

DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE LOS PADRES E HIJOS DE FAMILIA

RENÉ RAMOS PAZOS
Universidad de Concepción

1. Tres precisiones previas: Una primera, y que dice relación con el nombre del tema que se me ha propuesto, en virtud de las modificaciones que introduce la ley 19.585, la expresión “hijos de familia”, deja de tener vigencia.

Una segunda: que no obstante que de la denominación del tema a tratar: “Derechos y Obligaciones entre los padres e hijos de familia”, pudiera entenderse que el objeto de este trabajo sería únicamente el análisis del nuevo Título IX del Código Civil denominado “De los Derechos y Obligaciones entre los padres y los hijos”, entendemos que no debemos ceñirnos exclusivamente a ese Título, sino tratar las diferentes consecuencias jurídicas que derivan de la filiación. Miradas las cosas desde esta perspectiva, creemos que los temas a considerar deben ordenarse del modo siguiente:

- a) Autoridad paterna;
- b) Patria Potestad;
- c) Derecho de alimentos;
- d) Derechos hereditarios.

Una tercera precisión: Los efectos de la filiación son de aplicación general a todos los hijos. La ley 19.585, termina con las distintas categorías de hijos -legítimos, naturales y simplemente ilegítimos- que implicaba, tanto para los padres como para los hijos, derechos y obligaciones de rango distinto. Con la entrada en vigencia de la ley 19.585, los derechos y obligaciones entre padres e hijos, pasan a ser los mismos para todos, dándose cumplimiento de esa forma al mandato constitucional contenido en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, que garantiza a todas las personas “la igualdad ante la ley”, sin que ésta ni autoridad alguna puedan establecer diferencias arbitrarias. También con ello, nuestro país cumple diversos acuerdos internacionales, mereciendo especial mención “La Convención sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, que en su artículo 17 N° 5 establece que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

2. Autoridad paterna. Tradicionalmente se ha definido la autoridad paterna como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos.

El Código anterior a la reforma regulaba estas materias en los títulos IX “De los Derechos y Obligaciones entre los padres y los hijos legítimos”; y XIII “De las Obligaciones y derechos entre los padres e hijos naturales”. Respecto de los hijos simplemente ilegítimos, recordemos que sólo tenían derecho a pedir alimentos del padre o madre, o de ambos, según el caso, si se encontraban en algunas de las situaciones señaladas en el antiguo artículo 280.

La ley 19.585, al consagrar la igualdad de todos los hijos, da reglas únicas, en el Título IX, que denomina “De los Derechos y Obligaciones entre los padres y los hijos”.

3. Deberes de los hijos para con sus padres y ascendientes. Dentro de este Título se consignan los siguientes deberes de los hijos para con sus padres: a) respeto y obediencia a los padres; y b) deber de cuidado a los padres y demás ascendientes.

Estas obligaciones, estaban establecidas con anterioridad a la reforma, en los artículos 219 y 220. Por disposición del antiguo artículo 276 se aplicaban también a los hijos naturales.

La ley 19.585 regula la materia en los artículos 222 y 223. Respecto al deber de respeto y obediencia, las modificaciones no son substantivas. Podemos anotar que el artículo 219, consignaba que los hijos “estarán especialmente sometidos al padre”, frase ésta que la reforma suprime, para evitar la discriminación entre padre y madre. El inciso 2º del art. 222, incorpora una norma que tiene mucho de declaración de principios: “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”.

En cuanto al deber de cuidado, el artículo 223 expresa que: “Aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios”. El inciso segundo agrega que “Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes”. Esta norma es una repetición de la contenida antes en los artículos 220 y 221, con la salvedad, que el inciso 2º recién transcrito (que corresponde al anterior artículo 221) es aplicable a todos los hijos. No era así antes de la reforma pues como “los hijos naturales no tienen abuelo, mal se puede extender este efecto a “los demás ascendientes”.

4. Derechos-deberes de los padres para con los hijos. Hablamos de “Derechos- Deberes”, pues el cuidar, criar y educar a los hijos, no es sólo un derecho o prerrogativa de los padres, sino, y muy fundamentalmente, el cumplimiento de una obligación que les impone su condición de progenitores. Dentro de este rubro, analizaremos los siguientes aspectos:

- a) derecho-deber de cuidado;
- b) deber de crianza y educación;
- c) derecho de visita;
- d) gastos de crianza y educación.

5. Derecho-deber de cuidado. Reglan la materia los nuevos artículos 224 al 228. El primero señala: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos” (inc. 1º). “El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez” (inc. 2º).

Cabe observar que aunque la ley no hace distinción entre los hijos, no puede desconocer dos realidades fácticas: 1. que los hijos pueden ser el producto de filiación matrimonial o no matrimonial; y 2. que cualquiera sea el caso -filiación matrimonial o no matrimonial- los padres pueden vivir juntos o separados.

Tratándose de hijos producto de un matrimonio, el cuidado personal de su crianza y educación corresponde a ambos padres, que la deben ejercer de consuno. Si alguno de ellos fallece, esta función corresponde al sobreviviente.

En el caso de los hijos de filiación no matrimonial, el cuidado corresponde al padre o madre que los haya reconocido (224 inc. 2). Sin embargo, si el reconocimiento ha sido por resolución judicial contra la oposición del padre o de la madre, este padre o madre queda privado del cuidado del hijo. Así resulta de aplicar el artículo 203: “Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confiere respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente”.

Tratándose de padres separados, toca a la madre el cuidado personal de los hijos (art. 225 inc. 1º). Sin embargo, estas normas pueden alterarse en dos casos:

1. por acuerdo de los padres. Así lo consigna el inciso 2º: “no obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre...” Este acuerdo tiene las siguientes características: a) es solemne, ya que debe hacerse por escritura pública o en un acta ante cualquier oficial del Registro Civil; b) para que sea oponible a terceros, debe subinscribirse (el instrumento en que conste el acuerdo) al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento; y c) es revocable, debiendo para ello cumplirse las mismas solemnidades (225 inc. 2º, parte final).

2. por resolución judicial. El artículo 225 inciso 3º prescribe: “En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo”.

En caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, podrá el juez “confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, debiendo preferirse a “los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes”. Recuérdese que en conformidad al artículo 42 de la Ley 16.618, se entiende que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral, en los supuestos señalados en ese mismo artículo.

Procedimiento de los juicios de tuición. Esta materia se tramita en juicio sumario (artículo 227 en relación con el art. 680 N° 1 del Código de Procedimiento Civil). Dice el 227: “En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente, oyendo a los hijos y parientes (recuérdese que “en los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esa denominación el cónyuge de ésta y sus consanguíneos de uno y otro sexo, mayores de edad. A falta de consanguíneos en suficiente número serán oídos los afines”). En relación con el procedimiento, vemos un problema: en conformidad al artículo 34 de la ley 16.618, Ley de Menores, los asuntos contenciosos de la competencia de los Juzgados de Menores -este sería el caso- se tramitan de acuerdo al procedimiento sumario, con algunas modificaciones, como el de que la prueba de testigos se rinde en la fecha o fechas que el tribunal determine. Pues bien, nos surgen dudas sobre si se aplica a estos juicios el procedimiento sumario normal o con las modificaciones contempladas en la Ley de Menores. No está resuelto el punto, por lo que, por el principio de la especialidad, estimamos que debe aplicarse el procedimiento sumario normal, debiendo en consecuencia, rendirse la prueba de testigos dentro del probatorio.

El artículo 228 expresa que “La persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su otro cónyuge”.

6. ¿Estas normas sobre cuidado de los hijos implican cambios sustantivos a la legislación vigente? Las novedades son pocas. En efecto, el que por acuerdo de los padres el menor quede al cuidado del padre, no constituye innovación, pues hoy día ocurre lo mismo. La novedad, radica únicamente en la forma como debe adoptarse el acuerdo y en el sistema de subinscripciones que establece la ley. Y esto es importante, por las consecuencias que se siguen para la patria potestad, según luego veremos, ya que según el artículo 245, “si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225.

Parece útil destacar la mayor amplitud que se da al Juez de Menores para privar a la madre del cuidado del hijo. Con anterioridad y de acuerdo al artículo 223, ello sólo podía ocurrir “cuando por su depravación sea de temer que se perviertan”. Y además cuando la madre se encontrare en alguno de los casos de inhabilidad física o moral establecidos en el artículo 42 de la Ley de Menores. Con la reforma -nuevo artículo 225- el tribunal podrá entregar al menor al padre “cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada”.

7. Derecho de visita. Esta materia se trata en el artículo 229: “El padre o la madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo”. Agrega la norma que “se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente”.

En esta materia se aprecian algunos cambios que merecen mencionarse. Así, debe destacarse que la nueva normativa deja en claro que el padre que no tiene el

cuidado personal del hijo, no sólo tiene el derecho sino el deber de “mantener con sus hijos una relación directa y regular...”(Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Boletín 1.060-07, págs. 145 y 146). Por la misma razón, se eliminó el concepto de “visitas” por considerarse que limitaba en algunos casos esta comunicación, tanto en cuanto a su sustancia como a la forma en que puede ejercerse, entregándose, a falta de acuerdo de los padres, al tribunal la determinación de la frecuencia y libertad que ha de mantener esta relación, siempre en el marco de que sea directa con el hijo y efectuada con periodicidad regular. Finalmente se “acotaron, además, en relación con la norma vigente, las ahora extensas atribuciones del tribunal, en el sentido de que esa frecuencia y libertad será la que el juez estime conveniente “para el hijo”, y que la comunicación entre el padre o la madre y el hijo sólo se suspenderá o restringirá cuando perjudique el bienestar de este último en forma manifiesta, declaración que el tribunal deberá hacer en resolución fundada (Boletín cit. pág. 146).

8. Educación. El artículo 225 establece que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”. Quedó claro, en la discusión de la ley, que el “derecho-deber” de educar a los hijos, que la ley entrega a ambos padres, o a falta de alguno de ellos, al sobreviviente, no se refiere únicamente a supervisar la educación formal que imparten los establecimientos de enseñanza. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, tal como lo establece el art. 19 N° 10 de la Constitución Política de la República. De modo que la voz “educación” está tomada en el sentido amplio de formar al hijo para que éste logre “el pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida”, tal como lo consigna la Carta Fundamental. Así lo dice en forma expresa el artículo 226.

9. Padres privados del derecho a educar a sus hijos. La ley priva a los padres del derecho a educar a sus hijos, en tres casos:

a) cuando el cuidado del hijo haya sido confiado a otra persona, caso en que corresponderá a ésta, debiendo ejercerla con anuencia del tutor o curador, si ella misma no lo fuere (art. 237);

b) cuando el padre hubiere abandonado al hijo (art. 238); y

c) cuando el hijo ha sido separado de su padre por inhabilidad moral de éste, a menos que la medida haya sido revocada (art. 239).

10. Gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos. En esta materia, la ley distingue según si los padres están casados en régimen de sociedad conyugal o no lo están (sea porque no hay matrimonio o porque se encuentran sujetos a otro régimen matrimonial). En el primer caso, esos gastos serán de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que allí da el código (la referencia debe entenderse hecha a los artículos 1740 N° 5 y 1744). De acuerdo a ellos, la sociedad es obligada al pago y soporta el gasto que demande el mantenimiento, educación y establecimiento de los hijos.

Si no hay sociedad conyugal, ambos padres deberán contribuir en proporción a sus respectivas facultades económicas (art. 230).

La ley mantiene la idea de que “si el hijo tuviese bienes propios, los gastos de su

establecimiento, y en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible”(artículo 231 que corresponde al art. 228 inciso final del código anterior a la reforma).

11. La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por insuficiencia de los padres, a sus abuelos, por una y otra línea conjuntamente. Así lo consigna el artículo 231. La gran innovación en esta materia es que esta regla hoy existente exclusivamente respecto de los nietos legítimos (artículo 231), se extiende a todos, sea la filiación matrimonial o no matrimonial. Antes no era así por aplicación del viejo aforismo que los hijos naturales no tenían abuelos, que se apoyaba en lo dispuesto en los antiguos artículos 270, 274 y 276. Con la entrada en vigencia de la ley en estudio, esta obligación corresponderá a todos los abuelos, cualquiera sea el origen -matrimonial o no matrimonial- de sus nietos. Más de alguno dirá que esto es injusto. No lo vemos de esa manera, en la medida que la filiación esté perfectamente determinada.

El artículo 233 mantiene la idea consignada antes en el artículo 231 inciso 2º, de que “en caso de desacuerdo entre los obligados a la contribución de los gastos de crianza y educación y establecimiento del hijo, ésta será determinada de acuerdo a sus facultades económicas por el juez, el que podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan” (art. 233).

12. Menor alimentado y criado por un tercero. El artículo 240 mantiene vigente, en los mismos términos, lo dicho en el anterior artículo 239. Dice la norma lo siguiente: “ Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentados y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán ser autorizados por el juez para hacerlo, y previamente deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez”. La norma agrega que “el juez sólo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo”.

Si bien este artículo repite la disposición del código anterior, me detengo en ella, por dos razones: a) una primera, porque hay un cambio en el inciso 2º, en cuanto a que el juez sólo debe dar la autorización, cuando “estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo”. La modificación no es intrascendente, pues el tribunal sólo deberá devolver el hijo a sus padres cuando ello fuere conveniente para el hijo. No cabe tener en cuenta -como sí antes podía ocurrir- el interés de los padres, considerando el dolor que puede producirles el no tener los hijos consigo; y

b) Toco el punto, además, porque siempre me ha parecido inaceptable que se condicione la devolución del hijo al pago previo de los costos de crianza y educación. Es una especie de derecho legal de retención que recae sobre la persona del menor, lo que juzgamos inadmisibles. Más criticable aún, considerando que la nueva ley dice que se atenderá a la conveniencia del menor. Debemos entender entonces, que si es conveniente para el menor que se le devuelva a sus padres, a pesar de ello, no se le debe devolver porque no se ha reembolsado lo que el tercero gastó en el menor. ¿Es esto justo y razonable? Pensamos que no. Creemos que, por lo menos, debió eliminarse la indicación de que el pago fuera previo.

13. Facultad de corregir a los hijos. Esta materia queda regulada por el artículo 234, que corresponde al anterior 233. Dice la norma: “Los padres tendrán la facultad de

corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal” (inc. 1º) Se aprecia que desaparece la facultad de “castigar moderadamente al hijo”, ello con el objeto de ajustar la normativa a la Convención de los Derechos del Niño. Es importante el cambio si se tiene en cuenta que hay estudios que demuestran la forma alarmante en que han aumentado los casos de violencia paterna. Soledad Larraín, tiene un estudio en que se señala que uno de cada tres niños es víctima de lo que ella denomina “golpizas”, es decir, actos de violencia mayor.

La nueva redacción pone especial énfasis en que esta facultad de los padres debe ser ejercida sin menoscabar la salud del menor ni su desarrollo personal. Y establece una idea nueva: si se produce tal menoscabo, autoriza a cualquiera persona para solicitar medidas en resguardo de la salud o desarrollo personal del hijo, pudiendo incluso el tribunal actuar de oficio. De esta manera, la ley concilia las facultades del tribunal con las que tiene en virtud de la Ley de Menores, después de las modificaciones introducidas por las leyes N°s 19.324 y 19.327, y con las de la ley 19.325 , sobre actos de violencia intrafamiliar. (Boletín cit. pág. 157).

Esta facultad de los padres de corregir a los hijos, se extiende “en ausencia, inhabilidad o muerte de ambos padres, a cualquiera otra persona o a quien corresponda el cuidado personal del hijo”. Así está establecido en el artículo 236.

14. Patria potestad. Esta materia pasa a quedar regulada en el Título X del Libro Primero del Código Civil, artículos 243 a 273.

En el proyecto del Ejecutivo, la Patria Potestad y los Derechos y Obligaciones de padres e hijos, estaban tratados en conjunto, idea que posteriormente se cambió, volviéndose al sistema tradicional del código. El concepto de patria potestad está dado por el artículo 243: “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”.

Como se puede apreciar, la gran modificación en esta materia es que pasan a ser titulares de la patria potestad tanto el padre como la madre, y no sólo el padre o madre legítimos. Este es uno de los cambios más trascendentes de la ley. Para apreciarlo en todas sus implicancias, recordemos únicamente que antes sólo se encontraban sometidos a patria potestad los hijos legítimos, quedando excluidos los hijos naturales. Por ello sólo los padres legítimos tenían la representación legal de sus hijos menores. No el padre natural. El representante legal del hijo natural era su tutor o curador. Y de aquí derivaban una serie de consecuencias del más alto interés, como, por ejemplo, que para enajenar bienes raíces del hijo natural se requería de pública subasta (art. 394). Con la reforma esta exigencia desaparece, y en buena hora, porque ellas dificultaban la administración de bienes del menor. Tampoco tenía el padre natural la administración ni el goce de los bienes del hijo, porque estos atributos son consecuencia de la patria potestad. Con la reforma, la situación cambió, pues todos los padres pasan a quedar en igual situación.

15. Titulares de la patria potestad. En el código anterior , la patria potestad correspondía exclusivamente al padre, y sólo “en defecto del padre, estos derechos pertenecerán a la madre...” Así lo decía el artículo 240 inciso 4º.

Con la reforma, la situación se cambia sustancialmente, pues el artículo 244 prescribe que “la patria potestad será ejercida por el padre o la madre, o ambos conjuntamente, según convengan...” y agrega que “sólo a falta de acuerdo corresponde al padre (art. 244 inc. 2º).

Pues bien, como en lo sucesivo la patria potestad la podrán tener tanto el padre como la madre, o ambos en conjunto, y uno de los atributos de la patria potestad es la representación del menor, es fundamental para los terceros que contratan con el menor, saber quién realmente los representa, para determinar con quién tienen que entenderse. Por ello, la ley ha debido dar una serie de normas sobre las cuales deberá ponerse atención. Nos parece que la situación puede resumirse del modo siguiente:

a) Si no hay acuerdo entre los padres, la patria potestad la tiene el padre (243 inc. 3°);

b) Los padres pueden acordar que la patria potestad la tenga la madre, o ambos en conjunto. Este acuerdo es solemne, siendo la solemnidad el que se haga por escritura pública o en acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil;

c) Judicialmente 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 ejercieren conjuntamente (244 inc. 3°);

d) Tanto en el caso del acuerdo de los padres, como de existir una resolución judicial que atribuya la patria potestad a alguno de ellos o a ambos, deberá subinscribirse el acuerdo o la sentencia al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. En conformidad al artículo 244, tal subinscripción deberá practicarse dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento”.

Esto último nos plantea una duda: ¿qué pasa si la subinscripción se realiza después de transcurridos los 30 días? ¿Significa que es nulo el acuerdo, o que la sentencia ya no se puede cumplir? Dicho de otro modo, ¿la subinscripción dentro del plazo indicado es una solemnidad del acuerdo entre los padres o simplemente es una medida de publicidad frente a terceros?

Nos parece que la subinscripción sólo constituye una medida de publicidad frente a terceros -así lo demuestra el artículo 246- y por ello, no vemos por qué se exige plazo para hacerla. Simplemente mientras no se haga, el acuerdo o la sentencia no debería afectar a los terceros. Les son inoponibles. Y consecuencia de ello, es que mientras no se practique la subinscripción, para éstos la patria potestad la tiene el padre, atendido lo dispuesto en el inciso 2° de la norma. En relación con el mismo punto, ¿puede oponerse el Registro Civil a subinscribir, si el plazo de 30 días está vencido? ¿Qué pasa si por una omisión no se subinscribe oportunamente? ¿Es necesario en ese caso de un nuevo acuerdo o de una nueva sentencia, para que empiece a correr nuevamente el plazo de los 30 días? Son dudas que nos plantea una redacción poco feliz de la ley.

El artículo 246 deja en claro que la subinscripción sólo es una medida de publicidad en resguardo de los terceros y no una solemnidad, al prescribir que “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”;

e) el artículo 245 establece que “si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225”. No crea problemas esta disposición, pues de acuerdo al artículo 225, todo acuerdo o resolución judicial que entregue a uno de los padres el cuidado del hijo, debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo para que sea oponible a los terceros; y

f) Si la paternidad y maternidad han sido determinadas judicialmente contra la

oposición del padre y de la madre, no corresponde a éstos la patria potestad, por lo que será necesario nombrar al hijo un tutor o curador (artículo 248).

Queremos terminar este punto con una recomendación práctica: cuando empiece a regir la ley y se contrate con un menor, será indispensable tener a la vista su certificado de nacimiento para saber quién lo representa. Sólo así se tendrá la seguridad de entenderse con el representante legal que corresponde.

16. Atributos de la patria potestad. Los atributos de la patria potestad son los clásicos: a) derecho legal de goce (usufructo) del padre sobre ciertos bienes del hijo; b) administración de los bienes del hijo; y c) representación del menor.

17. Derecho legal de goce. Cabe señalar que la facultad que tiene el padre para gozar de ciertos bienes del hijo, pasa a llamarse ahora “derecho legal de goce”, cambio que parece adecuado considerando que no corresponde a la idea del derecho real de usufructo, entre otras razones, porque no da derecho de persecución contra terceros adquirentes de los bienes del menor. Sin embargo, el legislador para evitar cualquier duda, precisa que “el derecho legal de goce recibe también la denominación de usufructo legal del padre o madre sobre los bienes del hijo”, agregando que “en cuanto convenga a su naturaleza, se regirá supletoriamente por las normas del Título IX del Libro II”, esto es, sobre el Derecho Real de Usufructo.

18. Definición. El derecho legal de goce queda definido en el artículo 252. “Consiste en la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos, con cargo de conservar la forma y substancia 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”. No hay dudas que esta definición se inspira en la del derecho real de usufructo, contenida en el artículo 764.

19. Características. Sus características son las siguientes:

a) es un derecho personalísimo (art. 252 inc. 1º);

b) es inembargable (art. 2466 inciso final);

c) no obliga a rendir fianza o caución de conservación y restitución ni tampoco a hacer inventario solemne. Debe sí llevarse una descripción circunstanciada de los bienes desde que entre a gozar de ellos. En el caso de que quien gozare del derecho de usufructo enviudare, para contraer nuevas nupcias deberá proceder al inventario solemne de los bienes del menor (art. 252 en relación con el art. 124);

d) si quien goza del derecho legal de goce es la madre casada en régimen de sociedad conyugal, se considerará separada de bienes respecto de su ejercicio y de lo que en él obtenga, rigiéndose esta separación por el artículo 150 (art. 252 inc. 3º). La explicación de esta norma aparece consignada en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Boletín N° 1060-07, y es la siguiente: “Los frutos, como consecuencia del derecho legal de goce, deberían incorporarse, por regla general, al patrimonio del padre o de la madre que ejerza este derecho. Sin embargo, en el caso de la mujer casada en sociedad conyugal, lo anterior significaría que los frutos ingresarían a esta sociedad y pasarían a ser administrados por el marido...”

e) si la patria potestad la ejercen conjuntamente ambos padres, el derecho legal

de goce se distribuirá en la forma que ellos lo tengan acordado. A falta de acuerdo se dividirá por partes iguales (art. 252 inc. 4º)

20. Bienes sobre los que recae el derecho legal de goce. Este aspecto está regulado por el artículo 250. Las novedades son escasas. Al igual de lo que hoy ocurre, la patria potestad confiere el derecho legal de goce sobre todos los bienes del hijo, con las siguientes excepciones:

a) bienes que integran el peculio profesional o industrial del hijo. Respecto de ellos, el goce lo tiene el hijo;

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;

c) las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre que tiene la patria potestad, caso en que el goce corresponderá al hijo o al otro padre.

Si el padre o la madre que tiene la patria potestad, no puede ejercer el derecho de goce sobre uno o más bienes del hijo, este derecho pasará al otro; y si ambos estuvieren impedidos, la propiedad plena pertenecerá al hijo y se le dará un curador para la administración (art. 253 inciso 2º).

21. Administración de los bienes del hijo. Respecto a la administración de los bienes del hijo, cabe distinguir:

a) los bienes que forman el peculio profesional o industrial, los administra el hijo, con la limitación del artículo 254, que luego veremos (art. 251);

b) respecto de los otros bienes, la regla es que su administración la tenga el padre o madre que tenga el derecho legal de goce (art. 253 inc. 1º). Si ninguno lo tiene, la administración corresponderá a un curador.

22. Limitaciones a la administración de los bienes del hijo. La ley establece las siguientes limitaciones:

a) para enajenar y gravar bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, o derechos hereditarios, se requiere de autorización judicial con conocimiento de causa (art. 254). La norma es semejante al anterior artículo 255, con la salvedad que se reemplaza la voz “hipotecar” por “gravar y además - esto es más trascendente- , se amplió la limitación a la enajenación de los derechos hereditarios. Ello, con el objeto de que esta norma guarde concordancia con la necesidad de autorización que el artículo 1749, inciso tercero, establece para celebrar tales actos respecto de los derechos hereditarios de la mujer casada en sociedad conyugal” (Boletín citado, pág. 169).

b) no se podrá hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores o curadores. Esas limitaciones están contempladas en el artículo 402, para las donaciones; en el artículo 407, para los arriendos, y en el artículo 397 (reiterado en los artículos 1225, 1236 y 150), para la aceptación o repudiación de una herencia.

23. Responsabilidad del padre o madre por la administración de los bienes del hijo. Responden hasta de la culpa leve (art. 256). Agrega este artículo que “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” (inciso 2°).

24. Cese de la administración. Cesa la administración en los siguientes casos:

a) por la emancipación del hijo, desde que la administración es una consecuencia de la patria potestad;

b) por el hecho de que el padre o madre se hayan hecho culpable de dolo o culpa, o hayan incurrido en grave negligencia habitual. Se requiere de sentencia judicial que así lo declare, la que debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (art. 257 inciso 1°);

b) por haber operado la suspensión de la patria potestad (art. 257 inc. 2°).

Si cesa la administración, cesa también el derecho legal de goce sobre los bienes hijo (art. 253).

25. Obligación de quien tiene la patria potestad, cuando ésta se extingue. El artículo 259 dispone que “al término de la patria potestad, los padres pondrán a sus hijos en conocimiento de la administración que hayan ejercido sobre sus bienes”.

Respecto a este precepto, cabe señalar que en el proyecto se establecía que al término de la patria potestad, los hijos podrían exigir a sus padres rendición de cuentas de la administración que hicieron de sus bienes. Sin embargo, en la discusión parlamentaria se estimó que lo anterior era inconveniente para la convivencia familiar y además innecesario, ya que cabe suponer que quien ejerce la patria potestad ha ido informando adecuada y oportunamente a sus hijos (Boletín cit. pág. 173).

26. Representación legal del hijo. El tercer atributo de la patria potestad es la representación legal del hijo.

El hijo de familia, si es impúber es absolutamente incapaz, y en el caso de ser menor adulto, relativamente incapaz. En el primer caso, sólo puede actuar a través de su representante legal; y en el segundo, representado por su representante legal o autorizado por éste.

Para estudiar la representación legal del hijo debe distinguirse entre: a) representación extrajudicial y b) representación judicial.

27. a) Representación extrajudicial del hijo. El representante legal del hijo es el padre, la madre o ambos, que tengan la patria potestad. Si ninguno la tuviere, lo representará el respectivo curador.

La sanción para el caso que el hijo actúe por sí sólo, es que únicamente se obligará en su peculio profesional o industrial (art. 260 inc. 1°). Sin embargo, en ningún caso podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) sin autorización escrita de las personas mencionadas. Y si lo hiciera, no será obligado por estos contratos, sino hasta la concurrencia del beneficio que haya reportado de ello (art. 260 inc. 2°).

28. Efectos de los actos o contratos del hijo ajenos a su peculio profesional o industrial, realizados a través de sus representantes legales o autorizados por éstos. Para

el estudio de esta materia se debe distinguir según que los que ejercen la patria potestad se encuentren o no casados en régimen de sociedad conyugal.

En el primer caso, los actos y contratos que el hijo celebre fuera de su peculio profesional o industrial y que el padre o madre que ejerce la patria potestad autorice o ratifique por escrito o celebre en su representación, obligan directamente al padre o madre en conformidad a las disposiciones de ese régimen de bienes y, subsidiariamente, al hijo, hasta la concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos (art. 261 inc. 1º).

Si no hay sociedad conyugal, los actos y contratos sólo obligan al padre o madre que haya intervenido, lo que no obsta a que éste pueda repetir contra el otro padre en la parte en que de derecho ha debido proveer a las necesidades del hijo. (art. 261 inc. 2º).

29. Representación judicial del hijo sometido a patria potestad. Deben distinguirse las siguientes situaciones: a) juicios en que el hijo es demandante o querellante; b) acciones civiles seguidas contra el hijo; c) juicios criminales seguidos contra el hijo; y d) juicios entre padre e hijo.

a) Respecto a los juicios en que el hijo es demandante o querellante, rige la norma del artículo 264: “el hijo no puede parecer en juicio como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre o madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta” (art. 264 inc. 1º). Si el padre, la madre o ambos niegan su consentimiento al hijo para la acción civil que quiera intentar contra un tercero, o si están inhabilitados para prestarlo, podrá el juez suplirlo, y al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis” (art. 264 inc. 2º).

b) En las acciones civiles seguidas contra el hijo, el actor deberá dirigirse al padre o madre que tenga la patria potestad, para que autorice o represente al hijo en la litis. Si ambos ejercen en conjunto la patria potestad, bastará que se dirija en contra de uno de ellos (art. 265 inc. 1º. “Si el padre o madre no pudiese o no quisiere prestar su autorización o representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis” (art. 265 inc. 2º).

c) No será necesaria la intervención paterna o materna para proceder criminalmente contra el hijo, pero el padre o madre que tiene la patria potestad será obligado a suministrarle los auxilios que necesite para su defensa” (art. 266).

d) El artículo 263 regula la situación del hijo que litiga como actor contra el padre o madre que ejerce la patria potestad. Esta norma dispone que será necesaria obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis.

Nada dice la ley sobre el caso en que sea el padre el que demanda al hijo. Frente a este vacío, se estima que por el hecho de que el padre o madre demande al hijo lo está autorizando para litigar. En este caso se le debe designar al hijo un curador para que lo represente en la litis. Así ha sido resuelto (T. 38 sec. 1º, pág. 396).

30. Expensas para la litis. En el caso de juicios entre el padre o madre que tiene la patria potestad con el hijo, sea que el padre o madre actúen como demandantes o demandados, debe proveer al hijo “de expensas para el juicio, que regulará incidentalmente el tribunal, tomando en consideración la cuantía e importancia de lo debatido y la capacidad económica de las partes” (art. 263 inciso 2º). Esta norma es nueva y de gran utilidad por la frecuencia de juicios civiles entre padres e hijos,

especialmente en materia de alimentos. Con anterioridad, el asunto era discutible, pues el código únicamente establecía la obligación de otorgar expensas tratándose de los juicios criminales seguidos contra el hijo, norma que, por lo demás mantiene el nuevo artículo 266.

31. Suspensión de la patria potestad. Muy pocos son los cambios en esta materia, que queda regulada por los artículos 267 y 268. Hay dos modificaciones pequeñas: a) el juez, en interés del hijo, podrá decretar que el padre o madre recupere la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión (art. 268 inc. 2°); y b) la resolución que decrete o deje sin efecto la suspensión deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

32. De la emancipación. Queda tratada en los artículos 269 al 273. Sobre el particular podemos decir lo siguiente:

a) Con la reforma, la emancipación sólo puede ser legal o judicial. Se elimina la emancipación voluntaria, lo que nos parece adecuado, por la escasa frecuencia con que se usaba;

b) los casos de emancipación legal son los mismos, con pequeñas modificaciones derivadas del hecho de que la patria potestad la puedan tener el padre o la madre o ambos;

c) El artículo 267 contempla los casos de emancipación judicial. Hay algunos cambios pequeños. Así, por ejemplo, antes de la reforma para que se produjera la emancipación judicial por malos tratos, tenían éstos que “poner en peligro la vida o causarle grave daño” al menor, exigencias que se suprimen; en el caso de condena por delito de quien ejerce la patria potestad, se reemplaza la pena de “4 años de reclusión o presidio u otra de igual o mayor gravedad”, 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, de asumir el otro padre la patria potestad.

d) El anterior artículo 269 establecía que toda emancipación, una vez efectuada, era irrevocable. Con la reforma la situación se mantiene igual -artículo 272- pero se establece una excepción en el inciso 2°: “Se exceptúa de esta regla la emancipación por muerte presunta o por sentencia judicial fundada en la inhabilitación moral del padre o madre, las que podrán ser dejadas sin efecto por el juez, a petición del respectivo padre o madre, cuando se acredite fehacientemente su existencia o que ha cesado la inhabilitación, según el caso, y además conste que la recuperación de la patria potestad conviene a los intereses del hijo. La resolución judicial que dé lugar a la revocación sólo producirá efectos desde que se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo”. Termina la norma expresando que “la revocación de la emancipación procederá por una sola vez”.

33. Modificaciones en materia de alimentos. Otro de los efectos de la filiación es la obligación recíproca de padres e hijos de darse alimentos. En esta materia, se producen algunas modificaciones importantes. Las más relevantes son las siguientes:

1. Se suprime la distinción entre alimentos congruos y necesario. El artículo 323 da el concepto de alimentos al establecer que “deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”. Como se

puede ver, la reforma define los alimentos aplicando la anterior definición de alimentos congruos. En seguida, la disposición precisa el contenido de la obligación al expresar que “comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de 21 años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio” y, en el caso del descendiente o hermano mayor de 21 años comprenderá también “la obligación de proporcionar la enseñanza de alguna profesión u oficio”;

2. Establece la reforma que la obligación de proporcionar alimentos cesa en el caso de injuria atroz. Hasta aquí repite lo dicho antes por el artículo 324 inciso final. Pero, hay dos diferencias importantes:

a) primero, se precisa que “sólo constituyen injuria atroz las conductas descritas en el artículo 968”, esto es, cuando concurren alguno de los casos de indignidad que tal disposición contempla. De esta manera, la ley resuelve definitivamente un problema que había preocupado a la doctrina, y lo hace aplicando la opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia; y

b) la otra diferencia consiste en que permite moderar el rigor de la sanción cuando “la conducta del alimentario fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del alimentante”;

3. Otro cambio relevante lo encontramos en el artículo 332, en relación con la extinción de la obligación de otorgar alimentos. Recordemos que según el inciso 1º del artículo 332 anterior a la reforma “los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda”. Esta norma se mantiene. Pero se sustituye el inciso 2º que antes establecía que “ningún varón de aquellos a quienes sólo se deben alimentos necesarios, podrá pedirlos despues que haya cumplido 21 años...” salvo que por algún impedimento corporal o mental se encuentre inhabilitado para trabajar. De consiguiente, según el texto antiguo, tanto los hijos legítimos como los naturales, podían demandar alimentos a sus padres, sin límite de edad, pues ambos tenían derecho a alimentos congruos. Con la reforma esta situación cambió al establecer el nuevo inciso 2º del artículo 332, que “con todo, los alimentos concedidos a los descendientes y a los 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 indispensable para su subsistencia”.

34. Derechos hereditarios entre padres e hijos. Sin duda este es uno de los aspectos más importantes de la ley. No me corresponde tratarlo en esta conferencia, pues hay una específica sobre el punto. Sin embargo, permítaseme, por la importancia que tienen, destacar dos aspectos que son centrales en la ley y que dicen relación con el tema de esta conferencia. El primero, es el que los derechos hereditarios de todos los hijos se igualan, con lo que se termina la injusta discriminación que limitaba los derechos hereditarios de los hijos naturales, en términos generales, a la mitad de lo que correspondía a los legítimos. Y el otro aspecto, que me parece de gran importancia, es la de incorporar a los ascendientes como asigntarios de cuarta de mejoras (artículo 1195).

36. Palabras finales. Hasta aquí mis observaciones en relación con el tema que se me ha propuesto.

No puedo terminar estas palabras sin expresar mi absoluta adhesión a las ideas centrales de la reforma. Conuerdo plenamente con los cambios que ha introducido la ley en estudio. Estoy convencido que esta reforma era necesaria, no sólo con el objeto de poner a tono el Código Civil con la Constitución Política y los Tratados Internacionales ratificados por Chile. Era indispensable, por razones de moralidad pues nada nos parece más odioso que la discriminación entre los hijos.