

# LAS RELACIONES PATERNO FILIALES

Prof. Ruperto Pinochet Olave

Una vez determinada la filiación se ha configurado el hecho condicionante de una relación jurídica, a la que puede determinarse relación paterno filial.

Entre las relaciones paterno filiales y la patria potestad existe una relación de género a especie. La patria potestad explica una parte de dichas relaciones, preponderantemente las que se dan durante la minoría de edad del niño y, en nuestro país, únicamente aquella parte de estas relaciones de contenido económico<sup>1</sup>.

Así usando la nomenclatura nacida del derecho extranjero, pero adecuándola a nuestra tradición jurídica podremos distinguir relaciones paterno filiales de contenido primordialmente no patrimonial y relaciones paterno filiales de contenido preferentemente no patrimonial, en nuestro país, la patria potestad, el derecho de alimentos y los derechos hereditarios.

## RELACIONES PATERNO FILIALES DE CONTENIDO PRIMORDIALMENTE NO PATRIMONIAL

Los textos de derecho de familia nacionales acostumbran a denominar tales relaciones como “autoridad paterna” definida como “*el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos*”<sup>2</sup>.

Con todo, creemos que tal denominación debe ser abandonada pues hace referencia a los especiales derechos que poseía el padre, antes que la madre – posición hoy dejada-, pero especialmente porque no tiene en cuenta el nuevo estatuto de derechos del niño especialmente contenido en la Convención de Derechos del Niño, suscrita y ratificada por Chile en 1990, el que cambió el eje de estos derechos desde el punto de vista de los derechos de los padres al del interés superior de los niños.

---

<sup>1</sup> Debe advertirse que en otros países la denominación se ocupa para identificar los derechos de los padres sobre los hijos incluso de contenido no económico.

<sup>2</sup> RAMOS PAZOS, Rene, *Derecho de Familia*. 4ª Ed. Actualizada. Tomo II. Ed. Jurídica. Santiago. 2003. p. 423.

En tal sentido, y comentando un cambio normativo experimentado en el derecho español en 1981, que en esta materia guarda cierta similitud, con los que se produjeron en materia de familia a partir de la Ley 19.585, año 1998, en nuestro país, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN señalan: *“En la redacción que el Código Civil tuvo desde 1889 hasta 1981, la patria potestad se dibujaba con unos contornos o perfiles romanistas y patriarcales... La potestad correspondía al padre y sólo de manera subsidiaria pasaba a la madre, no obstante, los notorios y bienintencionados esfuerzos que durante años hizo la doctrina para paliar tal situación, y presentaba unos caracteres notoriamente autoritarios.*

La reforma de 1981 ha introducido notables modificaciones en el régimen anterior. Ante todo, ya no se trata de un poder exclusivo del padre, sino compartido con la madre. Además, se pone un especial énfasis en que el ejercicio de la patria potestad se encuentre siempre funcionarizado. No se ejerce en interés del padre, sino en beneficio del hijo. La idea de beneficio del hijo constituye la línea directriz de la reforma. Conduce todo ello a una suavización del sistema punitivo y a la necesidad que se tenga en cuenta en todo momento la personalidad del sujeto sometido, así como la de otorgarle audiencia en un buen número de ocasiones”<sup>3</sup>.

El principio de que las relaciones paterno filiales deben ser estructuradas e interpretadas a la luz del principio de protección del niño es recogido en términos explícitos por los ordenamientos jurídicos. En tal sentido el Código Civil español –modificación del año 1981- señala en su artículo 154 que la *“potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad”*, en tanto que el Código de Familia de Cataluña prescribe en su artículo 133.1 que la potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos *“per a facilitar el ple desenvolupament de la seva personalitat”*. Nuestro Código Civil recoge el principio en el inc. 2º del artículo 222, en el que dispone que *“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”*. Tal principio es complementado en el inc. 2º del artículo 242 que ordena al juez, para adoptar sus resoluciones atender, *“como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”*.

A lo que se ha denominado relaciones paterno filiales de contenido preferentemente no patrimonial el Código Civil dedica el Título IX del libro I, artículos 222 al 242, distinguiendo entre: 1) Deberes de los hijos para con sus padres y ascendientes y; 2) Derechos y deberes de los padres para con sus hijos y demás descendientes.

---

<sup>3</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, “Sistema de Derecho civil”, vol. IV, 7ª Ed., Tecnos S.A., Madrid, 1998, p. 287.

## 1. Deberes de los hijos para con sus padres y demás ascendientes

Tales son, los deberes de respeto y obediencia y; el deber de cuidado a los padres y a los demás ascendientes.

### 1.1. Deber de respeto y obediencia

El artículo 222 prescribe: “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”<sup>4</sup>.

Otros ordenamientos jurídicos tratan el deber de respeto y obediencia correlativamente al derecho de corrección que tienen los padres sobre los hijos, lo que parece lógico.

Nuestro Código trata juntos el deber de obediencia y el de respeto deberes que, a nuestro juicio, son perfectamente diferenciables. Así el deber de obediencia se circunscribe a la minoría de edad en tanto que el de respeto perdura –a pesar que no lo dice explícitamente el Código como el caso del deber de cuidado- por toda la vida de padre e hijo.

Además, la obediencia supone la subordinación a las directrices impartidas por los padres –las que siempre deben inspirarse en el interés superior del hijo- sean compartidas o no por el niño, en tanto que el respeto no supone sumisión sino consideración, deferencia y aprecio.

Sobre el particular bastante más elaborado se encuentra la regulación de tal aspecto en el Código de Familia de Cataluña, el que aclara –art. 144- que el deber de obediencia de los hijos con respecto a sus padres, mientras se encuentran bajo su potestad, queda expresamente limitado por la imposición de conductas indignas o delictivas, en tanto que precisa el artículo citado, que el deber de respeto pierde su carácter unilateral y queda configurado de forma bilateral “*tots s’han de respectar mútuament*”.

### 1.2. Deber de cuidado a los padres y a los demás ascendientes

Debemos destacar que este deber existe durante toda la vida del hijo y del padre, por lo que no se encuentra supeditado a la minoría de edad. En la forma señalada el inc. 1º del artículo 223 dispone: “*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*”, lógica correlación del derecho de socorro que tienen los padres sobre los hijos fundado en la naturaleza misma de las relaciones familiares.

El inc. 2º de la misma disposición hace extensivo tal derecho a los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes. Nos parece que tal deber, justo por lo demás,

---

<sup>4</sup> Antes de la reforma de la Ley 19.585 el ex art. 219 disponía: “Los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y a su madre, pero estarán especialmente sometidos a su padre”.

debiera establecerse específicamente en relación con los abuelos, como parientes especialmente calificados que son, y como justa contrapartida al deber especial de socorro a sus nietos que impone sobre ellos el artículo 232, en caso de insuficiencia de los padres.

## **2. Derechos y deberes de los padres para con sus hijos y demás descendientes**

Tales derechos-deberes son: a) De cuidado; b) A mantener una relación directa y regular; c) crianza y educación y; d) gastos de crianza y educación.

### **2.1. De cuidado**

Señala nuestro artículo 224: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

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”.

Aunque la normativa incorporada al Código Civil trata de ser consecuente con la Convención de los Derechos del Niño, en el sentido de consagrar la igualdad de los hijos, debe hacerse algunas distinciones, que podremos denominar de hecho, pero que, como se verá, tienen consecuencias jurídicas. Estas se refieren a que los hijos pueden ser de filiación conocida o desconocida y los padres, sean casados o no<sup>5</sup>, pueden vivir juntos o separados.

Así el inc. 1º del artículo 224 señala que toca de consuno a los padres casados o no –la norma no distingue- pero que viven juntos, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

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.

Si los padres viven separados -art. 225-, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento

---

<sup>5</sup> Lo cierto es que difiriendo de la opinión de Ramos Pazos, ob. cit. p. 435, que sostiene que se debe considerar la filiación matrimonial y el hecho de si los padres viven separados o no, pensamos que el hecho del matrimonio en nada altera las normas de tuición o cuidado personal, ya que el artículo 224 distingue únicamente si los padres viven juntos o separados y si se conoce o no la filiación del niño.

del hijo dentro de los treinta 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 podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

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<sup>6</sup>.

Puede el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes –art. 226-.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.

El artículo 42 de la Ley de menores prescribe que para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;

Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

El artículo 227, establece el denominado derecho de audiencia del niño, al señalar que en las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oirá a los hijos y a los parientes.

Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225.

Finalmente el artículo 228 señala 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 cónyuge.

---

<sup>6</sup> Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

## 2.2. A mantener una relación directa y regular

El bloque normativo que constituye el estatuto jurídico del derecho de visita lo componen el artículo 229 del Código Civil, bajo el Título IX de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos; la Ley N° 16.618 sobre Menores, la cual fue modificada por la Ley N° 19.711 que *“Regula el derecho a visita a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres”*; disposiciones del Código de Procedimiento Civil; Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 que incorpora a la Ley de Menores el artículo 48 ter y, finalmente, la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, cuerpo legal que modifica el procedimiento e incorpora soluciones colaborativas entre las partes<sup>7</sup>.

El actual artículo 229 del Código Civil, introducido por la Ley L. 19.585, es la disposición encargada de consagrar el derecho de visita al disponer *“El padre o 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.*

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente”.

Este es un verdadero derecho-deber que se funda en el principio del interés superior del niño. En tal sentido la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago recaída en Yarur Ready, Virginia c/ Navarro Luijt, Juan Pablo s/ Régimen de visitas, de 6 de septiembre de 2004, y aún cuando la madre alegó como fundamento para impedir el derecho de visitas actos constitutivos de violencia intrafamiliar en que habría incurrido el padre, hostigamientos de carácter psicológico en la persona de sus tres hijos menores y una agresión física a Nicolás, el mayor de los niños -16 años de edad-<sup>8</sup> negó lugar a la demanda fundada en que de conformidad con las disposiciones de la Ley 19.585, ***el régimen de visitas no se concibe sólo como un derecho del padre o madre que no tiene la custodia personal del hijo para visitarlo, sino como un deber que mira al interés del menor, para mantener con él una relación directa y regular, lo que está en perfecta concordancia con lo preceptuado en el artículo 236 del Código Civil que recogiendo el principio consagrado en el artículo 19 N° 10 inciso 3° de la Constitución***

---

<sup>7</sup> OYARCE BUSTAMENTE, Carolina, El derecho y deber de mantener una relación directa y regular con los hijos: de su configuración en la legislación chilena y su eficacia según la jurisprudencia, Tesis Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 31.

<sup>8</sup> Los actos de violencia psicológica se hacen consistir en conductas tales como concurrir al domicilio que ella comparte con sus hijos en cualquier día y hora; presentarse intempestivamente en el colegio a que éstos asisten; equivocarse en las fechas predeterminadas para las visitas, insultar o ridiculizar a sus hijos en público, y otros hechos que angustian a los menores, provocándoles reacciones agresivas frente a su padre, por lo que se niegan a cumplir el régimen de visitas regulado por el Quinto Juzgado de Menores. En cuanto a la agresión física a Nicolás, consistente en una erosión y contusión cervical, según diagnóstico del Centro de Urgencia de la Clínica Alemana, se habría producido el día 13 de marzo último, durante un encuentro deportivo en las canchas del Colegio Craighouse, en presencia de sus compañeros y otros apoderados.

**Política de la República dispone que los padres tendrán derecho y deber de educar a sus hijos orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de la vida<sup>9</sup>.**

El artículo 229 abandona la expresión “*derecho de visitas*” contenida en el antiguo artículo 227 del Código Civil, predecesor del actual artículo 229, y la sustituye por el derecho y deber de “mantener una relación directa y regular” con el hijo.

Tal modificación fue una consecuencia directa de la necesidad de adecuación de nuestras instituciones jurídicas a la Convención de Derechos del Niño, suscrita y ratificada por Chile en 1990, asumiendo nuestro país el compromiso de ajustar nuestra legislación y nuestra institucionalidad a sus principios<sup>10</sup>.

Tal evolución conceptual obedece a variadas razones; la primera de ellas es que en un principio el derecho en cuestión consistía en auténticas visitas en el domicilio del “visitado”, pero las modalidades que con posterioridad fueron admitiéndose produjeron una inadecuación de la connotación terminológica de la expresión en relación al contenido del derecho-deber<sup>11</sup>. A este mismo respecto COURT MURAZO señala que la nomenclatura “*derecho de visita*” daba la impresión de una relación fugaz o superficial con el hijo<sup>12</sup>, “*relación directa y regular*”, en cambio, alude más bien a una comunicación constante y acabada.

En tal sentido LACRUZ señala que en el ordenamiento jurídico español y, “prácticamente en todos los foráneos, el derecho de visita se concreta en tres formas de presentación: la visita *strictu sensu*, un derecho de

---

<sup>9</sup> En términos textuales el considerando 9º de la sentencia citada y su parte resolutive señala: NOVENO: Que, desde luego, el interés demostrado por el padre para visitar a sus hijos y para requerir en el colegio información relativa al rendimiento escolar y demás situaciones que los afectan, lejos de constituir un acto de violencia psicológica, como pretende en la demanda, refleja más bien al permanente afán del padre de reconstruir su relación con sus hijos, para cumplir así con el deber que le impone el artículo 229 del Código Civil y acatar la decisión del juez de menores.

En efecto, luego de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.585, el régimen de visitas no se concibe sólo como un derecho del padre o madre que no tiene la custodia personal del hijo para visitarlo, sino como un deber que mira al interés del menor, para mantener con él una relación directa y regular, lo que está en perfecta concordancia con lo preceptuado en el artículo 236 del Código Civil, que recogiendo el principio consagrado en el artículo 19, N° 10, inciso 3º de la Constitución Política de la República dispone que los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de la vida.

Por estos fundamentos y visto lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Ley N° 19.325, se revoca la sentencia de fecha 31 de mayo del año en curso, escrita a fs. 264 y siguientes, en cuanto por su decisión tercera acoge la denuncia de fs. 1 y en su lugar se declara que no se hace lugar a dicha denuncia, sin costas por estimarse que hubo motivo plausible para litigar.

<sup>10</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel y otros, *Niños y adolescentes sus derechos en nuestro derecho*, SENAME, Santiago de Chile, 1995, p. 7.

<sup>11</sup> Ibid, p. 57.

<sup>12</sup> COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva ley de Filiación*, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2000, p. 151

comunicación indirecta o de correspondencia, y la convivencia o albergue del menor en casa del titular”<sup>13</sup>.

La visita<sup>14</sup> en *strictu sensu*, resulta una vía residual y subsidiaria, a la que se recurre cuando no es posible que el derecho se satisfaga de manera más amplia y beneficiosa para el niño, constituyendo “*las visitas*” la expresión mínima del derecho a relacionarse y conlleva no pocas dificultades, más de índole práctica que jurídica<sup>15</sup>.

Se advierte también una diferencia en la formulación de este derecho en la Convención y su concreción legal en el artículo 229 del Código Civil, pues el primer texto lo define como “*mantener una relación personal y contacto directo, en forma regular*” (artículo 9.3), en tanto que el Código Civil Chileno establece que consiste en “*mantener una relación directa y regular*”, pero no necesariamente personal. A juicio de RODRÍGUEZ PINTO, el Código ha sido menos riguroso que la Convención en este punto, pues la relación en cuestión bien podría mantenerse directamente por correspondencia. Agrega que “*el padre que vive en otro país podría mantener una relación regular con el hijo, y comunicaciones directas, pues la norma no exige, como lo hace la Convención que le sirve de antecedente, que la relación deba ser personal o de cuerpo presente, en este aspecto, la nueva norma del artículo 229 parece ser una pequeña regresión en relación al antiguo derecho, pues la visita siempre fue entendida como un acto de cuerpo presente, personal*”<sup>16</sup>.

Con todo, y aún considerando la importancia de las relaciones personales –las denominaremos de cuerpo presente-, no debe desconocerse la importancia de una relación directa y permanente que pudiera materializarse, por ejemplo, a través de las nuevas tecnologías de la información. De tal modo, en situaciones en que el padre no vive en el mismo lugar del niño, y considerando las inmensas posibilidades que otorgan las tecnologías de la información, no es de despreciar los beneficiosos efectos que seguramente tendría una comunicación diaria por medio de Internet –imagen y voz- entre el padre y el niño, pudiendo hablarse hoy en día de una nueva especie de relación directa, la virtual, que ciertamente no reemplazará la relación personal y las expresiones de afecto físico, pero exhibe estándares muy superiores a los medios de comunicación conocidos hasta antes de la irrupción de Internet, no sólo por sus aptitudes técnicas, sino por su carácter prácticamente gratuito.

Cabe agregar que a pesar del desarrollo que ha sufrido la denominación del derecho y deber aludido, evolucionando desde el antiguo derecho de visitas hasta el derecho a mantener una relación directa y regular, “*debe admitirse que este última no ha penetrado totalmente en nuestras costumbres, resultando tan*

---

<sup>13</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Matrimonio y Divorcio comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, op. cit., p. 1093.

<sup>14</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Matrimonio y Divorcio comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, op. cit., p. 1094. Allí sostiene que las visitas *strictu sensu* apenas valen para lo que hoy es reconocido como derecho de visita, ya que, en la mayoría de los casos, son sólo una forma residual y alternativa cuando no caben otras formas de relación.

<sup>15</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Matrimonio y divorcio*, Civitas, Madrid, 1982, p. 698.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, “Derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos”, en *Gaceta Jurídica*, N° 232, (1999), pp. 31.



*común la utilización de la vieja expresión, tanto en doctrina como en jurisprudencia, que, aunque con imprecisión técnico-terminológica, conduce a una comprensión acabada de su sentido*<sup>17</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto tampoco presenta uniformidad al denominar el derecho en estudio. A este respecto podemos mencionar el ya referido artículo 229 de nuestro Código Civil que habla de mantener una relación directa y regular, no obstante, la Ley N° 19.711<sup>18</sup>, que se encuentra actualmente vigente -modificó la Ley N° 16.618 sobre Menores-, hace referencia a un *derecho a visita*<sup>19</sup>.

Importante en el marco jurídico aludido es el artículo 48, de la Ley de Menores – ley 19.711- que dispone que en caso de que los padres del menor vivan separados, y no hubieren acordado la forma en que el padre o madre que no tuviere el cuidado personal del hijo mantendrá con él una relación directa y regular, cualquiera de ellos podrá solicitar al juez de letras de menores que la regule. Asimismo, podrá pedir al tribunal que modifique la regulación que se haya establecido de común acuerdo o por resolución judicial, si fuere perjudicial para el bienestar del menor.

Si se sometiere a decisión judicial la determinación de la persona a quien corresponderá ejercer el cuidado personal del menor, y no se debatiere la forma en la que éste se relacionará con el padre o madre que quede privado de su cuidado personal, la resolución se pronunciará de oficio sobre este punto, con el mérito de los antecedentes que consten en el proceso.

Cuando, por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor, se frustre, retarde o entorpezca de cualquier manera la relación en los términos en que ha sido establecida, el padre o madre a quien le corresponde ejercerla podrá solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente.

En caso de que el padre o madre a quien corresponda mantener la relación con el hijo dejase de cumplir, injustificadamente, la forma convenida para el ejercicio del derecho o la establecida por el tribunal, podrá ser instado a darle cumplimiento, bajo apercibimiento de decretar su suspensión o restricción, lo que no obstará a que se decreten apremios cuando procedan de conformidad al inciso tercero del artículo 66. En relación al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, el juez podrá decretar arresto hasta por 15 días o multa proporcional, que se puede repetir. Tales sanciones proceden contra el padre o la madre que deja de cumplir *injustificadamente* su deber de mantener una relación regular con su hijo.

---

<sup>17</sup> MAKIANICH DE BASSET, Lidia, *Derecho de visitas*, op. cit., p. 57.

<sup>18</sup> Ley N° 19.711 Regula el derecho a visita a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres, publicada el 18 de enero de 2001 en el Diario Oficial.

<sup>19</sup> En este mismo sentido ver sentencia en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo XCVIII, N° 2 abril-junio (2001), pp.45-46. Tal sentencia fue pronunciada con posterioridad al cambio en la denominación del derecho y, a pesar que en su contenido se utiliza la expresión mantener una relación directa y regular, está referenciada como derecho de visitas. Lo mismo ocurre con el sitio [www.microjuris.cl](http://www.microjuris.cl), en cuyas bases de datos de jurisprudencia admite la expresión derecho de visitas para hallar la referida sentencia.

El inc. 5º del mismo artículo señala que la suspensión o restricción del ejercicio del derecho por el tribunal procederá cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo. Si se acompañan antecedentes graves y calificados que lo justifique, podrá accederse provisionalmente a la solicitud. La resolución del tribunal deberá ser fundada y, cuando sea necesario para su adecuado cumplimiento, podrá solicitarse que se ponga en conocimiento de los terceros que puedan resultar involucrados, como los encargados del establecimiento educacional en que estudie el menor.

El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podrá, asimismo, suprimirlo o restringirlo el menor; cuando pudiera perjudicar su bienestar.

Por su parte el artículo 48 ter -Ley 19.947- Cuando se deduzca una demanda de alimentos a favor de los hijos, o entre los cónyuges en forma adicional a aquélla, o se solicite la regulación del cuidado personal o de la relación directa y regular que mantendrá con ellos aquél de los padres que no los tenga bajo su cuidado, y no exista previamente una resolución judicial que regule dichas materias o que apruebe el acuerdo de las partes sobre las mismas, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal que emita en la sentencia un pronunciamiento sobre cada una de ellas, aunque no hubieren sido incluidas en la demanda respectiva o deducidas por vía reconvenzional.

El tribunal hará lugar a esa solicitud, a menos que no se den los presupuestos que justifican su regulación.

Finalmente el artículo 49 regula la salida de menores del país prescribiendo que si la tuición del hijo no ha sido confiada por el juez a alguno de sus padres ni a un tercero, aquél no podrá salir sin la autorización de ambos padres, o de aquel que lo hubiere reconocido, en su caso.

Confiada por el juez la tuición a uno de los padres o a un tercero, el hijo no podrá salir sino con la autorización de aquel a quien se hubiere confiado.

Regulado el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil por sentencia judicial o avenimiento aprobado por el tribunal, se requerirá también la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció.

El permiso a que se refieren los incisos anteriores deberá prestarse por escritura pública o por escritura privada autorizada por un Notario Público. Dicho permiso no será necesario si el menor sale del país en compañía de la persona o personas que deben prestarlo.

En caso de que no pudiese otorgarse o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que en virtud de este artículo debe prestarla, podrá ser otorgada por el juez de letras de menores del lugar en que tenga su residencia el menor. El juez, para autorizar la salida del menor en estos casos, tomará en consideración el beneficio que le pudiese reportar y señalará el tiempo por el que concede la autorización.

Expirado el plazo a que se refiere el inciso anterior sin que el menor, injustificadamente, vuelva al país, podrá el juez decretar la suspensión de las pensiones alimenticias que se hubieren decretado.

En los demás casos para que un menor se ausente del país requerirá la autorización del juzgado de letras de menores de su residencia.

### 2.3 Crianza y educación

Como hemos visto el artículo 224 dispone que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

Los padres tienen el deber y derecho preferente de educar a sus hijos, facultad que tiene consagración constitucional en el artículo 19 N° 10 de la Constitución Política de la República. Así el inc. 3 de tal disposición indica: *“Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”*.

Por su parte el artículo 225 señala que si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

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 treinta 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 podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada<sup>20</sup>, el juez podrá entregar su cuidado

---

<sup>20</sup> Debe recordarse que en el conocido caso López Allende, Jaime s/ Tuición, Recurso de queja, la Corte Suprema, de 31 de mayo de 2004, el voto de minoría de los ministros José Benquis C. y Orlando Álvarez H. estuvo por no quitar el cuidado personal de sus hijas a la madre que habiendo reconocido su condición homosexual se fue a vivir con su pareja, pues la Corte consideró que tal condición sexual no era, por sí sola, una de las causas calificadas que habilitan al juez para alterar la regla general contenida en el inc. 1° del artículo 225, Sus considerandos principales rezan: *“Siendo el interés superior del niño un principio fundamental en el ordenamiento jurídico nacional, no se advierte del mérito del proceso que los sentenciadores lo hayan preterido en beneficio de la madre, toda vez que por el contrario se ha respetado la regla del orden natural prevista en el art. 225 del Código Civil, en cuanto a la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre, no acreditándose en autos una inhabilidad o causa calificada que le impida ejercer su rol, sin que obste a ello es supuesto bienestar general que el padre brindaba a los hijos en un entorno socio-económico más elevado. 6°) Que, como ya se vió, esta regla general admite modificaciones “cuando el interés del niño lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada”, en cuyo caso el juez podrá (no es imperativo) entregar su cuidado personal al otro de los padres. Por consiguiente, el juez no puede variar la norma general de la radicación del cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un “indispensable” interés del niño. 7°) Que no aparezcan de los autos tenidos a la vista que existan antecedentes de los que pudiera especularse que la madre (de profesión Abogado y que se desempeña como Jueza) hubiese maltratado o descuidado a sus hijas. Ya se mencionó que puede originar la alteración de la citada regla general la existencia de una “causa justificada”. Lo cual lleva a asentar que la calificación de la justificación no puede estar regida por el mero capricho o arbitrio del juez. El padre de las menores imputa a la madre una supuesta inhabilidad moral para ejercer el*

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.

Quedan privados de este derecho en los siguientes casos:

1. Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o la madre –art. 203-.
2. Cuando el cuidado del hijo hubiera sido confiado a otra persona – art. 237-.
3. Cuando el padre hubiera abandonado al hijo –art. 238-.
4. De acuerdo al art. 370 bis del Código Penal el que fuere condenado por alguno de los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores cometido en la persona de un menor del que sea pariente, quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confirieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia, decretará la emancipación del menor si correspondiere, y ordenará dejar constancia de ello mediante subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del menor. El pariente condenado

---

*cuidado de sus hijas porque ésta, luego de la ruptura matrimonial, manifestó una opción homosexual y se encuentra conviviendo con una pareja femenina. 8º) Que para armonizar las diferentes disposiciones legales aplicables en la especie e interpretar debidamente a qué tipo de causa se refiere el ya referido artículo 225, conviene examinar el artículo siguiente (art. 226, inc. 1º), el cual previene que "podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes". El concepto de inhabilidad física o moral se encuentra expresamente definido en el artículo 42 de la Ley de Menores, que señala: "Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 1º) cuando estuvieren incapacitados legalmente; 2º) cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3º) cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4º) cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad?; 5º) cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6º) cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7º) cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material". 9º) Que, al respecto, en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que desde una perspectiva psicológica o psiquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. De ello puede desprenderse que está también habilitada, como sucede en la realidad para ejercer como Jueza, cargo para en cuyo desempeño no aparece cuestionada su moralidad. En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad -como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas- involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria. 10º) Que, en síntesis, de lo reflexionado -a lo que cabe añadir que en este tipo de materias los jueces tienen la facultad de apreciar la prueba en conciencia- corresponde concluir que, en opinión de estos disidentes, los Jueces recurridos al dictar sentencia confirmando el fallo de primera instancia que entregaba la tuición de sus hijas a la madre, no sólo no han cometido ninguna falta o abuso grave, que los haga merecedores de ser castigados disciplinariamente, sino que por el contrario han dado correcta aplicación a la normativa vigente".*

conservará, en cambio, todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o de sus descendientes.

Dentro de las facultades necesarias para que los padres puedan ejercitar su deber de crianza y educación se encuentra la de corregir a sus hijos. En tal sentido el artículo 234 dispone que los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal.

Su antecesor, el ex artículo 233 señalaba que los padres tenían la facultad de *castigar moderadamente al hijo*. Tal punto debió ser adecuado a la Convención de los Derechos del Niño y la norma citada exige que tal prerrogativa debe ser ejercitada *cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal*.

Consecuente con tal mandato el inc. 2 de la misma disposición señala que si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, decretará medidas en resguardo del hijo, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.

El modelo referencial que hemos usado en este trabajo, el Código de Familia de Cataluña, dispone en su artículo 143.3 que: *“El padre y la madre pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto por su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos. Al objeto, pueden solicitar excepcionalmente la asistencia e intervención de los poderes públicos”*, en una redacción claramente superior a nuestro Código Civil pues impone deberes más concretos, y por tanto, más fácilmente exigibles que *el menoscabo de su salud y desarrollo personal*, exige que la corrección del niño se efectúe de forma *proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto por su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos*.

Como la facultad de corregir es necesaria para cualquier persona encargada de la crianza y educación de un niño, el artículo 235 la hace extensiva a cualquiera otra persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo en ausencia, inhabilidad o muerte de ambos padres.

#### **2.4 Gastos de crianza y educación**

En esta materia debe atenderse –en caso de matrimonio-, al régimen patrimonial del matrimonio pactado entre los cónyuges. Así el artículo 230 dispone que los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ella se dirán. Tales reglas se encuentran consagradas en los artículos 1740 N° 5 y 1744, y consagran el principio de que la sociedad conyugal es obligada al pago y soporta en definitiva el gasto que suponga la crianza y educación de los hijos.

El artículo 1740 N° 5 hace de cargo del pasivo definitivo de la sociedad conyugal las obligaciones que deriven del mantenimiento de los cónyuges, del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de toda otra carga familiar.

Las expensas de educación pueden ser ordinarias o extraordinarias, ambas son de cargo de la sociedad conyugal –art. 1744-.

La ley regula como carga de familia "los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges", pero en este caso puede el juez moderar el gasto si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge. –art. 1740 N° 5 inc. 2°-.

Si existe otro régimen patrimonial, los padres deben contribuir en proporción a sus respectivas facultades económicas –inc. 2° art. 230-.

Se debe recordar que el artículo 155 enumera varias causales que habilitan a la mujer para solicitar al juez la separación de bienes.

El juez decretará la separación de bienes en el caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido.

También la decretará si el marido, por su culpa, no cumple con las obligaciones que imponen los artículos 131 y 134, o incurre en alguna causal de separación judicial, según los términos de la Ley de Matrimonio Civil.

En caso de ausencia injustificada del marido por más de un año, la mujer podrá pedir la separación de bienes. ***Lo mismo ocurrirá si, sin mediar ausencia, existe separación de hecho de los cónyuges<sup>21</sup>.***

La resolución judicial que decreta la separación de bienes conlleva la disolución de la sociedad conyugal.

Por su parte el artículo 19 de la ley N° 14.908, Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones de Alimenticias, dispone que la mujer podrá solicitar la separación de bienes del marido, que estando obligado al pago de pensiones alimenticias en su favor, hubiere sido apremiado por dos veces en la forma señalada en el artículo 14 de la misma ley.

En caso de desacuerdo entre los obligados a la contribución de los gastos de crianza, 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-.

En caso de fallecimiento del padre o madre, dichos gastos corresponden al sobreviviente.

Por su parte, el art. 231 señala que si el hijo tiene 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.

La obligación de alimentar al hijo que carece de bienes pasa, por la falta o insuficiencia de ambos padres, a sus abuelos, por una y otra línea conjuntamente.

---

<sup>21</sup> Dispone el inc. final: "Si los negocios del marido se hallan en mal estado, por consecuencia de especulaciones aventuradas, o de una administración errónea o descuidada, o hay riesgo inminente de ello, podrá oponerse a la separación, prestando fianza o hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer".

En caso de insuficiencia de uno de los padres, la obligación indicada precedentemente pasará en primer lugar a los abuelos de la línea del padre o madre que no provee; y en subsidio de éstos a los abuelos de la otra línea -art. 232-.

El artículo 240 contiene una importante regla para el caso de que el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán, en este caso, ser autorizados por el juez para hacerlo, y previamente deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez.

El juez sólo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo.

Finalmente el artículo 242 contiene una regla aplicable a toda la regulación de los derechos y deberes entre padres e hijos, indicando que las resoluciones del juez bajo los respectos indicados en las reglas anteriores se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales.

En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

## **II. RELACIONES PATERNO FILIALES DE CONTENIDO PRIMORDIALMENTE PATRIMONIAL**

A tales relaciones se les denomina patria potestad en nuestro país, aunque como hemos explicado en otros ordenamientos jurídicos tal nombre se aplica a la relación paterna filial, en general.

De acuerdo al artículo 243 introducido por la Ley 19.585 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.

Agrega su inc. 2° que la patria potestad se ejerce también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.

La gran novedad introducida por la Ley 19.585 es que otorga la patria potestad tanto al padre como a la madre y no distingue –como se hacía antes de la entrada en vigor de la citada Ley- entre hijos matrimoniales y no matrimoniales.

Debe hacerse presente también, que estos derechos deberes se fundan en la incapacidad por razón –fundamentalmente- de edad que poseen los niños lo que obliga a su representación, tanto para administrar sus bienes, tanto para comparecer ante instancias administrativas y judiciales. Quien más calificados para tal representación que los padres del niño –cuando la filiación es conocida y los padres viven juntos- los que son, además, por prescripción del artículo 43 del Código Civil, sus representantes legales.

## 1. TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD<sup>22</sup>

Actualmente el artículo 244 dispone que la patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

Señala el inc. 2º del mismo artículo que a falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad<sup>23</sup>.

Ordenando las reglas brevemente enunciadas podemos decir que la patria potestad corresponde:

1. Al padre, la madre o ambos en conjunto -244 inc. 1º-.
2. Si no hay acuerdo: al padre -244 inc. 2º-.
3. Judicialmente se puede conferir al padre o la madre que carecía de él o radicarlo en uno solo de los padres -244 inc. 3º-.
4. En todos los casos anteriores, el acuerdo o la sentencia judicial debe subinscribirse dentro del plazo de 30 días al margen de la inscripción de nacimiento del hijo -244 inc. 4º-<sup>24</sup>.
5. Si los padres viven separados la patria potestad corresponde a aquel de los padres que tenga a su cargo el cuidado personal del niño -244 inc. 5º-. De acuerdo al artículo 225 si los padres viven separados toca a la mujer el cuidado personal de los hijos y de acuerdo al artículo 244, también la patria potestad. La pregunta es cómo lo sabrán los terceros. Parece en este punto haber una omisión en la Ley.

---

<sup>22</sup> Antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.585 la patria potestad correspondía al padre legítimo y sólo pasaba a la madre a falta de este. Artículo 240 inc. 4º.

<sup>23</sup> Continúa el artículo 244 *“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá 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. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero. En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres”*.

<sup>24</sup> Debe hacerse notar que el legislador aún habiendo señalado plazo dentro del cual debía hacerse la subinscripción ha olvidado establecer una sanción para el caso de incumplimiento de tal formalidad. No obstante, concordamos con Ramos Pazos –Derecho de Familia. 4ª Ed. Actualizada. Tomo II. Ed. Jurídica. Santiago. 2003. p. 440- en que nos encontramos simplemente con una formalidad por vía de publicidad, de modo que la sanción es la inoponibilidad frente a terceros mientras no se efectúe la subinscripción. Debido lo anterior no se ve la utilidad del plazo, ya que bastaría establecer el deber de subinscribir e indicar que mientras no se haya cumplido con la formalidad, el acuerdo o la resolución judicial no serán oponibles a terceros.



6. Si la filiación ha sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o la madre, no corresponderá a estos la patria potestad – art. 248 en relación al 203-<sup>25</sup>.

## 2. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad otorga derecho legal de goce sobre bienes del hijo; la administración de los bienes del hijo y; la representación legal del niño.

### 2.1. Derecho Legal de Goce sobre Bienes del Hijo

Se llama así desde la entrada en vigor de la Ley 19.585 antes se denominaba usufructo legal, denominación fuertemente criticada por la doctrina, toda vez que se afirmaba que este derecho no cuadraba con la naturaleza jurídica del derecho de usufructo –lo que era efectivo- por lo que su nueva denominación parece más adecuada. Con todo, el inc. final del artículo 252 se ha encargado de advertir: *“El derecho legal de goce recibe también la denominación de usufructo legal del padre o madre sobre los bienes del hijo. En cuanto convenga a su naturaleza, se regirá supletoriamente por las normas del Título IX del Libro II”*.

El derecho legal de goce se encuentra definido en el artículo 252 el que inspirado en la definición de usufructo del artículo 764 del Código Civil lo entiende como: *“un derecho personalísimo que consiste en la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos, con cargo de conservar la forma y sustancia de dichos bienes y de restituirlos, si no son fungibles; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si son fungibles”*.

Como características presenta las siguientes:

1. Es un derecho personalísimo -252 inc. 1º-.
2. Es un derecho inembargable -2.466 inciso final-.
3. El padre o madre no es obligado a rendir fianza o caución de conservación o restitución, ni tampoco a hacer inventario solemne debiendo, únicamente, llevar una descripción circunstanciada de los bienes desde que entre a gozar de ellos. Todo lo cual se

---

<sup>25</sup> En *Rivera Vega c/ Angulo Arancibia, Agustín A.* la Corte de Apelaciones de Copiapó, en sentencia de 14 de Agosto de 2007, revocando sentencia del juzgado de Familia -a nuestro juicio correctamente- dictaminó que la manifestación del demandado en la contestación de la demanda en la audiencia preparatoria, en el sentido de tener dudas sobre la paternidad de la niña cuya filiación paterna se reclamó, toda vez que después de un viaje la actora le manifestó que iba a ser padre, *“no puede entenderse como una oposición que conlleve a quitarle la patria potestad y, en general, todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes de su hija”* ROL:230-07, MJJ15471.

entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 124 – segundas nupcias-

4. Cuando este derecho corresponda a la madre casada en sociedad conyugal, considerará separada parcialmente de bienes respecto de su ejercicio y de lo que en él obtenga. Esta separación se registrará por las normas del artículo 150 -252 inc. 3º.
5. Si la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos padres y no se ha acordado otra distribución, el derecho legal de goce se dividirá entre ellos por iguales partes -252 inc. 4º.

### **2.1.1. BIENES SOBRE LOS QUE SE EJERCE EL DERECHO LEGAL DE GOCE**

Tal materia se encuentra regulada en el artículo 250 que dispone La patria potestad confiere el derecho legal de goce sobre todos los bienes del hijo, exceptuados los siguientes:

1.º Los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, oficio, profesión o industria. Los bienes comprendidos en este número forman su peculio profesional o industrial;

2.º Los 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; ha impuesto la condición de obtener la emancipación, o ha dispuesto expresamente que tenga el goce de estos bienes el hijo, y

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

En estos casos, el goce corresponderá al hijo o al otro padre, en conformidad con los artículos 251 y 253.

El goce sobre las minas del hijo se limitará a la mitad de los productos y el padre que ejerza la patria potestad responderá al hijo de la otra mitad.

Debemos recordar que el inc. 2º del artículo 253 prescribe que si el padre o la madre que tiene la patria potestad no puede ejercer sobre uno o más bienes del hijo el derecho legal de goce, éste pasará al otro; y si ambos estuviesen impedidos, la propiedad plena pertenecerá al hijo y se le dará un curador para la administración.

## **2.2. Administración de los bienes del hijo**

La regla general respecto de la administración de los hijos sometidos a potestad es que esta corresponda al padre o madre que tenga el derecho legal de goce –inc. 1º art. 253-, con la excepción ya vista, de los bienes que correspondan al peculio profesional del hijo –art. 251-.

Debe advertirse que si el padre o la madre no tiene la administración, por mandato del artículo 253 inc. 2º, ésta corresponderá a un curador.

El padre o madre administra estos bienes con amplias facultades, salvo las excepciones siguientes:

1) No se podrán enajenar ni gravar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, ni sus derechos hereditarios, sin autorización del juez con conocimiento de causa -art. 254 en relación al inc. 3º del 1749-.

2) 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 y curadores –art. 255-.

El padre no puede donar bienes raíces ni con autorización judicial –art. 402-, para donar bienes muebles requiere autorización judicial y el juez únicamente autorizará en caso de que exista causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública u otro semejante, y con tal que sea proporcionada a las facultades del pupilo, y que por ellas no sufran un menoscabo notable en los capitales productivos –art. 402 inc. 2º-. El inciso siguiente nos señala que los gastos de poco valor para objetos de caridad, o de lícita recreación, no están sujetos a la precedente prohibición.

En caso de arriendos el padre no puede dar en arriendo los bienes raíces de su hijo por más de 5 años si son urbanos y 8 si son rurales, ni por más tiempo que la falte para que cumpla la edad de dieciocho años, si lo hiciere no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo o para el que le suceda en el dominio del predio, por el tiempo que excediere de los límites aquí señalados –art. 407-.

La aceptación de una herencia debe hacerse con beneficio de inventario –arts. 255, 397 y 1250, para repudiar el padre requiere decreto del juez con conocimiento de causa –art. 1236-.

3) Requiere autorización judicial para proceder a la partición de las herencias o de los bienes raíces –art. 1322-. La autorización es para provocar la partición, no para intervenir en una partición efectuada de común acuerdo –art. 1325-.

La designación de partidor que no haya sido efectuada por el juez debe ser aprobada por la justicia –art. 1326-.

### **RESPONSABILIDAD**

El padre o madre es responsable, en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve.

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.

## **EXTINCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN**

1. Por la emancipación del hijo.
2. Si se suspende la patria potestad –art. 267 inc. 2º-.
3. Por privación de la administración por haberse hecho culpable de dolo, o de grave negligencia habitual, y así se establezca por sentencia judicial, la que deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. Perderá también la administración siempre que se suspenda la patria potestad, en conformidad con el artículo 267.

El hijo podrá recurrir a tribunales y solicitar la remoción del o de los administradores. Privado uno de los padres de la administración de los bienes, la tendrá el otro padre. Sino la tuviere ninguno de ellos, pasará al hijo, y se le dará un curador para la administración. Art- 258-

Al término de la patria potestad, los padres pondrán a sus hijos en conocimiento de la administración que hayan ejercido sobre sus bienes -Art. 259-.

## **2.3. Representación legal del niño**

Debemos distinguir entre representación judicial y extrajudicial:

### **2.3.1. REPRESENTACIÓN JUDICIAL**

El hijo no requiere autorización cuando actúa dentro de su peculio profesional, se le mira como mayor de edad –art. 251-. Fuera de esta excepción requerirá autorización.

#### **a. Juicios en que el hijo es demandante o querellante.**

El hijo no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta.

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-.

#### **b. Juicios civiles seguidos contra el hijo.**

En las acciones civiles contra el hijo deberá el actor 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<sup>26</sup>.

Si el padre o madre no pudiere o no quisiere prestar su autorización o representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis -art. 265-.

#### **c. Juicios penales seguidos contra el hijo.**

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. Juicios entre padre e hijo.**

Siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis.

El padre o madre que, teniendo la patria potestad, litigue con el hijo, sea como demandante o como demandado, le proveerá 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-.

### **2.3.2. Representación Extrajudicial del niño**

- si el hijo es incapaz absoluto, lo representará su padre, la madre o ambos lo que dependerá de quien ejerza la patria potestad.
- Si el hijo es un menor adulto, será representado o autorizado en la celebración de actos y contratos por ambos padres o por aquel que ejerza la patria potestad.
- En la eventualidad de que el hijo celebre actos o contratos sin la autorización de quien ejerce la patria potestad o por el curador adjunto, el hijo sólo obligará su peculio profesional o industrial. Tampoco podrá tomar dinero a interés ni comprar al fiado sin autorización escrita de

---

<sup>26</sup> La Corte de Apelaciones de Arica, en fallo de 3 de octubre de 2007, Rol N° 208-2007, acogió amparo interpuesto a favor del menor de edad Esteban Alonso Astete Videla. El amparado, menor adulto no emancipado, nacido el 19 de abril de 1990, bajo el cuidado personal de su abuela, haciendo uso de las facultades contenidas en el artículo 262 del Código Civil, concurrió a la oficina del Registro Civil y reconoció una hija de filiación no matrimonial. Como consecuencia de adeudarse sumas de dinero por concepto de alimentos provisorios decretados en una causa tramitada ante el Juzgado de Familia de esta ciudad, se decretó su arresto nocturno; esta decisión es reclamada como ilegal y perturbadora del derecho de la libertad del referido menor, toda vez que fue dictada en un procedimiento en el cual el referido menor no ha comparecido en forma legal, en los términos que señala el artículo 265 inciso 2° del Código Civil.

quien ejerce la patria potestad, y si el menor llega a contratar igualmente, no estará obligado, sino hasta la concurrencia del beneficio que le hayan reportado - art. 260 inc. 2º-.

- En cuanto a los efectos de la autorización, ratificación o representación legal, debemos distinguir si es que los padres se encuentran casados bajo el régimen patrimonial de sociedad conyugal, participación en los gananciales o separación de bienes.

Si los se encuentran casado bajo el primero de estos regímenes, los actos y contratos que entre el hijo celebre fuera de su peculio profesional o industrial y *que sean autorizados o ratificados por escrito o los que efectúe en representación de éste*, obligan al padre o madre que ejerce la patria potestad en conformidad al régimen de bienes y *subsidiariamente* al hijo hasta la concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado. Lo que no obsta a repetir contra el otro padre, en la parte que, en derecho haya debido proveer a las necesidades del hijo –art. 261 inc 2º-.

Ahora si los padres estuvieren casados bajo el régimen de separación de bienes o de participación de gananciales o no estuvieran casados, los actos y contratos que el hijo celebre fuera de su peculio profesional y que el padre que ejerce la patria potestad autorice o ratifique sólo obligan al padre o madre que haya intervenido y subsidiariamente, al hijo, hasta la concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado. Esto no obsta a que pueda repetir contra el otro padre, en la parte en que, de derecho, haya debido proveer a las necesidades del hijo. –art. 261 inc. 2º-

Cabe señalar que el menor adulto no requiere de autorización de sus padres para testar y para reconocer un hijo –art.262-

### **3. SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD**

La suspensión de la patria potestad interrumpe por un período su ejercicio y se suspende por la demencia del padre o madre que la ejerce, por su menor edad, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes, y por su larga ausencia u otro impedimento físico, de los cuales se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente o impedido no provee.

Si se trata de la menor edad del padre o de la madre, la suspensión se producirá de pleno derecho

En los demás casos la suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el juez de familia, quien debe oír sobre ello a los parientes del hijo y al defensor de menores;, lo que constituye un trámite esencial dentro del proceso. También debe ser oído el menor y tomada en cuenta su opinión de acuerdo a su edad y grado de madurez, por aplicación del artículo 267 inc.2º.

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.

En estos casos la patria potestad la ejercerá por el otro padre, respecto de quien se suspenderá por las mismas causales. Si se suspende respecto de ambos, el hijo quedará sujeto a guarda –art. 267-.

La resolución que decrete o deje sin efecto la suspensión deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo –art. 268-. 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. En el caso de la recuperación cuando la patria potestad ha estado suspendida, la ley no estableció un plazo para la subinscripción y tampoco lo ordenó en la ley sobre Registro Civil<sup>27</sup>.

#### **4. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: LA EMANCIPACIÓN**

La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad del padre, de la madre, o de ambos, según sea el caso. Puede ser legal o judicial –art. 268-. Difiere de la suspensión por su carácter de irrevocable, ni siquiera el juez puede dejarla sin efecto, salvo casos excepcionales que veremos más adelante.

La emancipación legal se efectúa –art. 270-:

1. Por la muerte del padre o madre, salvo que corresponda ejercitar la patria potestad al otro;
2. Por el decreto que da la posesión provisoria, o la posesión definitiva en su caso, de los bienes del padre o madre desaparecidos, salvo que corresponda al otro ejercitar la patria potestad;
3. Por el matrimonio del hijo, y
4. Por haber cumplido el hijo la edad de dieciocho años.

La emancipación judicial se efectúa por decreto del juez –art. 271-:

1. Cuando el padre o la madre maltrata habitualmente al hijo, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro;
2. Cuando el padre o la madre ha abandonado al hijo, salvo el caso de excepción del número precedente;
3. Cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena, a menos que, atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad, y

---

<sup>27</sup> Schmidt Hott, Claudia, De las relaciones parentales conforme al nuevo estatuto filiativo, p. 126, citada por De la Torre Vargas Maricruz Gómez, El Sistema Filiativo Chileno, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 2007, p. 181.

4. En caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, si no le corresponde al otro ejercer la patria potestad.

La resolución judicial que decrete la emancipación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable. Se exceptúa de esta regla la emancipación por muerte presunta o por sentencia judicial fundada en la inhabilidad 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 inhabilidad, 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 –art. 272-.

La revocación de la emancipación procederá por una sola vez.

El hijo menor que se emancipa queda sujeto a guarda –art. 273-.

#### **PROCEDIMIENTO**

Corresponderá a los Jueces de familia declarar la pérdida de la patria potestad y la resolución que decrete la emancipación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo –art. 271 inc. final- se añade a lo anterior los numerales 5 y 8 art. 6º de la ley Nº 4.808 que indican que no podrán hacerse valer en juicio, sin que haya precedido la subinscripción que corresponda.

#### **EFFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN**

Tanto la emancipación legal como la judicial ponen fin a la patria potestad, como ya hemos señalado el hijo menor de edad quedará sujeto a guarda por lo que se le aplicarán las normas de tutelas y curadurías en general. –art. 338 y sgtes-.