Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 204
AÑO LXVI
JULIO-DICIEMBRE 1998
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA
20 SET. 2000

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

PATRIA POTESTAD

HERNAN TRONCOSO LARRONDE
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

1. *ANTECEDENTES Y CONCEPTO*

En Chile, tanto el Código Civil como la doctrina hacen un claro y marcado distingo entre la "autoridad paterna", que es la relación personal entre hijos y padres, y la "patria potestad", que es la relación patrimonial entre el padre o madre y sus hijos no emancipados, a diferencia de lo que sucede en la legislación extranjera en que se reglamenta conjuntamente la autoridad paterna y los derechos de los padres sobre los bienes del hijo, bajo la denominación común de "patria potestad".

En el proyecto de ley que modificaba el Código Civil en materia de filiación, presentado por el Poder Ejecutivo, la patria potestad dejaba de tener la connotación puramente patrimonial que le da nuestra legislación, y pasaba a considerarse dentro de ella también el aspecto personal, que involucra el deber de los padres de velar por sus hijos, cuidarlos, alimentarlos y educarlos, así como el conjunto de derechos y obligaciones que existe en una relación filial.

Pero, en la discusión parlamentaria se abandonó la idea de unificar autoridad paterna y patria potestad, volviéndose al sistema tradicional del Código Civil.

Coincidente con las ideas igualitarias que informan la ley Nº 19.585 se modifica el concepto de patria potestad, la cual es definida en el artículo 243 en la siguiente forma: "La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados". En la legislación actualmente vigente la patria potestad corresponde al padre o madre *legítimos*, en virtud de la reforma pasan a ser titulares de ella el padre o la madre, sin hacer distinción alguna al respecto.

Luego, serán titulares de la patria potestad el padre o la madre no importando si la filiación es matrimonial o no matrimonial. Esta es una de las reformas más importantes que la ley Nº 19.585 introduce al sistema del Código Civil. Bas-

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

te tener presente que hasta la fecha y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 240 del Código Civil son titulares de la patria potestad sólo el padre o la madre *legítimos*, y se ejerce sobre los bienes del hijo *legítimo*, por consiguiente quedan excluidos de ella los hijos naturales, y con mayor razón los ilegítimos. Esta circunstancia tiene especial importancia en lo que dice relación con la representación legal de los hijos, ya que siendo ésta uno de los derechos que la patria potestad confiere, sólo la tienen, actualmente, los padres legítimos respecto de los hijos legítimos. En el caso de los hijos naturales la representación legal de ellos corresponde al guardador, tutor o curador, que se les haya designado, y no al padre o madre cualesquiera que haya sido la forma de reconocimiento. De esto se derivan consecuencias diversas, como por ejemplo que para enajenar los bienes inmuebles del hijo natural se requiere de pública subasta conforme al artículo 349 del Código Civil.

También son efectos de la patria potestad los derechos de goce y administración de los bienes del hijo, los que hoy sólo corresponden al padre o madre legítimos, estando privados de ellos los padres naturales.

A partir de la vigencia de la ley Nº 19.585 desaparecen todas estas diferencias, encontrándose los padres, en lo que dice relación con la patria potestad, en igual situación con total prescindencia de si la filiación es matrimonial o no matrimonial. La ley sólo se refiere al padre o a la madre, sin calificativo alguno, dejando de existir los conceptos de "hijo de familia", "padre de familia" y "madre de familia", que hoy se contemplan en el art. 240 del Código Civil.

2. *OBJETO DE LA PATRIA POTESTAD*

La patria potestad recae sobre los bienes del hijo no emancipado, y también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer (art. 243), esto es sobre los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, los que de acuerdo al artículo 77 se encuentran en suspenso hasta que el nacimiento se efectúe.

3. *TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD*

En las normas actualmente vigentes queda muy claro que la patria potestad es un atributo exclusivo del padre legítimo, y sólo en su defecto corresponde a la madre legítima.

Esta situación cambia radicalmente, ya que en principio la titularidad de la patria potestad no está determinada por la ley, sino por la voluntad de los padres, y sólo en defecto de ésta es la ley la que determina al titular, y, además, en ciertos casos lo hace la justicia. En efecto, de acuerdo con el artículo 244, en su nuevo texto, la determinación del titular de la patria potestad puede ser:

A) **Convencional:** Cuando los progenitores convienen que ella corresponda al padre o a la madre, o a ambos conjuntamente. Esta convención es solemne, ya que el acuerdo correspondiente debe constar en escritura pública o acta exten-

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dida ante cualquier oficial de Registro Civil, la que debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento (art. 244 inc. 1º).

B) Legal: A falta del acuerdo antes señalado, la ley indica expresamente que el ejercicio de la patria potestad corresponderá al padre.

Además, si falta el padre o madre que era titular de la patria potestad, sea por acuerdo entre los padres, disposición de la ley o resolución judicial, los derechos y deberes que ella confiere corresponderán al otro de los padres (art. 244 inc. final).

C) Judicial: Por resolución judicial se puede confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercían conjuntamente, cuando el interés del hijo lo haga indispensable. Entendemos que en este caso la situación debe ser tal que las pruebas rendidas durante el litigio lleven al juez a la convicción que la única forma de proteger los intereses del hijo es cambiar al titular de la patria potestad.

La intervención de la justicia en esta materia debe producirse por petición de uno de los padres.

La resolución judicial que ha dispuesto el cambio del titular de la patria potestad, según lo señalado, una vez ejecutoriada debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes.

En los casos de determinación de la titularidad de la patria potestad por acuerdo de los padres o por resolución judicial, la ley exige que la escritura pública o acta otorgada ante oficial de Registro Civil, o la resolución judicial, una vez ejecutoriada, se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento o al haber quedado ejecutoriada respectivamente.

El problema que aquí se plantea es si la subinscripción dentro del plazo señalado es una solemnidad del acuerdo, o tan sólo una formalidad de publicidad. Es importante dilucidar esta interrogante, ya que los efectos de no practicarse la subinscripción indicada dentro del plazo señalado son distintos en uno y otro caso. En efecto, si se estima que es una solemnidad del acuerdo, la sanción a la no subinscripción oportuna es la nulidad absoluta de aquél, en tanto que si se considera que es una formalidad de publicidad, lo será la inoponibilidad del acto.

Por otro lado, si ha transcurrido el plazo sin que se haya practicado la subinscripción, ¿está obligado el oficial del Registro Civil a practicarla fuera de plazo, o puede oponerse a ello, justamente por esta razón?

Hay argumentos para sustentar una y otra opinión.

Quienes estimen que la sanción es la inoponibilidad, pueden indicar que el fundamento para sostener tal aserto se encuentra en el artículo 246 que dispone: "Mientras una subinscripción relativa al ejercicio de la patria potestad no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será *inoponible* a terceros".

Pero, en contrario de esta opinión se puede señalar que si la subinscrip-

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ción es sólo una medida de publicidad, ¿por qué razón se señaló un plazo para efectuarla ? Además, hay que tener presente que en otras materias como es el caso del artículo 1.723 del Código Civil se exigen como solemnidades escritura pública, subinscripción y que ésta se efectúe dentro de también un plazo de 30 días.

Estimamos que en esta parte la redacción del artículo 244 no es la adecuada, es poco clara, y creemos que será fuente de problemas.

Situación de los padres que viven separados

En este caso, la patria potestad será ejercida por aquel de los padres que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, conforme al artículo 225 (art. 245 inc. 1º). Conforme al artículo 225, si los padres viven separados el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre, pero ello puede ser alterado por convención de las partes o sentencia judicial, debiendo en ambos casos procederse a la correspondiente subinscripción al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento del hijo.

Este acuerdo o la sentencia judicial, en su caso, están sujetos a las normas sobre subinscripción precedentemente señaladas.

Aunque la ley no lo dice expresamente, estimamos que el acuerdo de los padres sobre esta materia debe constar por escritura pública o acta suscrita ante cualquier oficial de Registro Civil, para los efectos de poder proceder a su subinscripción.

Caso de la filiación determinada judicialmente con oposición del padre o madre

Cuando la paternidad y la maternidad del hijo ha sido determinada judicialmente contra la oposición del padre y la madre, no corresponderá a éstos la patria potestad, y deberá designarse un tutor o curador al hijo. La misma norma se aplica cuando los padres no tengan derecho a ejercer la patria potestad (art. 248).

Situación del hijo cuya filiación no está determinada legalmente ni respecto del padre ni de la madre

Como este hijo no tiene filiación determinada de acuerdo con la ley respecto de ninguno de sus progenitores y la patria potestad corresponde al padre o a la madre, no hay quien pueda ejercerla a su respecto, razón por la cual debe designársele un tutor o curador.

Régimen de bienes existente entre los padres

La ley señala expresamente (art. 247) que el régimen de bienes existente entre los padres no obsta a las reglas sobre la titularidad de la patria potestad.

Dado que a partir de la vigencia de la ley Nº 19.585 el titular de la patria potestad, y por consiguiente representante legal del hijo, puede ser variable, se-

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rá necesario que quienes contraten con un menor tengan a la vista certificado de nacimiento de éste de fecha reciente, para comprobar a través de las respectivas subinscripciones a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad.

4. *DERECHOS QUE CONFIERE LA PATRIA POTESTAD*

La patria potestad confiere a su titular los siguientes derechos:

a) Derecho legal de goce sobre los bienes del hijo,
b) Derecho de administrar los bienes del hijo, y
c) Representación del menor.

Estos derechos son de orden público, de manera que no pueden ser objeto de derogaciones, renuncias o pactos.

Estrictamente sólo el goce de los bienes del hijo es un derecho, la administración y la representación son obligaciones que pesan sobre el titular de la patria potestad.

5. *DERECHO LEGAL DE GOCE DE LOS BIENES DEL HIJO*

Este derecho corresponde al que hasta ahora se denominaba "derecho de usufructo de los bienes del hijo de familia" conforme al artículo 243, y cuya denominación es cambiada por la ley Nº 19.585. Este cambio parece acertado porque el derecho en cuestión no corresponde propiamente al del derecho real de usufructo, ya que por ejemplo no confiere derecho de persecución, propio de los derechos reales, en contra de terceros adquirentes de los bienes del hijo.

No obstante lo señalado, y con el objeto de evitar cualquier tipo de confusión, en el artículo 252 inciso final se precisa que "el derecho legal de goce recibe también la denominación de usufructo legal del padre o madre sobre los bienes del hijo. En cuanto convenga a su naturaleza, se regirá supletoriamente por las normas del Título IX del Libro II", esto es por aquellas que regulan del derecho real de usufructo.

Definición

De acuerdo con el artículo 252 inciso primero este derecho "consiste en la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos con cargo de conservar la forma y sustancia de dichos bienes y de restituirlos, si no son fungibles; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si son fungibles". Basta una simple lectura para comprobar que esta definición es muy similar a la que el artículo 764 da del derecho de usufructo.

Características

El derecho legal de goce sobre los bienes del hijo presenta las siguientes características:

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

A. Su titular no goza del derecho de persecución.
B. Es un derecho personalísimo (art. 252 inc. 1º), por consiguiente no puede enajenarse, renunciarse, transmitirse, etc.
C. No obliga a rendir fianza o caución de restitución y conservación, ni tampoco a hacer inventario solemne. Pero,en caso de no hacerse inventario solemne el titular de la patria potestad deberá llevar una descripción circunstanciada de los bienes desde que entre a gozar de ellos.

La relevación de la obligación de hacer inventario solemne debe entenderse sin perjuicio de lo establecido en el artículo 124, esto, si el titular de la patria potestad y por ende del derecho legal de goce, enviuda, y quisiera volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes del hijo que este administrando.
D. Si quien es titular del derecho legal de goce es la madre casada en régimen de sociedad conyugal, se la considerará separada parcialmente de bienes respecto del ejercicio de este derecho y de lo que en él obtenga, esta separación se rige por las normas del artículo 150 del Código Civil.

La razón de esta norma es la siguiente: "Los frutos, como consecuencia del derecho legal de goce, deberían incorporarse, por regla general, al patrimonio del padre o madre que ejerza este derecho. Sin embargo en el caso de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, lo anterior significaría que los frutos ingresarían a la sociedad conyugal y pasarían a ser administrados por el marido...", según lo señala el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, *Boletín* Nº 1060-07. Es fácil de comprender que de no existir esta norma el marido privado de la patria potestad aprovecharía de los frutos obtenidos por su mujer en el ejercicio del derecho legal de goce, ya que éstos ingresarían al haber de la sociedad conyugal, cuya administración le corresponde.
E. La ley también reglamenta la situación en que la patria potestad corresponde conjuntamente a ambos padres; en tal caso, el derecho legal de goce se distribuirá en la forma que ellos acuerden, y a falta de tal acuerdo, por iguales partes entre ellos (art. 252 inc. final).

Bienes sobre los cuales recae el derecho legal de goce

En principio, y de acuerdo con lo que dispone el artículo 250, este derecho se ejerce sobre "todos los bienes del hijo", pero ello es sólo un principio, porque en la práctica no es así, ya que quedan exluidos de él los siguientes bienes:

a) Los bienes que integran el peculio profesional o industrial, esto es los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, oficio, profesión o industria.

Aplicando por analogía el artículo 150 debe concluirse que componen este peculio, además, todos los bienes que con ellos adquiera, y los frutos que produzcan unos y otros.

Aun cuando la ley no lo dice expresamente, es lógico concluir que sólo puede tener peculio profesional o industrial el hijo que sea menor adulto, ya que si es impúber es absolutamente incapaz.

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El trabajo que el hijo desempeña debe ser remunerado. Pero, según lo ha sostenido mayoritariamente la doctrina nacional, a diferencia de lo que sucede en el patrimonio reservado de la mujer casada, no es neesario que sea separado del de sus padres.

De acuerdo con el Código de Minería las minas que el hijo descubra o denuncie ingresan a su peculio profesional. Pero, si se trata de minas que el hijo ha adquirido a cualquier título, sea gratuito u oneroso, quedan sometidas a un régimen especial: el goce se limita a la mitad de los productos de la mina, respondiéndose al hijo por la otra mitad (art. 250 inciso final). Ello porque de otra manera el derecho de dominio del hijo sobre la mina sería ilusorio, ya que el titular del derecho de goce podría incluso agotarla ejerciendo su derecho.

Respecto del peculio profesional o industrial el hijo tiene plena capacidad tanto para actos judiciales como para los extrajudiciales (art. 251), con la sola salvedad de las excepciones contempladas en el art. 254 que exige autorización judicial para enajenar o gravar los bienes raíces del hijo aún pertenecientes a su peculio profesional o industrial, y como también para la de sus derechos hereditarios.

En el peculio profesional el dominio, goce y administración de los bienes que lo componen pertenecen al hijo en forma exclusiva, nada tiene que ver con ellos el titular de la patria potestad.

b) Bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado cuando el donante o testador ha estipulado que no tenga el goce o la administración quien ejerza la patria potestad; o haya impuesto la condición de obtener la emancipación, o ha dispuesto expresamente que tenga el goce de estos bienes el hijo.

La cláusula en que se ha dispuesto que no tenga el goce o la administración quien ejerza la patria potestad, o en que se dispone que tenga el goce de los bienes donados, dejados en herencia o legado el hijo, debe ser expresa.

En lo que dice relación con la condición de obtener la emancipación, el legislador ha dado la solución indicada , porque la emancipación del hijo no depende de la voluntad del donante o testador, ya que para que ella se produzca se requiere causa legal o decreto judicial. Por ello es que intepretando la voluntad del testador o donante, y para darle cumplimiento -ya que ello no puede hacerse en la forma establecida- el legislador se encarga de cumplirla en la forma que más se acerca al deseo de quien hace la liberalidad, privando al titular de la patria potestad del derecho de goce de los bienes del hijo adquiridos por éste por donación, herencia o legado con la citada condición.

c) Las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre que tiene la patria potestad.

En estos dos últimos casos, el goce corresponderá al hijo o al otro padre.

La ley dispone expresamente (art. 253 inc. 2º) que si el padre o madre que tiene la patria potestad no puede ejercer el derecho de goce sobre uno o más de los bienes del hijo, éste pasará al otro; y si ambos estuviesen impedidos, la propiedad plena pertenecerá al hijo y se le dará un curador para su administración.

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

6. *ADMINISTRACION DE LOS BIENES DEL HIJO*

La regla general en esta materia es que la administración de los bienes del hijo corresponde al padre o madre que tenga el derecho legal de goce sobre ellos, y en caso que ambos estuviesen impedidos, la administración corresponderá a un curador (art. 253).

Hacen excepción a lo señalado los bienes pertenecientes al peculio profesional o industrial del hijo en que la administración le corresponde a éste con la limitación indicada en el art. 254.

Limitaciones a la administración de los bienes del hijo

En principio, quien tiene la administración de los bienes del hijo dispone de amplias facultades, pudiendo por consiguiente ejecutar libremente toda clase de actos, con las limitaciones que la ley ha establecido expresamente al efecto y que son las siguientes:

1) Enajenación y gravamen de los bienes raíces del hijo, para lo cual se requiere previa autorización judicial otorgada con conocimiento de causa, aun cuando ellos pertenezcan al peculio profesional o industrial de éste.
2) Enajenación de los derechos hereditarios del hijo, también en este caso se requiere autorización judicial previa otorgada con conocimiento de causa.
3) Donación de los bienes del hijo, ya que para ello hay que sujetarse a la forma y limitaciones establecidas para los tutores y curadores (art. 255). En consecuencia, no se pueden donar bienes raíces del hijo ni aun con autorización judicial, en cambio los bienes muebles de éste pueden donarse previa autorización judicial conferida por razones graves, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública y otras semejantes, con tal que la donación sea proporcionada a los bienes del hijo y no menoscabe sus capitales productivos (arts. 255 y 402).
4) Arrendamiento de los bienes del hijo por largo tiempo, también aquí se está sujeto a la forma y limitaciones impuestas a los tutores y curadores. Vale decir, que los predios rústicos no pueden arrendarse por más de ocho años y los urbanos por más de cinco, ni, en ningún caso, por más del número de años que le falten al hijo para llegar a la mayoría de edad. Si el arrendamiento se hiciere por plazos mayores, será inoponible para el hijo en el tiempo que excediere de los límites indicados.
5) Aceptación o repudiación de una herencia deferida al hijo, en estos casos debe procederse en igual forma que los guardadores (art. 255); es decir debe aceptarse la herencia con beneficio de inventario (art. 397); pero hay que tener presente que si no se hace así ello no tiene mucha importancia porque la ley confiere de pleno derecho este beneficio a los incapaces (art. 1250 inc. 2º). Por otro lado, para repudiar una herencia se necesita de autorización judicial con conocimiento de causa (art. 397).

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Responsabilidad del padre o madre en la administración de los bienes del hijo

El padre o la madre responden hasta de la culpa leve en la administración de los bienes del hijo. La responsabilidad para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos, en aquellos bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el goce, y se limita a la propiedad cuando ejerce ambas facultades sobre los bienes (art. 256).

Cese de la administración

Cesa la administración de los bienes del hijo en los casos siguientes:

a) Con la emancipación, pues ella pone fin a la patria potestad y siendo la administración una consecuencia de ésta, termina con ella;
b) Con la suspensión de la patria potestad (art. 257 inc. 2º);
c) Cuando el padre o madre, o ambos, se hayan hecho culpables de dolo o grave negligencia habitual (art. 257 inc. 1º). Se requiere, para que opere esta causal de suspensión que el dolo o grave negligencia habitual se establezca por sentencia judicial, la cual debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Obligación de quien tiene la patria potestad cuando ésta se extingue:

En el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo se establecía que, al término de la patria potestad, los hijos podían exigir a sus padres rendición de cuentas de la administración que habían hecho de sus bienes. Pero, en la discusión parlamentaria se estimó que ello era inconveniente para la convivencia familiar, y además innecesario, ya que era de suponer que quien ejercía la administración ha informado adecuada y oportunamente a su hijo de ello. Por esta razón se optó por establecer que "al término de la patria potestad, los padres pondrán a sus hijos en conocimiento de la administración que hayan ejercido sobre sus bienes" (art. 259).

7. *REPRESENTACION LEGAL DEL HIJO*

El hijo puede ser absoluta o relativamente incapaz según sea impúber o menor adulto. En el primer caso no puede actuar por sí mismo y sólo podrá celebrar actos y contratos o comparecer en juicio a través de su representante legal, y en el segundo, puede hacerlo personalmente autorizado por su representante legal o representado por éste.

Sin embargo, esta incapacidad tiene algunas excepciones, ya que hay algunos actos para los cuales el hijo, si es menor adulto, tiene capacidad propia, pudiendo actuar en ellos por sí solo, tales son:

a) Los actos judiciales y extrajudiciales que digan relación con su peculio profesional o industrial, con la sola limitación ya señalada (arts. 251 y 254);

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

b) Otorgar testamento (art. 262) en relación con el art. 1004;
c) Reconocer hijos (art. 262);
d) Contraer matrimonio, cierto es que el hijo necesita del consentimiento de sus padres para contraer matrimonio, pero ello no es en virtud de la patria potestad, sino de la autoridad paterna, y su omisión no afecta la validez del vínculo matrimonial.

Fuera de estos casos se requiere de la autorización o representación del representante legal.

En lo que dice relación con la representación del hijo hay que distinguir entre actos extrajudiciales y actos judiciales.

A) Actos extrajudiciales

La representación legal del hijo corresponde al titular de la patria potestad, quien, como se ha señalado, puede ser el padre, la madre o ambos. Si ninguno de éstos la tuviere, lo representará el respectivo curador.

Para subsanar la incapacidad del hijo para realizar actos extrajudiciales es necesario entonces que el titular de la patria potestad asuma su representación o que le autorice para ejecutar el acto.

Aunque la ley no lo resuelve expresamente, debe concluirse que la autorización puede ser expresa o tácita, salvo que en algún caso especial, como es el del art. 261 inc. 2º, la ley exija que sea solemne.

En caso de que el titular de la patria potestad se niegue a dar la autorización para actos extrajudiciales o esté impedido de hacerlo, no procede la autorización judicial subsidiaria de la justicia. La autorización judicial subsidiaria requiere de texto expreso, y en este caso no lo hay.

Los actos jurídicos realizados por el hijo, que no hubieren sido autorizados o ratificados por el titular de la patria potestad, o el curador en su caso, obligan al hijo exclusivamente en su peculio profesional o industrial (art. 260 inc. 1º), pero éste, en ningún caso, puede tomar dinero a interés ni comprar al fiado, sin autorización escrita de dichas personas, y si lo hiciere sin dicho reqisito sólo resultará obligado hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos (art. 260 inc. 2º).

Ahora tratándose de actos realizados por el hijo a través de sus representantes legales o autorizados o ratificados por escrito por éstos, hay que distinguir si los padres están casados en régimen de sociedad conyugal o si no hay tal régimen matrimonial:

a) Si los padres están casados en régimen de sociedad conyugal, los actos y contratos que el hijo celebre fuera de su peculio profesional o industrial obligan directamente al padre o madre en conformidad a las disposiciones de ese régimen de bienes, y subsidiariamente al hijo, hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos (art. 261 inc. 1º).

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

b) Si no hay régimen de sociedad conyugal, esos actos o contratos sólo obligan al padre o madre que haya intervenido, ello sin perjuicio de que pueda repetir contra el otro padre, en la parte que de derecho haya debido proveer a las necesidades del hijo (art. 261 inc. 2º).

Cabe destacar que en todos estos casos la ley exige que la ratificación hecha por el padre o la madre sea por escrito.

B) Actos judiciales

Para el análisis de esta materia es menester distinguir tres grupos de situaciones:

a. Acciones civiles

Hay que distinguir, a su vez, si el hijo actúa como demandante o como demandado:

- Si el hijo es demandante deberá actuar autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos si la ejercen de manera conjunta. En caso de que el padre, la madre o ambos nieguen su consentimiento al hijo para el ejercicio de la acción civil que quiera intentar contra un tercero, o si están inhabilitados para prestarlo, puede el juez suplirlo, y al hacerlo dará al hijo un curador para la *litis* (art. 264).

- Si el hijo es demandado, el actor deberá dirigirse contra el padre o la madre que tenga la patria potestad, para que autorice o represente al hijo en el litigio. Si ambos ejercen en conjunto la patria potestad, bastará que se dirija en contra de uno de ellos.

Si el padre o la madre no pudieren o no quisieren prestar su autorización o representación, podrá suplirla el juez, y dará al hijo un curador para la *litis*.

b. Acciones penales

Al respecto cabe distinguir si el hijo es querellante o si la acción penal se dirige en su contra:

- Si el hijo es querellante necesitará de la autorización o representación del padre o madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen en conjunto. En caso de negativa para prestar el consentimiento o inhabilidad para ello, se aplica la misma regla que se vio para el caso en que el hijo es actor en materia civil.

- Si la acción penal se dirige contra el hijo no es necesaria la intervención paterna o materna; pero el padre o la madre que tiene la patria potestad está obligado a suministrarle los auxilios que necesite para su defensa (art. 266).

c. Juicios entre el hijo y el padre o madre

El artículo 273 regula la situación en que el hijo litiga como actor en con-

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tra del padre o la madre que ejerce la patria potestad, y establece que en tal caso le será necesario al hijo obtener la venia del juez, y que si éste la otorga deberá darle un curador para la *litis* (art. 263 inc. 1º).

Aun cuando la ley no reglamenta la situación de que sea el padre o la madre que ejerce la patria potestad quien demanda al hijo, la doctrina estima que en este caso el padre o la madre estaría autorizando al hijo para comparecer en juicio, y que como el hijo es menor de edad hay que designarle un curador *ad litem*.

En caso de juicios entre el padre o la madre, que tiene la patria potestad, con el hijo, sea que el padre o la madre actúen como demandantes o demandados, éstos deberán proveer al hijo de expensas para el juicio, las que regulará incidentalmente el tribunal, tomando en consideración la cuantía e importancia de lo debatido y la capacidad económica de las partes (art. 263 inc. 2º).

Esta norma es nueva y tiene gran importancia por la frecuencia con que se presentan juicios entre padres e hijos, especialmente en materia de alimentos. Antes de la dictación de la ley 19.585 esta materia era discutible, pues el Código sólo establecía la obligación de otorgar expensas tratándose de los juicios criminales seguidos en contra del hijo, norma que se mantiene en la actualidad en el artículo 266.

8. *SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD*

La patria potestad se suspende sin extinguirse durante su ejercicio, por las causales indicadas en el art. 262, que son:

1) Demencia del padre o madre que la ejerce. No es necesaria interdicción en este caso.
2) Menor edad del padre o madre.
3) Estar el padre o madre que ejerce la patria potestad en entredicho de administrar su propios bienes, y
4) Por prolongada ausencia o impedimento físico del padre o madre que ejerce la patria potestad, de los cuales se siga perjuicio grave para los intereses del hijo, a que el padre ausente o impedido no provee.

El efecto de la supensión de la patria potestad es que el padre o la madre que la ejerce queda privado de la administración de los bienes del hijo y de su representación, y en estos casos la patria potestad la ejercerá el otro padre.

Si la patria potestad se suspende respecto de ambos padres, el hijo quedará sujeto a guarda.

En caso de que la causa de la suspensión de la patria potestad se deba a menor edad del padre o de la madre, ésta se produce de pleno derecho. En los demás casos, deberá ser decretada por el juez con conocimiento de causa y después de haber oído a los parientes del hijo y al defensor de menores.

Por otro lado, la ley faculta expresamente al juez para que en interés del hijo pueda decretar que el padre o la madre recupere la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión.

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

También el legislador se preocupó de establecer formalidades de publicidad, tanto para la resolución que decrete la suspensión de la patria potestad como para la que la deje sin efecto, ya que dispone que ellas deberán subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

9. *DE LA EMANCIPACION*

De acuerdo a lo que dispone el artículo 269 "la emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad del padre, de la madre o de ambos, según sea el caso".

En realidad en esta materia la ley 19.585 introduce muy pocas modificaciones a lo ya existente, siendo posiblemente la que más resalta la eliminación de la emancipación voluntaria, lo que en realidad tiene muy poca trascendencia ya que prácticamente no se hacía uso de ella.

Luego, y de acuerdo a lo señalado ahora la emancipación es legal o judicial solamente.

La emancipación legal se produce por el solo ministerio de la ley al configurarse alguna de las causales contempladas en el artículo 270, que son prácticamente las mismas que existían antes con algunas pequeñas modificaciones derivadas del hecho de que la patria potestad la puede tener el padre, la madre o ambos.

La emancipación judicial se origina por resolución judicial fundada en alguna de las causales taxativamente señaladas en el artículo 271. Aquí se introducen algunos pequeños cambios, así por ejemplo, en el Código actualmente vigente para que se produzca la emancipación judicial por malos tratos, éstos tienen que poner en peligro la vida o causarle graves daños al menor, exigencias éstas que se suprimen; en el caso de condena por delito de quien ejerce la patria potestad, se reemplaza la pena de "cuatro años de reclusión o presidio u otra de igual o mayor naturaleza" por la de "pena aflictiva", agregándose que la causal se mantiene aunque exista indulto, a menos que atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad.

La emancipación es irrevocable (art. 272). Pero, la actual ley establece una excepción a este principio que son los casos en que la emancipación se haya producido por muerte presunta o por sentencia judicial fundada en la inhabilidad moral del padre o madre, ya que en estos casos la emancipación puede ser dejada sin efecto por el juez, a petición del respectivo padre o madre, y siempre que se acredite fehacientemente la existencia del desaparecido o que ha cesado la inhabilidad, según el caso. Pero, además, debe constar que la recuperación de la patria potestad conviene a los intereses del hijo. Hay que tener presente en este punto que la ley establece que la revocación de la emancipación procederá sólo una vez.

También se contempla una formalidad de publicidad para la resolución que revoque la emancipación, ya que se dispone que ella sólo producirá efectos desde que se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

No obstante que el tema global que nos hemos propuesto tratar dice relación con los "Derechos y obligaciones entre los padres e hijo" y la "Patria potestad", hemos entendido que no podemos constreñirnos a los nuevos Títulos IX y X del Código Civil, sino que es necesario extenderse a otro punto fundamental y que es también uno de los efectos que se derivan de la filiación, como lo son las modificaciones introducidas en materia de derecho de alimentos.

10. *MODIFICACIONES EN MATERIA DE DERECHO DE ALIMENTOS*

En materia de derecho de alimentos, la ley Nº 19.585 introduce diversas modificaciones, siendo las más relevantes las siguientes:

1) Se suprime la distinción entre alimentos congruos y necesarios. Desde la vigencia de la ley en adelante sólo habrá, desde este punto de vista, "alimentos", los que se definen en el artículo 323 en la siguiente forma: "Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social".

La actual definición de alimentos corresponde a la que el Código Civil daba para los alimentos congruos.

Pero la norma no se limita a lo indicado sino que entra a precisar el contenido de la obligación alimenticia al señalar que los alimentos "comprenden la obligación de proporcionar al alimentario de menos de 21 años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio".

2) Se modifica lo que dice relación con la causa legal para pedir alimentos, modificándose el artículo 321, conforme al cual se deben alimentos:

1º) Al cónyuge.
2º) A los descendientes.
3º) A los ascendientes.
4º) A los hermanos, y
5º) Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

Como puede verse se elimina toda referencia a parentescos legítimos o naturales. Y en virtud de la nueva normativa el abuelo deberá alimentos a los nietos de filiación no matrimonial y viceversa, recuérdese que antes el abuelo solo tenía obligación de dar alimentos a los nietos legítimos.

Consecuente con esta reforma también se modifica el artículo 326 que soluciona el problema de la precedencia de títulos, esto es el caso en que una persona reúna varios títulos para pedir alimentos, y se establece que entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de grado más próximo, y que entre los de un mismo grado, como también entre varios obligados por un mismo título, le corresponde al juez distribuir la obligación en proporción a sus facultades.

También se reglamenta la situación en que hay varios alimentarios respecto de un mismo alimentante, diponiéndose que el juez distribuirá los alimentos en proporción a las necesidades de los alimentarios.

Artículo: Patria potestad
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Hernán Troncoso Larronde

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3) La obligación de dar alimentos cesa en el caso de injuria atroz (arts. 324). Se precisa ahora que constituyen injuria atroz las conductas descritas en el artículo 968. Se resuelve así un problema que había originado diversas interpretaciones, y se hace aplicando la opinión predominante en la doctrina y la jurisprudencia.

Pero además se permite al juez moderar la sanción indicada cuando la conducta del alimentario fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del alimentante.

En relación con la privación del derecho de alimentos hay que tener presente también que de acuerdo al artículo 324 inciso final quedan privados del derecho a pedir alimentos al hijo el padre o la madre que le haya abandonado en su infancia, cuando la filiación haya debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición.

4) Otra modificación importante dice relación con la extinción de la obligación de proporcionar alimentos. De acuerdo con el actual art. 332 inc. 1º: "Los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda". Esto se mantiene, pero se agrega que "los alimentos concedidos a los descendientes y hermanos se devengarán hasta que cumplan 21 años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los 28 años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistentencia".