

NORMALMENTE DEMASIADA, Y A VECES MUY POCA...
PROTECCIÓN FAMILIAR OBLIGATORIA A TRAVÉS DE LA
HERENCIA FORZOSA (LEGÍTIMA).
UNA APRECIACIÓN CRÍTICA*

*REGULARLY TOO MUCH, AND SOMETIMES TOO LITTLE...
MANDATORY FAMILY PROTECTION BY WAY OF FORCED HEIRSHIP
(LEGÍTIMA). A CRITICAL APPRAISAL*

REINHARD ZIMMERMANN**

RESUMEN: A nivel comparado, el Derecho Sucesorio contempla distintos medios de protección familiar obligatoria. Sin embargo, los mecanismos de herencia forzosa y porción obligatoria carecen de flexibilidad, y los sistemas altamente flexibles, presentan problemas de discrecionalidad judicial y falta de certeza. La manera menos disruptiva de lograr la protección familiar obligatoria es evitando que los acreedores de deudas alimenticias pasen a una situación peor que la que tenían cuando el causante aún vivía. Así, el patrimonio del difunto debería quedar disponible para satisfacer las reclamaciones de alimentos que hayan existido antes de su muerte; permitiendo que las personas necesitadas reciban algo más que la simple porción obligatoria y, además, fortaleciendo la libertad testamentaria del causante.

Palabras claves: Derecho sucesorio, derecho comparado, libertad testamentaria, asignación forzosa, porción obligatoria, protección familiar obligatoria, pensión alimenticia.

ABSTRACT: On a comparative level, the law of succession provides for different means of mandatory family protection. However, on the one hand, the mechanisms of forced heirship and compulsory portion lack flexibility; on the other, highly flexible systems lead to too much judicial discretion and lack of certainty. The least disruptive mechanism to achieve that protection is to prevent maintenance creditors from being worse off than when the deceased was still alive. Thus, the deceased's estate should be available to satisfy maintenance claims

* Este ensayo corresponde al discurso efectuado por Reinhard Zimmermann en la ocasión en que se le confirió un doctorado *honoris causa* por la Universidad de Chile. Este ensayo fue traducido del original en inglés por Francisco Alvarado, académico del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile. LL.M. en Derecho Privado Europeo y Comparado por la Universidad de Edimburgo. Correo electrónico: falvarado@derecho.uchile.cl. Al final de este ensayo se anexa la *laudatio* escrita por Enrique Barros.

** Profesor de la Escuela de Derecho Bucerius. Director del Instituto Max Planck de Derecho Privado Internacional y Comparado. Licenciado de Derecho de la Escuela de Derecho Bucerius. Doctor Honoris Causa por la Universidad de Chile. Correo electrónico: r.zimmermann@mpipriv.de. Número Orcid: 0000-0003-0348-7929. El autor desea agradecer al profesor Enrique Barros por su *laudatio* con las siguientes palabras: Estimado Enrique, estoy profundamente conmovido por tu *laudatio*, que ha sido extremadamente generosa y despertó muchos recuerdos en mí, incluso de mi juventud "en la ciudad grande más bella en Alemania". Muchísimas gracias por tu apreciación de mi trabajo y por la gran empatía y amistad que habla de ella. La amistad y el entendimiento a través de las fronteras han estado, y todavía están, entre los frutos más bonitos de la actividad científica para mí, y estoy muy agradecido que los haya podido disfrutar en una medida tan rica.

that existed before their death, allowing those in need to receive more than just the compulsory portion and, furthermore, strengthening the testamentary freedom of the deceased.

Keywords: Law of succession, comparative law, testamentary freedom, forced heirship, compulsory portion, mandatory family protection, maintenance claims.

Andrés Bello (1781-1865) es ampliamente reconocido como el intelectual líder de la América Latina del siglo XIX: diplomático, jurista, filósofo, filólogo y poeta. Con el Código Civil de Chile (1855), creó la codificación más influyente de derecho privado latinoamericano y una de las más antiguas aún vigentes en el mundo. Bello también fue el Fundador y primer Rector de la Universidad de Chile (1842-1843), el más antiguo centro de educación superior en este país. Es un gran honor haber sido designado *Doctor honoris causa* por el Consejo Universitario de una institución con una tradición tan distinguida y una reputación tan eminente. Recuerdo la recepción muy amistosa que recibí la primera vez que visité Chile y esta Universidad el año 2014, y me gustaría muy sinceramente agradecer a todos mis amigos y colegas que han hecho posible mi segunda visita, incluyendo esta espléndida ceremonia, especialmente a los profesores Enrique Barros y Francisco González Hoch.

1. En esta ponencia me gustaría abordar un campo del Derecho Privado que, durante algún tiempo, ha vivido como la Cenicienta de la Ciencia del Derecho Comparado, pero que ahora, como una Bella Durmiente, parece estar despertando de un largo sueño: el Derecho Sucesorio¹. Esta rama del derecho ha tenido una enorme importancia histórica (abarca nada menos que 11 de los 45 libros del Digesto dedicados al Derecho Privado, además, una serie de títulos de otros libros están dedicados a cuestiones sucesorias)², así como una enorme importancia social y económica en la actualidad³. El Derecho Sucesorio tiene una dimensión asignatoria –*allocation dimension*– (ya que debe determinar a quién se asigna el patrimonio de la persona que ha fallecido) y una dimensión ejecutoria –*implementation dimension*– (ya que debe regular cómo debe ejecutarse la referida asignación)⁴. En lo que respecta a la dimensión asignatoria, todos los ordenamientos jurídicos del mundo occidental distinguen entre sucesión intestada y sucesión basada en una disposición *mortis causa* (i.e., normalmente un testamento⁵; en lo sucesivo, por tanto: sucesión testamentaria)⁶. El principio que rige la sucesión testamentaria es la libertad de testar, es decir, la autonomía privada

¹ DE WAAL (2019) pp. 1058-1087.

² Para la Edad Media y principios de la Edad Moderna, véase: HEIRBAUT (2009) pp. 65-84.

³ Véase BECKERT (2004).

⁴ Esto ha sido elaborado muy claramente por SCHMIDT (2022) pp. 5-15. SCHMIDT SE REFIERE A „Zuweisungsdimension“ y „Vollzugsdimension“.

⁵ Los contratos de herencia son reconocidos solo en algunos sistemas legales (e.g., Alemania, Suiza); mientras que, en otros sistemas, estos contratos no son permitidos (e.g., Italia, Inglaterra) o reconocidos solo excepcionalmente (e.g., Francia, Austria). Para una aproximación comparada, véase: HELMS (2012) p. 399.

⁶ El Derecho francés, sin embargo, actualmente, adscribe a la máxima “*institution d’héritier n’a lieu*”: un “heredero” no puede ser nombrado mediante un testamento. Sin embargo, la posición del receptor de un “*legs universel*” ha sido asimilada a la de un heredero; véase Art 724 - 1 Code Civil, de manera que la distinción es más bien un asunto de forma que de sustancia. Véase ZIMMERMANN (2023) pp. 1803-1824.

del testador; mientras que las normas sobre sucesión intestada reflejan la idea de sucesión familiar (que, no obstante, puede conceptualizarse como basada en la típica intención presunta del difunto)⁷.

2. Sin embargo, todos los ordenamientos jurídicos del mundo occidental imponen ciertos límites a la libertad de las personas para disponer de sus bienes por testamento, siendo el más importante lo que en los ordenamientos jurídicos europeos de tradición civil puede denominarse como “herencia forzosa” o “porción obligatoria”⁸. Esta limitación se basa, ideológicamente, en una extensión de la sucesión familiar al ámbito de la sucesión testamentaria. La mayoría de los legisladores parecen haber tenido dificultades para encontrar un espacio sistemático y adecuado para dichas reglas. De todas formas, distintos legisladores han aportado soluciones muy diversas y, por lo general, de carácter poco satisfactorio⁹. El Código Civil chileno, por ejemplo, dedica un título a las “asignaciones forzosas”, el que forma parte de la regulación de los testamentos. En efecto, el artículo 1167 establece que “[a]signaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas”. Conceptualmente, por tanto, la participación obligatoria de los familiares cercanos al fallecido se deriva de la voluntad del mismo y no de la ley, lo que difícilmente puede calificarse sino como un mecanismo artificial¹⁰. En esta presentación, me centraré en los medios de protección familiar obligatoria existentes en el Derecho Sucesorio, es decir, lo que en la terminología jurídica española y portuguesa suele denominarse “legítima” (*légitime* en francés, *legitima [portio]* en latín). Como no soy especialista en Derecho latinoamericano, me ocuparé mayormente de los sistemas civiles de Europa Occidental y Central. No obstante, hacia el final de esta presentación volveré al Código Civil chileno y a la figura de Andrés Bello.

3. En una compleja evolución que conduce a las Novelas del emperador Justiniano, se llegó a reconocer una *querela inofficiosi testamenti* para hacer frente a situaciones en las que el testador parecía haber descuidado los deberes que naturalmente le correspondían para con sus familiares más cercanos al no dejarles siquiera algo mínimo en su testamento¹¹. En la historia del Derecho Francés, esto llegó a fusionarse con un mecanismo de protección propio del derecho consuetudinario del norte (la *réserve coutumière*) que dio lugar al capítulo *De la portion de biens disponible, et de la réduction* del *Code Civil* de 1804¹². Una parte de los bienes del difunto debía reservarse a los hijos o, si no había hijos, a los ascendientes. Era la *réserve*. Los hijos, o descendientes, se convertían así en herederos según las reglas de la sucesión intestada. El resto de los bienes quedaba a disposición del testador. Esa *quotité disponible* consistía en entre la mitad y las tres cuartas partes del patrimonio, dependiendo de si el testador tenía hijos sobrevivientes a su muerte y, en caso afirmativo, de

⁷ Para una aproximación comparada, véase REID; DE WAAL y ZIMMERMANN (2015) pp. 442-512.

⁸ Para una aproximación comparada, véase: ZIMMERMANN (2020) pp. 465-547.

⁹ Véase ZIMMERMANN (2020) pp. 534-536.

¹⁰ SCHMIDT (2020) p. 202. “[E]l carácter artificial [de esta forma de ver las cosas] es difícil de negar”; “... se acerca a hacer una burla de los testadores” (Original: “[the] artificial nature [of this way of looking at things] is hard to deny”; “... comes close to making a mockery of testators”).

¹¹ Para más detalles, véase ZIMMERMANN (2020) pp. 1-19.

¹² Para más detalles, véase RÜFNER (2020) pp. 42-55.

cuántos¹³. El modelo francés fue muy influyente; por supuesto, se siguió allí dondequiera que se aplicaba el *Code Civil* (Bélgica, Luxemburgo, la provincia prusiana del Rin, Baden), y también se adoptó en los Países Bajos, Italia y Portugal, Suiza y Grecia¹⁴. Las disposiciones sobre la *legítima* contenidas en el Código Civil Español se asemejaban en cierta medida al Derecho Francés, pero derivaron de raíces diferentes y tenían características peculiares, como la *mejora*¹⁵.

4. El otro modelo que resultó ser influyente fue aquel originario de Austria y, posteriormente adoptado por el Código Civil alemán¹⁶. En este caso, los descendientes y, a falta de descendientes, los ascendientes no reciben una parte determinada de los bienes de la herencia, sino que simplemente tienen derecho a un crédito por el valor de dicha parte. En otras palabras, se trata de una acción personal, en dinero, dirigida contra la herencia. Es el modelo de la “porción obligatoria” –*compulsory portion*– (a diferencia del sistema francés de la *réserve* o herencia forzosa). Italia y Portugal se han mantenido fieles al modelo francés incluso en sus recodificaciones de 1942 y 1966, respectivamente¹⁷. Entretanto, otros países han cambiado de bando y han adoptado el modelo austríaco/alemán, entre ellos los Países Bajos, Bélgica, Cataluña e incluso la propia Francia¹⁸. El abanico de personas con derecho a una porción obligatoria comprende hoy en día a los descendientes del difunto, a sus padres (en lugar de a todos los ascendientes) y, por lo general, también al cónyuge sobreviviente, siempre que alguna de estas personas haya sido excluida de la sucesión por disposición *mortis causa*¹⁹. La cuota asignada a estas personas varía según los distintos sistemas de Derecho Civil²⁰; la solución más sencilla es la elegida por el legislador alemán: “la porción obligatoria consiste en la mitad de la porción intestada de los parientes respectivos”²¹. Esto significa que un testador que deja descendientes, padres o cónyuge sólo puede disponer libremente de la mitad de su patrimonio. Se trata de una gran limitación de la libertad testamentaria (aunque algunos países, entre ellos Chile²², son aún más restrictivos²³).

5. Hay una característica crucial que tienen en común los dos sistemas presentados hasta ahora: no toman en consideración “las necesidades”. Los parientes más cercanos reciben su parte, sin importar si son ricos o pobres, viejos o jóvenes, fuertes o débiles, mercedores o no; todos son tratados de la misma manera. Este tratamiento implacablemente igualitario de situaciones esencialmente desiguales, a menudo, ha sido criticado²⁴; y ha lle-

¹³ FRANCIA, *Code Civil* 1804.

¹⁴ ZIMMERMANN (2020) pp. 491-506.

¹⁵ Véase CÁMARA LAPUENTE (2020) pp. 139-174; y ZIMMERMANN (2020) pp. 496-500.

¹⁶ Para más detalles, véase WENDEHORST (2020) pp. 233-267; y ZIMMERMANN (2020) pp. 268-318.

¹⁷ ZIMMERMANN (2020) pp. 507-510.

¹⁸ ZIMMERMANN (2020) pp. 510-516.

¹⁹ Para más detalles, véase ZIMMERMANN (2020) pp. 538-541.

²⁰ Para más detalles, véase ZIMMERMANN (2020) pp. 541.

²¹ SCHMITT (1879) p. 671.

²² Véase más arriba, N° 2.

²³ Para otros países sudamericanos, véase: SCHMIDT (2020) p. 196. En Europa Occidental, las reformas han tendido a disminuir el tamaño de la “porción obligatoria” (Portugal, Bélgica, Países Bajos, Suiza). Véase ZIMMERMANN (2020) p. 541.

²⁴ Para Alemania, véase VON GIERKE (1889) p. 536.

vado, en varios ordenamientos jurídicos, a la introducción de dispositivos que introducen un mayor grado de flexibilidad²⁵. El Derecho Español siempre ha contado con la *mejora*, que permite al testador modificar la distribución de la *legítima* asignada a los descendientes²⁶. En Austria, las personas que hayan cuidado del difunto durante al menos seis meses en los tres últimos años de su vida obtienen adicionalmente un “legado por el otorgamiento de cuidados”²⁷ –*care legacy*–. En los Países Bajos, los cónyuges sobrevivientes y los hijos mercedores reciben un trato especial²⁸. La *quotité disponible spéciale* del Derecho Francés puede mencionarse en este contexto²⁹, al igual que el derecho de elección concedido al cónyuge sobreviviente por el legislador belga³⁰. Podrían mencionarse más ejemplos. Una forma eficaz de introducir mayor flexibilidad en el sistema ha sido también el reconocimiento de la renuncia contractual a la porción obligatoria³¹. Una mirada más allá de los sistemas continentales de Europa Occidental muestra que en una serie de jurisdicciones (Rusia, Estonia, Lituania, también Luisiana) la entrega de una cuota o porción fija depende de si quien la solicita tiene o no la capacidad para mantenerse a sí mismo; o que un solicitante en tal situación reciba una porción o cuota incrementada (Polonia)³². Pero también hay jurisdicciones (México, Costa Rica, Honduras y otros Estados de América Central, así como Sudáfrica) en las que opera un sistema puramente basado en las necesidades: las obligaciones alimenticias existentes durante la vida del testador sobreviven a su fallecimiento y pueden dirigirse contra la herencia³³.

6. El Derecho Inglés y el mundo del *Common Law*, del que forma parte, se describen tradicionalmente como la ciudadela de la libertad testamentaria³⁴. Pero la legislación sobre “provisión familiar” (*family provision*), “manutención familiar” (*family maintenance*) o “asistencia a los dependientes” (*dependants’ relief*) vigente en jurisdicciones como Nueva Zelanda, Australia, Canadá (con la excepción de Quebec) e Inglaterra³⁵, concebida originalmente como un poder limitado para ofrecer compensación en casos de grave desconsideración del testador hacia su cónyuge e hijos, se ha convertido en un medio para reescribir testamentos: una especie de permiso para diseñar un plan sucesorio sustancialmente nuevo para el difunto³⁶. La experiencia ha demostrado que la discrecionalidad judicial no ha podido ser frenada, ya que ninguno de los instrumentos doctrinales que de vez en cuando son sugeridos

²⁵ Para una revisión, véase ZIMMERMANN (2020) pp. 541-544.

²⁶ Véase más arriba, N° 3 y N° 16

²⁷ AUSTRIA, ABGB; y véase WENDEHORST (2020) pp. 255-259.

²⁸ Sobre el „*andere wettelijke rechten*” en el (nuevo) Derecho Holandés: véanse Arts. 4:28-4:30, 4:35 BW; KOLKMAN (2020) pp. 319-344.

²⁹ FRANCIA, Code Civil, y véase PÉRÈS (2020) p. 97.

³⁰ BÉLGICA, Code Civil.

³¹ Para una aproximación comparada, véase SEEGER (2018) pp. 749-753.

³² Para más detalles, véase: ZIMMERMANN (2021b) pp. 3-9.

³³ Para más detalles, véase SCHMIDT (2020) pp. 185-231.

³⁴ Véase, e.g., *Ilott v. The Blue Cross* [2017] UKSC 17 [1]. Sin embargo, el punto de partida histórico es diferente; véase KERRIDGE (2020) pp. 384-416.; ZIMMERMANN (2020) pp. 480-483. La libertad de testar sin restricciones sólo prevaleció durante las primeras décadas del siglo XX.

³⁵ Véase ZIMMERMANN (2021b) pp. 33-48.

³⁶ GLENDON (1986) p. 1188.

dos³⁷ ha sido capaz de otorgar un grado significativo de certeza. Así, en el importante caso inglés *Ilott v. The Blue Cross*, pendiente ante los tribunales desde hace casi diez años³⁸, Lady Hale afirmó que “era posible argumentar razonablemente a favor de al menos tres soluciones totalmente diferentes”³⁹, que iban desde que el solicitante no recibiera nada, 50.000 libras o 163.000 libras (de un patrimonio de unas 486.000 libras). Ya hace muchos años, Lord Wilberforce había calificado de “doloroso y difícil” para un juez determinar “lo que es justo y correcto” en un caso concreto y ‘decidir cómo distribuir los méritos y deméritos’ entre el testador y su esposa divorciada, su viuda, una posible amante e hijos ilegítimos⁴⁰. Sin embargo, si no está claro en qué circunstancias y de qué manera es probable que los tribunales interfieran en la voluntad de un testador, puede considerarse que la libertad testamentaria se ve menoscabada tanto o más que en un sistema de herencia forzosa o porción obligatoria. No es de extrañar, por tanto, que tanto en Nueva Zelanda, país del que Inglaterra alguna vez adoptó la idea de “provisión familiar” (*family provision*), como en Australia, se haya dicho que la libertad testamentaria era un mito⁴¹.

7. Esta es una situación poco feliz, ya que la libertad testamentaria debería ser, en efecto, el punto de partida natural de una sociedad liberal, ya se rija ésta por el *Common Law* o cuente con codificación civil. “Todo el derecho privado se basa en la regla del individuo”, como dijo el principal arquitecto del Derecho Sucesorio del Código Civil Alemán, Gottfried von Schmitt, al comienzo de su borrador preliminar⁴². Él, además, añadió una consideración pragmática: si se privara a una persona de la libertad de disponer sobre sus bienes *mortis causa*, ésta podría lograr el mismo resultado de otra manera, a saber, mediante transacciones *inter vivos* que surtan efecto más allá de su muerte. Siempre han existido este tipo de transacciones *inter vivos* motivadas por la intención de determinar quien recibirá la herencia, o partes de ésta; de hecho, este tipo de transacciones incluso han estado presentes en la cuna del testamento romano⁴³ y en su renacimiento medieval⁴⁴.

8. Este enfoque liberal no es menos convincente hoy que en la década de 1880, y se basa, esencialmente, en la libertad de cada persona que vive en una sociedad libre para tratar y disponer de su propiedad a su discreción. La extensión de la libertad de disposición de una persona sobre sus bienes para el período posterior a su fallecimiento es inherente a la garantía del derecho de propiedad⁴⁵. La libertad de testar es, por tanto, una expresión específica de la autonomía del individuo, y toda restricción de esa libertad debe basarse en razones de po-

³⁷ La prueba del “deber-moral” (*Allardice v. Allardice* [1909] 29 NZLR 959 (972 f) (CA); véase PEART y VINES (2020) pp. 464-472, o el enfoque “en dos etapas” (*Singer v. Berghouse* [1994] 181 CLR 201 [15]; *Re Coventry* [1980] Ch 461, 487; o el establecimiento de una larga lista de factores que deben tenerse en cuenta (véase, e.g., s. 60 Succession Act 2006/80 de New South Wales).

³⁸ Para el “caso *Ilott*”, véase KERRIDGE (2020) pp. 399-402; SLOAN (2019) pp. 301-322.

³⁹ *Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, at [65].

⁴⁰ Lord Wilberforce, House of Lords, Debates, Hansard, vol. 358, col. 933 (20 de marzo de 1975).

⁴¹ PEART y VINES (2020) p. 475.

⁴² VON SCHMITT (1879) p. 52.

⁴³ Véase, e.g., KASER (1971) pp. 105-109.

⁴⁴ Véase, e.g., STOBBE (1885) pp. 175-179; COING (1985) p. 564.

⁴⁵ Véase para Alemania, e.g., KIPP y COING (1990) pp. 1-3; MUSCHELER (2010) pp. 399-408.

lítica pública válidas y convincentes⁴⁶. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha intentado encontrar tales razones en una célebre decisión en la que sostuvo (aunque en *obiter*)⁴⁷ que la asignación de una porción obligatoria a los hijos del testador, independientemente de su necesidad, está protegida por la Constitución Alemana⁴⁸. Así, el Tribunal atribuyó a la porción obligatoria la función de “asegurar la continuidad del vínculo espiritual y económico entre la propiedad y la familia –independientemente de una necesidad concreta del hijo– más allá del fallecimiento del propietario”⁴⁹. Detrás de esta afirmación, se encuentra la idea de “propiedad familiar” propagada con especial fuerza por Georg Wilhelm Friedrich Hegel y su discípulo académico Eduard Gans⁵⁰. Pero ya en 1878, en una opinión emitida para el Foro de Abogados Alemanes, Carl Georg Bruns, que ocupaba la cátedra cuyo primer titular había sido Savigny, señaló que, en términos legales, los titulares de propiedad en Alemania (así como en las sociedades occidentales en general) son personas consideradas de manera individual, y no colectivamente o en familias y que, por lo tanto, la propiedad debe transferirse como tal⁵¹ en lugar de considerarse que corresponde a los miembros supervivientes de la familia (como ocurría en la antigua Roma: *vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*⁵²). Si esto era cierto en la segunda mitad del siglo XIX, lo es aún más en la sociedad moderna, donde los lazos familiares se han relajado considerablemente.

9. Estrechamente relacionada con la idea de “propiedad familiar” está la propuesta de que la adquisición y conservación de la propiedad, dentro de una familia, “se basa típicamente en las contribuciones espirituales y económicas del testador, así como de sus hijos”⁵³. Sin embargo, en la realidad de la vida moderna, los hijos participan menos que nunca en el proceso por el cual sus padres obtienen ingresos y sientan las bases de su patrimonio⁵⁴. El principio de solidaridad⁵⁵ tampoco puede invocarse para extender los deberes de los miembros de la familia de prestarse apoyo mutuo mediante una porción obligatoria, mecanismo propio del Derecho Sucesorio. Nos encontramos ante un argumento que pretende derivar la participación obligatoria de los familiares más cercanos del difunto en su herencia, a partir de la posición legal que éstos tenían en la vida del causante. Sin embargo, lógicamente, dicho argumento no conduce a que deba atribuirse a dichos familiares una cuota fija en la herencia:

⁴⁶ Así lo destaca acertadamente MUSCHELER (2010) p. 424.

⁴⁷ Véase ZIMMERMANN (2022) pp. 46-48.

⁴⁸ BVerfGE 112, 332. Para los argumentos (en parte similares) propuestos en América Latina, véase SCHMIDT (2020) pp. 180-185.

⁴⁹ BVerfGE 112, 332 (353).

⁵⁰ Véase KLIPPEL (1984) pp. 117-168; MUSCHELER (2010) pp. 432-435.

⁵¹ BRUNS (1878) p. 81.

⁵² Gai. inst. 2,157. Si bien esto podía ser correcto en el antiguo Derecho Romano (y Germánico), ya no aplica en las sociedades modernas; véase PUFENDORF (1694): “*Nam quod aliqui putant; parentes liberorum causa omnia acquirere, adeoque liberos etiam vivis parentibus jus aliquod habere in bonis parentum, adversus hosce valiturum, extra causam alimentorum, id falsum est. Primario enim sui ipsius causa quisque acquirit*”. Hoy véase, e.g., MUSCHELER (2010) pp. 432-440.

⁵³ BVerfGE 112, 332 (353).

⁵⁴ MUSCHELER (2010) p. 440.

⁵⁵ Véase BVerfGE 112, 332 (352 f).

en vida del causante, después de todo, sus hijos no podían reclamar dicha cuota⁵⁶. En cambio, podrían haber solicitado alimentos, siempre que no pudieran mantenerse por sí mismos.

10. Aparte de eso, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha invocado la larga tradición del concepto de cuota fija *–fixed quota–* en la herencia del difunto que debe asignarse a sus familiares más cercanos para fundamentar su decisión⁵⁷. Esta tradición se remonta al Derecho Romano. En la tradición del Derecho Germánico, la sucesión era de carácter familiar; las disposiciones *mortis causa* eran desconocidas. Pero tomar lo que existe, y lo que ha existido durante mucho tiempo, como inmutable, es un truco que podría utilizarse para petrificar grandes partes del Derecho Privado. Ello incurriría en una contradicción fundamental con el espíritu del Derecho Romano y la tradición del *ius commune* construida sobre él, que se caracterizaba por su flexibilidad, adaptabilidad y continuidad⁵⁸. El Derecho Romano de Justiniano era muy diferente del Derecho Romano clásico; el Derecho de los glosadores ya no era el Derecho de Justiniano, el *Usus modernus pandectarum* ya no se correspondía con el Derecho de los glosadores, y el sistema de Derecho Romano Contemporáneo (!), tal y como lo desarrolló la Escuela Histórica de Savigny, difería en aspectos significativos con el *Usus modernus pandectarum*. El desarrollo fue, en una famosa frase acuñada por Rudolf von Jhering, más allá del Derecho Romano por medio del Derecho Romano⁵⁹.

11. Nuestra investigación, hasta ahora, ha demostrado que los sistemas de herencia forzosa y porción obligatoria son insatisfactorios; son demasiado inflexibles. La flexibilidad total en forma de discrecionalidad judicial, siguiendo las líneas del Derecho inglés, ha sido igualmente insatisfactoria⁶⁰. La finalidad regulatoria del derecho, en estos casos, debe ser neutralizar el impacto de la muerte de la persona, en la medida de lo posible, en lo que respecta a las relaciones jurídicas de dicha persona⁶¹. Esta es la razón por la que los créditos en contra del fallecido que provenían de sus negocios, sobreviven a su muerte⁶². Si fuera de otro modo, los potenciales acreedores siempre correrían un riesgo importante, el que sería especialmente relevante en el caso de deudores ya mayores o enfermos. No hay ninguna buena razón para que esto sea diferente en el caso de las deudas alimenticias. Aun así, el

⁵⁶ Véase también MUSCHELER (2010) p. 476. El debate reciente más completo sobre el problema de la “solidaridad por medio del Derecho Sucesorio” es el de DUTTA (2014) pp. 390-409, 427-462.

⁵⁷ BVerfGE 112, 332 (350).

⁵⁸ Véase, por ej., ZIMMERMANN (2007) pp. 1-12; BERMAN (1983) p. 9. ha señalado que “el concepto de que un cuerpo o sistema de leyes dependía para su vitalidad de la creencia en el carácter permanente de la ley, su capacidad de crecimiento a lo largo de generaciones y siglos –una creencia que es únicamente occidental–” (original: “[t]he concept of a body or system of law depended for its vitality on the belief in the ongoing character of law, its capacity for growth over generations and centuries – a belief which is uniquely Western”).

⁵⁹ VON JHERING (1907) p. 14.

⁶⁰ Véase REID; DE WAAL y ZIMMERMANN (2020) pp. 766-774.

⁶¹ SCHMIDT (2020) p. 23.

⁶² Para Alemania, véase § 1967 Alemania, BGB. La cuestión de si, y en qué circunstancias, el sucesor del difunto es personalmente responsable de las deudas de éste, o si, y de qué manera, su responsabilidad está limitada, es una cuestión central en el proceso de administración de herencias. Para un amplio estudio histórico y comparado, véase SCHMIDT (2022).

Derecho alemán, en línea con otros ordenamientos jurídicos⁶³, establece que las deudas alimenticias se extinguen no sólo con el fallecimiento del acreedor (esto es evidente), sino también con el fallecimiento del deudor⁶⁴. La razón es, según se dice, el “carácter personalísimo” de la obligación de mantener a otro⁶⁵. Pero esta es una afirmación que carece de contenido. La obligación es de carácter personalísimo sólo en la medida en que sea una persona concreta la que debe ser mantenida, no por el hecho que sea una persona concreta la que debe otorgar dichos alimentos. Si fuera diferente, se podría decir que cualquier obligación puede ser considerada como personalísima. Aparte de eso, se ha señalado que permitir que la obligación de alimentos siga existiendo es algo innecesario dado que su reclamante tiene derecho a una parte obligatoria en la herencia⁶⁶. Pero la parte obligatoria difícilmente puede considerarse un sustituto satisfactorio de una pensión alimenticia.

12. Es evidente que la manera menos disruptiva de responder a la pregunta por la protección familiar obligatoria no es discriminando las obligaciones alimenticias respecto a las obligaciones provenientes de los negocios. Si la ley hace todo lo posible para que los socios en los negocios del causante, luego de su muerte, no pasen a una situación peor que cuando éste aún vivía, debería hacerse lo mismo con los acreedores de sus deudas alimenticias⁶⁷. Al fin y al cabo, la obligación que el causante les debe es el núcleo de la llamada “solidaridad familiar”⁶⁸, tan invocada por quienes defienden la porción obligatoria (o la herencia forzosa). Al mismo tiempo, la protección familiar obligatoria quedaría así vinculada a un criterio con el que los tribunales de la mayoría de los países de tradición civil ya están familiarizados porque tienen que tratar regularmente con reclamaciones de alimentos de los hijos contra sus padres, de los padres contra sus hijos, y de los cónyuges y excónyuges entre sí. El patrimonio del difunto quedaría entonces disponible para satisfacer cualquier reclamación de alimentos que haya existido antes de su muerte, del mismo modo que estaría disponible para satisfacer otras reclamaciones que pudieran existir. En consecuencia, las personas necesitadas (especialmente los niños pequeños) recibirían algo más que la simple porción obligatoria. Al mismo tiempo, la libertad testamentaria se vería considerablemente reforzada por el hecho de que, actualmente, en estos casos, los hijos del difunto suelen ser adultos y ya se encuentran asentados en la vida; y, a menos que no puedan valerse por sí mismos como consecuencia de una discapacidad mental o física, no tendrían reclamaciones de alimentos contra su progenitor. De hecho, sería bastante extraño argumentar que tales reclamaciones deban nacer con la muerte del testador. En dicho caso, la reclamación de

⁶³ Véase, por ej., Art. 448 Italia, *Codice civile*; Art 2013 (1) PORTUGAL, Código civil; Art 1500 GRECIA, *Astikos Kodikas*. Pero véase, e.g., § 233 y 747 AUSTRIA, ABGB, en el cual, véase WENDEHORST (2020) pp. 259-262; adicionalmente, véase ZIMMERMANN (2020) p. 544.

⁶⁴ § 1615 ALEMANIA, BGB. Para los antecedentes históricos y el origen de esta norma, véase ZIMMERMANN (2022) pp. 21-25. El BGB reconoce ciertas excepciones (§§ 1586 b (1) 1a frase, 1615 I (3) 4; para la discusión, véase ZIMMERMANN (2022) pp. 25-33.

⁶⁵ *Motive der Ersten Kommission*, en MUGDAN (ed) (1899) p. 376.

⁶⁶ *Motive der Ersten Kommission*, en MUGDAN (ed) (1899) p. 377.

⁶⁷ Véase también SCHMIDT (2020) p. 23.

⁶⁸ LEIPOLD (2022) p. 44.

una porción obligatoria pareciera ser difícilmente más plausible, sobre todo si se considera como un sustituto de la pensión alimenticia.

13. Un sistema de protección familiar obligatoria basado en la figura de la pensión alimenticia que, a diferencia de la herencia forzosa o la porción obligatoria, regularmente no otorga demasiado a los parientes cercanos y otras veces les entrega muy poco, sólo puede funcionar eficazmente si se suprimen todas las disposiciones relativas a la porción obligatoria (o a la herencia forzosa); de lo contrario, la gran mayoría de los posibles reclamantes, i.e. todos los que no tienen derecho a pensión alimenticia, aún podrían reclamar una parte de la herencia⁶⁹. De este modo, estarían facultados para solicitar un beneficio para el que no existe una justificación racional. Una reforma en este sentido, haría que la protección familiar obligatoria ya no fuera una cuestión propia del Derecho Sucesorio, sino que más bien sería una extensión de lo que generalmente se acepta para las relaciones familiares hasta el momento en que el deudor de alimentos fallece. Los descendientes y los cónyuges sobrevivientes o divorciados podrían así reclamar a la sucesión lo que hubieran podido reclamar al difunto en vida, siempre que efectivamente hubieran podido reclamarle algo mientras aún estaba vivo. Una legitimación específica para este tipo de participación en el patrimonio del difunto basada en necesidades, ya sea en forma de un supuesto principio de sucesión familiar u otro, parecería innecesaria, ya que se derivaría de decisiones fundacionales adoptadas en otra parte por el sistema de Derecho Privado respectivo⁷⁰. “La ley natural ordena a los padres a alimentar a sus hijos, pero no los obliga a hacerlos herederos” (“La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n’oblige pas de les faire héritiers”) como dijo Montesquieu hace más de 350 años⁷¹. También Hugo Grocio sostenía que los hijos sólo pueden reclamar de la herencia lo necesario para su manutención (“...liberis id recte relinqui, quod ad alimenta necessarium est”); y, según el *ius commune*, si la reclamación de la *legítima* fuera de carácter imperativo, sólo podría considerarse aplicable en la medida en que la *legítima* comprendiera una manutención necesaria (“...quatenus scilicet in legitima insunt alimenta necessaria”)⁷².

14. Esto nos lleva de vuelta al Código Civil Chileno⁷³. En su artículo 1167 contiene las semillas de un sistema basado en “necesidades” al establecer que las obligaciones alimentarias del testador sobreviven a su muerte; pues “[l]os alimentos que se deben por ley a ciertas personas” se cuentan entre las “asignaciones forzosas”; se consideran cargas de la masa hereditaria (“gravan la masa hereditaria”). Pero esta disposición no parece desempeñar un papel significativo en la práctica jurídica⁷⁴. El Código Civil chileno también reconoce la *legítima*, conceptualizada como otra “asignación forzosas”⁷⁵. Los legitimarios son los des-

⁶⁹ Véase más arriba N° 12.

⁷⁰ SCHMIDT (2020) p. 23.

⁷¹ MONTESQUIEU (1758) p.314.

⁷² GROCIO (1625). Para las opiniones de Pufendorf, Sir William Blackstone, y Lord Stair, Ver ZIMMERMANN (2022) pp. 4-7.

⁷³ Mi amigo y colega Jan Peter Schmidt ha tenido la amabilidad de llamar mi atención sobre lo que sigue (apartados 14. y 15.).

⁷⁴ SCHMIDT (2020) p. 188.

⁷⁵ Véase más arriba N° 2.

endientes del difunto, sus ascendientes y su cónyuge sobreviviente. De hecho, según la legislación chilena, un testador sólo puede disponer libremente de una cuarta parte de su patrimonio. No es sorprendente que esta limitación tan amplia de la libertad testamentaria no haya estado exenta de polémica. A finales del siglo XIX, se presentó en el Parlamento una moción a favor de la libertad total de testar (la que finalmente no fue aprobada)⁷⁶. Hoy en día, varios académicos abogan por un cambio hacia un sistema basado en necesidades⁷⁷. Curiosamente, esto refleja la opinión que tenía Andrés Bello, quien creía que la herencia forzosa era innecesaria e incluso perjudicial, generando muchos más daños que beneficios. “El establecimiento de legítimas”, afirmó⁷⁸, “no sólo es vicioso porque es innecesario (pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad), sino porque, complicando las particiones, suscitando rencillas y pleitos en el seno de las familias, retardando el goce de los bienes hereditarios, ocasiona a los herederos un daño muy superior al beneficio que pudiera alguna vez acarrearles”. Además, señaló los peligros de la elusión y citó las experiencias de Gran Bretaña y Estados Unidos, donde la institución de la herencia forzosa no existía, sin que las relaciones familiares se hayan visto perjudicadas⁷⁹.

15. A pesar de estas consideraciones (“que creemos justificadas por la experiencia”⁸⁰), Bello consintió en mantener la institución de la herencia forzosa, probablemente por respeto a una tradición jurídica aún arraigada en la sociedad chilena contemporánea⁸¹. Su intento de al menos aumentar la cuota susceptible de disposición también estuvo condenado al fracaso. Así, la herencia forzosa sólo llegó a abolirse en los Estados centroamericanos: primero en Honduras (1880), luego en Costa Rica (1881) y México (1884), en última instancia en toda Centroamérica⁸². Dado que el Código Hondureño fue en gran medida una copia del chileno⁸³, es posible que las opiniones de Bello tuvieran cierta influencia en este movimiento con miras al principio de libertad de testar. De hecho, un modelo de sistema de protección familiar obligatorio basado en necesidades ya estaba disponible también en la tradición romano-española en la llamada “cuarta marital”, rebautizada en Chile como “porción conyugal”⁸⁴: esto es, la cuarta reservada para la “viuda pobre” cuya manutención no estaba asegurada de ninguna otra manera (por ejemplo, mediante una dote o mediante una donación *propter nuptias*), introducida por el emperador Justiniano en las Novelas 53,6 y 117,5⁸⁵.

16. Hay, por supuesto, una serie de detalles que tendrán que ser considerados cuando se avance hacia un sistema de protección familiar obligatoria puramente basado en necesidades. El más importante es que las obligaciones de alimentos tienen que ser capitali-

⁷⁶ Véase BARRÍA PAREDES (2015) p. 203.; SCHMIDT (2020) p. 181.

⁷⁷ Véase DOMÍNGUEZ BENAVENTE y DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 36.; también, eg, BARRÍA PAREDES (2015) p. 243-254.

⁷⁸ BELLO (1955) p. 188.

⁷⁹ BELLO (1955) p. 188.

⁸⁰ BELLO (1955) p. 188.

⁸¹ SCHMIDT (2020) p. 180.

⁸² Véase con detalle en SCHMIDT (2020) pp. 185-188, pp. 224-229.

⁸³ GUZMÁN BRITO (2011) pp. 420-423.

⁸⁴ SCHMIDT (2020) p. 193.

⁸⁵ Véase ZIMMERMANN (2020b) p. 17; para su versión catalana moderna, véase ZIMMERMANN (2020c) p. 533.

zadas para así garantizar una rápida liquidación de la herencia. Estas interrogantes han sido exhaustivamente abordadas en una propuesta de reforma al Derecho alemán⁸⁶, y también podrían ser de utilidad para quienes contemplan una reforma al Derecho chileno. Sin embargo, no voy a discutir las hoy. En cambio, quiero concluir esta presentación, a propósito del asunto jurídico específicamente tratado, con algunas observaciones más generales, y lo hago, en particular, porque veo a muchos estudiantes entre el público.

En mi trabajo de los últimos cuarenta años, he intentado descubrir qué ha dado forma a nuestras normas modernas de Derecho Privado tanto en Europa como fuera de ella. Ello ha implicado investigar tanto la continuidad como el cambio, tanto la diversidad como la similitud. Cuando escribí “*The Law of Obligations*” (1990), lo hice como un historiador del Derecho interesado en rastrear la tradición establecida por, y sobre la base de, las fuentes jurídicas romanas. Hoy trabajo como un jurista comparativista utilizando la Historia del Derecho como la clave para comprender el panorama jurídico de nuestro Derecho Privado moderno. Si, como ha dicho F. W. Maitland⁸⁷, la historia implica comparación, la comparación también implica historia. El enfoque comparado históricamente informado, creo, es esencial para evaluar críticamente nuestros sistemas jurídicos modernos y su relación entre sí, así como para apreciar sus contornos⁸⁸. Aprender a analizar las normas jurídicas desde una perspectiva histórica y comparada también es muy valioso para los estudiantes que aspiran a convertirse en algo más que “tecnócratas” jurídicos, ya que les inspira no sólo a ampliar su horizonte intelectual, sino también a reflexionar sobre las normas de su propio ordenamiento jurídico, en lugar de limitarse a aprenderlas y aceptarlas sin crítica alguna. Con demasiada facilidad caemos en la tentación de dar por sentadas estas normas. Pero ellas sólo aportan *una* solución a un problema jurídico determinado. Suele haber varias soluciones más. ¿Cuáles son sus respectivas fortalezas y debilidades? ¿Por qué se ha adoptado una solución aquí y otra en otro lugar? ¿Qué ha provocado este desarrollo? ¿Las normas a las que nos enfrentamos son producto de un accidente histórico, de una reverencia exagerada a la tradición, de un malentendido (fructífero o desafortunado), están determinadas por un entorno cultural específico, se basan en preocupaciones sociales o se inspiran en razones económicas? ¿Qué experiencias han sido recogidas en el pasado y en otras jurisdicciones? Si se llevan un mensaje de esta presentación, debería ser la importancia de plantearse este tipo de preguntas, no sólo, insistiendo en este punto, con el fin de aprender algo sobre “el mundo en otros lugares”⁸⁹, sino sobre su propio sistema jurídico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARRÍA PAREDES, Manuel (2015): *Asignaciones forzosas y libertad de testar* (Santiago, Thomson Reuters).

⁸⁶ ZIMMERMANN y otros (2022).

⁸⁷ MAITLAND (1911) p. 488.

⁸⁸ Véase, más recientemente, ZIMMERMANN (2021a) pp. 232-253; y HÄCKER (2022) pp. 75-100.

⁸⁹ Véase BINGHAM (1992) pp. 513-529.

- BECKERT, Jens (2004): *Unverdientes Vermögen: Soziologie des Erbrechts* (Frankfurt a.M., Campus Verlag).
- BERMAN, Harold J. (1983): *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge, Harvard University Press).
- BINGHAM, Sir Thomas (1992): “‘There is a World Elsewhere’ The Changing Perspectives of English Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 41, N° 3: pp. 513-529.
- BRUNS, Karl Georg (1878): “Gutachten über die Frage: Ob und wie weit die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichttheilsberechtigung beschränkt werden soll?”, en *Verhandlungen des Vierzehnten Deutschen Juristentages*, vol. 1 (Berlin, Verlag von J. Guttentag) pp. 88-103.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2020): “Forced Heirship in Spain”, en REID, Kenneth; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law, Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 139-174.
- COING, Helmut (1985): *Europäisches Privatrecht*, Vol I. (Munich, Verlag C. M. Beck.)
- DE WAAL, Marius (2019): “Comparative Succession Law”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 1058-1087.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2011): *Derecho Sucesorio*, Vol. I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- GLENDON, Mary Ann (1986): “Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law”, *Tulane Law Review*, Vol. 60: pp. 1165-1179.
- GROCIO, Hugo (1625): *De iure belli ac pacis* (París).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011): *Codificación del Derecho Civil e interpretación de las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX* (Madrid, Ed. Iustel), pp. 420-423.
- HÄCKER, Birke (2022) “Die historisch-vergleichende Methode in historisch-vergleichender Sicht” en MEIER, Sonja y JANSEN, Nils (edits.) *Iurium itinera: Historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte – Historical Comparative Law and Comparative Legal History* (Tubinga, Mohr Siebeck) pp. 75-100.
- HEIRBAUT, Dirk (2009): “A History of the Law of Succession, in Particular in the Southern Netherlands/Belgium”, en CASTELEIN, Christoph; FUQUÉ, René y VERBEKE, Alain (edits.), *Imperative Inheritance Law in a Late-modern Society* (Antwerp, Intersentia) pp. 65-84.
- HELMS, Tobias (2012): “Contracts of Inheritance y Joint Wills”, en Basedow, Jürgen; Hopt, Klaus J y Zimmermann, Reinhard (edits.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 388-392.
- KASER, Max (1971): *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt* (Munich, C.H. Beck, segunda edición).
- KERRIDGE, Roger (2020): “Family Provision in England and Wales”, en REID, Kenneth GC, DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law, Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 384-416.
- KIPP, Theodor y COING, Helmut (1990): *Erbrecht* (Tubinga, Mohr).

- KOLKMAN, Wilbert D. (2020): “Compulsory Portion and Family Provision in the Netherlands”, en REID, Kenneth GC; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 319-344
- LETTMAIER, Saskia (2018): “Privatautonomie und Pflichtteil”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 218, N° 5: pp. 724-766.
- MAITLAND, Frederik William (1911): “Why the History of English Law is not Written”, en FISHER, H.A.L. (edit.) *The Collected Papers of Frederik William Maitland*, Vol.1 (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 480-497.
- MONTESQUIEU (1758): *De l'Esprit des Lois* (Ginebra).
- MUGDAN, Benno (ed) (1899): “Motive der Ersten Kommission”, en *Die Gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, vol. IV. Familienrecht (Aalen, Scientia) pp. 376-377.
- MUSCHELER, Karlheinz (2010): *Erbrecht* (Alemania, JCB Mohr).
- PEART, Nicola y VINES, Prue (2020): “Family Provision in New Zealand and Australia”, en REID, Kenneth GC; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 450-476
- PÉRÈS, Cécile (2020): “Compulsory Portion in France”, en REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 78-107.
- PUFENDORF, Samuel (1694): *De iure naturae et Gentium, Francofurti ad Moenum*, DUTTA, Anatol (2014): *Warum erbrecht?* (Alemania, Mohr Siebeck).
- REID, Kennet GC; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (2015): “Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective”, en REID, Kenneth GC, DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law. Volume II: Intestate Succession* (Oxford, OUP Oxford) pp. 442-512.
- REID, Kenneth GC, DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (2020): “Comparative Perspectives”, en REID, Kenneth GC; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 740-776.
- RÜFNER, Thomas (2020): “Customary Mechanism of Family Protection: Late Medieval and Early-Modern Law”, en REID, Kenneth GC, DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 39-77.
- SCHMIDT, Jan Peter (2020): “Forced Heirship and Family Provision in Latin America”, en REID, Kenneth GC, DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 175-232
- SÄCKER, Franz (2022): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol.11 (Munich, C.H. Beck).

- SCHMIDT, Jan Peter (2020): “Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik”, en MUSCHELER, Karlheinz (edit.) *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*, vol. 10 (Tubinga, Mohr Siebeck) pp. 1-26.
- SCHMIDT, Jan Peter (2022): *Itinera hereditatis: Strukturen der Nachlassabwicklung in historisch-vergleichender Perspektive* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- SEEGER, Sebastian (2018): *Erbverzicht im neuen europäischen Kollisionsrecht* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- SLOAN, Brian (2019): “Ilott v. The Blue Cross (2017): Testing the Limits of Testamentary Freedom”, en SLOAN, Brian (edit.), *Landmark Cases in Succession Law* (Oxford, Hart Publishing) pp. 301-322.
- STOBBE, Otto (1885): *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, Vol. V (Germany, Wentworth Press).
- VON GIERKE, Otto (1889): *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (Berlín, Duncker & Humblot reprints).
- VON JHERING, Rudolf (1907): *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. 1 (Leipzig, Breitkopf und Härtel).
- VON SCHMITT, Gottfried (1879): *Begründ des Entwurfes eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich* (Berlín, Reichsdruckerei).
- WENDEHORST, Christiane (2020): “Compulsory Portion and Other Aspects of Family Protection”, en REID, Kenneth, de WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 233-267.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2007): “Römisches Recht und europäische Kultur”, *JuristenZeitung*, Vol. 62, N° 1: pp. 1-12.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2020a): “Compulsory Portion in Germany”, en REID, Kenneth, DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 268-318.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2020b): “Protection against Being Passed Over Disinherited in Roman Law”, en REID, Kenneth GC; DE WAAL, Marius J. y ZIMMERMANN, Reinhard (edits.), *Comparative Succession Law. Volume III: Mandatory Family Protection* (Oxford, Oxford University Press) pp. 1-19.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2020c): “Pflichtteil und Noterbenrecht in historisch-vergleichender Perspektive”, *RabelsZ*, Vol. 84, N° 3: pp. 465-547.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2021a): “Understanding the law in a historical and comparative perspective” en Institutet för rätthistorik forskning (edit.) *Legal History. Reflecting the Past and the Present, Current Perspectives for the Future* (Estocolmo, Institutet för Rätts-historisk Forskning) pp. 232-253.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2021b): “Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht – Entwicklungslinien jenseits der westeuropäischen Kodifikationen”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 85, N° 1: pp. 1-75.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2022): “„So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget, ...” Zum Schutz der Angehörigen bei Enterbung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 222, N° 1: pp. 3-55.

ZIMMERMANN, Reinhard; BAUER, Franz; BIALLUCH, Martin; HUMM, Andreas; KLAPDOR, Lisa-Kristin; KÖHLER, Ben; SCHMIDT, Jan Peter; SCHOLZ, Philipp y WIEDEMANN, Denise (2022): *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht. Ein Reformvorschlag* (Tubinga, Mohr Siebeck).

ZIMMERMANN, Reinhard (2023): “Erbrechtssysteme im Vergleich” en DECKENBROCK Christian; HÖPFNER, Clemens; KILIAN, Matthias; MARKWORTH, David y SITARD, Ulrich (eds.), *Arbeit – Wirtschaft – Recht. Festschrift für Martin Henssler zum 70. Geburtstag* (Munich, C.H. Beck) pp. 1803-1824.

NORMAS CITADAS

Alemania, BGB.

Alemania, BVerfGE.

Austria, ABGB.

Bélgica, Code Civil.

Chile, Código Civil.

Francia, Code Civil.

Grecia, Astikos Kodikas.

Italia, Codice Civile.

Portugal, Código Civil.

ANEXO

LAUDATIO PROF. REINHARD ZIMMERMANN,
DR. H. C. UNIVERSIDAD DE CHILE*

El decano y la directora del departamento de derecho privado me han concedido la maravillosa oportunidad de leer la *laudatio* para el Profesor Reinhard Zimmermann. Yo también aprecio los esfuerzos del Profesor Francisco González por encauzar este reconocimiento.

Recibir al Profesor Reinhard Zimmerman como *doctor honoris causa* de la Universidad de Chile también es un honor. Hablando en forma personal, hace treinta años conocí su trabajo sobre derecho romano en la historia de nuestra tradición de derecho civil, y ha sido una fuente de inspiración para mi trabajo en responsabilidad extracontractual y contratos. Respecto a su trabajo en derecho privado, él es por lejos el jurista más impactante, productivo e influyente.

Nacido, criado y graduado en Hamburgo, tanto como abogado como estudiante de doctorado, él comparte una conexión profunda con su ciudad. Siempre he creído que no es coincidencia que Hamburgo fue la sede del más prestigioso y bien equipado instituto de derecho privado comparado en el mundo. Hamburgo es la más grande de las ciudades Hanseáticas, con una larga tradición luterana y mercantil burguesa. En comparación con la posición económica y cultural de la ciudad, la Lübeck de los Buddenbrooks es una ciudad Hanseática pequeña; a pesar de ello, ambas han sido regidas históricamente por mercaderes burgueses y han tendido a permanecer abiertas al mundo exterior. No es una sorpresa, por lo tanto, que Reinhard siempre ha sentido una cercanía espiritual con Thomas Mann. Otra base personal ha sido el principio de deber moral que él comparte como un luterano practicante.

Después de recibir su doctorado en Hamburgo, a la edad de 28 años, tomó la arriesgada decisión de aceptar un cargo como profesor de derecho romano y comparado en la Universidad de Ciudad del Cabo, en Sudáfrica. En el sistema legal de Sudáfrica coexisten las tradiciones del derecho civil y del *common law*, lo que lo convierte en un extremadamente interesante objeto de estudio para cualquier jurista comparativista. De hecho, probó ser un punto de partida imbatible para sus estudios históricos y comparados. Ni intimidado ni movido por oportunismo por la turbulencia de esos tiempos en Sudáfrica, Reinhard se dedicó a sus estudios en derecho romano y a imbuir su ambiente académico con pasión académica, la que pronto lo convirtió en decano. Muchos años después la Universidad de Ciudad del Cabo ha reconocido con un doctorado *honoris causa* su contribución a la cultura legal de Sudáfrica.

Durante este tiempo, él estaba trabajando en su entrada al amplio mundo académico. Entonces escribió su magnífico libro “*The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*”. En el prólogo, enfatiza que “El derecho romano constituye tal nivel de

* Escrita por Enrique Barros, doctor en Derecho por la Universidad Ludwig-Maximilian de München. Profesor titular del departamento de Derecho privado de la Universidad de Chile. Correo electrónico: ebarros@ebarros.cl. Dirección: Isidora Goyenechea 3120, piso 3A, Las Condes.

realización cultural que siempre será considerado un modelo para la solución racional de conflictos legales⁹⁰. La inspiradora cita inicial de Grocio apunta en la misma dirección: ‘La equidad [del derecho romano] es tan sobresaliente, especialmente en contratos y responsabilidad, porque prevalece simplemente en virtud de su justicia innata’⁹¹. Esas citas anticiparon las grandes contribuciones de Reinhard al derecho privado.

Ya en ese libro, Reinhard presenta la conexión entre el derecho romano y el derecho comparado. Su lectura del derecho romano constituye un agudo examen sobre lo que ha vinculado históricamente el derecho moderno con su herencia cultural; implícitamente él se refiere al *ius commune*, al derecho natural de los escolásticos españoles, y a Grocio y los romanistas *iusnaturalistas* como Domat y Pothier, influyentes juristas en la tradición francesa que han inspirado el estudio del derecho privado en Hispanoamérica.

Sus referencias al espíritu del derecho romano muestran lo que distingue a Reinhard Zimmermann no solo como un romanista sino también como un comparativista: su habilidad para rastrear los orígenes del derecho privado moderno en la línea vertical de la historia y pensarla en la senda horizontal del derecho comparado. No es un método históricamente erudito, sino uno orientado a descubrir la vida del derecho. Tampoco es un método que describe y explica diferencias en un sentido puramente funcional, sino uno que busca caminos hacia un nuevo derecho común, integrando tradiciones diversas al mismo tiempo de permanecer profundamente consciente de sus diferencias así como de sus remotos orígenes comunes.

Después de ocho años en Ciudad del Cabo, retornó a Alemania en 1988, siguiendo una invitación de la Universidad de Regensburg (la romana Ratisbona), considerada la más bonita de las ciudades alemanas pequeñas. Desde este lugar comenzó su entrada en los mundos legales alemán y anglosajón, con la carta de presentación de su libro sobre los orígenes romanos del derecho de obligaciones (1990). Continuó este camino con sus celebradas ‘Clarendon Lectures’ en la Universidad de Oxford respecto a las relaciones entre derecho romano y la Europa contemporánea, que ahora cuenta con una excelente traducción al español.

Desde su cátedra en Regensburg, ayudó en la carrera académica de notables juristas de derecho privado de la próxima generación, como Nils Jansen y Sonja Meier, editores del *Festschrift* que le ha sido dedicado recientemente. Desde ahí comenzó sus relaciones con el mundo académico del derecho civil y del *common law*. Fuera de Alemania, ha sido profesor visitante en las Universidades de Cornell, Chicago (Max Rheinstein Lectures), Auckland, Edinburgh, Yale, Cambridge y especialmente Oxford, manteniendo una conexión permanente muy importante con sus colegas.

Permaneció en Regensburg por 20 años, muchos de ellos como decano. A pesar de que es reticente a mencionarlo, durante este tiempo recibió invitaciones de las más prestigias Universidades de Alemania, rechazándolas una tras otra; incluyendo Munich, sin saber que nunca se había rechazado una invitación de esta Universidad.

⁹⁰ ZIMMERMANN, Reinhard (1996): *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press) p. viii.

⁹¹ Hugo Grotius, *Epistolae ad Gallos*, CLVI, en ZIMMERMANN, Reinhard (1996): *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press), epígrafe.

Pero es durante este tiempo que comienza su extraordinaria carrera como autor en temas de derecho privado. Sus estudios propios, así como su organización y contribución a publicaciones colectivas, cubren un amplio espectro en el derecho privado comparado patrimonial. Éstos incluyen los sistemas legales típicamente mixtos sudafricano y escocés, sus estudios críticos y comparados sobre el nuevo derecho alemán de las obligaciones, su impulso a un derecho europeo de enriquecimiento injustificado, y reportes comparados sobre casos de buena fe y contratos de servicios. La lista de trabajos personales y colectivos en los que ha participado es extraordinariamente extensa.

En 2002 aceptó una invitación para dirigir el Instituto Max Planck de Derecho Privado Comparado e Internacional como el sucesor de Hein Kötz. Entonces retorna a Hamburgo, desde la más bonita de las ciudades pequeñas de Alemania a su más bonita gran ciudad, un lugar al cual él estuvo vinculado desde su infancia hasta su partida a tierras extranjeras.

Pero él ya había logrado mucho en Regensburg. Sus relaciones con lo mejor del mundo académico anglosajón y su profunda influencia en el medio legal alemán hicieron entonces de Reinhard un jurista reconocido universalmente. En Alemania, su estimación por parte de la comunidad académica lo hicieron merecedor del más grande reconocimiento científico alemán, el Premio Leibniz, un reconocimiento abierto a las disciplinas científicas, humanas y naturales. Él es uno de solo cinco juristas que han recibido esa distinción. ¿Qué otro candidato podría haber habido para la prestigiada posición de Director del Max Planck? Ingo von Münch, un distinguido constitucionalista y senador de Hamburgo escribió en el periódico *Die Welt*: “Si hubiese juegos Olímpicos para profesores de derecho, él estaría en el pódium de Derecho Civil, Derecho Romano, Historia del Derecho y Derecho Comparado”⁹².

No sólo ha sido caracterizado Reinhard Zimmermann por su extenso e infatigable trabajo académico. Entre muchas otras responsabilidades, él es miembro del grupo de trabajo de Derecho Europeo de Contratos, presidente de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Privado, de la Asociación de Derecho Comparado, y de la agrupación de todas las ciencias humanas pertenecientes a diferentes Institutos Max Planck. Además, es Presidente de la altamente considerada *Studienstiftung des Deutschen Volkes* (Fundación Académica del Pueblo Alemán), una fundación centenaria que financia los estudios universitarios de jóvenes estudiantes excepcionales, que son seleccionados basados en sus cualidades intelectuales y en una mezcla de un amplio rango de cualidades personales. Reinhard Zimmermann es un profesor amado, pero también una personalidad pública.

El Instituto Max Planck en Hamburgo es el sucesor intelectual del Instituto dirigido en Berlín por Ernst Rabel, el gran comparativista de la primera mitad del siglo 20, que huyó de Europa después del auge del Nazismo. La carrera académica del Profesor Zimmermann está marcada por el destino natural de cualquier sucesor en esta magnífica cadena de comparativistas con un foco funcional en contratos y otras instituciones de derecho privado. Sin embargo, él no es solo un continuador de esta brillante tradición, sino que además ha provocado una transformación innovativa de las ciencias de derecho privado. Por esa

⁹² VON MÜNCH, Ingo (2003): “Die Blitzkarriere des Reinhard Zimmermann”, *Die Welt*. Disponible en: <https://www.welt.de/print-welt/article683057/Die-Blitzkarriere-des-Reinhard-Zimmermann.html>. Fecha de consulta: 28/03/2023, párr. 1.

razón, ha sido definido como un revolucionario conservador. Y es una clasificación justa, porque sus estudios de derecho comparado triunfan sin abandonar el espíritu práctico del derecho romano. De hecho, él ha abierto la puerta a un objetivo más exigente: entender la historia del derecho a la luz del derecho comparado, haciendo esfuerzos fructíferos para desarrollar una comprensión hermenéutica de diferentes tradiciones legales.

Su método ha sido enormemente importante para el proceso de armonización o unificación del derecho, el cual pretende discutir reglas uniformes para la tradición del derecho privado continental (en países como España, Francia, Alemania, Italia y las naciones hispanoamericanas) y para la tradición del *common law*, con la cual ha estado profundamente vinculado. La idea de fondo es que *vivimos en una tierra de postpositivismo que está dirigiéndose hacia un ius commune sobre la base de valores y métodos legales compartidos*.

De esta manera, su reconstrucción histórica no pretende replicar el derecho romano sino entenderlo como una fuente metódica y en constante evolución de derecho vivo. Su objetivo temprano fue mostrar cómo el derecho moderno surgió de sus antecedentes históricos de derecho romano, *ius commune* y derecho natural. Esto exigió corregir los nacionalismos legales del siglo XIX, presentes en las dos grandes tradiciones de derecho civil: alemana y francesa; y no menos importante, ello requería entender el *common law* desde adentro de su propio origen cultural histórico.

La mayor manifestación de estos objetivos me parece que son sus *Commentaries on European Contract Laws*, el cual ha sido editado en colaboración con su antiguo discípulo Nils Jansen⁹³. Siguiendo la estructura de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, estudia el derecho contemporáneo de contratos desde una perspectiva comprensiva, pero también enfocándose en la realidad de diferentes tradiciones legales. Esta universalidad también está ilustrada por el hecho que muchos de los más prominentes abogados alemanes de derecho privado escriben en inglés, la nueva lengua franca. Al hacerlo así, una gran tradición científica se abre al mundo.

Su estudio histórico-comparado sobre el derecho de obligaciones inspiró metódicamente mi trabajo sobre responsabilidad civil extracontractual por muchos años. Ahora, durante el desarrollo de una ciencia jurídica chilena enfocada en un derecho contractual común, su obra completa es un punto de referencia esencial para mi trabajo actual sobre contratos en el derecho chileno. Sus *Commentaries* son el trabajo más ilustrativo de lo que en español llamamos ‘el nuevo derecho de contratos’. Su trabajo como editor y escritor de este trabajo también ha hecho posible que los iusprivatistas alemanes compartan su incomparable exhaustividad y técnica con la comunidad mundial de juristas.

Esta influencia cultural ha llevado a un grupo de jóvenes juristas de este continente a replicar los Principios Europeos de Contratos a través de un entendimiento común, sin precedentes en la historia del derecho de Hispanoamérica, que sigue cercanamente el espíritu de los esfuerzos de unificación europeos. Especialmente en materia de contratos, estos intentos exhiben una marcada “ausencia de fronteras nacionales” perseguida por Reinhard

⁹³ JANSEN, Nils y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.) (2018): *Commentaries on European Contract Laws* (Oxford, Oxford University Press).

Zimmermann, apelando a una razón práctica compartida en lugar de unos juegos del lenguaje sistemáticamente exactos.

El derecho comparado visto a través de un lente histórico-práctico, tal como ha sido aplicado y estimulado por Reinhard, difiere del conceptualismo infértil del dogmatismo del siglo XIX. Gracias a este método, los sistemas legales del *common law* y del derecho civil comienzan a conversar. La reforma francesa del *Code Civil* de 2016 puede ser explicada internamente en desarrollos jurisprudenciales, pero también surgió de una conversación con otras tradiciones, con las cuales el derecho francés nunca había hablado.

En uno de sus discursos introductorios al reciente *Festschrift*, Lord Jonathan Monce, un antiguo miembro de la Corte Suprema de Inglaterra, destaca que la lealtad, la dedicación sin cansancio y el internacionalismo hacen la productividad y creatividad de Reinhard Zimmermann tan altamente influyente; él concluye que en nuestro tiempo es comparable a William Blackstone, Alexander von Humboldt, y Carl Friedrich Gauss.

En los últimos años Reinhard ha explorado el derecho sucesorio, sobre el cual hablará hoy. Algunos años atrás lo encontré en Oxford en un seminario sobre analogías y diferencias entre el *trust* anglosajón y el fideicomiso romano. La gente tiende a pensar que el derecho sucesorio está extremadamente atado a la cultura de cada nación. La preferencia de Andrés Bello por la libertad para testar fue incapaz de prevalecer sobre un interés compartido en atar la propiedad a la familia. Reinhard ha regresado a esta relación en sus últimos trabajos, expandiendo de esta manera su travesía a través del derecho patrimonial. Es fascinante la efectividad de su método histórico-comparado, que descansa en su habilidad para arrojar luz sobre los orígenes y propósitos detrás de las reglas sobre sucesión. Sus reflexiones sobre esta materia nos llevan a pensar desde una perspectiva diferente, regresándonos al espíritu romano práctico.

El *Festschrift* en honor de Reinhard Zimmermann ha sido titulado *Iurium Itinera*, un viaje con el derecho, que ojalá él continuará por muchos años más trabajando con sus antiguos asistentes, para nuestro común beneficio.

Para la Universidad de Chile, es un honor recíproco distinguir al Profesor Reinhard Zimmermann con un doctorado *honoris causa*.

