

# LA PATRIA POTESTAD

JUAN ARELLANO ALARCÓN\*

## GENERALIDADES

Las relaciones jurídicas entre padres e hijos son muy numerosas.

Existe, como entre marido y mujer, una obligación alimentaria recíproca.

Por otra parte, la incapacidad de obrar del hijo menor plantea problemas de administración de sus bienes; esos problemas se resuelven, cuando viven ambos padres, por las reglas de la administración legal confiada a aquel de los padres que ejerza la patria potestad y, en los restantes casos, por las reglas de la guarda.

Con frecuencia, en la gran mayoría de las legislaciones, se emplean indiferentemente los términos “patria potestad” y “autoridad paterna” como expresiones sinónimas.

*Patria Potestad* es la traducción de la expresión romana “patria póstestas”. Por eso se opone a veces a la “autoridad paterna”; se quiere señalar con ello el carácter absoluto y la evolución que se ha producido desde un poder soberano a una autoridad más matizada.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Esta evolución ha sido trazada, al mismo tiempo que la de la familia. A la autoridad omnipotente del “pater familia”, ha hecho lugar por influencia del cristianismo, la idea de función ejercida por el cabeza de familia en interés de los hijos y de ésta. Así, es un derecho relativo cuyo ejercicio debe ser controlado.

Se sabe que la Patria Potestad, en el Derecho antiguo, significaba un privilegio, una facultad; más que eso, “un Poder”, a favor del padre que la ejercía y, en casi todas las legislaciones y muy especialmente en la romana, revestía un carácter despótico y entrañaba un arbitrio de vida y muerte sobre las personas sujetas a ella.

Es más, en Roma, y por virtud del carácter singular de su organización familiar y de los vínculos de agnación, la patria potestad se ejercía no solamente sobre los menores, sino sobre cuantas personas constituían la familia, fuesen menores o mayores, y que

\*Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la USS.

pertenebiesen a ella por vínculos de sangre o por los civiles del matrimonio o la adopción. Sólo el Pater Familias era el señor de todos. Los demás se hallaban en condición jurídica de manifiesta inferioridad.

El derecho pretorio, en éste como en muchos otros aspectos, modificó y suavizó tan dura constitución familiar, pero de todos modos su carácter rígido y civil sólo se transformó sustancialmente por la enorme influencia del Cristianismo y del Derecho germánico.

A través de esos factores, el Derecho consuetudinario francés varió en absoluto el carácter de la Patria Potestad, hasta el punto de poder afirmarse que, en los terrenos regidos por aquel Derecho, la patria potestad no existía realmente; situación jurídica que, a su vez, tradujo y condensó la legislación aragonesa.

Lo anterior no significa que no hubiese tanto en la región del Derecho consuetudinario francés, como en Aragón, una facultad sobre los menores, muy semejante a una suave tutela, la cual la ley atribuía a los padres, condicionándola con más deberes que derechos. Lo que quería expresarse y certeramente se consignaba es que no se reconocía la Patria Potestad con el carácter de un poder inflexible y rígido, que fue tradicional en la antigüedad y singularmente en el primitivo derecho romano.

Bajo la acción de estos nuevos principios, la Revolución Francesa abolió en realidad la Patria Potestad, tal y como se la concebía a través del Derecho Romano, en las comarcas sujetas al llamado Derecho escrito, suprimiendo muchas de las facultades del poder paterno y singularmente el usufructo concedido a los padres sobre los bienes de sus hijos menores.

El Código de Napoleón de 1804, a pesar de afirmar que la Patria Potestad constituye una protección a favor del hijo, consagró los poderes del padre, le atribuye en principio el ejercicio de múltiples derechos y establece en su favor y en su defecto en favor de la madre, el derecho de usufructo legal, compensado en parte, además, por los deberes de cuidado y administración que legalmente les conciernen, en sus respectivos casos.

El ejemplo del Código de Napoleón fue seguido por casi todas las legislaciones latinas que se inspiran en sus principios y por la mayor parte de los latinoamericanos.

Entre los pueblos septentrionales de Europa, la Patria Potestad, atenuada por la tradición germana, se caracteriza por constituir esencialmente una función de protección y ayuda a los menores de edad. Los códigos que siguen esa tendencia, entre los cuales se destacan inicialmente el austríaco y el prusiano, se preocupan siempre de imponer deberes a los padres en lugar de atribuirle enérgicos derechos y asimismo de desenvolver la personalidad de los menores.

Esta tendencia se acentúa en el moderno Código Civil alemán que, si bien admite usufructo del padre, excluye de aquél muchos de los bienes del menor, mediante una amplia teoría legal de los peculios; sujeta al ejercicio de la patria potestad, al control del Tribunal tutelar y declara netamente que el interés del hijo debe prevalecer no solamente en vista de la protección debida a los menores, sino en atención a los fines sociales más elevados.

Se puede decir que opone a cada derecho que otorga al padre, un deber correlativo que le impone y hace más dulce y familiar la institución, llamando, aunque de modo subordinado, a la madre, a ejercerla en cierta medida.

El Código Civil suizo, que representa un espíritu transaccional entre la tendencia latina y la germana, hace prevalecer en cuanto se refiere a la patria potestad, la misma



orientación que el código alemán. Regula la institución, como una especie de tutela y concede un papel muy importante en el desenvolvimiento legal de aquella a las autoridades de orden tutelar.

Rumbos análogos se han ido marcando en la legislación inglesa y en la norteamericana, que consideran la patria potestad como una función tuitiva y legal sobre los hijos menores, sometida al control de autoridades y jurisdicciones especiales y sin otorgar, por regla general, a las personas que las ejercen, ningún derecho de usufructo sobre los bienes de los sujetos a ella. Leyes especiales se dedican a señalar los derechos de la madre, el control de la patria potestad, las sanciones para los casos de infracción y de negligencia en el cumplimiento de los deberes de los padres y de los órganos sociales de vigilancia y protección.

Más adelante aún han ido la legislación de la ex URSS y las nuevas concepciones del Código Civil mejicano para el Distrito y Territorios federales.

En resumen, patria potestad en Derecho Moderno, no sólo ha reducido su ámbito de aplicación hasta el momento de la mayoría de edad o emancipación de los hijos, sino que ha evolucionado radicalmente, transformándose de un poder absoluto de carácter eminentemente privado, establecido en beneficio del padre, en una función tuitiva de carácter social y casi público en beneficio de los menores, controlados por órganos y autoridades especiales, que aseguran y garantizan los derechos de aquellos, respecto de sus personas y bienes que les pertenecen.

Desde este punto de vista evolutivo, podemos clasificar la doctrina de las legislaciones vigentes en los tres siguientes grupos:

1. Códigos y leyes que dentro del ámbito del nuevo Derecho han marcado menos la evolución y conservan el tipo de patria potestad atribuida exclusivamente al padre, así como gran parte de los derechos concentrados en él mismo. Pueden citarse como ejemplo el Código francés, el español, el italiano, el rumano y los latinoamericanos inspirados en ellos.

2. Legislaciones que acentúan el movimiento evolutivo, consideran la patria potestad como una función tutelar y pública, controlada por órganos y autoridades sociales y hacen participar en ella, aunque con carácter subordinado a la madre. Entre ellas, podemos citar las de Alemania, Suiza, Inglaterra y Estados Unidos.

3. Legislaciones que figuran a la cabeza de la evolución y a los caracteres expuestos como distintivos del grupo anterior, añaden una igualdad casi absoluta de derechos entre el padre y la madre, para el ejercicio de la patria potestad. Pueden nombrarse como tipos, el Código de la Familia de la ex URSS y el Código Civil mejicano para el Distrito y Territorios Federales.

## LA PATRIA POTESTAD EN DERECHO CHILENO

En nuestro Derecho, la Patria Potestad también ha sufrido una interesante transformación.

El Código primitivo sólo la otorgaba al padre, lo que sin duda consistía en una injusticia para la madre.

El Decreto Ley 328 de 1925 reemplazado por la Ley N° 5521 de 1934 reparó esta injusticia.

La institución está definida en el antiguo artículo 240 del Código, diciendo que es “el conjunto de derechos que la ley confiere al padre o madre legítimos sobre los bienes del hijo no emancipado”.

Dos innovaciones contenía este precepto: que la patria potestad la asigna al padre —o a la madre— legítimos. Segundo, que limita el ejercicio de esta potestad a los bienes de los hijos no emancipados.

Esta segunda referencia es distinta del concepto de patria potestad que, en general, está referida tanto a la persona como a los bienes de los hijos.

## LO QUE EXISTIÓ HASTA LA DICTACIÓN DE LA LEY 19.585

Haremos una breve referencia a lo que existió en el Código Civil y que estuvo vigente hasta el 26 de octubre de 1999, que empezó a regir la ley 19.585, publicada en el Diario Oficial del 26 de octubre de 1998.

1. La *definición de Patria Potestad* del artículo 240 del Código Civil, se refiere a este conjunto de derechos de *los padres legítimos*, sobre los bienes de sus hijos no emancipados.

O sea, sólo le corresponde a los padres legítimos sobre los bienes de sus hijos legítimos. Por lo tanto, no le correspondía al padre natural, cualesquiera que hubiere sido la forma de reconocimiento, con respecto a lo bienes de sus hijos naturales, lo que significa que este grupo de hijos deberían estar bajo guarda.

2. En cuanto a *las facultades*, son las de usufructo sobre los bienes del hijo; la administración y la representación.

A. Para determinar el ámbito del derecho de usufructo se hace la triple distinción, si se trata del peculio profesional, peculio adventicio ordinario y peculio adventicio extraordinario, correspondiéndole al hijo el dominio, usufructo y administración de los bienes de su peculio profesional, entendiéndose a este respecto como plenamente capaz; no teniendo tampoco el padre el usufructo de los bienes provenientes de una donación, herencia o legado efectuado con la condición precisa de que no tenga el usufructo el padre, o los bienes que pasan al hijo por incapacidad, indignidad del padre o por haber sido éste desheredado. En los casos indicados, el usufructo pasará a la madre si está casada con separación total de bienes o de participación en los gananciales.

B. El padre tiene la administración de los bienes del hijo, en que le corresponde el usufructo, a menos que el donante o testador, imponga la condición de que el padre no administre.

Si se le prohíbe el usufructo, no tendrá la administración y si se le prohíbe la administración no tendrá el usufructo.

La responsabilidad es hasta la culpa leve y no tiene necesidad de hacer inventario y de rendir caución.

C. En cuanto a la representación, distingue el Código lo relativo a:

1. Actos extrajudiciales, en que el menor debe actuar representado o autorizado por su padre; en caso contrario, serán nulos relativamente y si ha obrado con la autorización

o representación, estos actos obligan al padre y subsidiariamente al hijo hasta el monto del beneficio que hubiere obtenido de él.

2. Para actos judiciales, distingue entre actos judiciales civiles y criminales y en uno u otro caso, si el menor actúa como demandante o demandado o como querellante o querellado.

Es de hacer notar que si el padre no lo autoriza para deducir querrela criminal, no hay posibilidad de obtener autorización judicial subsidiaria, sí la habría en el caso de negar la autorización para deducir acción civil.

## SUSPENSIÓN

Procede en los casos señalados en el artículo 262 y la causa podrá ser la demencia prolongada del padre, su minoría de edad, por estar en entredicho de administrar sus bienes y por larga ausencia que le causa perjuicio.

En tales situaciones, la P.P. le corresponde a la madre, respecto de la cual se suspenderá por las mismas causales.

## LA EMANCIPACIÓN

Es un hecho que pone término a la Patria Potestad. Puede ser:

- a. Voluntaria. Art. 265.
- b. Legal. Art. 266.
- c. Judicial. Art. 267

## NORMAS DE LA LEY 19.585

### 1. *Definición*

1. El artículo 243 la define diciendo: “la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que le corresponde al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados”.

2. Siguiendo el principio que informa la ley, en el sentido que ésta considera iguales a todos los hijos, eliminó la referencia a los hijos “legítimos”, entendiéndose por lo tanto, que esta institución se aplica a todos los hijos.

3. Como conclusión, podríamos decir que la patria potestad se ejerce tanto para los hijos de filiación matrimonial, como para los de filiación no matrimonial.

Sin embargo, hay que tener presente la disposición del artículo 203 de la ley que prescribe que cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o de la madre, aquel o ésta quedará privado de la Patria Potestad.

4. La madre es llamada a ejercerla, sin necesidad que falte el padre, como lo decía anteriormente el Código.



## 2. QUIEN LA EJERCE

1. Por acuerdo de los padres suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier Oficial Civil puede ser:

- a. Conjuntamente ambos padres
- b. El padre
- c. La madre

La escritura pública o el acta debe ser subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento dentro de los 30 días siguientes al de su otorgamiento (plazo fatal).

2. A falta de acuerdo, le corresponde al padre.

3. Por resolución judicial, la petición de uno de los padres se designará al padre o a la madre que no la tenía o radicarla en uno solo, cuando la hubiera en conjunto. Se resguarda el interés del hijo.

4. Si los padres viven separados, la ejerce el que tenga el cuidado personal del hijo, según el artículo 225.

Por resolución fundada del juez o por acuerdo de los padres, puede atribuirse al otro la patria potestad.

5. Habrá lugar al nombramiento de curador, cuando:

a. La paternidad y la maternidad hayan sido determinadas judicialmente contra la oposición del padre o de la madre.

b. Los padres no tengan derecho a ejercerla, porque puede estar suspendida o haber emancipación.

c. La filiación no esté determinada legalmente ni respecto del padre ni de la madre.

## DERECHOS QUE CONFIERE LA PATRIA POTESTAD

1. Derecho legal de goce
2. Administración
3. Representación

### DERECHO LEGAL DE GOCE. Art. 250.

1. Es un derecho personalísimo que consiste en la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos con cargo de conservar su forma y sustancia y de restituirlos si no son fungibles o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género o de pagar su valor si son fungibles.

2. Para determinar la amplitud de este derecho, aun cuando no lo dice la ley, se aplica la teoría de los peculios, distinguiendo:

A. *Peculio profesional*. Art. 250 Nº 1

Está formado por todo lo adquirido por el hijo con su trabajo, empleo, oficio o profesión. Respecto de ellos el hijo tiene el dominio, el usufructo y la administración.

Se mira como mayor de edad para estos efectos. Art. 251.

*B. Peculio Adventicio Extraordinario. Art. 250.*

Está formado por:

a. 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 a la administración quien ejerza la patria potestad.

b. Cuando ha estipulado que se hace con la condición de obtener la emancipación.

c. Cuando ha dispuesto que el goce lo tenga el hijo.

d. Cuando las herencias o legados han pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre que tenga la patria potestad.

En tal caso, el goce le corresponderá al hijo o al otro padre; si ambos están impedidos, el hijo tiene la propiedad plena y se le dará un curador.

*C. Peculio Adventicio Ordinario.*

Está formado por todos los bienes que no ingresan a ninguno de los peculios anteriores.

Por ejemplo:

Las donaciones, herencias o legados dejados al hijo en forma pura y simple. Con respecto a estos bienes, el hijo tiene el dominio, y el usufructo y administración le corresponde al que tiene la patria potestad.

**DERECHO DE ADMINISTRACIÓN. Art. 253-254.**

1. La ejerce el que tiene el derecho de goce, por lo tanto tendrán la administración ambos padres, si tienen el goce; o sólo la madre o sólo el padre.

2. Si ninguno tiene la administración, se nombrará un curador para la administración.

3. Sin embargo, en esta administración existen algunas limitaciones:

A. Para enajenar bienes raíces se requiere autorización judicial. Art. 254.

B. Para hacer donaciones Art. 402 Código Civil. No puede hacer donaciones ni aún con autorización judicial. El juez sólo la autorizará en casos graves como para socorrer consanguíneos.

C. Para arrendamientos de bienes raíces. Art. 407 Código Civil, predios urbanos por más de cinco años y los rústicos por más de 8.

D. Aceptación y repudiación de herencias. Art. 397 Código Civil.

4. Se puede privar de la administración en los casos señalados en el art. 257 y si fueren privados ambos, se designará un curador para la administración.

**DERECHO DE REPRESENTACIÓN. Art. 260.**

En esta materia hay que distinguir la representación en tres campos:

1. Extrajudicial

2. Judicial Civil (demandante y demandado)

3. Judicial Penal (querellante o querellado)

*A. Extrajudicial*

1. Para la celebración de actos y contratos requiere la autorización del que ejerce la patria potestad.
2. Esta autorización lo es para actos patrimoniales.
3. Si no cuenta con esa autorización sólo obliga su peculio profesional.
4. Si no tiene peculio profesional, el acto es relativamente nulo, por cuanto habría faltado una formalidad habilitante.
5. No requiere autorización ni representación del padre o madre, para actos de familia, como es otorgar testamento o reconocimiento de hijos. Art. 262.
6. Autorizado por el padre, representado por éste, la obligación recae sobre el patrimonio del que ejerce la patria potestad y obligan al hijo hasta el monto del beneficio.

*B. Para Actos Judiciales Civiles*

1. Si actúa como demandante debe hacerlo autorizado o representado.
2. Si se le niega la autorización, el juez puede concederla en subsidio.
3. Si es demandado, la demanda debe dirigirse al padre o madre para que autorice o represente al hijo. Si ambos ejercen la patria potestad, bastará dirigirse contra uno de éstos. Art. 265.

*C. Para Actos Judiciales Criminales*

1. Si es querellante, debe estar autorizado o representado.
2. Si se le niega esta autorización, la negativa no puede suplirse por la autorización del juez.
3. Si es querellado, debe procederse directamente contra el hijo.

JUICIOS DE PADRES E HIJOS. Art. 263.

SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. Art. 267-268

1. Por la demencia del padre o madre (antes decía "prolongada"). No requiere interdicción por demencia.
2. Por estar en entredicho de administrar sus bienes (o sea, interdicto por demencia, por disipación).
3. Por minoría de edad. La que opera de pleno derecho.
4. Por larga ausencia u otro impedimento físico, de los que se siga perjuicio grave.
5. Si la suspensión es con respecto a uno, la ejercerá el otro padre.
6. Si ambos están suspendidos, se entenderá sujeto a guarda.
7. Deberá ser decretada por el juez. Puede ser pedida por el propio hijo, por el padre o la madre, por el que tenga al menor bajo su cuidado.
8. Efectos
  - A. Pierde la administración de los bienes.
  - B. Pierde el derecho de goce (art. 253)
  - C. Si el padre o madre están bajo guarda por demencia o disipación, el curador ejerce de pleno derecho la tutela o curaduría de los hijos bajo patria potestad del pupilo. 440 C.C. (ver la relación con el 253 final de la ley).



*De la emancipación. Arts. 269 a 273*

1. Es un hecho que pone fin a la Patria Potestad.
2. Clases: Legal y Judicial.
3. Antes era también voluntaria, lo que no aparece.

PARALELO ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY 19.585

1. En el Código Civil, la Patria Potestad le corresponde al padre legítimo. En la ley, le corresponde a los padres.
2. En el C.C. le corresponde a la madre cuando se quita al padre la Patria Potestad. En la ley, le corresponde a los padres y puede ser a cualquiera de ellos si así lo convienen o les corresponde en conjunto.
3. En el C.C. los que se encuentran bajo Patria Potestad son los hijos legítimos. En la Ley, se encuentran bajo Patria Potestad los hijos matrimoniales, a menos que estos últimos tuvieren esa calidad por resolución judicial con la oposición del demandado.
4. En el C.C. se encuentran bajo Patria Potestad, los hijos legítimos no emancipados, por el solo ministerio de la Ley. En la Ley, la Patria Potestad se encarga por convenio; a falta de convenio la ley dice que le corresponde al padre; pero por sentencia judicial y en beneficio del menor, se puede atribuir al cónyuge que no la tiene por haberse convenido otra cosa.
5. En el C.C. no importa que los padres vivan juntos o separados; siempre la Patria Potestad la ejerce el padre. En la Ley, si los padres viven separados, la Patria Potestad la ejerce el que tiene el cuidado personal de los hijos.
6. En el C.C. la suspensión de la Patria Potestad entre otras causales, "por la prolongada ausencia del padre". En la Ley, se habla sólo de "ausencia" sin exigir que sea prolongada.
7. En el C.C. la emancipación puede ser "voluntaria", legal o judicial. En la ley, no hay emancipación "voluntaria", sólo legal o judicial.

