



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Rodríguez Pinto, María Sara

UNA RELECTURA DE LA PATRIA POTESTAD COMO FUNCIÓN TUITIVA SOBRE LA PERSONA Y
BIENES DE LOS HIJOS

Ius et Praxis, vol. 16, núm. 1, 2010, pp. 55-84

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19718016016>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

UNA RELECTURA DE LA PATRIA POTESTAD COMO FUNCIÓN TUITIVA SOBRE LA PERSONA Y BIENES DE LOS HIJOS* PATRIA POTESTAS AS A CHILDREN'S GUARDIANSHIP OVER PERSON AND PROPERTY

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO**

RESUMEN

La hipótesis de este artículo es que la patria potestad debería ser entendida hoy, después de la reforma de la Ley N° 19.585, de 1998, como una función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. Para demostrar esta proposición, el artículo examina los antecedentes históricos y el desarrollo dogmático de la patria potestad en el Código Civil chileno. Luego, desde la perspectiva de las reformas más recientes al Derecho de familia, el artículo revisa el contenido de esta función, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales. Desde la misma perspectiva, el trabajo termina examinando la evolución de esta institución en cuanto a sus sujetos activos y pasivos.

ABSTRACT

The hypothesis of this article is that patria potestas should be understood today, even after reforms of Law 19.585, 1998, as a children's guardianship over person and property. This proposition is demonstrated in the article with resource to the historical background of the appropriate Titles of the Chilean Civil Code that provide rules to it, and with review of statutory development afterwards. From the point of view of the most recent developments in Family Law, the article reviews the contents of patria potestas, both in its personal and patrimonial aspects. It concludes that there is not much change in it. Change has come on the contrary from individuals entitled to exercise the function, most commonly the father, the mother of both of them jointly.

PALABRAS CLAVE

Patria Potestad, Padres, Propiedad de los Hijos

KEY WORDS

Patria Potestas, Parents, Children's Property

* Este artículo es un producto del Proyecto FONDECYT N° 1070077. Trabajo recibido el 1 de diciembre de 2009 y aprobado el 9 de abril de 2010.

** Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid; Master of Laws por Northwestern University (Chicago); Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesora de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: msr@uandes.cl.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este estudio es examinar los antecedentes históricos y el desarrollo dogmático de la patria potestad en el Derecho Civil chileno. Aun después de la reforma experimentada en estas materias por la Ley N° 19.585, de 1998, el Código Civil chileno destina sendos títulos del Libro I a tratar de los efectos de la filiación. El Título IX se refiere a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos; y el Título X, por su parte, a la patria potestad. Este artículo enfoca los efectos personales y patrimoniales de la filiación como una unidad de derechos y obligaciones cuya titularidad recae fundamentalmente en los padres (en el padre, en la madre o en ambos conjuntamente, según los casos); y cuyos sujetos son hoy los hijos de filiación determinada (hijos de filiación matrimonial, hijos de filiación no matrimonial pero reconocidos por su padre, madre o ambos, y el hijo que está por nacer). En el contexto de este estudio, denominamos a estos derechos y obligaciones patria potestad en un sentido genérico, y no en el sentido estricto, clásico y restringido que le da a este concepto el Título X del Libro I del Código Civil chileno.

Puede adelantarse que la patria potestad, tal como la concibe hoy el Derecho chileno, es algo muy distinto a la *patria potestas* romana, aunque conserva vestigios de ella. Por patria potestad podríamos entender hoy la función tuitiva que corresponde a los padres sobre sus hijos, función que se despliega en el ámbito personal; y que también tiene consecuencias patrimoniales. En el ámbito personal, la patria potestad se traduce fundamentalmente en el deber de los padres de velar por el cuidado personal de los hijos, de su crianza, educación y establecimiento. En el ámbito patrimonial, la patria potestad se traduce en el cuidado de los bienes de los hijos, y en el derecho de aprovecharse de los frutos de estos bienes, en los raros supuestos en que los haya. Así como los cónyuges aportan el fruto de su trabajo y los frutos de sus bienes al levantamiento de las cargas de familia, también los hijos contribuyen con los frutos de los suyos a solventar el mantenimiento de la familia.

La sistemática adoptada y mantenida por nuestro legislador para reglamentar la patria potestad, a juicio de este estudio, no perjudica la interpretación que se propone de esta institución como una función tuitiva unitaria de los padres. No la perjudica por las siguientes razones. Primero, porque en una situación de normalidad familiar ambos padres cuidan de sus hijos y los frutos de los bienes de los hijos se destinan a los gastos de la familia. La representación legal es una función muy residual.

Segundo, porque en la familia separada se mantiene la función tuitiva unitaria de la patria potestad al recaer todas las funciones en el padre o madre que tiene el cuidado personal del hijo. Tercero, porque, efectivamente, los efectos patrimoniales de la filiación son residuales; y la representación legal del hijo tiene un funcionamiento enteramente singular, a la vez que excepcional.

Al hablar de función tuitiva unitaria asumo la terminología utilizada por Fueyo¹ de los deberes-funciones. La patria potestad, tal como la comprendemos en este trabajo, es un deber-función de los padres para con sus hijos, tiene un contenido personal y patrimonial, y se atribuye a ambos padre y madre, o a uno u otro de los progenitores, por reglas legales o convencionales precisas, según sea su estado de vida. La hipótesis que defiendo en este artículo es que todas estas funciones, por reglas diversas que se han ido desarrollando a lo largo de un siglo mediante sucesivas reformas legales, se ejercitan unitariamente por ambos padres o, si éstos viven separados, por uno de ellos; es decir por el padre o por la madre. Todo indica que el Derecho chileno resuelve preventivamente y extrajudicialmente los conflictos que puedan existir entre progenitores sobre decisiones relativas a estas funciones².

La demostración de estas ideas se hará de la siguiente forma. En primer lugar, este estudio examinará los antecedentes históricos de los actuales Títulos IX y X del Libro I del Código Civil. En segundo lugar, se abordará el estudio de su evolución dogmática. En esta parte se constata que el contenido de la patria potestad, entendido éste como los deberes y derechos entre padres e hijos, tanto en el ámbito personal como patrimonial, ha tenido cambios mínimos. Los cambios ocurren en la titularidad activa de estas funciones y en la titularidad pasiva. Por otra parte, se va incorporando a este régimen tuitivo, según el modelo de la familia matrimonial, a niños que primitivamente no estaban protegidos por la institución de la patria potestad, entendida en un sentido amplio.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Puede resumirse esta parte de la siguiente manera. El Derecho que regía en Chile antes de la codificación estaba inspirado en la patria potestad romana de la época justinianea. Hacia 1855, las reglas romanas habían sufrido numerosas medidas de moderación por efecto de los fueros municipales en España. Pero en América éstos parecen no haber tenido mayor influencia. Por otra parte, Bello

¹ FUEYO, Fernando, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, t. VI, Vol. III, Imp. y Lit. Universo S.A., Santiago, 1959, p. 770.

² Cuestión aparte es que puedan suscitarse conflictos entre terceros y el padre o la madre; o entre terceros y el hijo; o entre padre o madre y el hijo; como lo demuestra recientemente el caso del menor Gómez Noa, Corte de Apelaciones de Valdivia, 14 mayo 2009, Rol 103-2009 (medida de protección impetrada por el Hospital de Valdivia, posteriormente revocada por el tribunal de alzada). Este caso ha sido comentado por diversos autores: ZUÑIGA AÑAZCO, Yanira, "Medida de protección terapéutica a favor de un menor", *Revista de Derecho* N° 1 Vol. XXII, Universidad Austral de Valdivia, 2009, pp. 279-299; VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, "Negativa de un menor de edad y su familia a que éste reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad", *Revista Chilena de Derecho* N° 2, vol. 36, pp. 399-440; VARAS BRAUN, Juan Andrés, "Decisiones vitales y representación parental. Fundamento y límites" (ponencia presentada en las VII Jornadas de Derecho Civil 2009), manuscrito inédito proporcionado por su autor.

no sigue el modelo del Código Civil francés de 1804 en esta materia, con lo que resulta que la legislación chilena es única y original en su tratamiento de los derechos y deberes que emanan de la filiación. Este tratamiento podría obedecer a la sistemática de alguno de los códigos modernos incluidos en la obra de Anthoine de Saint-Joseph, a la influencia del Proyecto de García Goyena, o bien, a las doctrinas francesas de la patria potestad en sentido estricto y en sentido lato.

A. LOS PRECEDENTES ROMANOS

Los precedentes romanos que constituían derecho vigente en Chile se encuentran en las leyes de las Partidas. En ellas, la patria potestad era un derecho privativo del padre legítimo sobre sus descendientes en línea recta (Partida 4^a, Título 17, Ley 1); derecho a que no podía aspirar la madre ni los ascendientes por parte de madre (mismo lugar, Ley 2).

En cuanto a la persona del hijo, poco decían las Partidas, mas que el derecho de vender al hijo en caso de extrema necesidad de hambre (Partida 4^a, Título 17, Ley 8). (No parecen éstas haber recibido, en cambio, la *vitae necisque potestas* del Derecho romano). El Fuero Juzgo (Libro V, Título 4, Ley 12), sin embargo, había prohibido absolutamente a los padres vender, donar o empeñar a sus hijos, mitigando considerablemente el rigor de algunas disposiciones romanas (si es que alguna vez estuvieron en uso). Siguieron esta tendencia numerosos otros fueros municipales.

Respecto de los bienes del hijo, se mantenía el sistema justiniano de los peculiares (Partida 4^a, Título 17, Leyes 5, 6 y 7) de los cuales el hijo podía disponer entre vivos y por causa de muerte (Partida 4^a, Título 17, Ley 11; Partida 3^a, Título 2, Leyes 2 y 3) y la incapacidad del hijo de comparecer en juicio como demandante o demandado, excepto en el ámbito de sus peculiares (Partida 4^a, Título 17, Ley 11; Partida 3^a, Título 2, Leyes 2 y 3).

En América las Partidas fueron derecho común y su influencia fue superior a la que tuvieron en España³. Aparentemente, Bello no quiso romper con este sistema, como queda reflejado especialmente en las normas del Título X del Libro I.

B. EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN (1804)

Hacia mediados del siglo XIX la patria potestad había evolucionado considerablemente desde sus antecedentes romanos. Esta evolución se refleja en el Código de Napoleón (1804) y en toda la legislación que lo precede. En él, las

³ Así, GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid. Cito por edición facsímil: Editorial Base, Barcelona, 1973, 1^a edición de 1852, t. I, p. 154; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, edición facsímil, Editorial Jurídica de Chile, Bogotá, 1992, t. III, n. 1470. Cuando la obra ofrece párrafos numerados, las referencias se hacen al número del párrafo y no de la página (n. o nn. según corresponda).

costumbres de origen germánico y el derecho escrito de origen romano se funden en una singular simbiosis, que pasa a los códigos que heredan este modelo.

El Código de Napoleón utiliza la rúbrica *De la puissance paternelle* (Del poder del padre) para regular los derechos y deberes entre padres e hijos. Se evita el término patria potestad expresamente. La expresión *puissance paternelle* es, sin embargo, utilizada solamente en la rúbrica, pues en todo el Título IX del Libro I (artículos 371 a 387 del *Code Civil*) se habla más bien de *autorité paternelle* (autoridad parental). Sus atributos son el derecho de guarda o vigilancia del hijo, el derecho de corrección y el usufructo legal⁴. La *puissance paternelle* era conferida por el Código de Napoleón también a la madre (artículos 371, 372 y 384), salvo que mientras subsistía el matrimonio era ejercida exclusivamente por el padre⁵.

Según los comentadores franceses del Código de Napoleón, esta *puissance* es reconocida solamente en interés del hijo menor no emancipado; y está dispuesta para que los padres puedan cumplir sus deberes respecto de los hijos, en la misma línea de la tutela del menor. La institución es restaurada por el Código de Napoleón para proteger principalmente a la familia legítima: los cónyuges contraen, por el hecho solo del matrimonio, la obligación de alimentar, mantener y educar a sus hijos (artículo 203 del Código de Napoleón). Es el matrimonio lo que quiere fomentar la restauración; y el Código es un instrumento idóneo para reconducir las costumbres a la época anterior a la Revolución⁶.

C. LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO (1855)

Las razones que tuvo Bello para ordenar separadamente los efectos de la patria potestad sobre la persona de los hijos de sus efectos sobre los bienes no están demasiado claras. No hay explicaciones en el Mensaje del Código Civil. Tampoco se encuentran notas de Bello a los proyectos anteriores al texto que se promulga.

Esta disposición de materias aparece por primera vez en el Proyecto de 1853. En ambos títulos hay referencias al pie a las leyes de Partidas⁷. La Comisión Revi-

⁴ Así BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de Droit Civil*, t. I, Librairie de la Société du Recueil General des Lois et des Arréts, cito por la 8^a edición, París, 1902, pp. 1122 y ss.

⁵ Se piensa que la exclusión de la madre de la patria potestad es una de las razones por las cuales Bello ordenó separadamente el derecho del padre sobre los bienes de los hijos en el Título X del Libro I. Así Borja, Luis F., *Estudios sobre el Código Civil chileno*, 7 tomos, A. ROGER y F. CHERNOVIZ, París, 1908, p. 209, a quien siguen autores chilenos, como Claro, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, t. III, n. 1470; y Fueyo, *Derecho de Familia*, cit. nota n. 1, n. 758. Sin citar a Borja, también Somarriva mantiene esta opinión. Ver: SOMARRIVA, Manuel, *Evolución del Código Civil chileno*, Editorial Nascimento, Santiago, 1955, n. 58.

⁶ Así, CLARO, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, n. 1471 y autores franceses citados por él.

⁷ BELLO, Andrés, *Obras completas*, tomos XI, XII y XIII, Proyectos del Código Civil chileno, edición dirigida por don Miguel Luis Amunátegui, editado Pedro G. Ramírez, Santiago, 1887-1888-1890, pp. 68-79. Las referencias son principalmente a las Partidas 3^a y 4^a; y a la glosa de Gregorio López a las mismas leyes.

sora suprime la norma que dice que los padres pueden servirse gratuitamente del trabajo de los hijos (artículo 243 del Proyecto de 1853) por considerarla contraria al peculio profesional que el mismo Proyecto reconoce al hijo (artículos 261 y 262 del Proyecto de 1853). La misma Comisión agrega una norma referente a la facultad de corregir y castigar al hijo, declarando en otro artículo que esta facultad pasa a quien corresponda el cuidado personal del hijo (artículos 254 a. y 254 b. del Proyecto Inédito)⁸. Ambas modificaciones afectan a normas del actual Título IX del Libro I; pero no al Título X, que regulaba y sigue regulando hoy la patria potestad en su sentido patrimonial.

Podemos barajar hipótesis sobre las posibles fuentes de esta forma de disponer las materias. Una primera conjetura es la posible influencia del Proyecto de García Goyena, que sabemos que Bello conoció⁹; aunque esta influencia es improbable porque el Proyecto de Código Civil español recién se publica en Madrid en 1852, época en la que el Proyecto de 1853 está ya acabado. Es interesante constatar, sin embargo, que a diferencia de lo que ocurre en el Código de Napoleón, el proyecto de Código Civil español divide el Título De la patria potestad (Título VII del Libro I) en tres capítulos. El primero se titula: De los efectos de la patria potestad, respecto de las personas de los hijos (artículos 143 a 149 del Proyecto); el segundo de ellos lleva la siguiente rúbrica: De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos (artículos 150 a 159). El capítulo tercero y último del Título, se denomina: De los modos de acabarse la patria potestad; y en él se ofrecen reglas sobre emancipación legal y judicial del hijo; y sobre suspensión de la patria potestad. Pero Bello no confiere la patria potestad a la madre (artículo 240 del Código de 1855), ni aun por falta del padre. El Proyecto de García Goyena disponía claramente que la madre sucede al padre en el ejercicio de la patria potestad, con todos sus derechos y obligaciones (artículo 164 del Proyecto). Otra llamativa diferencia es que García Goyena regula la representación legal del padre entre los efectos de la patria potestad sobre la persona de los hijos (artículo 146 de su Proyecto), mientras que Bello contempla esta institución como perteneciente al ámbito patrimonial (artículos 253, 257, 258, 259 y 260).

Si Bello no siguió a García Goyena en sus reglas sobre titularidad de la patria potestad ni en otros asuntos de fondo, sí pudo haberse inspirado en la sistemática que establece éste entre los efectos de la patria potestad sobre las personas de los hijos y los efectos sobre sus bienes. La definición que ofrece el artículo 240 del Código de 1855, además, se parece mucho a la que ofrece García Goyena

⁸ Bello, *Obras completas*, cit. nota n. 7, pp. 65-78.

⁹ Hay referencias a "un ilustre jurisconsulto, el presidente de la comisión redactora del Código Civil español" en el Mensaje, lo que hace suponer que a la fecha en que éste fue redactado, Bello ya conocía las *Concordancias* publicadas en Madrid en 1852, cit. nota n. 3.

en la bajada del Título VII del Libro I de su Proyecto: “[La patria potestad] es el conjunto de derechos que la ley concede al padre en las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados”¹⁰.

Una segunda hipótesis, que parece bastante persuasiva, es la argumentación con que Claro Solar explica esta sistemática. Claro Solar¹¹ justifica esta doble regulación en la misma evolución que experimenta la patria potestad: “Nuestro Código no podía ser extraño a esta tendencia, y ha realizado, en parte, la evolución tratando separadamente de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos y de aquellos que constituyen esencialmente la patria potestad”. Según Claro Solar¹², Bello habría querido hacer la distinción de lo que se entendía en la doctrina francesa como patria potestad *stricto sensu* y patria potestad *lato sensu*. En sentido lato, la patria potestad es el conjunto de derechos destinados a asegurar la crianza, educación y establecimiento de los hijos. Más que derechos, se trataría de obligaciones que pueden ser ejercidas por el padre, la madre, los ascendientes y aun otras personas. Esto es lo que habría quedado regulado en el Título IX del Libro I. En un sentido más estricto, la patria potestad es el conjunto de derechos que tiene el padre para asegurar el cumplimiento de su deber primordial de educación respecto de sus hijos. Son derechos sobre los bienes de los hijos, cuya administración y frutos puede el padre destinar al levantamiento de la carga que supone esta crianza y educación; y, también, en su caso, el establecimiento del hijo. Es decir, tanto el Título IX como el Título X del Libro I se referían a la patria potestad, pero sólo se reservó este nombre para las reglas del Título X que regulaban aspectos más directamente patrimoniales. El término patria potestad estaba ya entrando en desuso en la época de la codificación y esto explica la resistencia a usarlo y la tendencia por buscar conceptos más afines con lo que se entendía ya como autoridad que los padres debían ejercitar en beneficio de los hijos.

Como tercera hipótesis, podría pensarse en una influencia del Código holandés que se encuentra entre los que pertenecen a la obra de Anthoine de Saint-Joseph¹³. Este código regula la *puissance paternelle* en tres secciones. La primera se refiere a los efectos de la *puissance* en la persona del niño; la segunda, a los efectos de la *puissance* sobre los bienes de los hijos. La tercera sección

¹⁰ GARCÍA, *Concordancias*, cit. nota n. 3, p. 153. En el *Repertorio de legislación y jurisprudencia. Código Civil [chileno] y leyes complementarias* 3^a edición actualizada, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, se lee el siguiente comentario a los antecedentes del artículo 240: “La definición es tomada de Goyena y es, por tanto, muy amplia, y no corresponde exactamente al propósito del Código chileno, que limitó la patria potestad a los derechos patrimoniales”.

¹¹ CLARO, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, n. 1472.

¹² CLARO, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, n. 1472.

¹³ SAINT-JOSEPH, Anthoine de, *Concordances entre les code civils étrangers et le Code Napoleon*, t. II, 2^a edición, Cotillon, Paris, 1856, p. 361. La 1^a edición de esta obra es de 1840.

de este Título (Título XV del Libro I del Código Civil holandés) se refiere a las obligaciones recíprocas entre ascendientes y descendientes. El Código Civil holandés de 1809 no es mencionado por Bello entre las fuentes que utiliza en el Proyecto de 1853. Sin embargo, salvo éste, ninguno de los códigos modernos trata separadamente los efectos personales de los efectos patrimoniales de la patria potestad. Sin embargo, como hemos expuesto al principio, el Código Civil chileno destina el Título IX del Libro I a tratar de lo primero; y el Título X del Libro I a lo segundo. Ambos títulos se refieren a la patria potestad. Esto explica que Bello haya separado en otro título (Título XI) las normas sobre emancipación de los hijos, las que resultan aplicables en su gran mayoría a los dos títulos anteriores.

Dicho de otro modo, si aceptamos la hipótesis de Claro Solar u otras posibles influencias, puede suponerse que todo este conjunto de normas, es decir, las que van desde el artículo 219 hasta el artículo 269 (originalmente Títulos IX, X y XI del Libro I) forman un único cuerpo normativo de la patria potestad. El Título IX regula los efectos de la patria potestad sobre la persona de los hijos; el Título X los efectos sobre los bienes de los hijos y el Título XI, la emancipación, por la que se pone término a la patria potestad, tanto en sus efectos personales (Título IX) como en sus efectos patrimoniales (Título X). Este conjunto normativo, sin embargo, no fue entendido como una unidad por la doctrina chilena que, rápidamente, restringió la patria potestad a las normas del Título X, que lleva este epígrafe y se refiere a efectos de la filiación sobre los bienes de los hijos¹⁴.

Los antecedentes históricos indican, pues, que el conjunto normativo de los Títulos IX, X, y XI, del Libro I del Código Civil de 1855 ofrecía reglas sobre patria potestad sistematizadas de una manera especial, diferente a la de la mayoría de los códigos modernos. El Título IX se refería a efectos de la patria potestad sobre la persona de los hijos, llamando al padre, a la madre y a terceras personas a ejercitar los derechos y deberes relativos a la crianza, educación y establecimiento de los hijos. El Título X, muy apegado a las normas romanas que Bello seguramente tomó de las leyes de Partidas, se refería a los efectos de la patria potestad sobre los bienes de los hijos y reservaba los derechos de administración y goce, y el de representación legal, al padre legítimo. El Título XI ofrecía reglas sobre emancipación que ponían término a los derechos y deberes de los padres contenidos en los dos títulos anteriores, pues la emancipación no sólo pone término a los derechos del padre legítimo sobre los bienes de sus hijos sino también sobre su persona.

¹⁴ Así, por todos, CLARO, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, n. 1578; Fueyo, *Derecho de Familia*, cit. nota n. 1, n. 757 y ss. y n. 801 y ss.; SOMARRIVA, Manuel, *Derecho de Familia*, Editorial Nascimento, Santiago, 1963, n. 485. También, MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho de la Familia*, 2^a edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, n. 853.

II. EVOLUCIÓN

El tratamiento que hace de la patria potestad el Código Civil chileno de 1855 ha sufrido desde entonces numerosas modificaciones. Este estudio sugiere, sin embargo, que las reformas inciden menos en el contenido de la patria potestad, entendido éste como los derechos y deberes entre padres e hijos, o en sus atributos; que en la titularidad y sujetos de ésta. Para demostrar esta hipótesis, examinaremos a continuación el contenido de la patria potestad en todos sus aspectos; y, luego, la evolución en cuanto a sus titulares activos y pasivos.

A. EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

Tradicionalmente se enseña que la patria potestad se traduce en deberes y derechos entre padres e hijos. Son obligaciones de los hijos el respetar y obedecer a sus padres; y cuidarlos y socorrerlos en su demencia y ancianidad. Por su parte, son deberes de los padres la crianza, educación y establecimiento de los hijos. Para subvenir a estas obligaciones, los padres tienen el derecho de goce sobre los bienes de los hijos y, conjuntamente, la administración y su representación. Todos estos deberes y derechos están regulados en los actuales Títulos IX y X del Código Civil.

1. Deberes de los hijos

“Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”, prescribe el actual artículo 222. Este deber no ha tenido sustanciales variaciones desde el Código de 1855. Éste prescribía que “los hijos deben respeto y obediencia y a su padre y a su madre, pero estarán especialmente sometidos a su padre” (artículo 219 derogado). La regla procedía muy probablemente de las leyes de Partidas (Parcida 4^a, Título 19). El Código de Napoleón decía más o menos lo mismo (artículo 371 del *Code Civil*). Muchos autores ven en esto un deber moral; que no tiene sanción jurídica. Pero coinciden en mantenerlo, como de hecho hacen casi todos los códigos modernos¹⁵.

Aun después de su emancipación, deben los hijos cuidar y socorrer a sus padres y abuelos (artículo 223). El deber de socorro se traduce en el derecho de alimentos que tienen los padres y ascendientes (artículos 321 y 326). Además, el hijo que no cumpliera con este deber de cuidado y socorro podría incurrir en indignidad sucesoria (artículo 968, 3^º) y en causa de desheredamiento (artículo 1208, 2^a)¹⁶. Este deber no ha tenido grandes variaciones en el transcurso del tiempo.

¹⁵ Así, CLARO, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, nn. 1474-1477; FUEYO, *Derecho de Familia*, cit. nota n. 1, n. 755; MEZA, *Manual*, cit. nota n. 14, n. 817.

¹⁶ Así, SOMARRIVA, *Derecho de Familia*, cit. nota n. 14, n. 479.

2. Deberes de los padres en relación a la persona de sus hijos

El deber primordial de los padres es el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos¹⁷. La crianza comprende no sólo el cuidado personal del hijo sino también su sostenimiento material, que incluye la prestación de alimentos. Éstos comprenden todo lo que materialmente necesita el hijo hasta estar en condiciones de valerse por sí mismo, incluidos sus gastos de educación, e incluso, si las fuerzas del patrimonio familiar lo permiten, el establecimiento de los hijos¹⁸.

La educación consiste en proveer al desarrollo intelectual y moral del hijo, en todas las etapas de la vida, deber indelegable y derecho de los padres¹⁹. El deber de educar a los hijos incluye la obligación de proporcionarles la educación legalmente obligatoria para todos los habitantes la República²⁰ y la de una profesión u oficio (ex artículo 332, inciso 2º).

El deber de corregir a los hijos puede relacionarse con el deber de educarlos. El Código de 1855 disponía que el padre podía corregir y castigar moderadamente a sus hijos “y cuando esto no alcancare [para su corrección,] podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional” (artículo 233 del Código de 1855). La norma, introducida por la Comisión Revisora del Proyecto de 1853, pues no se encontraba en el Proyecto de 1853, curiosamente subsiste con modificaciones hasta el día de hoy (artículo 234), como buena prueba de lo poco que ha cambiado en su contenido la patria potestad²¹.

¹⁷ Sobre la atribución del deber de tuición, véase, RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 36, 2009.

¹⁸ Así, SOMARRIVA, *Derecho de Familia*, cit. nota n. 14, n. 648; MEZA, *Manual*, cit. nota n. 14, n. 1209. Los hijos pueden pedir alimentos a sus padres hasta los veintiocho años si están estudiando una profesión u oficio (artículo 332, inciso 2º, tal cual fue modificado por la Ley N° 19.585). Es evidente, entonces, que estos alimentos comprenden la preparación para una profesión u oficio.

¹⁹ El deber de educar a los hijos está garantizado como un derecho fundamental por la Constitución Política (artículo 19, número 10º). Claro, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, nn. 1499-1509, opina que debería tener independencia del deber de cuidar de su crianza. Sin embargo, no parece que tenga este deber mucha independencia puesto que el artículo 237 establece que el deber de educar a los hijos cesa respecto de aquellos cuyo cuidado ha sido confiado a otra persona, “la cual lo ejercerá con anuencia del tutor o curador, si ella misma no lo fuese”. Esta norma puede interpretarse en el sentido de que el deber de educar al hijo queda radicado unitariamente en aquel que lo tenga bajo su cuidado personal (padre o madre). Si este cuidado corresponde a un tercero deberá ejercitarse con la anuencia del tutor o curador, si él mismo no lo fuese.

²⁰ En Chile existe actualmente un *curriculum* de ocho años de enseñanza básica obligatoria (de 38 horas semanales) y de cuatro años de enseñanza secundaria obligatoria (de 42 horas semanales). D.S. (Educación) N° 27.953, de 1965; y Leyes N° 19.876, de 2003, y N° 20.162, de 2007, que reforman la Constitución Política (artículo 19, número 10º) para asegurar la obligatoriedad y gratuitidad de la enseñanza secundaria obligatoria, hasta los 21 años de edad, y la gratuitidad del segundo nivel de transición de la educación parvularia, pero sin que ésta sea obligatoria.

²¹ Puede observarse que el Código de Napoleón ponía particular énfasis en este deber de corrección (artículos 376 a 379 del Código Civil francés de 1804).

El incumplimiento de los deberes de cuidado y educación acarrea la responsabilidad civil de los padres por los daños causados por los hijos, en los distintos supuestos de los artículos 2319, 2320 y 2321. Esta responsabilidad es tan estricta que, recientemente, se ha escrito que sólo “la suma de las presunciones de los artículos 2320 y 2321 explica la dificultad para encontrar fallos que admitan la excusa de diligencia de los padres”²². Es decir, la responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos tiene por fundamento el incumplimiento de sus deberes de cuidado.

Se ha discutido si el deber de educar a los hijos incluye el deber de establecerlos²³. El artículo 235 del Código de 1855 permitía a los padres elegir el estado o profesión futura del hijo, pero no podía obligarlo a casarse, ni llegado el hijo a los veintiún años abrazar una carrera honesta más de su gusto que la elegida por sus padres. Esta norma fue completamente eliminada del Código por la Ley N° 18.802, de 1989²⁴.

Sin embargo, aun después de esta reforma y de la Ley N° 19.585, de 1998, que sustituyó completamente el Título IX del Libro I, el Código Civil mantiene normas destinadas a resolver el financiamiento de los gastos de establecimiento de los hijos (actuales artículos 230, 231 y 233). Por otra parte, el artículo 332, inciso 2º obliga a los padres a financiar el estudio de una profesión u oficio hasta que el hijo cumpla los veintiocho años de edad, algo no muy lejano a un deber de establecer. Finalmente, se mantienen vigentes en el Código las normas sobre asenso para el matrimonio del hijo menor de edad pero mayor de dieciséis años (artículos 105 a 116). Todos estos asuntos son relativos al establecimiento de los hijos y de las hijas, por lo que bien podría afirmarse la existencia de un deber jurídico de establecer a los hijos.

²² BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de la responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, § 17, n. 110.

²³ Antes de la Ley N° 18.802, de 1989, que derogó esta norma, CLARO, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, t. III, nn. 1506-1509, afirmaba el deber de establecer a los hijos. Los demás autores silenciaban el problema. Por todos, SOMARRIVA, *Derecho de Familia*, cit. nota n. 14, nn. 478-484; aunque Meza, *Manual*, cit. nota n. 14, n. 823, considera expresamente que no existe esta obligación. Después de la reforma de la Ley N° 19.585, se ha mantenido que este deber no se aviene con la realidad ni tampoco dice relación con el principio de protección que inspira la legislación sobre la infancia y adolescencia, “pues sus titulares podrían ser incluso personas mayores de veintiocho años”. SCHMIDT, Claudia, “Relaciones filiales personales y patrimoniales”, en SCHMIDT, Claudia; VELOSO, Paulina, *La filiación en el nuevo Derecho de familia*, LexisNexis, Santiago, 2001, pp. 257-258. Si existe este deber, como afirmo en el texto, de ninguna manera dura hasta más allá de los veintiocho años, edad en la que ha cesado la patria potestad y el deber de dar alimentos al hijo que estudia una profesión u oficio.

²⁴ ROZAS VIAL, Fernando, *Análisis de las reformas que introdujo la Ley N° 18.802*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 32, señala que esta norma se suprimió porque “se trataba de una disposición anacrónica e inconveniente”.

Todos estos deberes deben ejercitarse en interés del hijo²⁵. Después de la Ley Nº 19.585, de 1998, esto ha quedado explícitamente consignado en el Código Civil: *La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades* (artículo 222, inciso 2º).

Recapitulando, podemos mantener que, en su contenido, el deber primordial de los padres de atender al cuidado personal de la crianza, educación y establecimiento de los hijos no ha tenido grandes variaciones. Éstas sólo han apuntado a moderar el deber de corrección; y a eliminar el derecho de los padres a elegir el estado o profesión del hijo. En lo sustancial, siguen siendo los padres los responsables directos del cuidado, asunto en el que ahora por explícito mandato de la ley deben atender fundamentalmente al interés del hijo.

3. Derechos de los padres en relación a los bienes de los hijos

El Título X, párrafos uno a cinco, del Código Civil chileno (artículos 243 a 266) se ocupa actualmente de los derechos de los padres con relación a los bienes de sus hijos. Este Título sufrió modificaciones considerables con la Ley Nº 19.585, pues de ser un conjunto normativo que se refería exclusivamente a los derechos de los padres con relación a los bienes de sus hijos, pasó a incluir en él, como párrafos 5º, el grupo de normas que anteriormente regulaba la emancipación del hijo (antiguo Título XI del Libro I, artículos 264 a 269). El Título se divide hoy en cinco párrafos: § 1. Reglas generales; § 2. Del derecho legal de goce sobre los bienes de los hijos y de su administración; § 3. De la representación legal de los hijos; § 4. De la suspensión de la patria potestad; § 5. De la emancipación.

Cabe especular si con esto la Ley Nº 19.585 ha roto la sistemática que pudo haber concebido Bello para la patria potestad, que, como hemos adelantado anteriormente, podría pensarse que era la siguiente: Título IX: Derechos y obligaciones entre padres e hijos, es decir, efectos de la patria potestad con relación a la persona de los hijos; Título X: Patria potestad, o efectos de la patria potestad con relación a los bienes de los hijos, incluidas las normas sobre suspensión (temporal) de la patria potestad; y Título XI: Emancipación de los hijos, o término de la patria potestad. Los antecedentes indican que estos tres títulos tenían una

²⁵ La finalidad protectora del hijo, más que el derecho absoluto y despótico del padre, es uno de los aspectos que Claro Solar destaca en el orden y en la normativa dada por Bello para estos temas. Cf. CLARO, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, n. 1472; y n. 1509, donde afirma que “el interés de los hijos es el principio directivo que domina esta materia” y que “este interés superior de los hijos fue contemplado aún por la legislación romana en que se extremó la patria potestad”.

estrecha unidad. De ahí la definición que ofrecía Bello en el artículo 240 del Código de 1855: “*La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados.*” Probablemente por apego a la tradición romanística (donde la patria potestad la tenía el *paterfamilias*), aunque el Título X trataba principalmente de derechos de orden patrimonial, Bello daba a la patria potestad una definición más amplia y se la entregaba al padre. La Ley N° 5.521, de 1934, modificó el artículo 240 para reducir los efectos de la patria potestad a los bienes de los hijos.

La Ley N° 19.585 parece haber seguido la opinión de la doctrina chilena que sostenía que la patria potestad en Chile tenía solamente efectos sobre los bienes de los hijos; y que cosa completamente aparte eran las normas del Título IX²⁶. Fuera de esta reforma que afecta a la forma, en lo sustancial podemos también decir que el contenido de este derecho sobre los bienes de los hijos se ha mantenido a lo largo del tiempo.

Los derechos de los padres sobre los bienes de los hijos no emancipados, denominados por la doctrina atributos de la patria potestad, son tres: el derecho legal de goce (antes denominado usufructo legal) sobre los bienes del hijo; el derecho de administrar estos bienes y, por último, la representación legal del hijo. Los revisaremos a continuación, en este mismo orden.

4. Derecho legal de goce y administración

El derecho legal de goce y administración se refiere a los bienes del peculio adventicio ordinario. Es decir, se refiere a bienes que el hijo adquiere a título gratuito, entre vivos o por causa de muerte mientras se encuentra bajo la potestad de sus padres. Como ya observaba Claro Solar²⁷, este derecho no abarca en ningún caso la totalidad de los bienes que puede tener el hijo.

Por tanto, este derecho no comprende los bienes del peculio adventicio extraordinario (artículo 250, números 2º y 3º), es decir, los bienes que han llegado al hijo entre vivos o por causa de muerte, con la condición de que el padre no tenga el goce o la administración de estos bienes, o ninguna de estas facultades; o que pasan al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre que tiene la patria potestad. El goce y administración de estos bienes los tiene el padre o madre no excluido; o el hijo. En este último caso se le dará un curador para la administración (artículo 253).

²⁶ Así, antes de la reforma, SOMARRIVA, *Derecho de Familia*, cit. nota n. 14, n. 485; y, después de ella, RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, n. 602; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *Derecho de Familia*, 12ª edición, LegalPublishing, Santiago, 2009, nn. 282 y 284.

²⁷ CLARO, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, n. 1585

Después de la reforma de la Ley N° 19.585, las reglas que ahora ofrecen los artículos 250 a 259 han ganado en sencillez y funcionalidad respecto de sistema anterior. Éste permitía que el padre o madre, en algunos casos, tuviera la administración de bienes de cuyo usufructo se encontraba privado por condiciones impuestas por el donante o testador (bienes del peculio adventicio extraordinario); o que tuviera el usufructo de bienes de cuya administración se encontraba privado (antiguo artículo 247 del Código Civil). Bajo el sistema vigente hoy, derecho legal de goce y administración son facultades que se encuentran siempre unidas. Bajo el sistema instaurado por la Ley N° 19.585, el goce y administración de los bienes del peculio adventicio extraordinario lo tiene el otro de los padres, que no encuentre igualmente inhabilitado (artículo 250, inciso 2º). Si ambos han sido excluidos por condiciones impuestas por el donante o testador, la propiedad plena de estos bienes lo tendrá el hijo en todos los casos y se le dará un curador de bienes para su administración (artículo 253).

El derecho legal de goce tampoco se refiere a los bienes comprendidos en el peculio profesional o industrial del hijo, incluidos los bienes adquiridos por el ejercicio de un oficio no separado del padre. Sobre estos bienes el hijo goza de plenos poderes con la sola limitación del artículo 254 (autorización judicial para enajenar y gravar bienes raíces de este peculio). Cabe señalar que, en esta materia, la reforma de la Ley N° 19.585 no introdujo modificaciones de fondo.

En resumen, el derecho legal de goce (antes usufructo legal) y la administración de los bienes del hijo son derechos que en lo sustancial no han variado. Se mantiene el sistema de los peculios. Pero se simplifican los mecanismos de atribución del goce y administración del peculio adventicio ordinario al padre o madre que tenga la patria potestad. También se simplifican los mecanismos de atribución de la administración y goce del peculio adventicio extraordinario a aquel de los padres no impedido; o al hijo, nombrándosele un curador especial para la administración. Cabe observar, sin embargo, que estas atribuciones de los padres son de rara ocurrencia. Normalmente los hijos menores de dieciocho años no han heredado; y es también infrecuente que reciban donaciones de terceros. Por otra parte, ha aumentado considerablemente la expectativa de vida de los ascendientes de quienes el hijo menor de edad puede tener la expectativa de heredar. Frecuentemente el derecho legal de goce y administración, por tanto, es un derecho vacío y sin relevancia jurídica práctica.

6. La representación legal

La representación legal es, en cambio, un atributo del padre o madre que tiene la patria potestad que despierta y parece que tiene interés práctico. Este estudio concluye, sin embargo, que consiste en una función residual y excepc-

cional. Lo es porque en el ámbito personal parece que no tiene la relevancia que se le atribuye debido a la autonomía progresiva que el Derecho común y los tratados internacionales de protección de la infancia atribuyen al menor de edad. En el ámbito patrimonial, sólo es funcional en los escasos supuestos en que el hijo tiene bienes bajo administración paterna o materna.

a) Función tuitiva de la representación legal

Son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador, leemos en el actual artículo 43²⁸. Por su parte, los artículos 260 a 266 del Título X del Libro I del Código Civil se refieren a la representación legal como atributo del padre o madre que ejerce la patria potestad. Estas normas parecen agotar las fuentes que tiene la representación de los hijos menores de edad en el Código Civil y plantean la cuestión de la verdadera extensión de esta función.

Para ponderar esta extensión conviene revisar la envergadura de la incapacidad del menor de edad. En el ámbito civil, distinguimos entre menores de siete años de edad y mayores de esa edad. La incapacidad delictual cesa cuando el menor cumple siete años (artículo 2319): a partir de esa edad el menor responde de los delitos o cuasidelitos que le sean imputables²⁹. De la misma manera, el padre y, en su defecto, la madre, responden por el hecho dañoso de los hijos que tienen bajo su cuidado, constituyendo éste un supuesto de responsabilidad por el hecho ajeno (artículo 2320, inciso 2º). El padre o la madre civilmente responsable sólo puede exonerarse probando que “con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho” (artículo 2320, inciso final). En el ámbito de los delitos y cuasidelitos de los hijos bajo su cuidado, los padres responden por infracción al deber de vigilancia y cuidado que tienen sobre sus hijos. No lo hacen en ejercicio de la representación legal que les compete por el artículo 43. De manera que la representación legal puede considerarse excluida en este ámbito.

²⁸ Se comprende que se trata de la persona menor de edad, aunque el artículo no lo diga, pues a partir de los dieciocho años de edad los hijos se emancipan y salen de la patria potestad de su padre o madre (artículo 270, 4º). En su versión original, el artículo 43 expresaba: *Son representantes legales de una persona el padre o marido bajo cuya potestad vive, su tutor o curador, y lo son de las personas jurídicas los designados en el art. 551.*

²⁹ Antes de esa edad, son responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia (artículo 2319). Estas personas son normalmente los padres, pero en función de su deber de vigilancia y cuidado, y no como “representantes legales” del hijo. En el ámbito penal, la responsabilidad adolescente comienza a los catorce años; pero entre esta edad y los dieciséis, corresponde al juez de garantía adoptar las medidas de protección o penas mitigadas especiales previstas por la ley para evitar que los menores de dieciséis años cumplan condenas en recintos penitenciarios de adultos. Véase Ley N° 20.084, de 2005, sobre Responsabilidad Penal Juvenil.

Por otra parte, el Código Civil confiere autonomía al menor en diversas materias de orden personal y patrimonial; a partir de la pubertad, de una manera expresa. Por ejemplo, para testar (artículos 262, 1004 y 1005); para reconocer hijos (artículo 262); para casarse a partir de los dieciséis años (artículo 5º Ley N° 19.947, de 2004)³⁰. Según el artículo 250, 1º, el menor adulto puede tener un peculio profesional o industrial, para cuya administración y goce se mira como mayor de edad (artículo 251). Por legislación especial, los mayores de quince años y menores de dieciocho, no pueden trabajar sin autorización expresa de su padre o madre (o, en general, de quien lo tenga bajo su cuidado); y su trabajo está sujeto a otras restricciones establecidas por ley (artículo 13, inciso 2º y demás normas del Capítulo II del Código del Trabajo). Sin embargo, sus opiniones deberán ser tomadas debidamente en cuenta según su edad y madurez (artículo 242 y artículo 16 Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia); opiniones que deben considerarse especialmente a partir de la pubertad³¹.

Es decir, antes de la pubertad, hecho que según el artículo 26 ocurre a los doce años en las mujeres, y a los catorce en los varones, los menores de edad son responsables por los daños y perjuicios que causen a terceros por sus propios hechos; pero tienen autonomía limitada en el resto del orden civil. A partir de los doce o catorce años (artículo 26) aumenta su autonomía en el orden personal y patrimonial, aunque siguen bajo el cuidado de sus padres, quienes deben velar por su crianza y educación.

La incapacidad absoluta para contraer obligaciones negociales (sin la representación o autorización de otro) se refiere a la época de la impubertad (artículo 1447). Confrontando estas normas con las del Título XXIV del Libro IV podemos afirmar que la incapacidad absoluta sólo es efectiva antes del uso de razón, es decir, antes de los siete años (época de la infancia) (artículo 26). En el ámbito de las obligaciones que se contraen por convención, esta incapacidad subsiste hasta la pubertad. Si el menor tiene bienes, durante esta época sólo puede actuar representado por su padre o madre. En el ámbito personal, puede ejercitar derechos según su edad y madurez (artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño).

³⁰ El matrimonio sin el asenso de quienes están llamados por ley a darlo es válido, pero acarrea sanciones de orden patrimonial. En efecto, el hijo incurre en una causal especial de desheredación; y, si la sucesión es intestada, lleva en ella la mitad de la porción de bienes que le hubiere correspondido (artículo 114). Además incurre en ingratitud especial que permite al ascendiente sin cuyo asenso se ha casado revocar todas las donaciones que le haya hecho antes del matrimonio (artículo 115).

³¹ Una de las razones por las cuales la Ley N° 10.271 elevó a catorce años la edad en que los varones estaban bajo el cuidado de su madre fue que a partir de esa edad se los consideraba con el suficiente discernimiento para decidir con quién querían vivir (si con su madre o su padre). Así, SOMARRIVA, *De-recho de Familia*, cit. nota n. 14, n. 480.

Volvamos, pues, al problema de la extensión de la función representativa del padre o de la madre. En los escasos supuestos en que ésta resulta necesaria y operativa, Claro Solar³² sugiere que la extensión de la función representativa del padre o madre debe encontrarse en el artículo 390: *Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan, y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones.* Se perfila aquí el interés tuitivo de la representación legal del padre o madre: la representación (por vía de sustitución o autorización) opera en todos aquellos actos que conciernen al sujeto de la función, y que puedan *menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones*. Es decir, la función representativa sólo resultaría operativa en actos que puedan “menoscabar derechos” o “imponer obligaciones”: es una función protectora frente a terceros que pueden aprovecharse de la inexperiencia del menor. No protege el dolo o la mala fe del menor (artículo 1685). Según el artículo 390, la función representativa no sería necesaria, por tanto, para meros actos de adquisición y para el ejercicio de derechos. Por ejemplo, los menores (excepto los infantes) pueden adquirir la posesión de bienes muebles (artículo 723); sin embargo, no pueden ejercer los derechos judiciales del poseedor sin la autorización que competa (artículo 723)³³.

Quedaría también excluida la función representativa de los padres en asuntos relativos al ejercicio de derechos personalísimos (como casarse, testar o reconocer hijos, como expresamente lo reconoce la ley civil) e, incluso, derechos de la personalidad³⁴.

Todas estas normas demuestran que la incapacidad absoluta de los menores de edad es, por tanto, un axioma, cuando se la afirma sin todas estas excepciones y salvedades. Si se examina la representación legal como una función tuitiva y residual, que opera en aquellas materias en las que el menor de edad no tiene autonomía, no parece demasiado difícil aceptar que su funcionalidad sea patrimonial y limitada. Esto es lo que se concluye del análisis que sigue a continuación.

b) Especialidad de la representación legal del hijo sujeto a patria potestad

La doctrina más tradicional es que, en este sector, unas son las actuaciones del hijo, autorizadas o ratificadas por quien tenga su representación legal, y

³² Así, CLARO, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, n. 1669.

³³ La adquisición de la posesión de inmuebles, puesto que se hace por inscripción del título, supone plena capacidad pues se trata de un acto jurídico (artículo 724); a menos que estos actos correspondan a bienes del peculio profesional o industrial del menor.

³⁴ Así, SCHMIDT, “Relaciones filiales”, cit. nota n. 23, p. 340. La autora sugiere que decisiones tales como la autorización para una operación quirúrgica corresponde a los padres en función de su deber de cuidado personal del hijo; pero no en el ejercicio de una función representativa.

otras las actuaciones del padre o madre titular de la patria potestad, en representación del hijo. Autorizado o sus actos posteriormente ratificados por quien tiene la patria potestad, se invierten los efectos de la representación. Es decir, el hijo obliga directamente al padre o madre que ejerce la patria potestad “y subsidiariamente [a sí mismo], hasta concurrencia del beneficio que [...] hubiere reportado de dichos actos o contratos”. Esta sigue siendo la regla del hoy artículo 261 (antes artículo 254).

La norma del artículo 261 del Código chileno es interesantísima pues subsiste en ella un vestigio de la regla romana del *iusum*: el hijo obliga los bienes del *pater* cuando actúa con *iusum* (autorización) de su señor o padre (Gai. 4,70; D. 15, 4, 1pr.). Algo semejante sucede cuando el padre ratifica las actuaciones del hijo (D. 15, 4, 1, 6). Son rudimentos de un derecho de la representación que no conocieron los romanos y que el Derecho moderno ha desarrollado en la figura del poder³⁵. El hijo, en realidad, representa al *pater familias* cuando actúa con *iusum* y no al revés. Por eso, con sus actuaciones obliga directamente al padre.

Esta era, esencialmente, la regla del artículo 254 (derogado): “Los actos y contratos que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional o industrial, y que su padre, o la madre en el caso de artículo 252, autorice o ratifique por escrito, obligan directamente al padre o madre, y subsidiariamente al hijo, hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos.” El Código Civil chileno sólo moderaba los efectos de estas actuaciones haciendo responsable subsidiariamente al hijo “hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos”. Curiosamente, la responsabilidad subsidiaria del hijo la introduce Bello frente a la crítica de Ocampo³⁶. La idea original era la regla romana, pura y simple.

La situación descrita es hoy algo diversa. Al introducir la cláusula “o los que éstos efectúen en representación del hijo” en el actual artículo 261, la Ley Nº 19.585 modifica lo anterior. Los actos y contratos que hace el padre o madre en representación del hijo igualmente obligan al padre o madre que tiene la patria potestad, y sólo subsidiariamente al hijo “hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos”. Esta cláusula altera el régimen anterior, pues –como queda dicho– una cosa eran los actos del hijo autorizado o ratificados, y otra los actos del padre en representación del hijo. Estos últimos obligaban los bienes del hijo.

Hoy sí que tiene validez la crítica que hacía Somarriba a esta disposición (artículo 254 derogado): se invierten los efectos normales de la representación,

³⁵ Por todos, FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, trad. de la 4^a edición alemana, Colegio de Registradores, Madrid, 1998, p. 877.

³⁶ BELLO, *Obras completas*, cit. nota n. 7, t. XIII, p. 70, (notas al Proyecto Inédito).

según los cuales los actos del representante (padre o madre, o hijo autorizado) obligan al representado (hijo). En la representación legal del hijo sujeto a patria potestad la actuación del padre o madre (representante) en representación del hijo o las del hijo autorizadas o ratificadas, obligan al mismo representante (padre o madre) y sólo subsidiariamente al representado (el hijo). La reforma seguramente recoge la observación del mismo Somarriva, que consideraba que el artículo 254 debía aplicarse por analogía a los actos hechos en representación del hijo: “Aunque el precepto no se refiere a este caso –escribía, nos inclinamos a creer que sí [se aplica la disposición]; en realidad no habría razón para aplicar un criterio distinto en casos análogos.”³⁷. Es decir, Somarriva opinaba lo que el Código dice hoy expresamente, después de la reforma de la Ley Nº 19.585: que los actos realizados por el padre o madre en representación del hijo los obligan a ellos mismos; y sólo subsidiariamente al hijo. Al mantener esta opinión Somarriva no discurría con las categorías romanas que Bello seguramente manejaba.

Como conclusión, luego de la reforma de la Ley Nº 19.585, puede decirse que también las actuaciones hechas “en representación del hijo” obligan directamente al representante (padre o madre); y sólo subsidiariamente al hijo, hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos.

c) Efectos según el régimen de bienes que existe entre los padres

El artículo 261, introducido por la Ley Nº 19.585, especifica, además, los efectos de los actos y contratos de los hijos según el régimen de bienes que exista entre los padres. Si hubiere sociedad conyugal, los actos y contratos autorizados o ratificados, y los hechos en representación del hijo, obligan directamente al padre o madre “en conformidad a las disposiciones de ese régimen de bienes”. Es decir, la sociedad conyugal está obligada al pago de estas obligaciones (artículo 1740).

Si no hubiere sociedad conyugal entre ellos, es decir, si los padres estuvieren separados de bienes, o en régimen de participación en los gananciales, estos actos y contratos obligan al padre o madre que haya intervenido autorizando, ratificando o representando; sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra el otro por la parte “en que de derecho haya debido proveer a las necesidades del hijo” pero no sobre sus bienes.

Se entiende, entonces, que se trata de actos y contratos realizados por el hijo, o por los padres en representación del hijo, para subvenir a sus necesidades –me refiero, a las del hijo–, las cuales son de cargo de la sociedad conyugal o

³⁷ SOMARRIVA, *Derecho de Familia*, cit. nota n. 14, n. 516.

de los padres en proporción a las fuerzas de su haber. Es decir, se trata de actos realizados en interés del hijo.

¿Cómo se obligan los bienes del peculio adventicio ordinario? Antes de la Ley N° 19.585, la respuesta a este problema habría sido simplemente que quien ejerce la patria potestad obliga estos bienes actuando “en representación del hijo”. Los actos y contratos del padre o madre, en representación del hijo, obligaban los bienes del peculio adventicio ordinario, que entran en el goce y administración del padre o madre que tiene la patria potestad, pero pertenecen en dominio al hijo. Es decir, cuando actuaba representado por sus padres que ejercían la patria potestad, el hijo obligaba sus bienes que estaban bajo la administración paterna o materna; y no los bienes del padre o madre, como ocurre en los supuestos del artículo 261.

Después de la Ley N° 19.585 la respuesta a esta pregunta debería venir de las reglas que el Código Civil ofrece para la administración de los bienes del hijo. En el Proyecto de 1853 el Código se remitía para esto a las reglas sobre administración de los tutores y curadores (artículo 268 del Proyecto³⁸); pero esto no prosperó. La doctrina chilena opina que el efecto de esta omisión es que el padre o madre tienen amplias facultades de administración salvo las restricciones legales³⁹.

d) Efecto de los actos no autorizados ni ratificados por el padre o madre

A falta de autorización o ratificación del padre o madre que tiene la patria potestad, el hijo sólo obliga los bienes de su peculio profesional o industrial (artículo 260); y ni estos bienes quedan obligados cuando contrata préstamos

³⁸ Artículo 268. El padre de familia tiene las facultades i deberes de tutor o curador del hijo; i los actos i contratos del hijo, aun concernientes a las cosas de que tiene, no solo la propiedad, sino el usufructo i la administración, exigen la autorización o consentimiento del padre, en los mismos términos en que los menores que no están bajo la patria potestad necesita de la autorización o consentimiento de sus respectivos tutores o curadores. La falta de autorización o consentimiento paterno produce iguales efectos que la falta de autorización o consentimiento de los tutores. Todo lo cual, sin embargo, se entenderá con las modificaciones que siguen (donde se ofrecen numerosas reglas para los diversos supuestos en que el hijo actúa en el ámbito de su peculio profecticio, reglas que no pasaron al Código de 1855; y también para la representación legal del padre, que hoy encontramos en los artículos 260 a 266).

³⁹ Así, RAMOS, *Derecho de Familia*, cit. nota n. 26, n. 610. Restricciones actualmente vigentes son los artículos 254 (autorización judicial con conocimiento de causa para enajenar o gravar bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, y sus derechos hereditarios) y 255 (prohibición de donar parte alguna de los bienes del hijo, o darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar herencias, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores). Las reglas pertinentes del Título XXI del Libro I (De la administración de los tutores y curadores) son las siguientes: artículo 402, artículo 403, artículo 407, artículo 412 en relación al artículo 1796.

a interés o compra al fiado, “sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos” (artículo 260, inciso 2º): estos actos son inoponibles al padre o madre que ejerce la patria potestad.

Por fin, “[e]l hijo se mirará como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 254 (requiere autorización judicial para enajenar o gravar bienes raíces o derechos hereditarios)” (artículo 251).

e) *El ámbito judicial de la representación legal*

La representación legal del padre o madre (o de ambos si ejercen conjuntamente la patria potestad) es más amplia, sin embargo, en materia judicial. Es decir, el hijo sujeto a patria potestad es incapaz en materia judicial (artículos 263 a 265).

Se exceptúan de este régimen las acciones criminales dirigidas por terceros contra el hijo (artículo 266) y las acciones dirigidas por o contra el hijo en asuntos de su peculio profesional o industrial (artículo 251). Se comprende también que los conflictos relativos al cuidado personal o al derecho a mantener con el hijo una relación directa y regular no son asuntos en lo que esté comprometida la representación legal. El que pide o contesta una tuición, el que pide o se opone a establecimiento de un régimen de relación directa y regular con el hijo, no lo hace en representación del hijo, sino por derecho propio.

La incapacidad del hijo en materia judicial es opinión pacífica en la doctrina chilena⁴⁰. Por eso, según el artículo 263 del Código Civil, el hijo que tenga que litigar como actor contra el padre o madre que ejerce la patria potestad requiere autorización judicial y curador para la litis. Pero nada dice la ley respecto del juicio en sentido contrario: el padre o madre que ejerce la patria potestad que quiera litigar como actor contra el hijo. La doctrina chilena opina que en este caso la demanda es autorización tácita al hijo para litigar contra ellos⁴¹; y la jurisprudencia ha dicho que debe darse al hijo un curador para la litis⁴². Hasta aquí las reglas son relativamente sencillas en juicios de orden civil patrimonial y criminal.

El asunto adquiere notable relevancia práctica en materia de acciones de filiación; es decir, juicios de reclamación o impugnación del vínculo filiativo, que se tratan necesariamente entre padres e hijos. Por evidentes problemas de incompatibilidad de intereses, en esta esfera la legitimación está tasada.

⁴⁰ Por todos, SOMARRIVA, *Derecho de Familia*, cit. nota n. 14, n. 513.

⁴¹ SOMARRIVA, *Derecho de Familia*, cit. nota n. 14, n. 513.

⁴² *Celis y otro con Celis y otro* (1941): Excmo. Corte Suprema, 31 de octubre de 1940, *RDJ*, t. 38, 2^a Parte - Sección 1^a, p. 396.

Excepcionalmente estas acciones pueden deducirse por el representante legal del hijo incapaz, “en interés de éste” (artículo 205, inciso 2º; artículo 214, inciso 1º; artículo 216, inciso 2º); pero son numerosos los conflictos de intereses que suscita el uso judicial de esta legitimación extraordinaria del representante legal⁴³. La Ley N° 19.968, de 2004, sobre Tribunales de Familia, establece la obligación del juez de nombrarle un curador *ad litem* al niño, niña o adolescente cuyos intereses puedan estar en conflicto con los de su representante legal.

Recapitulando, podemos afirmar que la representación legal se refiere naturalmente a los negocios judiciales y extrajudiciales relativos a los bienes que tiene el padre o madre en su administración y goce; y no a otros bienes, respecto de los cuales tiene esta representación el curador. La representación legal obedece a la existencia de los peculiares y a la menor edad del hijo. Si no hay bienes que administrar, este derecho del padre o madre comprende solamente una función tuitiva, no propiamente representativa, que se asimila al deber de cuidar del hijo.

B. EVOLUCIÓN EN CUANTO A LA TITULARIDAD

Los cambios relativos a la titularidad de la patria potestad son amplios y se despliegan en diversas direcciones. Primero, se extiende la titularidad a la madre, para que la ejerza especialmente cuando falta el padre por diversas causas. Segundo, se extiende la titularidad al padre o madre que ha reconocido voluntariamente al hijo no matrimonial. Tercero, se extiende al padre o madre en quien recae el deber de cuidado personal del hijo; y cuarto, es posible extenderla convencionalmente a ambos padres.

1. La patria potestad de la madre

Hemos observado cómo el Código de 1855 priva a la madre de los derechos conferidos al padre en el Título X del Libro I; es decir, de los derechos de la patria potestad sobre los bienes de los hijos no emancipados. El primitivo inciso 1º del artículo 240, citado más arriba, terminaba con la siguiente sentencia: “*Estos derechos no pertenecen a la madre.*” A la doctrina le costaba explicar este anacronismo de Bello, que era criticado por casi todos⁴⁴. Si moría el padre, la madre quedaba completamente privada de la administración y goce de los

⁴³Véase el análisis especial de los conflictos de intereses en estas acciones en, CORRAL TALCIANI, Hernán, “Acciones de filiación. Legitimación y conflictos de intereses”, *Revista de Derecho (Concepción)* Vol. 225, 2009 (en prensa).

⁴⁴CLARO, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, n. 1580; SOMARRIVA, *Derecho de Familia*, cit. nota n. 14, nn. 485 y 522.

bienes que heredaban sus hijos; y si era nombrada tutora o curadora, sólo le correspondía la remuneración del guardador, es decir, el décimo de los frutos del patrimonio que administra (artículo 526).

Tal estado de cosas duró hasta el año 1925, en que por Decreto Ley Nº 328, de 16 de marzo, se dio a la madre la patria potestad de los hijos no emancipados en caso de faltar el padre por muerte, interdicción o emancipación judicial del hijo. Posteriormente, la Ley Nº 5.521, de 1934, derogó el Decreto Ley de 1925, modificando el artículo 240 del Código Civil para precisar que la patria potestad se ejerce sobre los bienes del hijo y reforzando, por lo demás, el derecho de la madre a cumplir esta función a falta del padre⁴⁵. A consecuencia de esta reforma, faltando el padre, la patria potestad pasaba a la madre. Esta es la regla de atribución que se mantiene vigente hasta hoy. Sin embargo, a partir de la reforma de la Ley Nº 19.585, de 1998, la patria potestad la ejerce la madre también por otros mecanismos de atribución consecuencial.

En efecto, corresponde a la madre la patria potestad del hijo por muerte (artículo 270) o interdicción (artículo 267) del padre; o por emancipación judicial del hijo (artículo 271). También corresponde a la madre la patria potestad respecto de los bienes del peculio adventicio extraordinario, cuando el padre queda inhabilitado por disposiciones del donante o testador (artículo 250, 2º), o por incapacidad, indignidad o desheredamiento de éste (artículo 250, 3º). Y, por último, en los casos del artículo 253, cuando el padre está impedido de tener el goce o administración de bienes del hijo.

La Ley Nº 19.585, de 1998, permite también que la patria potestad la ejerza la madre por convención con el padre, hecha por escritura pública o acta extendida ante un oficial del Registro Civil, subinscrita en la partida de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento (artículo 244, inciso 2º).

En consecuencia, puede afirmarse que, a partir de la Ley Nº 19.585, de 1998, se refuerza la patria potestad de la madre en todos los casos en que no la puede ejercer el padre; pero también por convención con el padre.

La patria potestad de la madre sigue siendo supletoria o subsidiaria a la del padre. El mismo artículo 244, después de permitir otras formas de ejercicio, dispone que “a falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad”. A esto pueden atenerse los terceros que contratan con el padre respecto de bienes del hijo.

⁴⁵ Cf. CLARO, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, nn. 1580 a 1580 ter. La iniciativa parece haber sido del propio Claro Solar; quien, sin embargo, critica que se haya especificado que la patria potestad consiste en los derechos de los padres sobre los bienes de los hijos. En su opinión, la patria potestad incluye los derechos y deberes del Título IX, como también los derechos sobre los bienes.

2. La patria potestad del padre o madre que tiene el cuidado personal del hijo

En muchos códigos extranjeros, la patria potestad corresponde a aquel de los padres que tiene la tuición⁴⁶. Este principio estuvo vigente en Chile entre 1925 y 1934. El artículo 4º del Decreto Ley N° 328, de 1925, dio a la mujer divorciada por culpa del marido la patria potestad de los hijos que estuvieren a su cargo. Sin embargo, la Ley N° 5.521, de 1934, derogó enteramente esta normativa sin reponer la regla del artículo 4º en el articulado del Código, como hizo con otras. A partir de esa fecha, la patria potestad se mantenía en manos del padre, aunque el cuidado personal del hijo correspondiera a la madre o a algún tercero, pariente o extraño. Esta situación tenía ventajas y desventajas. Entre las ventajas puede mencionarse que obligaba al padre a dar su consentimiento en los asuntos en que era requerido el representante legal del hijo. Esto lo obligaba a no desvincularse del hijo.

Por otra parte, la ventaja podía ser perjudicial para el hijo si el padre no usaba su derecho en interés del hijo. Además, el sentido del derecho legal de goce sobre los bienes del hijo consiste en la contribución de las rentas de los bienes del hijo al levantamiento de las cargas de familia; algo que no se cumple si el padre no vive con el hijo. Aunque este último argumento podía corregirse por la vía de exigir la transferencia de esas rentas a la familia por vía de pensiones alimenticias, hay que admitir que este mecanismo de corrección no siempre puede resultar eficaz.

El asunto se mantuvo así hasta la reforma de la Ley N° 19.585, que reintrodujo la regla en el actual artículo 245 del Código Civil. El artículo 245, que atribuye la patria potestad al progenitor que tenga el cuidado personal del hijo en caso de separación, cumple la función de reunificar en una cabeza la doble dimensión personal y patrimonial de la patria potestad. En caso de separación de los padres, el progenitor que tiene la tuición tiene también la patria potestad; es decir, tiene los deberes relativos a los efectos personales de la filiación y tiene los derechos que se le confieren al padre o madre sobre los bienes del hijo. A juicio de este estudio, esta regla es de una importancia no suficientemente destacada por quienes comentan la reforma de la Ley N° 19.585. Es común que se critique la decisión de los legisladores de mantener la regulación dual de los efectos personales y patrimoniales de la patria potestad⁴⁷; pero no se recapacita

⁴⁶ SOMARRIVA, *Evolución*, cit. nota n. 5, n. 73, cita los códigos peruano (artículo 393), alemán (artículo 1635), francés (artículo 274), venezolano (artículo 283) que en su época ya contemplaban esta solución. Se trata de una consecuencia de la regulación unitaria de los efectos personales y patrimoniales de la patria potestad.

⁴⁷ Así, por ejemplo, SCHMIDT, "Las relaciones filiales", cit. nota n. 23, pp. 246-249. La autora cita legislación argentina, española, peruana, boliviana, venezolana y ecuatoriana que regula unitariamente estas materias.

en que, en caso de separación de los padres, estas funciones se unifican en una sola autoridad: la del padre o la de la madre, consiguiéndose la unidad deseada. Se consigue así también que el que tiene el cuidado personal del hijo tenga también el derecho a valerse de las rentas de los bienes del hijo para el levantamiento de las cargas de familia, sin que sea necesario que estas rentas tengan que ser aplicadas a ello por vía de una pensión alimenticia.

El defecto de esta regla de atribución es la incertidumbre respecto de terceros, que ignoran la situación de hecho que pueda existir entre los padres del niño. Si los padres viven separados, toca a la madre el cuidado personal del hijo (artículo 225); y por tanto, en ella queda radicado el ejercicio de la patria potestad (artículo 245). Sin embargo, la ley no manda dar publicidad a esta circunstancia. De hecho, mientras no aparezcan subinscripciones al margen de la partida de nacimiento del hijo, los terceros deberían poder contratar con el padre, a quien toca la patria potestad a falta de acuerdos (artículo 244, inciso 2º). La atribución supletoria legal del cuidado personal del hijo a la madre (artículo 225) acarrea también la atribución legal de la patria potestad (artículo 245). Para efectos patrimoniales, los terceros podrían requerir la comparecencia del padre, a menos que una resolución judicial ratifique la atribución legal de los artículos 225 y 245, y ésta sea subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

La cuestión sólo tiene relevancia en caso de tener bienes el hijo. Pues los deberes relativos al cuidado personal de la crianza y educación del hijo quedan radicados en quien tiene la tuición.

3. La patria potestad ejercida conjuntamente por el padre y la madre

El nuevo artículo 244, inciso 1º, introducido por la Ley N° 19.585 permite el ejercicio conjunto de la patria potestad por convención entre los padres, hecha por escritura pública o por acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. Court Murasso⁴⁸ lamenta con razón la inexplicable eliminación de la norma prevista en el proyecto original para el caso de ejercicio conjunto de la patria potestad que expresaba que “los actos realizados por uno cuentan con el consentimiento del otro”. Esto facilitaba enormemente la contratación con terceros. Se subentiende que ahora deben comparecer ambos padres en cualquier acto que se refiera a bienes del hijo.

En cuanto a la titularidad, por tanto, la patria potestad ha evolucionado hacia sistemas de atribución que, sin alterar la unidad de dirección en la crianza

⁴⁸ COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva Ley de filiación*, 2ª edición, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2000, n. 140.

y educación de los hijos, permitan también la participación de la madre o de otras personas, incluidos terceros.

C. EVOLUCIÓN EN CUANTO A LOS SUJETOS PASIVOS

En cuanto a los sujetos pasivos, la patria potestad ha experimentado también un gran desarrollo. El Código Civil de 1855 contemplaba tan sólo a los hijos de familia como sujetos de patria potestad. La Ley N° 10.271, de 1952, agregó a éstos el hijo que estaba por nacer. Los hijos naturales, hoy no matrimoniales pero de filiación determinada, no estaban sujetos a la patria potestad del padre o madre que los reconocía.

1. *El hijo matrimonial (antes, hijo de familia)*

Según el Código Civil de 1855, quedaban sometidos a patria potestad los hijos legítimos (artículo 240 original); igualmente los hijos legitimados (artículo 241 original). El Código se preocupaba de reiterar la situación de los legitimados a pesar de que otras normas les reconocían plena igualdad con los hijos concebidos y nacidos en el matrimonio de sus padres (artículos 30, 25, 214, inciso 1º y 215 del Código Civil chileno de 1855). Los hijos legítimos o legitimados no emancipados se llamaban hijos de familia; el padre o madre que ejercía la patria potestad sobre ellos, padre o madre de familia (artículo 240, inciso 2º del Código de 1855). La situación de estos hijos no se ha modificado hasta el día de hoy. La Ley N° 19.585, de 1998, simplemente modificó el nombre de estos hijos, que ahora ya no se llaman “hijos de familia” sino simplemente hijos sujetos a patria potestad.

2. *El hijo que está por nacer*

La Ley N° 10.271, de 1952, resolvió un problema que se presentaba con relación a la patria potestad de la madre. La Ley N° 5.521, de 1934, nada dijo respecto a si era necesario designar un curador de los derechos eventuales del que está por nacer, cuando moría el padre después de concebido el hijo. La dificultad era que la Ley N° 5.521 no había modificado los artículos 485 y 486 del Código Civil.

Esto se resolvió intercalando un inciso en el artículo 240, que entonces regulaba la patria potestad, en el que se especificaba que la patria potestad se ejercerá también respecto de los derechos eventuales del hijo que está en el vientre y que, si naciere vivo, se presumiría legítimo”. Por su parte, la misma ley introdujo un inciso 2º al artículo 486, especificando que no era necesario nombrar un curador al hijo póstumo por nacer cuando corresponda a la madre ejercer la patria potestad. Esta regla se mantiene vigente en el Código, aun después de la reforma de la Ley N° 19.585, de 1998, en el artículo 243, inciso

2º: *La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.*

3. El hijo no matrimonial

Ya en la época de Bello, numerosas legislaciones ponían a los hijos no matrimoniales, pero reconocidos por sus padres, bajo la patria potestad del padre o madre que lo había reconocido⁴⁹. Sin embargo, bajo el sistema del Código de 1855, el reconocimiento de hijo natural no confiere al padre o madre la patria potestad sobre el hijo; pero sí los derechos y deberes derivados de la autoridad paterna (Título XIII del Libro I del Código de 1855). A consecuencia de esto, había que nombrarles tutor o curador para que administrara sus bienes y los representara legalmente (artículo 43 original); y el padre o madre que había reconocido voluntariamente al hijo era llamado a ejercer la curaduría legítima de sus bienes (artículo 368, modificado por la Ley N° 10.271 y, posteriormente, por la Ley N° 19.585). Por esta vía se evitaban reconocimientos interesados, si el hijo tenía bienes.

Con la reforma de la Ley N° 19.585 esta situación terminó, pues actualmente los hijos de filiación determinada están sujetos a la patria potestad del padre o madre que los ha reconocido. Sin embargo, el establecimiento judicial de la filiación contra la oposición del padre o madre determina su inhabilitación para ejercer la patria potestad; y a estos hijos se les nombrará un tutor o curador (artículo 248). Lo mismo sucederá a los hijos cuyos padres no tengan derecho a ejercer la patria potestad (por ejemplo, en el caso del artículo 253 inciso 2º); o cuya filiación no esté determinada legalmente ni respecto de padre ni respecto de madre (artículo 248). La determinación legal de la filiación pone fin a la guarda a que se encontraba sujeto el hijo menor de edad (artículo 249).

CONCLUSIONES

La relectura de la institución de la patria potestad, después de la Ley N° 19.585, de 1998, permite formular algunas observaciones de *lege lata* y de *lege ferenda*.

En primer lugar, entendida en un sentido lato, es decir, como derechos y deberes que se refieren a la persona y a los bienes de los hijos, la patria potestad debería ser entendida, ni siquiera totalmente de *lege ferenda*, como una función tuitiva unitaria de los padres. Concebir la patria potestad, hoy, como función tuitiva unitaria presupone entenderla, en primer lugar, como deber-función. La patria potestad ya no es un derecho subjetivo de los padres, ni del padre o de la madre por separado, si es que alguna vez lo fue. En segundo lugar, el carácter *tuitivo* de la patria potestad presupone su ejercicio en interés de los hijos, tanto

⁴⁹ Así, CLARO, *Explicaciones*, cit. nota n. 3, nn. 1581-1582.

en su dimensión personal como patrimonial, análogamente a como sucede en las guardas. En tercer lugar, la patria potestad debería entenderse como función tuitiva *unitaria* porque subsiste en ella una *unidad de dirección*. Esta unidad de dirección corresponde a ambos padres en conjunto por atribución legal o convencional, en los diversos supuestos previstos por el legislador (básicamente, cuando los padres viven juntos con sus hijos y pactan el ejercicio conjunto de las atribuciones patrimoniales que tienen sobre los bienes de los hijos). La unidad de dirección, en este supuesto, es también dirección conjunta. En todos los demás supuestos, unidad de dirección significa ejercicio unitario de la función. En efecto, aun en supuestos de normalidad familiar, la patria potestad corresponde al padre, por atribución supletoria legal del ejercicio de derechos sobre los bienes de los hijos (artículo 244). La patria potestad corresponde, alternativamente, a la madre, por atribución supletoria legal del cuidado personal de los hijos, en los casos de separación de hecho o judicial, nulidad de matrimonio o divorcio (artículo 245).

La unidad de dirección que la legislación chilena asegura a esta institución tiene sus ventajas, pero también sus dificultades. Puede considerarse que la sustracción de los conflictos entre padres sobre la dirección de la patria potestad sobre sus hijos del ámbito judicial es una ventaja. Si en situaciones de irregularidad familiar no estuviera radicada la patria potestad en la cabeza de uno de los progenitores, todas las diferencias tendrían que ser dirimidas por terceros (mediadores o jueces). La dificultad de esta solución es que uno de los progenitores queda separado de la dirección de la patria potestad sobre sus hijos; aunque esto puede compensarse con un régimen de comunicación directa y regular bien estructurado en las convenciones reguladoras de la ruptura familiar. En esos pactos, los progenitores pueden acordar el régimen de visitas y vacaciones de los hijos, la religión en que deben ser educados los hijos; el colegio o colegios a los que deben asistir los hijos; el lugar o lugares donde deben vivir los hijos, etcétera. Con todo, puede ser discutible que reforma que atribuye la patria potestad al progenitor que tiene el cuidado personal de los hijos (actual artículo 245 del Código Civil) sea del todo ventajosa para la vida de los hijos durante la separación de sus padres.

Es indudable que, de *lege lata*, el deber primordial de los padres es el cuidado y vigilancia de sus hijos, deber que incluye su crianza y educación (artículos 224, 225, 236) y por cuyo descuido u omisión los padres (según los casos) pueden llegar a verse obligados a responder civilmente frente a terceros (artículos 2317, 2320, 2321).

Los derechos de los padres en relación a los bienes de los hijos son muy residuales y excepcionales en las circunstancias actuales (artículos 243 a 266).

Nuestra opinión es que la representación legal es también una función residual y excepcional. Varias razones apuntan en esta dirección. Primero, el

Derecho civil reconoce bastante autonomía a los menores, que se consolida y crece a partir de la pubertad. Segundo, la representación legal es una función operativa solamente en el ámbito patrimonial, es decir, cuando los hijos tienen bienes adquiridos a título gratuito, entre vivos o por causa de muerte. Tercero, es cierto que son numerosos los casos en que las leyes llaman a los "representantes legales" a suplir o asistir la voluntad de un menor de edad. A juicio de este estudio, estas actuaciones corresponden a los progenitores en función de su deber de vigilancia y cuidado, o en función de su deber de crianza y educación de los hijos; pero no son actuaciones representativas propiamente tales. Cuarto, el fundamento de la responsabilidad civil de los padres es la infracción a su deber de vigilancia y cuidado, e incluso al deber de educar a los hijos; pero no la representación legal.

Las observaciones anteriormente expresadas no constituyen novedad de la Ley Nº 19.585; aunque se han visto reforzadas por las recientes reformas, sobre todo en cuanto a su ejercicio en interés del hijo, y nunca en interés de los padres. En definitiva, la patria potestad ha tenido una evolución en cuanto a sujetos activos y pasivos, donde observamos que la relación entre padres e hijos de familia se ha constituido en paradigma de los efectos de todo tipo de filiación y, en especial, de la filiación no matrimonial. La Ley Nº 19.585 vino también a reforzar estas tendencias que, como se ha podido constatar, venían desarrollándose en el Derecho chileno desde la primera parte del siglo XX.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de la responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de Droit Civil*, t. I, Librairie de la Société du Recueil General des Lois et des Arréts, cito por la 8^a edición, Paris, 1902.
- BELLO, Andrés, *Obras completas*, tomos XI, XII y XIII, Proyectos del Código Civil chileno, edición dirigida por don Miguel Luis Amunátegui, editado Pedro G. Ramírez, Santiago, 1887-1888-1890.
- BORJA, Luis F., *Estudios sobre el Código Civil chileno*, 7 tomos, A. Roger y F. Chernoviz, Paris, 1908.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, edición facsímil, Editorial Jurídica de Chile, Bogotá, 1992.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, "Acciones de filiación. Legitimación y conflictos de intereses", *Revista de Derecho (Concepción)* Vol. 225, 2009.
- COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva Ley de filiación*, 2^a edición, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2000.
- FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, trad. de la 4^a ed. alemana, Colegio de Registradores, Madrid, 1998.

- FUEYO, Fernando, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, t. VI, Vol. III, Imp. y Lit. Universo S.A., Santiago, 1959.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid. Cito por edición facsímil: Editorial Base, Barcelona, 1973, 1^a edición de 1852.
- MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho de la Familia*, 2^a ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.
- RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, 5^a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada", *Revista Chilena de Derecho* Vol. 36, 2009.
- ROZAS VIAL, Fernando, *Análisis de las reformas que introdujo la Ley N° 18.802*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
- SAINT-JOSEPH, Anthoine de, *Concordances entre les code civils étrangers et le Code Napoleon*, t. II, 2^a ed., Cotillon, Paris, 1856.
- SCHMIDT, Claudia, "Relaciones filiales personales y patrimoniales", en Schmidt, Claudia; Veloso, Paulina, *La filiación en el nuevo Derecho de familia*, LexisNexis, Santiago, 2001.
- SOMARRIVA, Manuel, *Evolución del Código Civil chileno*, Editorial Nascimento, Santiago, 1955.
- _____, *Derecho de Familia*, Editorial Nascimento, Santiago, 1963.
- TRONCOSO LARRODNE, Hernán, *Derecho de Familia*, 12^a edición, LegalPublishing, Santiago, 2009.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, "Decisiones vitales y representación parental. Fundamento y límites" (ponencia presentada en las VII Jornadas de Derecho Civil 2009) (manuscrito inédito proporcionado por su autor), 2009.
- VV.AA., Repertorio de legislación y jurisprudencia, Código Civil [chileno] y leyes complementarias, 3^a edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, "Negativa de un menor de edad y su familia a que éste reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad", *Revista Chilena de Derecho* N° 2 Vol. 36, 2009.
- ZÚÑIGA ANAZCO, Yanira, "Medida de protección terapéutica a favor de un menor", *Revista de Derecho* N° 1 Vol. XXII, Universidad Austral de Valdivia, 2009.