta acción la prescripción de cinco años”¹⁴⁵.

Aunque este último precepto parece considerar que se trata de una prescripción extintiva, en realidad se trata de la extinción de la acción que opera por la prescripción adquisitiva del derecho real¹⁴⁶ como sucede también con el dominio y la acción reivindicatoria¹⁴⁷.

La opinión más común es que la prescripción del derecho de herencia fundada en el decreto de posesión efectiva debe ser considerada prescripción ordinaria, por lo que se requerirá buena fe inicial (que se presume), y el plazo debiera contarse desde que se adquiere la posesión material y no desde el decreto o resolución que concede la posesión efectiva de la herencia¹⁴⁸.

¹⁴⁴ No obstante, Peñailillo señala que el heredero posee las cosas en que el causante era solo poseedor por el título de posesión del causante unido a su condición de heredero; en cambio rechaza que se adquiera la posesión de las cosas en las que el causante era mero tenedor y sostiene que la sucesión no es un título de posesión, sino que el heredero es el continuador del causante por lo que se mantendría la mera tenencia. Si no es heredero, no podrá invocar como título la sucesión *mortis causa* para la posesión de las cosas singulares de la herencia, cualquiera sea la calidad que tuviera respecto de ellas el causante: dueño, poseedor o mero tenedor. Puede aducir otro título, pero no el de heredero. PEÑAILILLO (2019) pp. 957-959. Esta idea nos parece contradictoria porque no vemos qué diferencia existe entre el que es heredero y el que cree serlo. En este último caso, se posee a título de heredero, aunque sea putativo o aparente, tanto de la cosa universal, que es la herencia, como de las cosas singulares que la integran; por cierto, solo si el falso heredero actúa con ánimo de señor o dueño de la herencia y de las cosas hereditarias en la que el causante era solo poseedor (y no dueño) o mero tenedor.

¹⁴⁵ CHILE, Código Civil. Art. 1269.

¹⁴⁶ CHILE, Código Civil. Art. 2517.

¹⁴⁷ Por todos, DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011), Tomo III, pp. 1132-1138.

¹⁴⁸ En contra, DOMÍNGUEZ (2003) p. 162 y RODRÍGUEZ (2002) Tomo II, p. 107. A favor, BARRÍA (2021) 44-46.

Las cosas hereditarias pueden ser poseídas por terceros y adquiridas por prescripción según las reglas generales.

El problema que puede producirse es qué sucede si el heredero aparente alega que ha poseído por dos años todas las cosas muebles y las inmuebles por cinco años y que, siendo poseedor regular de las cosas, estas han sido adquiridas por él por prescripción ordinaria de manera que han salido del patrimonio hereditario para entrar en su patrimonio personal. Por cierto, no se entra aquí en el tema de la posesión inscrita.

En nuestra opinión, el heredero aparente en tanto poseedor de la herencia solo puede adquirir la herencia conforme a las reglas especiales del derecho real de herencia, y como consecuencia de ello adquirirá las cosas singulares que se comprenden en la herencia. De esta manera, si es demandado por la acción de petición de herencia solo podrá negarse alegando que ha adquirido la herencia por prescripción ordinaria o extraordinaria. De sostenerse lo contrario, se puede producir el abuso de que pasados dos o cinco años el heredero aparente podrá alegar prescripción adquisitiva de las cosas singulares que integran la herencia, alejando justo título y buena fe, es decir, posesión regular. Esto no implica darle primacía al derecho real de herencia por sobre el de dominio de las cosas particulares, primero porque estamos hablando de posesión y de prescripción, por lo que es lógico que si existen reglas para la adquisición por prescripción del derecho real de herencia estas no pueden burlarse por la alegación de la prescripción del dominio de las cosas singulares¹⁴⁹.

CONCLUSIONES

Las principales conclusiones de este estudio son las siguientes:

1º) La calificación de derecho real del derecho de herencia no es una singularidad del Código Civil chileno, ya que ella proviene del derecho romano y los antecedentes de juristas como Durantón, Delvincourt, Pothier y García Goyena.

2º) Bello debió haber pensado que esta calificación justificaría y daría coherencia a todo el sistema sucesorio, más allá de la función de operar la continuidad del causante en sus herederos y de preparar la partición y adjudicación de los bienes, previo pago de las deudas.

3º) Las críticas que se han dirigido a esta calificación no son justificadas, ya que se trata de un derecho que recae directamente sobre una cosa universal y que da coherencia al sistema sucesorio, coordinando así la posesión de la herencia, la prescripción de la herencia, la cesión del derecho real de herencia y la acción de petición de herencia.

4º) El derecho real de herencia es una modalidad de propiedad que recae sobre una cosa universal y que, a semejanza del derecho real de dominio y a diferencia de los demás derechos reales, recae siempre sobre una cosa que es del heredero o herederos, esto es, es un derecho real sobre cosa propia en sentido amplio.

¹⁴⁹ La tesis contraria es sostenida por ALBALADEJO (1979), pp. 448-449, aunque hemos de constatar que allí se trata de prescripción extintiva de la acción de petición de herencia, y en nuestro caso se trata de prescripción adquisitiva de la herencia que contiene los bienes singulares. Además, el mismo autor sostiene que el Tribunal Supremo, por sentencia de 23 de diciembre de 1971, ha señalado que de admitirse la prescripción adquisitiva de los bienes singulares la acción de petición de herencia devendría en ineficaz.

5º) Como el derecho de propiedad se identifica con la cosa, también se habla de “herencia” para aludir tanto a la cosa universal como al derecho real que recae sobre ella. Por eso se habla de tradición, prescripción, posesión o reivindicación de una cosa, aludiendo al dominio, y también de tradición, prescripción, posesión o petición de la herencia para referirse al derecho real de herencia.

6º) Como derecho real, el derecho real de herencia no tiene una vida efímera, sino que es tendencialmente perpetuo y se mantiene mientras no se extinga por la prescripción adquisitiva que otro haga del derecho o por su cesión gratuita u onerosa. En ambos casos, el derecho real de herencia nacerá en el poseedor de la herencia o se transferirá al cesionario. Si bien después de la partición es posible que ya no tenga mayor utilidad, no obstante siempre puede volver a tener vigencia por la aparición de nuevos bienes, nuevas deudas o de otros herederos.

7º) La posesión legal de la herencia es una figura que no es necesaria ni presta utilidad práctica alguna, salvo para explicar la continuidad entre el causante y el heredero.

8º) El heredero aparente en tanto poseedor de la herencia solo puede adquirir la herencia conforme a las reglas especiales del derecho real de herencia, y como consecuencia de ello adquirirá las cosas singulares que se comprenden en la herencia. De esta manera, si es demandado por la acción de petición de herencia solo podrá negarse alegando que ha adquirido la herencia por prescripción ordinaria o extraordinaria.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBALADEJO, Manuel (1979): *Derecho Civil V: Derecho de sucesiones*, tomo I (Barcelona, Bosch).
- BARRÍA PAREDES, Manuel (2021): *La prescripción en el derecho sucesorio* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2016): *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- BARROS ARANA, Diego (1905): *Un decenio de la historia de Chile (1841-1851)* (Santiago, Imprenta y Encuadernación Universitaria).
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1871): *Instituciones de Derecho Romano* (Santiago, Librería Central de Augusto Raymond, segunda edición).
- BORJA, Luis Felipe (1908): *Estudios sobre el Código Civil chileno*, Tomo VII (Paris, Impresores Editores A. Roger y F. Chernoviz).
- CAFFARENA DE JILES, Elena (1962): “¿Puede el marido enajenar los derechos hereditarios de su mujer sin autorización judicial y aun sin el consentimiento de esta?”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LIX, 1ª parte, pp. 50-64.
- CIFUENTES OVALLE, Ramón (1996): “Disposición entre vivos del ius delationis”, en VV.AA. (edit.), *Instituciones modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Lameri* (Santiago, Editorial Conosur) pp. 269-285.
- CLARO SOLAR, Luis (1992): *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Tomos IX y XIII (Bogotá - Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición).

- CORRAL TALCIANI, Hernán (2020): *Curso de Derecho Civil. Bienes* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- D’ORS Y PÉREZ-PEIX, Álvaro (1991): *Derecho privado romano* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, octava edición).
- DELVINCOURT, Claude-Étienne (1834): *Cours de Code Civil* (París, Librairie Videcoq).
- DEMOLOMBE, Jean Charles (1852): *Cours de Code Napoléon*, Tomo IX (París, Aguste Durand Librairie).
- DIBARRART, Miguel (2020): “Los herederos no requieren del consentimiento de los demás para disponer de su cuota hereditaria referida a un inmueble”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 3, pp. 915 – 923.
- DÍEZ DUARTE, Raúl (1995): *Cesión de derechos* (Santiago, Editorial Conosur).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2003) “Acción de petición de herencia. Naturaleza de la acción. Prescripción. Inicio de su cómputo”, *Revista de Derecho U. de Concepción*, N° 213, pp. 159-162.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2011): *Derecho sucesorio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- DURANTON, Alexandre (1828): *Cours de Droit Civil Français suivant le Code Civil*, Tomo IV (París, Alex Gobelet Librairie, décima edición).
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2015a): “La acción reivindicatoria del heredero, la reivindicación de cuotas y la protección de la apariencia hereditaria”, en VIDAL OLIVARES, Álvaro, SEVERIN FUSTER, Gonzalo, y MEJÍAS ALONZO, Claudia (edits.), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 113-132.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2015b): *Derecho sucesorio* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, tercera edición).
- ESPADA MALLORQUÍN, Susana (2014): “La cesión de derechos hereditarios. Corte Suprema, 29 de octubre de 2013, rol 8920-12”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22, pp. 319-326.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2021): *El patrimonio* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, cuarta edición actualizada por Gonzalo Figueroa Edwards y Luis Leonardo Vargas Sáez).
- GARCÍA GOYENA, Florencio (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial).
- GRIMALDI, Michel (1998): *Droit Civil. Successions* (Paris, Litec, quinta edición).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1978): “Estudio Histórico-Crítico” en *Primer Proyecto de Código Civil de Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1999): *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013): *Derecho Privado Romano* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición).
- HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo (1982): “Los ochenta años de influencia de Andrés Bello en la enseñanza del derecho romano en Chile”, en *Homenaje a don Andrés Bello. Con motivo de la conmemoración del bicentenario de su nacimiento 1781-1981* (Santiago, Instituto de Chile, Editorial Jurídica de Chile) pp. 461-502.

- HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo (1980): “Instituciones de Derecho Romano, obra de Andrés Bello”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 5, pp. 422-424.
- HEINECCIO, J. (1829): *Elementos de derecho romano*, trad. J.A.S., (Madrid, Imprenta de D. Eusebio Aguado).
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros (1993): *Elementos de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones* (Barcelona, Bosch).
- LASARTE, Carlos (2005): *Derecho de sucesiones* (Madrid, Marcial Pons, cuarta edición).
- LAURENT, F. (1871): *Principes de Droit Civil*, Tomo VI (Paris, A. Durand & Pedone, Lauriel / Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie. éditeurs).
- LIRA URQUIETA, Pedro (1956): “García Goyena y el Código Civil chileno” en *El Código Civil chileno y su época* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 75-98.
- MAURY, Jean (1999): *Successions et libéralités* (Paris, Litec, segunda edición).
- MAZEAUD, Henri y Léon, MAZEAUD, Jean y CHABAS, François (1999): *Leçons de Droit Civil. Successions-Liberalités* (Paris, Montchrestien, quinta edición).
- MEZA BARROS, Ramón (1995): *Manual de Derecho Civil. Fuentes de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, octava edición).
- OLAVARRÍA AQUEVEQUE, Óscar (2004): *Elementos del derecho sucesorio chileno* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2010): “Alcance de la frase ‘Podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios’”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot) pp. 189-201.
- PALAVECINO CÁCERES, Adriana (2012): “Alcances de la cesión de derechos hereditarios”, en *Ars Boni et Aequi*, vol. 8, N° 2, pp. 186-207.
- PALAZZO, Antonio (2000): *Le successioni* (Milano, Giuffré, segunda edición).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición).
- POTHIER, Robert-Joseph (1830a): *Traité du Droit de Propriété*, en *Oeuvres de Pothier*, Tomo I, (Paris, Hippolyte Tilliard y Eugène Crochard).
- POTHIER, Robert-Joseph (1830b): *Traité de contrat de vente* en *Oeuvres de Pothier*, Tomo I (Paris, Hippolyte Tilliard y Eugène Crochard).
- RIVERA RESTREPO, José Maximiliano (2020): *Tratado de Derecho Civil. Derecho sucesorio* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2002): *Instituciones de Derecho Sucesorio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- RUBIO GIMENO, Gemma (2003): *La venta de herencia* (Madrid, Marcial Pons).
- SILVA SEGURA, Enrique (2020): *Acciones, actos y contratos sobre cuota* (Santiago, Editorial Librotecnia, tercera edición).
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (2022): *Derecho sucesorio*, versión de René Abeliuk actualizada por Carlos Céspedes, Leonardo Conde y Alex Zúñiga (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 9ª edic.).
- SOZA RIED, María de los Ángeles (2004): “La cesión del ‘derecho real’ de herencia y de una cuota hereditaria”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, N° 17, pp. 91-111.

- TROPLONG, Raymond (1844): *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la vente* (Bruxelles, Société Typographique Belge).
- URRUTIA, Leopoldo (1909): “Cesión de derechos hereditarios”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo VI, Derecho, pp. 222-254.
- VINNIO, Arnoldo (1846): *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las instituciones imperiales de Justiniano* (trad. D. J. L y V, Barcelona, Imprenta de José Torner).
- WELLEMAN, Barry L. (1995): *Andrés Bello y sus libros* (La Casa de Bello, Caracas).

FUENTES HISTÓRICAS CITADAS

- CHILE, Código Civil Proyecto 1841-1845.
- CHILE, Código Civil Proyecto 1846-1847.
- CHILE, Código Civil Proyecto 1853.
- CHILE, Código Civil, Proyecto Inédito.
- Gai 2, 12-14.
- D. 1.8.1, §1.
- Inst. J. 2, 2, § 2

NORMAS CITADAS

- CHILE, Constitución Política de la República (11/08/1980).
- CHILE, CÓDIGO CIVIL, (s.d.).
- CHILE, Ley N° 19.903 (10/10/2003), sobre procedimiento para el otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia y adecuaciones de la normativa procesal, civil y tributaria sobre la materia

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, 28 de marzo de 2007, rol N° 4146-2004, recurso de casación forma y fondo, A. con S.
- Corte Suprema, 24 de mayo de 2010, rol N° 6834-2008, recurso de casación fondo, M. con Fisco de Chile.
- Corte Suprema, 14 de julio de 2014, rol N° 4633-2013, recurso de casación en la forma y fondo, R, LG, T, EI, HC y AJ, todos GF con GL y AA, ambos FSM. Disponible en *VLex*, cita online <https://vlex.cl/vid/fuentes-rafael-san-guillermo-519769938>, fecha de consulta 11/3/2022.

