

Universidad de Valparaíso  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Escuela de Derecho

**Patria Potestad**  
**Evolución Jurídica**  
**Histórica**

(Memoria para optar al Grado de  
Licenciado en Ciencias Jurídicas)

Andrea Alejandra Pérez Castro

2006

*"Dedicada a mis padres por  
apoyarme incondicionalmente  
en este largo camino".*

## Índice

• Introducción.	6
• <b><u>Capitulo I: "Patria Potestad en Roma. Desarrollo de la Institución".</u></b>	8
1. Nociones Previas.	9
2. Concepto de Patria Potestad.	12
3. Clases de Potestad.	14
4. Modo de Adquirir la Patria Potestad.	16
A) La Procreación o Concepción.	16
B) La Legitimización.	17
C) La Adrogación (Adrogatio).	19
D) La Adopción (Adoptio).	20
5. Poderes y Facultades de los Paterfamilias.	22
A) El Derecho de Vida y Muerte (Ius Vital Ac Necis).	22
B) La Exposición o Abandono (Ius Exponendi).	22
C) El Derecho de Vender (Ius Vendi).	23
D) El Derecho de Entrega Noxal (Ius Noxae Dandi).	23
6. Relaciones Patrimoniales que tiene origen a propósito de la Patria Potestad.	24
A) Peculio Profeticio (Peculium Profeticium).	24
B) Peculio Castrense (Peculium Castrense).	25
C) Peculio Cuasi-Castrense ( <i>Peculium Cuasi Castrense</i> ).	25
D) Peculio Adventicio ( <i>Peculium Adventicium o Bona Adventicia</i> ).	25
7. Protección de la Patria Potestad.	27
8. Terminio de la Patria Potestad.	29
• <b><u>Capitulo II: "La Patria Potestad en la Historia".</u></b>	31
1. Nociones Previas.	32
2. El Pueblo Judío.	33
3. Las Naciones Paganas.	34
4. La India.	35
5. China.	37
6. Egipto.	39
7. Grecia.	40
8. Roma.	41

9. El Derecho Germánico Primitivo.	43
10. Derecho Visigodo y Postvisigodo.	44
11. Las Siete Partidas.	45
12. La Edad Media.	47
13. La Modernidad y Postmodernidad.	48
14. Francia.	50
15. Common Law.	51
16. África.	52

• **Capítulo III: "La Patria Potestad en el Derecho Indiano y en Derecho Civil Chileno Actual"**. 53

1. La Patria Potestad en el Derecho Indiano.	54
A) Nociones Previas.	55
B) Concepto de Derecho Indiano.	56
C) Contexto Jurídico Histórico.	57
D) Búsqueda de la Patria Potestad en el Derecho Indiano.	59
2. La Patria Potestad en el Derecho Civil Chileno Actual.	62
A) Nociones Previas .	63
B) Concepto.	64
C) Características.	64
D) Titulares de la Patria Potestad.	65
E) Por quien es ejercida la Patria Potestad.	65
F) Atributos de la Patria Potestad.	67
F.1) Derecho Legal de Goce sobre los Bienes del hijo.	67
F.2) Administración de los Bienes del Hijo.	68
F.3) Representación del hijo.	70
G) Suspensión de la Patria Potestad.	73
H) La Emancipación.	74

• **Capítulo IV: "La Patria Potestad: Visión Global de la Institución en nuestros días"**. 76

1. Nociones Previas.	77
2. El Concepto de Patria Potestad en el Mundo.	78
3. Análisis de algunas de las estructuras	

de la Patria Potestad en el mundo.	80
4. La Modernidad y la Protección de los Niños.	86
• Conclusión.	88
• Bibliografía.	90

## Introducción.

Muchas veces olvidamos el hecho de que las instituciones jurídicas tienen un origen. Nos preocupamos por estudiar el contenido de ellas o la aplicación práctica de las mismas.

El trabajo que ahora les presento tiene por objeto mostrarles a través del tiempo y del mundo esta institución vigente hasta nuestros días como es la "Patria Potestad".

Comenzaremos el viaje en el Derecho Romano, investigando la formación de la institución, la tratativa y la importancia de esta para los habitantes de aquella época tan destacada a nivel histórico, pero olvidada muchas veces como fuente jurídica de nuestro derecho actual.

Seguiré el camino a través del mundo antiguo, con el fin de demostrar que a pesar de existir culturas tan diferentes a la nuestra, se mantiene la institución, muchas veces solo con atisbos de esta en sus propios derechos, pero otras como una institución altamente regladas y con un fuerte contenido sociocultural presente en ellas.

Pasaremos a analizar la llegada de la normativa a Hispanoamérica, el desarrollo del derecho indiano, hasta tratar en la actualidad la patria potestad desde el campo del derecho civil vigente en nuestro país.

Finalmente, pero no menos importante, nos sumergiremos en el derecho internacional, con el objeto de determinar la existencia de la institución en diversos países del mundo, descubrir las diferencias y semejanzas entre ellos, hasta entrar en un análisis un poco más profundo de determinados elementos de la patria potestad.

Todo lo anterior, sin olvidar la actual visión de protección de la infancia y de velar por el interés superior del niño, tan determinantes en el desarrollo de cualquier sociedad en nuestros días.

Sin pretender cerrar el tema, y esperando una evolución que beneficie aún más a la parte más débil, los muchas veces olvidados niños, los invito a descubrir los orígenes de la patria potestad, a viajar en el tiempo, a encontrarse con las raíces de la institución y ver como

muchas de sus bases se han proyectado hasta nuestros días, entregándonos las herramientas para mantener y desarrollar una institución dirigida a la protección infantil, que como sabemos nunca es suficiente.

Capitulo I:

"Patria Potestad en Roma.  
Desarrollo de la  
Institución."

## 1. NOCIONES PREVIAS.

La familia fue la base de organización de la sociedad Romana. Desde los primeros tiempos, debido a la falta de solidez de la organización estatal, como plantea el profesor Argüello, "la familia se convirtió en un organismo vital dentro de la civitas"<sup>1</sup>.

A su vez a cargo de la familia romana esta el **Paterfamilias**, quien a pesar de su nombre no cumple solo con los típicos deberes familiares respecto de quienes están a su cargo, sino que esta dotado de muchas más facultades en distintos ámbitos tanto como religioso, político y hasta judicial.

Por lo que solo con estas menciones podemos notar que aquella familia Romana esta dotada de elementos que la hacen muy diferente a la familia conocida actualmente por todos nosotros.

Retomando el punto referente al Paterfamilias, que es el jefe y célula fundamental de esta institución que si bien no podría denotarse como jurídica en sus inicios si esta formada por elementos o instituciones que si son jurídicas y que ya se podrían vislumbrar en tiempos tan remotos. Dentro de esas instituciones encontramos la Patria Potestad, la cual es el punto fundamental a tratar y como detentador de este poder/facultad esta el Paterfamilias.

Pero, quien es este sujeto que tanto señalo: "**Es la pieza clave de la institución familia, la única persona que detenta la plena capacidad jurídica y tiene el poder de mando y dominio**"<sup>2</sup>.

---

1. Manual de Derecho Romano, Luis Rodolfo Argüello, Pág. 426.

2. Derecho Romano, Francisco Samper, Pág. 182.

Todos los otros integrantes de la familia son solo un medio para lograr los fines de este Paterfamilias que muchas veces cumple un rol casi inhumano respecto de las personas que están bajo su poder. Como diría el profesor Samper *"solo el cristianismo vendría más tarde a asentar el principio contrario de que la potestad paterna esta establecida para la protección de los hijos incapaces"*.

Así esta claro que en las civitas se van formulando *"líneas cardinales de todo un sistema de conceptos jurídico-políticos, cuales son relativos a un poder absoluto omnicomprendivo y autónomo del señor o jefe y la subordinación del individuo -filiusfamilias o servus- , el vinculo efectivo que une a todos entre si y con relación al soberano"*<sup>3</sup>.

Seria importante ir más allá, sumergirse en el contenido mismo de la expresión Paterfamilias, ya que como se menciona en variados libros esta expresión latina significaba "jefe de la casa", así lo plantea el profesor Di Pietro. Este va más lejos diciendo que "la palabra pater estaba vinculada con la idea de primogenitura sino con una raíz que significaba poder, fuerza y la palabra familia indicaba lo perteneciente al sitio donde vive, el hogar, la casa".

Jurídicamente, como hace mención Di Pietro, "Paterfamilias es el varón libre y ciudadano que no tiene ascendiente varón vivo - o que ha sido emancipado por el que lo tiene- y que no ha sido sujetado por adopción o adrogación a la potestad de un extraño". Más adelante explicare estas instituciones que señalé, ya que son fuentes creadoras de la patria potestad y merecen un desarrollo más profundo, por lo que será todo lo que mencionare por ahora.

---

3. Derecho Romano, Juan Iglesias, Pág. 531.

El hecho de detentar el carácter de Paterfamilias implicaba así por tanto tener plena capacidad para actuar tanto en el ámbito jurídico público y privado, entre otras facultades que traía esta verdadera investidura de poder.

Es importante tener presente que como señala el profesor Topasio "el pater tiene la calidad de *sui iuris*, esto es, independiente de otro poder familiar. Y los que están sujetos a alguna de las potestades que ejerce, son los que de él dependen y se denominan *alieni iuris*, los cuales pueden ser libres o no libres, desde el punto de vista *status libertatis*"<sup>4</sup>.

Hasta ahora podemos apreciar la vinculación de distintas figuras presentes en el derecho romano: La familia, el Paterfamilias y la Patria Potestad, elementos interrelacionados, unidos por una fuerte conexión de fuerzas, poder, derecho y evolución; y necesarios para desarrollar el punto de nuestro interés que es esta institución que se mantiene hasta nuestros días "**La Patria Potestad**".

---

4. Derecho Romano, Aldo Topasio, Pág. 423.

## 2. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

Se han dado variados conceptos de la institución por diversos autores entre los que he seleccionado los siguientes:

El profesor Argüello definió a la Patria Potestad como: "El conjunto de poderes que el paterfamilias ejercía sobre aquellas personas libres que constituían la comunidad familiar, especie de autoridad soberana del jefe"<sup>5</sup>.

Por su parte el profesor Maynz la definió como: "La potestad paterna es el poder del jefe sobre las personas libres -liberi- que forman parte de la familia"<sup>6</sup>.

El profesor Sánchez Peguero la definió diciendo: "Es el poder familiar por excelencia constituyendo la característica fundamental de la familia romana"<sup>7</sup>.

También el profesor Guzmán Brito la conceptúa en los términos de: "El poder jurídico de una persona sobre sus descendientes se llama patriapotestas; el solo puede corresponder a un varón sui iuris, a un paterfamilias"<sup>8</sup>.

Encontramos también otros conceptos como el del profesor Errazuriz que señala: "El poder que el paterfamilias ejerce sobre sus hijos se llama patria potestad"<sup>9</sup>.

O el del Profesor Jorquera que indica: "Es el conjunto de derechos que tienen el padre sobre la persona y los bienes del hijo"<sup>10</sup>.

Y por último el concepto del profesor Samper calificándolo como: "El poder que el jefe ejerce sobre sus hijos o nietos concebidos dentro del matrimonio legítimo recibe el nombre de patria potestad"<sup>11</sup>.

---

5. Manual de Derecho Romano, Luis Rodolfo Argüello, Pág.435.

6. Curso de Derecho Romano, Carlos Maynz, Pág. 90.

7. Manual de Derecho Romano, Carlos Sánchez P., Pág. 185.

8. Derecho Privado Romano, Alejandro Guzmán B., Pág. 357.

9. Manual de Derecho Romano, Maximiliano Errazuriz, Pág. 189.

10. Derecho Romano, Francisco Jorquera, Pág. 164.

11. Derecho Romano, Francisco Samper, Pág. 185.

Todos los conceptos coinciden en un punto "**El Poder**". Por lo que claramente podemos notar que la institución en el ámbito romano contiene más que una protección para con los hijos un cierto tilde de dominio que más adelante iremos notando con mayor intensidad sobre todo en lo que dice relación con las facultades de las cuales esta dotado el paterfamilias.

Así la patria potestad en sus orígenes fue una fuente de poder sin implicar obligación alguna, siendo establecida en beneficio del padre y no del hijo.

Pero con el transcurso del tiempo, y solo refiriéndonos a la era romana, se puede apreciar que esta necesitaba limitaciones por lo cual se fueron estableciendo deberes que tenía que cumplir el paterfamilias hasta llegar a una figura que implicaba no solo facultades sino también obligaciones respecto de quienes estuvieran sometidos bajo su poder. Ya que solo considerarla como una facultad del padre sobre la persona y bienes del hijo sería convertir a este prácticamente en una cosa.

### 3. CLASES DE POTESTAD.

Todos los autores coinciden en que las potestades del pater en roma fueron cuatro:

- La Patria Potestad.
- La Manus Maritalis.
- La Dominica Potestas.
- El Mancipium.

La patria potestad es la que hemos conceptuado en el capitulo anterior, la entenderemos aquella que tiene el pater sobre hijos de familia (*filifamiliae*), o sea los hijos e hijas, nietos descendientes de hijos no emancipados, adoptados y adrogados, y los legitimados. Además esta es la que desarrollaré durante todo el capitulo.

Por otra parte la *Manus Maritalis* es "El poder eventual que el marido tenía sobre la persona y los bienes de la mujer. Lo llamamos eventual porque sólo existía en algunas uniones, los matrimonios *cum manus*, en que tenía un carácter riguroso"<sup>12</sup>. Esta se adquiere en ceremonias que generalmente acompañan al matrimonio, pero no era ni requisito ni consecuencia del matrimonio. Con la evolución del derecho, en la republica el matrimonio se transformo en un acto libre en que no existía la potestas maritalis, pero aun así se crean derechos y obligaciones propias entre cónyuges y vínculos entre las familias de ambos, transformándose con el transcurso del tiempo y la influencia del cristianismo a una figura semejante a la que tenemos hoy en día.

La Dominica Potestas o Potestad Dominical es el poder que ejerce el amo sobre el esclavo. Esta se diferencia de las

---

12. Derecho Romano, Francisco Jorquera, Pág. 183.

otras dos estas no terminan con la muerte del detentador de la potestad, sino que muerto "el amo sus esclavos no recuperan la libertad sino que pasan juntamente con los demás bienes a sus herederos"<sup>13</sup>. Por esto para que un esclavo sea libre necesita de un acto voluntario del amo en el cual manifiesta su voluntad de hacer libre al esclavo y esto se conocía con el nombre de "**Manumisión**". Y por ultimo tenemos el Mancipium y "se produce cuando el que tiene autoridad sobre una persona la vende"<sup>14</sup>. Las personas sometidas al mancipium eran jurídicamente libres, pero estaban obligadas a trabajar para la persona a quien habían sido vendidas. Incluso se podía vender a los hijos a través de la mancipatio o venta solemne, donde el que compraba adquiría un poder similar a el que otorgaba la patria potestad.

---

13. Manual de Derecho Romano, Maximiliano Errazuriz, Pág. 190.

14. Derecho Romano, Francisco Jorquera, Pág. 182.

#### 4. MODO DE ADQUIRIR LA PATRIA POTESTAD.

Existen distintas formas de creación de la Patria Potestad, en el derecho Romano estas fueron:

##### **A) La Procreación o Concepción:**

Esta es la primera de las fuentes de creación de la patria potestad, figura que se debe dar dentro de una matrimonio civil (*iustas nupcias*), el momento de la generación decide la suerte del hijo en cuanto a la determinación de si se encontrara bajo la patria potestad de un *paterfamilias*. Este sería por tanto el modo normal de entrar a la familia y sujetarse a la potestad del jefe de la misma <sup>15</sup>. Las descendientes por línea femenina, como plantea Argüello, no eran miembros de la familia romana *proprio iure*, ya que pertenecían a la familia de su respectivo padre.

Para poder distinguir mejor es bueno tener en consideración que en el derecho justinianeo se consideraban ya tres categorías o grupos de hijos:

- **Legitimi**, que se aplica a los *iusti*, es decir, a los nacidos de matrimonio;
- **Liberi** naturales, para los habidos de concubinato;  
y
- **Spurii**, para los que nacían de uniones no estables.

Los dos últimos, sin padre legal, nacían *sui iuris*, no teniendo otros parientes que los cognados por su madre <sup>16</sup>. Ahora independiente del momento del nacimiento o de concepción del hijo, el *paterfamilias* tenía derecho de integrar a su familia a sus hijos nacidos fuera del matrimonio. Incluso como dice Argüello, el derecho romano permitió en caso de matrimonio no válido, obtener la patria potestad sobre los hijos ya nacidos.

---

15. Manual de Derecho Romano, Luis Rodolfo Argüello, Pág. 436.

16. Manual de Derecho Romano, Luis Rodolfo Argüello, Pág. 437.

Así todo, existían presunciones de paternidad, que establecían que se consideraba concebido durante el matrimonio aquel que nació al menos durante el séptimo mes contado desde el día de su celebración y no después del décimo desde el de su disolución<sup>17</sup>. Estas presunciones fueron establecidas por Hipócrates y Las XII tablas respectivamente.

Esto implicaba por lo tanto también que se podía desconocer la paternidad utilizando las mismas presunciones.

Todo lo dicho anteriormente se aplica a los hijos procreados por varones, por que los hijos nacidos del matrimonio de las hijas, pertenecían a la familia de su padre y están sometidos a su patria potestad o a la de su paterfamilias<sup>18</sup>.

#### **B) La Legitimación:**

Esta es la segunda fuente a tratar.

La palabra "**Legitimatio**" podría en rigor comprender todos los actos que producen el efecto de dar la cualidad de legítimo a un hijo que no la tenía hasta entonces<sup>19</sup>.

Los hijos nacidos de concubinato, llamados **liberi naturales**, seguían la condición de la madre, en virtud del hecho cierto de la procreación<sup>20</sup>.

Como consecuencia del cristianismo y con el fin de favorecer los matrimonios legítimos, el derecho postclasico incorporo la figura de la legitimación como medio para alcanzar la condición de hijo legítimo, quedando de esta forma sujeto a la patria potestad del pater.

---

17. Derecho Privado Romano, Alejandro Guzmán B., Pág. 358.

18. Curso de Derecho Romano, Carlos Maynz, Pág. 98.

19. Curso de Derecho Romano, Carlos Maynz, Pág. 105.

20. Manual de Derecho Romano, Luis Rodolfo Argüello, Pág. 437.

Para que exista legitimación era necesario cumplir con determinados requisitos. El Profesor Argüello plantea que estos eran:

1. El hecho de que el hijo fuera procreado por padres que mantuvieran una relación de concubinato, que es aquella relación distinta del matrimonio, de carácter permanente, que se producía cuando un ciudadano se unía a mujer de condición inferior.
2. Además señala que no podía existir legitimación de hijos provenientes de adulterio o incestuosos.
3. Se exigía también el consentimiento del hijo.
4. Y por último que se efectuara por alguna de las formas que se estipulaba en la época.

Dentro de estas formas tenemos tres:

**1. Por el matrimonio posterior de los padres:**

Conocido en la época como "*per subsequens matrimonium*", tenía lugar cuando el padre desposaba a la concubina, siempre que no existiera impedimento legal, permanente o temporáneo, que hiciera imposible las nupcias<sup>21</sup>.

El emperador Constantino comenzó con esta modalidad, propia de las influencias cristianas, institución que más tarde recogería Justiniano, declarándola institución jurídica permanente, aplicable tanto a los hijos concebidos como a los ya nacidos.

- 2. Por oblación de la curia ( *oblationem curiae* ): Como lo plantea el profesor Argüello, la legitimación por oblación de la curia, nacida de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, tenía lugar cuando el padre que carecía de hijos legítimos ofrecía a la curia de su villa natal su hijo natural o casaba su hija con decurión.**

---

21. Manual de Derecho Romano, Luis Rodolfo Argüello, Pág. 438.

Justiniano le atribuyo los efectos propios de la legitimación al conceder al padre la potestad sobre el hijo natural.

Las consecuencias de la legitimación por esta vía fueron menos amplias ya que el hijo solo obtenía la condición de de legitimo respecto de su padre.

**3. Por rescripto del príncipe (*rescriptum principis*):**

Modo de legitimación en el derecho Justiniano que operaba cuando los otros dos no eran posibles y que consistía en legitimar al hijo, produciendo plenos efectos jurídicos, por lo cual este entraba en la familia y quedaba bajo la potestad del pater. "La autorización del emperador solo debía darse en virtud de la demanda del padre"<sup>22</sup>.

**C) La Adrogación (*Adrogatio*):**

Esta es otra de las fuentes a tratar y que provocan el efecto de quedar bajo la patria potestad del pater.

Esta institución, que ya era practicada antes de la Ley de las XII tablas, permitía al pater sin posibilidades de dejar un hijo varón frente a la familia, procurarse uno, haciendo ingresar a ella otro pater<sup>23</sup>. Así se hacía entrar a un *sui iuris*, a un pater, con todo su grupo familiar si lo tenía, bajo la potestad de otro pater. El adrogado pasa así a formar parte de la familia del adrogante acompañado incluso de sus hijos, esposa y los bienes, perdiendo su calidad de *sui iuris*, pasando a ser por lo tanto *alieni iuris*.

La adrogación como institución estaba llena de formalidades y de requisitos que debían cumplirse para poderla llevar a efecto.

---

22. Curso de Derecho Romano, Carlos Maynz, Pág. 106.

23. Manual de Derecho Romano, Alfredo Di Pietro, Pág. 358.

Así por ejemplo que el adrogante tuviera más de sesenta años, el hecho de deber restituir su patrimonio si lo emancipaba, o que el adrogado manifestara su consentimiento de modo expreso. Todo esto con la finalidad de que se evitara la especulación a través de esta institución.

Otro punto característico era que las mujeres no podían ser objeto de adrogación, ya que ellas no perdían su condición de *filiaefamilias*. Tampoco podían serlo los impúberes. En virtud de una *epístula* de Antonino Pío, se permitió, bajo determinadas condiciones, y siempre que mediase causa legítima, la adrogación de impúberes. La adrogación de las mujeres es concedida en la época postclásica<sup>24</sup>.

#### **D) la Adopción (Adoptio).**

Este es el último de los modos de crear patria potestad. Consiste en "el acto de hacer ingresar bajo la patria potestad del pater a un *alieni iuris*, a un hijo de familia, el que salía de su grupo agnaticio original e ingresaba al del pater adoptante adquiriendo el **nomen gentilium** y por lo tanto el correspondiente nuevo parentesco agnaticio"<sup>25</sup>.

Como plantea Iglesias, esta sería una institución creada por vía de interpretación. Apoyándose en un texto de las XII tablas que proclamaba la libertad del *filius* vendido por tres veces, la jurisprudencia pontifical sienta las bases de un procedimiento que, no obstante ser en extremo embarazoso, permite conseguir un óptimo resultado práctico.

Con este acto el parentesco anterior se extinguía, debían cumplirse con formalidades pero fue completamente menos engorroso que lo que era la adrogatio.

---

24. Derecho Romano, Juan Iglesias, Pág. 537.

25. Derecho Romano, Aldo Topasio F., Pág. 426.

“Se concretaba mediante liberaciones (emancipaciones) reiteradas por tres veces consecutivas, fundada en un antiguo precepto de las XII Tablas que entendía liberado al hijo de la potestad de l pater cuando éste ya lo había vendido (mancipado) por tres veces. Al final de las tres emancipaciones consecutivas, intervenía el magistrado (pretor) quien asignaba al adoptado, finalmente, tal calidad”<sup>26</sup>.

Los efectos de la adopción los indica Jorquera claramente y estos fueron:

- Someter a la patria potestad del adoptante al adoptado.
- Hacer pasar el patrimonio del adoptado al adoptante.
- Crear el derecho de sucesión.

Las mujeres no podían adoptar, pero Dioclesiano estableció que podrían hacerlo aquellas que hubieren perdido a los hijos de sangre; esta adopción sólo producía una relación personal entre el adoptante y el adoptado, esto es, no existía una relación jurídica<sup>27</sup>.

---

26. Derecho Romano, Aldo Topasio F., Pág. 426.

27. Derecho Romano, Francisco Jorquera, Pág. 178.

## **5. PODERES Y FACULTADES DE LOS PATERFAMILIAS.**

Las facultades que se le otorgaban al pater en el derecho Romano eran ilimitadas, contemplando dentro de ellas diversos derechos dentro de los cuales trataré lo cuatro más importantes, estos son:

### **A) El Derecho de Vida y Muerte (*Ius Vital Ac Necis*):**

Es padre contaba dentro de sus facultades sobre los hijos con la potestad correccional, pudiendo castigarlos e incluso causarles la muerte. Esta potestad como plantea Di Pietro, no tenía otra limitación que la propia conciencia del pater y la opinión pública que podía institucionalizarse en una nota censoria ante los notorios abusos cometidos por este. Fue tan extremo que incluso no se consideraba como delito de homicidio al autor de dichos actos. "Pero, con la influencia cristiana, el emperador Constantino castigó con la pena de parricidio a el que diera muerte a sus hijos. Valentiniano castigo con la pena capital la supresión de los recién nacidos. Justiniano sólo reconocería al pater un poder de disciplina y corrección"<sup>28</sup>.

### **B) La Exposición o Abandono (*Ius Exponendi*):**

Costumbre antigua en el derecho romano, esta consistía Según Di Pietro en depositar al niño recién nacido a los pies del *paterfamilias*, no necesariamente el padre de la criatura, al levantarlo lo incorporaba al ámbito de su patria potestad. Si no lo hacía, se consideraba al niño expuesto, abandonado. Justiniano estableció que los niños expuestos fueran considerados libres.

---

28. Manual de Derecho Romano, Alfredo Di Pietro, Pág. 356.

**C) El Derecho de Vender (*Ius Vendi*):**

Como plantea Jorquera, en roma el pater podía disponer de sus hijos; la disposición consistía en la venta de los hijos por medio de la *mancipium*, para obtener lucro u obtener el abandono noxal; o en forma fingida para obtener la emancipación o la adopción. Esta figura fue limitándose en el tiempo, "Dioclesiano la prohibió en absoluto y Justiniano solo la permitió en caso de hacer abandono noxal"<sup>29</sup>.

**D) El Derecho de Entrega Noxal (*Ius Noxae Dandi*):**

Esta facultad consistía en que el pater podía hacer entrega del *filius*, para no ser responsable de un delito cometido por este. Esta entrega se llevaba a efecto a través de una *mancipatio*, no como esclavo de la persona damnificada, sino *in causa mancipii*. Esta facultad fue abolida al reconocerse la responsabilidad de los *filius*.

---

29. Derecho Romano, Francisco Jorquera, Pág. 166.

## 6. RELACIONES PATRIMONIALES QUE TIENE ORIGEN A PROPOSITO DE LA PATRIA POTESTAD.

Como hemos visto, solo los paterfamilias detentaban plena capacidad jurídica. Como plantea Di Pietro todos aquellos sujetos a patria potestad no se les conoce titularidad de derechos reales, ni de crédito. "Sin Embargo, el hijo era capaz de realizar negocios jurídicos que sirvieran para adquirir al pater derechos reales o de crédito, y aun para quedar el mismo obligado, no pudiendo realizar actos de disposición o constituir gravámenes por que carecía de propiedad<sup>30</sup>. Por lo tanto, estos gozaban de capacidad de ejercicio y como expresa Guzmán fue a través de la institución de los peculios que se abrió paso a la idea de una cierta autonomía patrimonial del hijo de familia respecto de su padre.

El derecho Romano reconoció cuatro tipos de peculios, dentro de los cuales encontramos:

### **A) Peculio Profeticio (*Peculium Profeticium*):**

"Este peculio estaba integrado por una pequeña suma de dinero o de bienes que el pater entregaba al filius en goce y administración, sin que tuviera poder de disposición"<sup>31</sup>.

El Pater seguía siendo propietario de los bienes, y la concesión era revocable. A la muerte del filius los bienes que constituían el peculio volvían automáticamente al pater.

---

30. Manual de Derecho Romano, Luis Rodolfo Argüello, Pág. 446.

31. Manual de Derecho Romano, Luis Rodolfo Argüello, Pág. 447.

**B) Peculio Castrense (*Peculium Castrense*):**

Jorquera se refiere a este peculio como el conjunto de bienes obtenidos por los militares. El peculio castrense se explica ya que los militares eran la fuerza del imperio. Este peculio apareció en la época del Emperador Augusto, quien determinó que todos los bienes adquiridos por los hijos de familia en el desempeño de la profesión militar, eran propios y de la exclusiva administración de estos hijos. Este beneficio era transitorio hasta que el Emperador Adriano decretó su permanencia. Así incluso los militares pudieron disponer siempre de los bienes adquiridos durante el ejercicio de la profesión, aún después de retirarse de ella. Además es importante señalar que podían disponer de los bienes por testamento, lo cual no le era permitido en el peculio señalado anteriormente.

**C) Peculio Cuasi-Castrense (*Peculium Cuasi Castrense*):**

Este peculio aparece durante el imperio de Constantino, quien le da un tratamiento similar al peculio castrense, a aquellos bienes que adquiriera el hijo a partir de su desempeño en funciones públicas, administrativas, en la corte o eclesiásticas.

**D) Peculio Adventicio (*Peculium Adventicium* o *Bona Adventicia*):**

Este peculio fue una de las reformas más importantes que se hicieron en materia de bienes de aquellos sometidos a patria potestad. Se comprenden bajo esta denominación los bienes no castrenses, cuya propiedad pertenecen a los hijos y que provienen de la herencia testamentaria o legítima de la madre, como se estableció primeramente en los tiempos de Constantino, y posteriormente pasando a considerarse todos los bienes provenientes de los ascendientes maternos (*bona mater generis*). El Pater solo tendría el usufructo de dichos bienes y la facultad de administrarlos pero debiendo rendir cuenta al filius de esta administración.

El Profesor Topasio incluso señala que este peculio atendida sus características no constituiría un peculio

propiamente tal, en el concepto tradicional, sino que un verdadero patrimonio.

## 7. PROTECCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

El Profesor Arangio-Ruiz a tratado este tema, planteando que el ejercicio de la potestad puede ser turbado por la actividad de extraños que se comporten con relación al hijo como si fueran titulares de la patria potestad. Respecto de los actos de fuga y rebeldía del hijo no nos referiremos, ya que corresponde al padre controlarlo, llamando al hijo al orden e incluso castigarlo.

Ahora, la patria potestad en el primero de los casos señalados se encuentra protegida por acciones e interdictos. En esta materia seguiré a Jorquera el cual las trata de la siguiente forma:

- **Acción vindicatoria:** LoS hijos dentro de la familia romana eran considerados cosas, cuya propiedad pertenecía al pater. La acción que protege al derecho de propiedad es la acción reivindicatoria, y esta misma acción se aplicaba a los hijos, con la diferencia que se le llamo acción vindicatoria.
- **Interdictos "Liberis Ducendis" y "Liberis Exhibendis":** Estos se distinguen de la acción por que solo vienen a solucionar una situación de hecho, que en este caso dice relación con la privación que sufre el pater del hijo. El hecho de entablar un interdicto no privaba del derecho de entablar posteriormente la acción.

El interdicto **liberis ducendis** tenia por objeto recuperar la posesión del hijo, fuere propio o no. Si una persona tenía a otra bajo potestad, en calidad de hijo, real o aparente, reclamaba la devolución cuando era privado de su posesión mediante este interdicto.

El interdicto **liberis exhibendis** tenía un carácter prejudicial, su objeto era el de obtener la exhibición de la persona a quien se consideraba hijo, y con esto se colocaba al interesado en aptitud de poder entablar la acción vindicatoria, exhibido el presunto hijo, el padre estaba en condiciones de saber sí era la persona a quien él

buscaba o no, para entablar la correspondiente acción.

## **8. TERMINO DE LA PATRIA POTESTAD.**

Por principio, la patria potestad Romana tenía carácter perpetuo y por ello la mayoría del hijo no le ponía fin<sup>32</sup>. Generalmente la única causal que ponía fin a este vínculo era la muerte, pero se fueron agregando otras, ampliando el número de causales.

Algunos autores las han clasificado, pudiendo distinguir dos grandes grupos:

### **A) Causales necesarias,** dentro de las cuales tenemos:

- La muerte del pater, sin que existiera sucesor en el cargo de pater.
- La muerte del hijo.
- La máxima y media disminución de la cabeza del pater (*capitis deminutio*).
- La máxima y media disminución de la cabeza del hijo.

### **B) Causales Voluntarias,** aquí encontramos:

- El desempeño con acuerdo del pater de un alto cargo en la corte o en el sacerdocio, por el hijo, ya que no sería propio que este siguiera sometido a la autoridad de otro.
- La Adrogación, que hace pasar la patria potestad que tenía sobre sus hijos al adrogante.
- La Emancipación, acto jurídico por el cual el padre deja en libertad al hijo, rompiendo el vínculo de la patria potestad<sup>33</sup>.

---

32. Manual de Derecho Romano, Luis Rodolfo Argüello, Pág. 449.

33. Derecho Romano, Francisco Jorquera, Pág. 180. (El autor clasifica de esta manera las causales voluntarias)

De todas las causales la más destacada de ellas es la emancipación a la cual me referiré a continuación.

Como señala Di Pietro, esta es consecuencia de las transformaciones sociales que se venían dando en el Derecho Romano, así surge como acto hábil para que el pater libere de su patria potestad a un filius familias y lo convierta así en sui iuris.

Esta figura nació aprovechándose de una disposición que contenía las XII Tablas que declaraba libre al hijo varón que ha sido objeto de una triple venta<sup>34</sup>.

El procedimiento era el mismo que se ha visto usado para la adopción, solo que luego de la tercera mancipatio, por la cual el filius ha salido definitivamente de la patria potestad del pater, el adquirente fiduciario procede a remanciparlo al pater, quien al manumitirlo conservará sobre él el derecho de patronato<sup>35</sup>. Este complejo sistema termina en la época Justiniana.

Esta institución no estaba sometida a ningún requisito, por lo que era un acto propio y libre del pater, y en un principio ni siquiera fue necesario el consentimiento de filius.

La emancipación produce una **capitis deminutio minima**, esto significa que todo vinculo y lazo con la familia se disuelve.

---

34. Derecho Privado Romano, Alejandro Guzmán B, Pág. 364.

35. Manual de Derecho romano, Alfredo Di Pietro, Pág. 364.

Capitulo II:

"La Patria Potestad en la  
Historia".

### 1.Nociones Previas.

Es muy difícil para nosotros imaginar que instituciones presentes en nuestro derecho actual hayan tenido existencia ya hace miles de años. Y así es, existieron.

Precisamente la Patria Potestad existió, en forma integra estructurada, organizada y normada en su totalidad, así lo pudimos demostrar en el capítulo anterior al tratar la patria potestad en roma.

La variación que presenta en tiempos actuales no es más que en cuanto a contenido. La balanza se ha ido inclinando hacia el menor, y el padre asumiendo un carácter protector de este, y no de dominio o propiedad sobre este.

Así, como los romanos, otras culturas también tendieron a la regulación de esta materia, y esa es la finalidad de este capítulo, es demostrar que la patria potestad existió en el mundo antiguo y también como se fue diversificando y extendiendo por el mundo a través del tiempo, llegando hasta nuestras sociedades actuales. Y creo que esto es algo necesario para poder entender que las instituciones no son apariciones regulatorias de la vida humana de proceder desconocido o ocurrencia de algunos pocos, sino que llevan miles de años de formación, influencias de varias culturas, de principios muchas veces transversales, más allá de las creencias religiosas. Ya que se fue vislumbrando que el menor era digno de protección y no una fuente de incremento a la productividad o simplemente un esclavo.

## 2.El Pueblo Judío.

La organización doméstica del pueblo judío estaba dado por las sagradas escrituras, reglas trazadas por Dios, que contenían con clara precisión de los deberes y derechos de los padres, esposos e hijos.

Los hijos eran considerados como bendición del matrimonio, y eran tenidos en tan alta estima que aun antes de nacer eran considerados personas<sup>36</sup>.

La ley judaica prohíbe y pena la exposición de los hijos, lo que si consideraba el derecho romano, como una de las facultades de los paterfamilia, y lo considera un crimen gravísimo.

Los derechos de corrección atribuidos al padre, no podían ser decretados ni ejecutados materialmente por su sola voluntad, cuando el castigo llevase aparejada una pena fuerte, por lo que, probado los hechos que el padre atribuyese al hijo, debía ser este entregado al senado de la ciudad<sup>37</sup>.

La consideración de las hijas socialmente era mucho menor que la de los hijos, su capacidad jurídica se encuentra aminorada y no se encontraban sometidas a patria potestad.

Respecto de los deberes de los padres, el que se destacaba más era aquél de enseñarle a los hijos una profesión u oficio útil, es decir, de educación.

Es importante destacar que todos los miembros de la familia participan en la adquisición y aprovechamiento de los bienes propios de la familia.

Como se puede apreciar, claramente el pueblo judío antiguo tenía nociones de la patria potestad aunque con un carácter más suave que la patria potestad que vislumbramos en el pueblo romano.

---

36.Derecho de Familia, Antonio de Ibarrola, Pág. 63.

37.Derecho de Familia, Antonio de Ibarrola, Pág. 64.

### **3.Las Naciones Paganas.**

La estructura de la familia en estas naciones se desarrolló bajo el más duro despotismo, siendo la voluntad de padre la determinante, y la mujer y los hijos quedan así sometidos a lo que este decrete.

De esta forma, las naciones paganas se caracterizaron por la poligamia , el carácter esclavo de la mujer y los hijos victimas de las mas terribles atrocidades.

Los Cananeos, Babilonios, Espartanos y algunos pueblos de Asia tenían la costumbre de sacrificar a sus hijos, como también inducirlos en la prostitución.

Por lo tanto, aquí no encontramos una real estructuración de la patria potestad, los padres no tienen ninguna obligación para con los hijos, menos de cuidado y protección, naciones que más que liberales muchas veces tienden a eliminación de los individuos más débiles y a lo que es la selección natural, que se daba principalmente en el pueblo Sirio y Espartano.

#### 4.La India.

La Antigua sociedad hindú esta dividida en vanas o colores, para distinguir a los conquistadores arios, de piel blanca, de los *drauidias*, oscuros y dominados. Las agrupaciones jerárquicas se basaron en la ocupación , así distinguimos:

- *Brahmanes* = sacerdotes y estudiosos.
- *Kshatriyas* = soldados y gobernantes.
- *Vaishyas* = agricultores y comerciantes.
- *Soudras* = Sirvientes.

Esta clasificación limitaba la ocupación del hindú, su matrimonio, sus practicas religiosas y su libertas para moverse en sociedad<sup>38</sup>.

La unidad social de mayor importancia es la familia, centro de intereses superiores a los del individuo. Contiene hasta cuatro generaciones en forma patriarcal: el progenitor más anciano es la cabeza de la familia. La inmensa mayoría de las familias hindúes están así centradas en derredor del varón<sup>39</sup>.

Mucha preocupación existe en esta cultura por las niñas, que en temprana edad jugaran libremente con otras niñas de su edad, pero tempranamente adquirirán la obligación de cuidar a otros niños, para que al llegar a la pubertad pasen a manos de mujeres más experimentadas que las preparan para el matrimonio. Es común el hecho de comprar a las novias o pagar una dote por ellas. Respecto de los niños es casi imposible entrar en detalle de su tratamiento, ya que existe una gran variedad de ritos, costumbres y estructura parental en el país.

---

<sup>38</sup>.Derecho de Familia, Antonio de Ibarrola, Pág. 66.

<sup>39</sup>.Derecho de Familia, Antonio de Ibarrola, Pág. 67.

Así la familia cumple función de núcleo social, se presenta la estructura en base a la existencia del patriarca, a un nivel de concentración social urbana se da una mayor protección a la infancia que a nivel rural debido a la ritualidad, y el tratamiento en de los hijos es variado debido a la multiplicidad de costumbres, pero con todo existe organización o atisbos de una regulación de la relación familiar y lo que es importante entre padres e hijos.

### 5.China.

En el comienzo de la historia de china se dice que los hombres no diferían nada de los animales en su manera de vivir: erraban por los bosques y las mujeres eran comunes, los niños nunca conocían a sus padres, solo a sus madres<sup>40</sup>.

El emperador *Fouhi* dejó sin efecto este caos, instituyendo el matrimonio como medio de comenzar a organizar la sociedad.

Así, la familia se transformo en la institución más importante, considerando familia a todos aquellos que descienden de un tronco común, aplicándoseles todas las leyes concernientes a herencias, adopción, matrimonio y divorcio.

El padre es el miembro más activo del grupo, fue invariablemente reconocido como cabeza del grupo familiar, con amplia autoridad sobre los demás miembros y con facultades durante toda la vida para disponer de su propiedad. El hecho de tener hijos fortalecía la posición de la familia , y del padre de este también. Una familia sin hijos varones podía tomar a un novio para alguna de sus hijas, el joven asumía el apellido de su nueva familia y las obligaciones de un hijo<sup>41</sup>.

Importante es destacar la concepción de la potestad paterna que convierte al hijo en una especie de servidor perpetuo.

En china los hijos estaban obligados a la obediencia absoluta durante toda su vida, y ni siquiera el matrimonio emancipaba al hijo. Incluso la mujer del hijo quedaba sometida a la patria potestad del padre.

La familia china también esta regida por un paterfamilias, cuyo poder es absoluto. El dispone de la fortuna familiar. Mujer, hijos y nietos se hallan sometidos a su poder ilimitado.

---

40.Derecho de Familia, Antonio de Ibarrola, Pág. 69.

41. Derecho de Familia, Antonio de Ibarrola, Pág. 70.

El padre puede hacer de sus hijos lo que quiera. No sólo puede castigarlos, sino también venderlos, hipotecarlos, y en ciertas circunstancias matarlos<sup>42</sup>.

El padre es dueño también de los bienes del hijo. Ni siquiera en plena madurez tiene derecho el hijo a ausentarse sin el permiso de su padre o contra su voluntad, a no ser que se trate de un lugar prefijado donde se le pueda hallar fácilmente<sup>43</sup>.

Cesa la potestad del padre, no por muerte del hijo, pero si este pasa a ser funcionario público, entonces según la mentalidad china, el emperador ocupa el lugar del padre. Pero cuando uno de los padres muere todo funcionario público tiene que dejar su puesto durante veintisiete meses.

Por lo que podemos apreciar, dos culturas tan distantes como la china y la romana presentan grandes similitudes en la estructuración de la institución de la patria potestad.

---

42.Derecho de Familia, Antonio de Ibarrola, Pág. 70.

43.Derecho de Familia, Antonio de Ibarrola, Pág. 71.

## 6.Egipto.

En el Egipto antiguo encontramos un cúmulo de instituciones que muchas veces se les dio un trato equivoco. Con el paso de los años se fueron corrigiendo a si mismos, logrando grandes avances en su regulación jurídica, llegando a tener faraones con reputación de grandes legisladores.

Hombre y mujer gozaron de los mismos derechos ante la ley. Podía la mujer enajenar su propiedad, ser parte en los contratos, entablar procedimientos, otorgar testamentos y rendir testimonio sin tener que estar asistida ni de su padre ni de su esposo, y tales derechos no estaban restringidos a las clases acomodadas<sup>44</sup>.

Se destacó la marcada severidad del deber filial entre los egipcios , siendo el esposo-padre el que debe mandar, y las esposas-hijas obedecer.

Los niños fueron muy importantes para la familia, siendo muy bien visto que las familias que carecían de hijos los adoptasen.

No esta claro la edad en que cesaba la patria potestad, pero si esta claro que esta tenia un termino en el cual los jóvenes se emancipaban, se le dio un trato a la herencia basado en la primogenitura, pero no fue una regla absoluta, ya que también en algunos caso la herencia era dividida en partes iguales entre los hijos.

De esta forma esta claro que existió la institución de la paria potestad , se nota un trato más igualitario entre hombres y mujeres, del mismo modo hay un respeto hacia el padre, como para el esposo, pero con la libertad de poder desarrollar cada cual su propia vida.

Se destaca el nivel de evolución en comparación a otros pueblos y culturas en la misma época.

---

44.Derecho de familia, Antonio de Ibarrola, Pág. 72.

### 7.Grecia.

Como en la mayoría de las civilizaciones que hemos tratado hasta ahora, la organización griega se producía en base a la familia, que se formaba como producto de la celebración de un matrimonio.

Los requisitos para poder ingresar a la familia no era uniformes en toda la polis.

Los derechos muchas veces eran limitado a los hijos legítimos (solo varones), y en el caso de carecer de estos, se adoptaban los de las concubinas. Pero incluso se permitía la adopción aun bajo la existencia de hijos legítimos.

El padre era el jefe de la familia y era este el que determinaba la función de cada uno de los integrantes de su grupo familiar y el destino de los patrimonios sometidos bajo su cuidado.

Los griegos también contaban con la figura de la exposición, por la cual, cuando el menor era presentado a su padre, este debía levantar al niño y de no hacerlo, este no era admitido en la familia. Figura claramente presente en el mundo romano.

En esta civilización encontramos los puntos característicos de la patria potestad , que gira claramente en torno de la figura de el padre cabeza de familia, manteniendo el poder a través de la línea paterna y con facultades ilimitadas, con un rol aminorado de la mujer y sometida a su propia familia o esposo en cuanto a la determinación de su futuro.

### 8. Roma.

Es claro que la institución de la patria potestad existió en roma, lo cual quedo ampliamente demostrado en el capitulo primero. Estructurada y regulada de manera integra, sentó bases para mucho de los ordenamientos del mundo antiguo y que posteriormente se proyectaría hasta nuestros días.

Pero no parece existir duda alguna respecto de la profunda evolución que sufrió la patria potestad romana a lo largo de los siglos. Así, a partir de la concepción arcaica y romano-clásica, de carácter unitario y basado en la idea de poder absoluto del *pater familias* sobre los *alieni iuris*, y en el arraigado sentido romano de la autoridad y la disciplina, se desemboca en la *paterna pietas* de influencia cristiana, más acorde con la idea de *officium*, lo que supone una notable suavización del absolutismo del poder paterno. Pero en todo caso, puede afirmarse que la patria potestad de carácter unitario, autoritario y absorbente, es una constante, durante siglos en el derecho romano<sup>45</sup>.

He querido destacar en esta sección, algunos cuerpos normativos que regularon la patria potestad. Así tenemos, a modo de ejemplo:

- **La Ley de las XII Tablas:** Primer cuerpo normativo escrito del que se tiene noticia en occidente, hablamos de siglo V antes de cristo, donde un conjunto de cambios políticos y sociales dieron origen a el proceso de escrituración de este cuerpo normativo.

Destacamos la tabla IV(Tabula IV),que contiene el siguiente precepto "Si el padre vende tres veces al hijo, el hijo sea libre del padre" (*si pater filium ter venum du[iut] filius a patre liber esto*)<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup>.El Patrimonio de los Hijos Sometidos a la Patria Potestad, Eugenio Llamas Pombo, Pág. 20.

<sup>46</sup>.Ley de las XII Tablas, Estudio preliminar, traducción y observaciones, Cesar Rascón y José Maria García, Pág. 8,Tabla IV.

Esto ya lo tratamos en materia de emancipación, así como la formula utiliza para efectuar la adopción.

- El **Digesto o Pandectas**, parte principal del Corpus Iuris Civilis, gran recopilación de jurisprudencia, obra del Emperador Justiniano, contiene en su libro I, Titulo V, una tratativa sobre "**el estado de las personas**", reúne un conjunto de disposiciones que establecen las regulaciones de la patria potestad, así tenemos: *"Pues de los ciudadanos unos son cabeza de familia, otro hijos de familia, unas son madres de familia, otras hijas de familia. Son cabeza de familia los independientes, tanto púberes como impúberes. De modo semejante las madres de familia. Hijos e hijas de familia son los que están sometidos. Ya que el que nace de mi y de mi mujer esta bajo mi potestad. Asimismo, el que nace de mi hijo y de su mujer, es decir, mi nieto y mi nieta, están igualmente bajo mi potestad, y el biznieto y la biznieta y así todos los demás. (Ulp.1 inst.)"*<sup>47</sup>. También encontramos la siguiente disposición: *"Los nietos habidos de un hijo, al morir el abuelo, suelen quedar bajo la potestad del hijo, esto es, de su padre; de modo semejante, los biznietos y los demás descendientes, quedan bajo la potestad del hijo, si vive y permaneció en la familia, o en la del ascendiente anterior que estuviera bajo potestad. Esto vale, no solo para los hijos que son naturales, sino también para los hijos adoptivos. (Ulp.36 Sap.)"*<sup>48</sup>.

Con los cuerpos normativos antes señalados podemos notar claramente lo que mencionábamos anteriormente, es decir que si existió una estructuración de la institución, que realmente se proyecto en el tiempo y a otras civilizaciones, y que sirvió como base( no en cuanto a los términos), en cuanto a la formación de la institución, que seria un principio siempre necesario para llegar a transformar su objetivo, el cual es lograr la protección de los menores.

---

47.El Digesto de Justiniano, Emperador Justiniano, Traducción Alejandro D'Ors, Pág.62.

48.El Digesto de Justiniano, Emperador Justiniano, Traducción Alejandro D'Ors, Pág.62.

### 9.El Derecho Germánico Primitivo.

El derecho germánico surge como una categoría abstracta, construida sobre la base de ciertos caracteres comunes que se descubren de sus tribus más conocidas<sup>49</sup>. Esto es así, ya que el pueblo germano estaba constituido por un gran numero de tribus que se extendían a través de europa central y oriental.

Muchas veces se ha pensado que el derecho germánico fue completamente contrario al derecho romano, y esto no es así. Esto se pensaba basado en los caracteres del derecho germano, tales como la preeminencia de la costumbre, el primitivismo, la índole asociativa o corporativa de sus instituciones y el privilegio tribal; además de la supuesta intención destructiva de la cultura romana por parte del pueblo germano lo cual en la practica no seria tal.

En el primitivo derecho germánico, el hijo estaba bajo el *munt* del padre; esta institución suponía en un principio un poder de vida y muerte, el derecho de vender al hijo y el de obligar a la hija al matrimonio. Sin Embargo, con el tiempo y con la influencia del cristianismo, la ley perdió su severidad y cobró importancia la obligación del padre de proteger a los hijos. Así aunque el padre estaba encargado de la administración de los bienes de si hijo, no podía venderlos sin el consentimiento de éste, que no podía otorgarlo hasta haber alcanzado la mayoría de edad<sup>50</sup>. Es importante destacar que la madre tenia ciertos derechos sobre los hijos.

El *munt* terminaba cuando el hijo alcanzaba la mayoría de edad o contraía matrimonio.

---

49.Historia de Derecho, Italo Merello, Pág. 75.

50.Derechos y Deberes de los Padres Incluida la Guarda de los Hijos, Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Pág. 6.

### 10. Derecho Visigodo y Postvisigodo.

Se admite en general que la legislación visigoda acoge sin modificaciones la tradición romana que señalamos anteriormente, con algunos indicios y trazos procedentes del antiguo derecho germánico. Esto es así por la acentuada convivencia que se mantuvo con el imperio romano, al cual en reiteradas oportunidades auxiliaban militarmente en las contiendas con otros conglomerados bárbaros que irrumpen violentamente en las provincias. Estas prestaciones lo hacían a cambio de otros beneficios.

En el derecho visigodo se distinguen dos etapas, su manifestación consuetudinaria y la legal. Pero de ellas la más destacada fue el ámbito legislativo. Dentro de su regulación escrita una de las obras más importantes y destacadas es la "*Lex Wisigothorum*", más bien conocido como el "*Liber Iudiciorum*", esta se considera la expresión más representativa del derecho visigodo, a pesar de su clara base romana.

La materia del *liber Iudiciorum* está distribuida en doce libros, siendo el libro número cuatro el que establece las tratativas de familia y derecho sucesorio.

No ahondaré en esta materia ya que simplemente constituye una proyección del derecho romano antiguo.

Respecto del derecho Postvisigodo según plantea el profesor Llamas Pombo, existe una presencia de un gran vacío en los estudios históricos sobre la patria potestad, que abarca desde la caída de la monarquía visigoda hasta la época de los primeros fueros extensos, es decir, hasta fines del siglo XIII. Esto se hizo evidente en la investigación realizada.

### 11.Las Siete Partidas.

Su origen se remonta al siglo XIII, aproximadamente al año 1265, se atribuye su creación a Alfonso X, El Sabio, quien la habría creado por mandato de su padre.

Su nombre real es el *Libro de las Leyes*, pero se conoció como Las siete Partidas, debido a que el texto se subdivide en siete partes, por lo que se le habría dado este nombre.

En cuanto a su contenido, el profesor Topasio lo definió como: *"Es fundamentalmente una obra de recepción del Derecho Común(romano, canónico y en parte feudal). Se encuentran en ella algunos elementos del Derecho propio tradicional de Castilla, pero no es este en modo alguno su contenido esencial; el predominio del ius commune se evidencia en todas sus parte. En su redacción es clara la utilización del Hábeas Juris justiniano, pero también de las obras de los juristas de derecho común de la época..."*<sup>51</sup>.

De nuestro interés es la partida cuarta, la cual trata en sus títulos XVII, XVIII y XIX, materias propias de familia, y particularmente referidas a la patria potestad. Así estas son:

- Titulo XVII: Del Poder Que Han Los Padres Sobre Sus Hijos.  
Ley I: Qué cosa es le poder que ha le padre sobre sus hijos, de cual natura quier que sean.
- Titulo XVIII: De Las Razones Porque Se Tuelle El Poderio Que Han Los Padres Sobre Los Hijos.  
Ley I: Cómo se desfaze por muerte natural el poder que ha el padre sobre el hijo.
- Titulo XIX: Cómo Deben Los Padres Criar a Sus Hijos.  
Ley I: Qué cosa es crianza, e qué fuerza ha.

Lo anterior está escrito en Romané, la explicación de el uso de este lenguaje está en que Alfonso X habría aludido a la lengua vulgar, esto es cualquiera que se derive del latín, así lo señala el Profesor Livacic.

Con lo dicho anteriormente quiero señalar que la preocupación por la regulación de la patria potestad se mantuvo en la edad media, formando este texto parte de la evolución de la institución.

## 12. La Edad Media.

Ya he tratado instituciones importantes propias de la Edad Media tales como el Derecho Visigodo y Las Siete Partidas. Pero me gustaría hacer mención del lado menos formal del trato del niño en esta época. Con esto me quiero referir a la realidad que vivió el infante y su entorno familiar.

La familia no tenía una función afectiva al estilo moderno. El sentimiento entre esposos y padre e hijos, no fue indispensable para el equilibrio de la agrupación familiar. Por supuesto en este proceso se asentaba en el hecho de que el hogar estaba demasiado abierto al exterior y, en especial, a la práctica del aprendizaje, que hacía que los hijos quedaran pronto desgajados de su propia familia. El mantenimiento de estas costumbres sin duda neutralizó la posibilidad de la formación de un sentimiento existencial profundo entre padres e hijos<sup>52</sup>.

Así podemos decir que el vínculo afectivo padre/hijo, de llegar a existir se daba pero de manera muy primigenia, siendo tratado casi como un mascota.

La mayoría de las relaciones familiares se daban en torno a una heredad o tierra. Existiendo una especie de comunidad de tipo económica entre todos los integrantes de esta.

Los hijos reciben el nombre de "emparentados", y estaban sometidos bajo la patria potestad del padre hasta que contrajeran matrimonio, cualquiera fuese su edad. Los hijos no podían administrar sus bienes, ni adquirirlos. Situación que se ha mantenido en la mayoría de los periodos históricos que he tratado.

---

<sup>52</sup>. Familia, matrimonio y divorcio, Mauricio Mizrahi, Pág. 111.

### 13. La Modernidad y Postmodernidad.

A partir del siglo XVII, se produce un cambio en cuanto a la relación padre/hijo. El hijo empieza a diferenciarse de la figura del adulto. El Padre empieza a asumir responsabilidades respecto del hijo. El núcleo familiar retoma su importancia.

Los padres se preocupan del cuidado de todos sus hijos y no se proyectan solo en uno basado en el derecho de primogenitura que se dio durante gran parte de la edad media, así dándole atención individual a cada uno de ellos y una formación para su vida, como plantea el profesor Mizrahi.

La familia comienza a girar en torno a los niños, y básicamente conformarán una pieza fundamental a la hora de la formación de la misma.

Comienzan a asumirse por el padre responsabilidades tales como la educación, alimentación, y deber de cuidado. La figura de "la protección" comienza a ser objeto de discusión en variados círculos. Aparece la tan conocida frase "*tout pour l'enfant*" o "*interés superior del niño*", incluso extremándolo a el sacrificio del interés de los propios padres. Aparece también la denominación "*menores*" cuando se habla de niños.

Nace un gran grupo de normativa que gira en torno a los niños. En nuestro país, tanto en el derecho indiano y posteriormente el código civil regulan la materia de la patria potestad siguiendo la tendencia internacional.

A nivel internacional aparecen diversas declaraciones que contiene pronunciamientos relativos a la protección de los niños y la infancia. A modo de ejemplo podemos señalar:

- Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, de 1924.
- Declaración Universal de derechos Humanos, de 1948.
- Declaración de Derechos del Niño, de 1959.
- Convención sobre derechos del niño, 1989.

Y de esta forma se va generando toda una nueva área del derecho, desarrollando diversas instituciones, apareciendo la figura de patria potestad que tendremos

hasta nuestro días, claro está contemplando modificaciones acorde a los tiempos que estamos viviendo.

#### 14. Francia.

En sus inicios, el derecho consuetudinario francés fue de alcances mucho menores en cuanto contenido y autoridad paterna en comparación con el derecho romano.

La potestad pertenecía tanto al padre como a la madre, duraba sola hasta que el hijo alcanzaba la mayoría de edad o contraía matrimonio, y se ejercía sobre la persona y no sobre los bienes del hijo. Dentro e las facultades del padre estaba la de encarcelar a un hijo desobediente, en la prisión del estado o en un convento.

La legislación de la Revolución Francesa, inspirada por la filosofía del siglo XVIII que glorificaba al individuo, limitó más aún la autoridad de los padres sobre sus hijos; por ejemplo, el derecho a hacer encarcelar a éstos como medida de disciplina sólo se podía ejercer con la autorización de un tribunal<sup>53</sup>.

El Código Civil francés de 1804, más conocido como el Código Napoleónico, recogió el autoritarismo de este, respecto de la familia, considerando a esta como "célula indestructible en una sociedad estrictamente disciplinada". El Código de Napoleón vino a reafirmar el carácter estricto de la patria potestad, que se había atenuado en la revolución francesa, volviendo a lo que planteaba el derecho romano.

Las bases de lo planteado en el Código Civil de 1804 se han mantenido en muchas legislaciones tanto europeas como latinoamericanas, pero se ha dirigido sus modificaciones principalmente a velar por el interés superior del niño, protegerlo y cuidarlo, obligaciones que corresponden tanto al padre como a la madre.

---

<sup>53</sup>.Derecho y Deberes de los Padres, Incluida la Guarda de los Hijos, Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Naciones Unidad, 1969, Pág. 7.

### 15. Common Law.

En los países de *Common Law*, el padre del hijo nacido de matrimonio tenía un derecho supremo a su dirección y guarda. Ese derecho, que era absoluto incluso frente a la madre, entrañaba la facultad de determinar el tipo de educación y de religión que había de darse al hijo. Aún más, era derecho establecido que, salvo en circunstancias extraordinarias o excepcionales, el hijo debía ser educado en la religión del padre, incluso después de haber fallecido éste. El *Common Law* no imponía al padre ninguna obligación jurídica real de mantener a los hijos, salvo cuando el no hacerlo resultaba una omisión punible conforme al derecho penal<sup>54</sup>.

Es necesario saber que en los países del *Common Law* no suele haber leyes codificadas que regulen en general los derechos y deberes de los padres. El derecho sobre la patria potestad proviene generalmente del propio derecho común, y de una legislación dispersa en la medida que esta última se refiere a los hijos.

En algunos países que forman parte del *Common Law*, se ha producido una fusión de derechos, tal es el caso de Escocia en que se mezcla el derecho continental europeo con el propio del *Common Law*.

---

<sup>54</sup>.Derecho y Deberes de los Padres, Incluida la Guarda de los Hijos, Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Naciones Unidas, 1969, Pág. 8.

## 16. África.

En el derecho consuetudinario y la práctica africanos, que varían no sólo de un país a otro sino de una tribu a otra, la institución de la autoridad paterna reviste las formas más diversas. En primer lugar, en muchas partes de África, el matrimonio no es sólo la unión de un hombre y una mujer, sino la de la familia de un hombre y la de la familia de una mujer<sup>55</sup>.

La vida individual y familiar en todos sus aspectos, incluso la cuestión de quien debe poseer y ejercer la patria potestad, están regidas por el parentesco.

Así, el ejercicio de la autoridad paterna por un miembro de la familia de la madre o por un miembro de la familia del padre dependerá de que la descendencia se cuente por la línea materna, paterna o ambas.

En la mayoría de los países Africanos, es el padre o un pariente varón de éste el que ejerce la autoridad paterna, a menudo con exclusión completa de la madre o los parientes de ésta; sin embargo la legislación reciente de algunos de esos países tiende a dar a la mujer derechos iguales o comparables a los del hombre por lo que respecta a la educación de los hijos<sup>56</sup>.

---

55. Derecho y Deberes de los Padres, Incluida la Guarda de los Hijos, Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Naciones Unidas, 1969, Pág. 10.

56. Derecho y Deberes de los Padres, Incluida la Guarda de los Hijos, Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Naciones Unidas, 1969, Pág. 11.

Capitulo III:

"La Patria Potestad en el  
Derecho Indiano y en el  
Derecho Civil Chileno  
Actual".

1. La patria Potestad en el  
Derecho Indiano.

**A) Nociones Previas.**

Muchos historiadores americanistas desdeñan el estudio del Derecho Indiano o consideran, sin más averiguaciones, que las Leyes de Indias no se aplicaron nunca o casi nunca, y que en el mejor de los casos contenían solo una cínica deformación de la realidad<sup>57</sup>, entendiéndolas como palabras que nunca se llegarían a utilizar. Sin embargo, esta visión es demasiado extrema, y en la práctica el decir que las leyes no fueron utilizadas, sería ignorar parte de nuestra historia, porque sin conocer el Derecho Indiano es imposible comprender el comienzo y desarrollo de la colonización desde un punto de vista jurídico-histórico, así mismo sería imposible entender la historia actual de nuestro país y las características de nuestro derecho actual. Además de la clara conexión entre el Derecho de Castilla y el Derecho que se aplicó en las colonias, asunto que desarrollare más adelante.

Ante lo expuesto, tratare de sumergirme en el Derecho Indiano, encontrar atisbos de la institución motivo de estudio, y de ir explicando las bases que dieron origen a la proyección de la patria potestad como institución en nuestro derecho.

---

57. Manual de Historia del Derecho Español, Francisco Tomás y Valiente, Pág.326.

**B)Concepto de Derecho Indiano.**

Respecto a este punto, se conciben dos conceptos: uno en sentido amplio y otro en sentido estricto.

En sentido estricto, se entiende por Derecho Indiano el conjunto de leyes y disposiciones de gobierno promulgadas por los reyes (tratándose de los reyes de Castilla en un principio) y por otras autoridades subordinadas a ellos para establecer un régimen jurídico especial en las Indias<sup>58</sup>.

Este concepto haría equivalente al Derecho de Indias con las Leyes de Indias.

En sentido amplio, hay que considerar también como elementos integrantes del Derecho Indiano, tanto al Derecho de Castilla como a las costumbres indígenas. De modo análogo, también hay que incluir en el Derecho Indiano a ciertas bulas Pontificias que actuaron como normas nucleares del mismo, a las Capitulaciones establecidas por la corona con descubridores y colonos, y , ya en épocas de la consolidación de la colonización , a las costumbres desarrolladas entre la población criolla<sup>59</sup>. Podemos observar que se ha considerado un gran número de fuentes en el concepto amplio, esto no implica que todos tengan un valor equivalente, sino que prevalecieron ante todo las Bulas Papales y las Capitulaciones, aplicándose las demás normas cuando las antes señaladas ya no tenían cabida.

En términos generales, es el conjunto de normas jurídicas vigentes en América durante la dominación española<sup>60</sup>.

---

58. Manual de Historia del Derecho Español, Francisco Tomás y Valiente, Pág.327.

59. Idem.

60. Historia del Derecho, Jaime Eyzaguirre, Pág.129.

### C) Contexto Jurídico Histórico.

Se contemplan distintas etapas en el derecho indiano. Como plantea el profesor Tomás y Valiente, en el periodo que va de 1492 a 1511 aproximadamente, los conquistadores no dimensionaron la magnitud de su descubrimiento por lo cual menos tendrían claro la necesidad de crear un derecho especial para las indias, no podían organizar el descubrimiento y no sabían como plantear la colonización. La resolución de los conflictos fue completamente casuístico, cambiando de criterio continuamente y resolviendo en base al derecho castellano. Pasando a una etapa más crítica(1511-1566), en la cual solo se buscaba la explotación de las nuevas colonias, y por lo mismo la necesidad de explotar a sus habitantes, buscando dentro de su propia normativa una justificación para lograr la satisfacción de sus propios intereses.

Llegando así a una tercera etapa, que se puede considerar de consolidación del derecho indiano. Ya que se produce el nacimiento de una importante obra legislativa para el reino de indias , que no se promulgo sino hasta el año 1680 con el nombre de Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias".

Durante los años 1566 y 1680 la legislación creció, la literatura jurídica Indiana tuvo también su mayor esplendor, el derecho Indiano fue distanciándose del Derecho de Castilla, el Derecho Indiano Criollo continuo creciendo y diferenciándose con particularidades propias las distintas y ,muy distantes demarcaciones del mundo americano<sup>61</sup>.

La cuarta etapa comienza con el cambio dinástico(llegada al poder de los Borbones) que desde luego, produjo algunos cambios en la forma de entender el gobierno sobre América. En las colonias crece el derecho Criollo porque aumenta el distanciamiento de la población criolla respecto a la metrópoli y su tendencia hacia el autogobierno, así lentamente dirigiéndose a satisfacer su

---

61. Manual de Historia del Derecho Español, Francisco Tomás y Valiente, Pág.328.

ansia de independencia.

Esta explicación claramente concisa tiene por objeto situarlos en el marco de los sucesos a un nivel macro, para de esta forma entrar de lleno al tema que nos interesa que es la patria potestad.

#### **D) Búsqueda de la Patria Potestad en el Derecho Indiano.**

Ya situados en un contexto histórico, se puede iniciar un estudio particular de la institución durante este periodo.

Desde los comienzos de la colonización existen atisbos de la patria potestad como institución, muchas veces la regulación de esta fue clara y explícita, otras asociadas a regulaciones de carácter más bien económicos, tal es el caso de los peculios.

Esto se debe a que las leyes que se aplicaban e indias en un principio fueron las leyes propias de los colonizadores. Los colonizadores fueron inicialmente castellanos, pues como las Indias se habían incorporado a la Corona de Castilla solo los naturales de este reino lo eran también de ellas. A los demás súbditos peninsulares solo en 1596 les fue reconocida aquella condición<sup>62</sup>.

Debido a lo anterior, las leyes aplicadas en las indias eran las leyes de Castilla, y estas tenían su origen en el Rey. Pero si precisamos más las bases normativas tenían su origen en el derecho romano principalmente, elementos que fueron recogidos en diversos textos y llegaron a formar parte del derecho castellano.

Esto significa que la aparición de la patria potestad como institución o de elementos que son propios de esta, aunque su configuración no sea explícita, refleja claramente las bases sentadas por el derecho romano y las modificaciones que fue sufriendo a través del tiempo, de esta forma pasando a las indias.

Esto sin olvidar la influencia regionalista que sufrieron las leyes que llegaron a las indias, siendo adaptadas para cada zona en la cual rigieran.

---

62. Manual de historia del Derecho, Juan Beneyto Pérez, Pág. 208.

La patria potestad para el derecho indiano era considerada la autoridad que las leyes dan al padre sobre la persona y bienes de sus hijos legítimos, otorgaba a aquel una cantidad de atribuciones, respecto del hijo que le permaneciera sometido. Ello estaba atemperado por los peculios que podían favorecer al hijo. Sin embargo, no deja de llamar la atención el hecho de que se considera al hijo como un objeto que la patria potestad se tiene también sobre la persona. Se considera esta Institución solamente para los hijos legítimos, distinción que se mantuvo hasta el siglo XX <sup>63</sup>.

Dentro de la variada gama de leyes , ordenanzas y textos regulatorios de la vida en las Indias destacaremos los siguientes en los que si se pudo encontrar mención de la patria potestad en aquellos tiempos:

- **Las Siete Partidas:** Texto que explicamos en un capítulo anterior, contiene en su partida cuarta clara referencia a la institución, derecho que mantuvo su vigencia en Castilla al tiempo de la conquista e incluso se aplico en las indias hasta tiempos de la independencia de nuestro país.
- **La Recopilación de Derecho de Indias(1680):** La intención de recopilación de la gran diversidad de leyes tenía más de cien años, lográndose concretar tras varios intentos fallidos en el año 1680, dándole a las indias un grupo algo más compacto y ordenado en relación a la gran diversidad normativa existente hasta ese momento. Sin embargo, es importante hacer presente que el afán recopilador de leyes hizo muchas veces dejar de lado el real sentido de las normas modificándolas a voluntad para así logran una concordancia entre ellas.

---

63.Tratado de la Tuición y Derechos del Niño, Alejandra Cid D., Pág. 63.

Respecto de los nueve capítulos en los que se divide esta recopilación, ninguno de ellos claramente se refiere a la patria potestad, pero se entiende claramente que debido al origen de su contenido esta cargado de elementos regulatorios. No obstante su prioridad era la regulación de la vida entre nativos y españoles en las indias.

- **Ley 47 de Toro:** Aquí ya encontramos claramente menciones de la institución, en ella se considera al hijo casado por emancipado en todas las cosas para siempre<sup>64</sup>.
- **Fuero Juzgo:** Establece el derecho a la obediencia y respeto de los hijos con su correlato, la obligación del hijo de obedecer y respetar a sus padres<sup>65</sup>. Así como también
- **Fuero Real:** Estableció el derecho del padre a pronunciarse respecto de la solicitud de sus hijos para contraer matrimonio y el derecho de los padres a obtener alimentos de sus hijos, al igual que se contuvo en las Siete Partidas.

A pesar de las numerosas leyes existentes al momento de la independencia de nuestro país y que se mantuvieron vigentes en este ámbito hasta la dictación de nuestro Código Civil, y de las sucesivas recopilaciones que se efectuaron después de la de 1680, la evolución del derecho tendió a la mantención de la normativa en el ámbito de la patria potestad con leves modificaciones en cuanto a los derechos, lo destacable está en que al presentar esta visión del derecho indiano se plantea para muchos desconocida que es que sí existió un derecho de familia indiano y que la institución de la patria potestad continuo su camino hasta la actualidad.

---

64. Esquema del Derecho de Familia Indiano, Antonio Dougnac R., Pág. 373.

65. Esquema del Derecho de Familia Indiano, Antonio Dougnac R., Pág. 374.

2. La Patria Potestad en el  
Derecho Civil Chileno Actual.

### **A) Nociones Previas.**

La base de nuestro estudio se centrara en el Código Civil Chileno y algunas leyes complementarias que regulan la patria potestad hoy en día.

El Código Civil entro en vigencia en el año 1857 y desde esa época ha sufrido variadas modificaciones en materia de patria potestad, sin embargo es importante destacar que fue uno de los primeros textos chilenos en establecer una tratativa integra de la institución.

El código distingue lo que es la autoridad paterna, de la patria potestad, a diferencia de lo que pasaba en el proyecto del ejecutivo en que se planteaba un tratamiento conjunto. La primera de estas instituciones jurídicas se refiere a los objetos que deben proveer los padres en la crianza, educación y establecimiento de los hijos, mientras que la patria potestad dice relación con las facultades de administración y usufructo de los bienes del hijo, y de la representación judicial y extrajudicial de éste<sup>66</sup>.

La patria potestad se extiende tanto al hijo matrimonial como al no matrimonial, y comprende no sólo derechos, sino también deberes, como lo es la obligación de los padres, a su termino, de poner en conocimiento de sus hijos de la administración que haya ejercido sobre sus bienes. Por otro lado ya la palabra "potestad" nos da una connotación de cuidado, de protección, que escapa a las reglas generales del Derecho Civil<sup>67</sup>.

Así vamos sentando las primeras bases para sumergirnos ya por entero al tratamiento de la patria potestad en nuestro derecho actual, sin olvidar considerar las innovaciones establecidas por la Ley 19.585 conocida también como Ley de Filiación.

---

66. Tratado de la Tuición y Derechos del Niño, Alejandra Cid D., Pág. 67.

67. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Carlos López D., Pág. 539.

**B) Concepto.**

El **artículo 243 del Código Civil**( en adelante C.C) define la patria potestad como: *"El conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados"*. Haciendo una distinción de que *"La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que esta por nacer"*.

**C) Características.**

La patria potestad presenta las siguientes características:

- Es un conjunto de derechos que les corresponde a los padres.
- Impone ciertos deberes a los padres.
- Sus reglas no obstan al régimen de bienes que pudiese existir en el matrimonio de los padres. **(Artículo 247 C.C)**<sup>68</sup>.
- Se confiere tanto al padre como a la madre, derecho que durante mucho tiempo fue exclusivamente del padre.
- No distingue si la filiación de los hijos es matrimonial o no matrimonial.

---

68. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Carlos López D., Pág.539.

**D) Titulares de la Patria Potestad.**

Podemos realizar la siguiente distinción para un mejor entendimiento:

- Sujetos Activos de la Patria Potestad: los **artículos 245 y 246 del C.C.** los señalan y estos son:
  - a) El padre.
  - b) La madre.
  - c) Ambos conjuntamente.
  - d) Tutor o Curador, de conformidad con los **artículos 203, 248 del C.C.**
  
- Sujetos pasivos de la Patria Potestad: aquí tenemos los siguientes:
  - a) Los hijos no emancipados de filiación matrimonial.
  - b) Los hijos no emancipados de filiación no matrimonial.
  - c) El adoptado, de conformidad con el **artículo 37 de la Ley 19.620.**
  - d) El hijo que esta por nacer, de conformidad al **artículo 485 del C.C.**

**E) Por quién es ejercida la patria Potestad:**

Como vimos anteriormente existen una variedad de sujetos activos los cuales son titulares de la Patria Potestad, pero quién lo hace en que ocasión, es lo que explicare a continuación, según las reglas dadas por los **artículos 244 y 245 del C.C:**

- Si hay acuerdo entre los padres: El acuerdo deberá ser suscrito por escritura publica o acta extendida ante cualquier oficial de Registro Civil, la cual debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.
- Si no hay acuerdo entre los padres: Le corresponderá al padre el ejercicio de la patria potestad.
- En defecto del padre o madre: El inciso cuarto del **artículo 244 del C.C** señala que los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres.

- 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 del C.C.**
- Excepcionalmente: Por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés superior del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad.
- Si la patria potestad no puede ser ejercida por el padre ni por la madre: En este caso se nombrará un tutor o curador al hijo. Esto sucederá en el caso de que la paternidad o maternidad han sido determinadas judicialmente contra la oposición del padre y de la madre; así como también en el caso de que los padres no tengan derecho a ejercer la patria potestad; y finalmente cuando la filiación de los hijos no esté determinada legalmente en relación con ambos padres<sup>69</sup>.

---

69. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Carlos López D., Pág.542.

### **F)Atributos de la Patria Potestad.**

Los atributos, o también llamado contenido de la patria potestad son los siguientes:

- Derecho legal de goce sobre los bienes del hijo (usufructo legal).
- Administración de los bienes del hijo.
- Representación legal de los hijos.

A continuación tratare cada una de ellas en detalle.

#### **F.1)Derecho Legal de Goce Sobre los Bienes del Hijo:**

El **artículo 252 del C.C. en su inciso primero** lo define 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"*.

Este derecho recibe también la denominación de Usufructo Legal del padre o madre sobre los bienes del hijo. Así lo señala el **inciso final del artículo 252 del C.C.** . El mismo inciso lo conecta con el Título IX del Libro IV, esto es, que en el caso de ser insuficientes la normas que regulan el derecho legal de goce se aplicaran las propias del derecho de usufructo.

El profesor López señala las características de este derecho, las cuales son:

- Es un derecho legal de goce, tal como señala el mismo **artículo 252 del C.C.**
- Otorga la Administración de los bienes del hijo. Así el que se encuentre privado del derecho legal de goce se encontrara privado también de la administración de los bienes del hijo(**artículo 253 C.C.**).
- Es personalísimo.
- Es divisible.
- No da derecho de persecución contra terceros.
- Es un derecho temporal. Debido que al producirse la emancipación del menor este derecho cesa.
- Es inembargable.

Ahora según el **artículo 250 del C.C.** La patria potestad se ejerce sobre la totalidad de los bienes del hijo. Sin embargo se consideran excepciones:

- Los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, oficio, profesión o industria (peculio profesional o industrial del hijo).
- 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.
- Las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre que tiene la patria potestad.

En cuanto a quien ejerce el derecho , este se rige por las reglas generales establecidas para la patria potestad.

#### **F.2)Administración de los Bienes del Hijo:**

Según el **artículo 253 en su inciso primero del C.C** señala que *"el que ejerza el derecho legal de goce sobre los bienes del hijo tendrá su **administración** , el que se encuentre privado de ésta quedará privado de aquél"*. Por lo que es un derecho correlativo, es decir o se cuenta con ambos o se carece de ambos. Además de este artículo se subentiende que salvo las excepciones legales, las facultades de administración son amplias.

En cuanto a los bienes comprendidos y excluidos de la administración son los mismos señalados a propósito del

derecho real de goce<sup>70</sup>. Así también en cuanto a las facultades de administración se sigue la misma regla que en el caso del derecho legal de goce.

Ahora en cuanto a la administración de los bienes del hijo existen algunos puntos de interés , como señala el profesor López, o excepciones, como indica el profesor Ramos, que a continuación me referiré.

- En cuanto a la enajenación y gravámenes de bienes: Como señala el **artículo 254 del C.C** "*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*". Respecto a los bienes muebles no se indica ninguna limitación referente a este tema.
- En cuanto a donaciones y arrendamiento de bienes: El **artículo 255 del C.C**, primera parte, indica "No se podrá hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arrendamiento por largo tiempo", sino en cuanto se rijan por las reglas establecidas para los tutores y curadores.
- En Lo relativo a las herencias: El mismo **artículo 255 del C.C.** indica que no se podrá ni aceptar ni repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores.

---

<sup>70</sup> manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Carlos López, Pág.547.

- Respecto de la partición de bienes en que tenga interés el menor: Requiere de autorización judicial para provocar la partición de las herencias en que tenga interés el menor( **artículo 1322 del C.C.**).La autorización se requiere sólo para provocar la partición, no para intervenir en una partición que se haga de común acuerdo, en conformidad al **artículo 1325 del C.C.**<sup>71</sup>. La designación del partidador debe ser aprobada por la justicia, a menos que haya sido hecha por el juez. De con cumplirse estos requisitos, trae aparejada la sanción de nulidad relativa de la partición.

### **F.3.)Representación del Hijo:**

El tercer atributo de la patria potestad es la representación del hijo. Sabido es que el hijo menor es absolutamente incapaz, en el caso que sea impúber, o relativamente incapaz, si es menor adulto(**artículo 1447 del C.C**). En el primer caso sólo puede actuar a través de su representante legal; en el segundo, representado o autorizado por dicho representante<sup>72</sup>.

Ahora si el hijo realiza actos sin autorización y este es absolutamente incapaz, el acto adolecerá de nulidad absoluta , de conformidad a los **artículos 1681 y 1682 inciso segundo del C.C**. Si es relativamente incapaz y tiene peculio profesional, los actos o contratos del hijo no autorizados por quien detenta la patria potestad, le obligarán exclusivamente en el peculio profesional o industrial del hijo, tal como lo señala el artículo 260 en su inciso primero. El mismo artículo señala que quien esté sometido bajo patria potestad no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) sin autorización de las personas que corresponda(padre, madre o curador adjunto).

---

71.Derecho de Familia, Rene Ramos, Pág. 446.

72.Derecho de Familia, Rene Ramos, Pág. 448.

Y si lo hiciere no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos. Si es relativamente incapaz y no tiene peculio profesional, este acto adolecerá de nulidad relativo, ya que lo mencionado anteriormente no se puede aplicar debido a que no existe patrimonio.

En el caso de los actos o 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 los que estos efectúen en representación del hijo, y si entre estos padres hubiere sociedad conyugal, obligaran al padre o madre en conformidad a las disposiciones de este régimen de bienes y, subsidiariamente, al hijo, hasta concurrencia del beneficio que este hubiere reportado de dichos actos o contratos. Si no hubiere sociedad conyugal entre los padres, esos actos y contratos sólo obligan, en la forma señalada, al padre o madre que hayan intervenido. Lo anterior 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. Todo esto de conformidad a las reglas establecidas en el **artículo 261 del C.C.**

Así también existen actos en los que el hijo puede actuar validamente por sí solo, dentro de estos encontramos:

Actos judiciales o extrajudiciales relacionados con su peculio profesional o industrial. (Esto con las limitaciones antes señaladas respecto de los bienes raíces).

- Actos de disposición de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte (así lo indica el **artículo 262 del C.C.**).
- Reconocer hijos (**artículo 262 C.C.**).
- Contraer matrimonio.

Ahora en cuanto a la representación judicial seguiremos la clasificación que realizó el profesor López realiza respecto del tema.

Respecto de las acciones civiles:

- Litigios del hijo contra el padre: Le será necesario obtener al hijo la venia del juez, y al otorgársele, se le dará un curador ad litem. El

padre o madre demandados 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. Así lo señala el **artículo 263 C.C.**

- Litigios del padre contra el hijo: Si es el padre o la madre quien litiga contra el hijo, debe proveerle de expensas para la litis.
- Litigios del hijo en contra de un tercero: El hijo debe ser autorizado o representado por el padre o la madre que ejerza la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta. Si hay negativa o inhabilidad del padre o madre para la acción civil que quiera intentar el hijo, podrá el juez suplir la autorización, en cuyo caso dará al hijo un curados ad litem. Esto según lo establecido en el **artículo 264 del C.C.**
- Litigios de un tercero contra el hijo: El actor deberá dirigir sus acciones en contra del padre o madre que tenga la patria potestad, para que autorice o represente al hijo en la litis. Si la patria potestad es ejercida en conjunto por los padres, bastara que se dirija en contra de uno de ellos. Si el padre o la madre no pudieren o no quisieren prestar autorización o representación, podrá el juez suplirla, dando al hijo un curador para la litis(**Artículo 265 del C.C.**).

Respecto de las acciones penales tenemos que distinguir entre:

- Acciones penales del hijo en contra de un tercero: Se aplica la misma hipótesis señalada para el caso que sean acciones civiles entabladas contra un tercero.
- Acciones penales de un tercero contra el hijo: No se requiere de autorización paterna para proceder criminalmente en contra de un hijo. Sin embargo, el padre o madre que ejerza la patria potestad estará obligado a suministrarle los auxilios necesarios que necesite para su defensa(**artículo 266 del C.C.**).

Respecto de la representación extrajudicial: Se aplican todas las reglas señaladas anteriormente, en cuanto a que el padre y la madre que ejerzan la patria potestad deben representar al hijo para ejecutar toda clase de actos extrajudiciales, con las correlativas sanciones, responsabilidades etc.

#### **G) Suspensión de la Patria Potestad.**

Los **artículos 267 y 268 del C.C.** señala las causales de suspensión de la patria potestad. Estas causales como su nombre lo indica son sólo de suspensión, no traen aparejada como consecuencia la extinción de la patria potestad.

Dentro de las causales tenemos:

- Demencia del padre o madre que la ejerce.
- Minoría de edad del padre o madre.
- Por estar el padre o madre bajo interdicción de administrar sus propios bienes.
- Larga ausencia del padre o madre.
- Otro impedimento físico de los padres.

De estos impedimentos se debe seguir perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente o impedido no provee<sup>73</sup>.

La suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el juez con conocimiento de causa, a excepción de la causal de minoría de edad de los padres, donde la suspensión operará de pleno derecho, tal como lo indica el **artículo 268 del C.C.**

En el caso de que haya operado la suspensión respecto de uno de los padres, la patria potestad la ejercerá el otro padre. Si se suspende respecto de ambos padres, el hijo quedará sujeto a guarda.

Una vez cesado el impedimento que dio lugar a la suspensión de la patria potestad, el juez en interés del hijo podrá decretar que el padre, la madre o ambos, recuperen la patria potestad.

La resolución que decreta o deje sin efecto la suspensión deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

#### **H) La Emancipación.**

El **artículo 269 del C.C** define la emancipación como: *"un hecho que pone fin a la patria potestad del padre, de la madre, o de ambos, según sea el caso"*.

Existen dos clases de emancipación, estas son: legal o judicial.

El **artículo 270 del C.C.** señala que la emancipación legal se efectúa:

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

Así mismo, el **artículo 271 C.C.** indica que la emancipación judicial se efectúa por decreto del juez en los siguientes casos:

- Cuando el padre o la madre maltrata habitualmente al hijo, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro.
- Cuando el padre o la madre ha abandonado al hijo, salvo que corresponda al otro padre.
- 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.

- 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.

Es importante saber que una vez efectuada la emancipación esta es irrevocable. Esta regla tiene excepciones:

- En caso de muerte presunta del padre o madre, cuando se acredite fehacientemente la existencia del padre o madre que ejercía la patria potestad.
- En el caso de sentencia judicial fundada en la inhabilidad moral del padre o madre, cuando se acredite que ha cesado dicha inhabilidad.

En ambos casos se debe acreditar que la recuperación de la patria potestad conviene a los intereses del hijo.

La resolución judicial que de lugar a la revocación sólo producirá efectos desde que se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y esta revocación solo procederá una vez.

Capitulo IV:  
"La Patria Potestad:  
Visión Global de la  
Institución en Nuestros  
Días".

### **1.Nociones Previas.**

Durante muchos años, el derecho en materia de Patria Potestad no presentó grandes variaciones. Solo con la llegada del siglo XX y el reconocimiento de los derechos fundamentales la visión dio un giro a la protección de la infancia, dejando de lado las estructuras de poder en las que se basó la institución durante tanto tiempo, para dar paso a la primacía de los intereses de los niños.

De esta forma no solo la Patria Potestad sufre cambios, sino que también toda la normativa que gira en torno a la familia , mujer y los niños va evolucionando a gran velocidad, las políticas sociales de los estados se preocupan de proteger y dar los instrumentos legales para lograr un desarrollo sustentable en el tiempo en materias de familia, nacen modelos de protección globales tal es el caso de la Convención Internacional de Derechos del Niño, y los países los reconocen como validos y los hacen parte de sus propias legislaciones.

Con lo expuesto anteriormente quiero señalar que los cambios en materia de Derecho de Familia y en el campo de la Patria Potestad que es el tema objeto de estudio, no han quedado al margen de los acontecimientos políticos, sociales, económicos del siglo XX, y que fueron fundamentales en crear una conciencia dirigida a la protección de la familia.

## **2. El Concepto de Patria Potestad en el Mundo.**

El termino patria potestad sufre diversos cambios respecto a su conceptualización en los distintos países en los cuales existe la institución hoy en día. Estos cambios van de la mano con las nuevas tendencias en esta materia, ya que se dice que dimensionan más apropiadamente el contenido y significación de la institución.

En esta materia seguiremos los estudios de Fabiola Lathrop en los cuales hace referencia a el concepto de la institución en diversas naciones.

Ella plantea que en Francia, donde mediante la ley de 04 de junio de 1970, la patria potestad pasó a llamarse "*autorité parentale*", término que ha sido adoptado por cierta Doctrina española y chilena, traduciéndola a *autoridad parental*.

En Italia, la ley de 19 de mayo de 1975, se refiere a la "*potestà dei genitori*", es decir, la potestad de los padres.

En Alemania, la ley de 18 de julio de 1979, habla de "*elterliche sorge*", esto es, cuidado o responsabilidad de los padres.

En Inglaterra, Luxemburgo, Portugal y Suecia, utilizan expresiones similares a *autoridad parental* o *responsabilidad parental*.

En Latinoamérica, y especialmente en nuestro país, se ha hecho la distinción entre la patria potestad y la autoridad paterna. En muchas naciones se entienden como sinónimas pero en Chile la primera dice relación con los deberes de representación del menor , de administración de los bienes del menor y ese derecho legal de goce que explicamos en el capitulo anterior. En cambio la autoridad paterna dice relación con los deberes de crianza , educación y cuidado de los hijos dándosele inclusive una tratativa distinta en nuestro Código Civil.

La Doctrina extranjera critica la denominación de patria potestad. Ya en 1977 Franco Granado señalaba que se trataba de una denominación impropia del Derecho moderno<sup>74</sup>. Esta crítica se relaciona directamente con la crítica que ya hemos formulado anteriormente en cuanto a la estructura romana de patria potestad que se tenía, que daba una especie de poderío de el padre sobre los hijos. Teniendo en consideración lo anterior, debemos tener cuidado al trabajar con doctrina extranjera, ya que debido a esta especie de dualidad de la institución habrá que considerar se considera exclusivamente la patria potestad o bien también la autoridad parental, esto mirado desde la óptica nacional, para no perder la posibilidad de mantenerse relacionado directamente con la evolución de la institución a nivel internacional.

---

74. Cuidado Personal de los Hijos, Fabiola Lathrop, Pág.3.

### 3. Análisis de Algunas de las Estructuras de la Patria Potestad en el mundo.

Esta claro que la patria potestad es una institución compleja en los tiempos actuales, se ha entendido de distintas formas, su contenido difiere en cada país, incluso respecto a su concepto no hay uniformidad, por lo que tratar cada una de las características propias de la institución a nivel mundial seria una tarea extremadamente tediosa y de nunca acabar. Por lo que he elegido algunos puntos de interés, para señalar de esta forma que sí existe la patria potestad actualmente en el mundo y tratar de visualizar algunas de las posturas a seguir en esta materia a nivel global.

Aquí seguiremos como base de la exposición un informe practicado por el Secretario General de las Naciones Unidas, sobre los derechos y deberes de los padres, estudio global de gran importancia sobre la materia.

Uno de los puntos a analizar es por quién se ejerce la patria potestad.

La tendencia en nuestros tiempo a diferencia de lo visto en el mundo antiguo es que ambos padres compartan la patria potestad, ya sea de manera equivalente o de alguna otra forma.

En países como Austria, Bélgica, Bolivia, Chile, España, Grecia, Haití, Luxemburgo, Republica Dominicana y Panamá, entre otros, influenciados por el derecho romano y el Código Civil Francés, la patria potestad sigue siendo ejercida por el padre, dejando en la mayoría de los casos como una opción subsidiaria el derecho de la madre de llegar a ejercerla.

En otros países también con influencia romana, tales como Argentina, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras y Nicaragua, la legislación establece que los hijos quedan sometidos bajo la autoridad de ambos progenitores, pero especialmente del padre.

Otra de las posturas contemporánea también con influencia del derecho romano, seguida en Brasil, Costa Rica, Filipinas, Países Bajos, Perú, Suiza Y Turquía, establece que el padre y la madre ejerce la patria potestad por

igual o solidariamente, pero en caso de desacuerdo entre los progenitores en cuanto al ejercicio de la patria potestad, prevalecerá la opinión del padre.

En países como Cuba, Alemania, Guatemala, México y Uruguay, se conceden de un modo expreso igualdad de derechos entre padre y madre respecto del ejercicio de la patria potestad.

En la legislación de Albania, Bulgaria, Republica Checa, Eslovaquia, Hungría, Polonia, Rusia entre otros establecen que los derechos y deberes de los padres han de ser ejercidos conjuntamente por éstos de mutuo acuerdo.

En cuanto a los países cuyos ordenamientos se basan en el Common Law varia, sin existir una regla vigente en todos ellos. Así en Algunas provincias de Chanada se rigen por el principio de que le padre es el único autorizado para ejercer la patria potestad. En la Mayorga de los Estados Unidos se tienen de a la figura de ejercer conjuntamente la patria potestad. En Inglaterra se continua con el principio de que es el padre el único facultado para detentar la patria potestad. Es importante destacar que la figura propia de la patria potestad en estos países va unida con la figura del cuidado de los hijos, más conocida como la autoridad paterna, que es el caso que se da en nuestro país, ya que al detentar esta obligación de ejercicio de la patria potestad se adquiere conjuntamente las obligaciones de protección y cuidado de los hijos.

En casi todos los países escandinavos, la legislación contemporánea prevé que los padres han de ejercer conjuntamente la patria potestad sobre los hijos menores de edad.

Sin embargo, en Finlandia es el padre quien representa a los hijos ante los tribunales u otros organismos y sólo en circunstancia particulares se da preferencia a la

opinión de la madre<sup>75</sup>.

En Israel prima la igualdad entre padres, debiendo actuar de común acuerdo en materia de patria potestad, el consentimiento para cualquiera decisión que se deba tomar respecto de los hijos se puede prestar de cualquiera de las formas conocidas, ya sea expresa o tácitamente, anticipada o posteriormente, respecto de un asunto en particular o de forma general.

Ahora, en Japón, se garantiza el derecho de los padres de ejercer conjuntamente y por igual la patria potestad. Igual es el caso de China, el ejercicio es conjunto, la diferencia esta que en caso de discrepancia prima el criterio el padre.

Caso distinto sucede en el derecho Musulmán en que la autoridad sobre la persona y los bienes del hijo corresponden al padre.

La ley Hindú mantiene una posición similar , ya que es el padre el que detenta la patria potestad.

Por ultimo, en la mayoría de los países de África en los que el derecho consuetudinario y la tradición regulan las relaciones familiares, es el padre quien tiene la autoridad sobre los hijos<sup>76</sup>.

En la mayoría de los sistemas jurídicos, la persona que ejerce la patria potestad tiene el derecho y el deber de representar al menor en materias jurídicas<sup>77</sup>.

Igualmente existen distintas tendencias vigentes en nuestro derecho actual.

En Argentina, Cuba, Guatemala, México, Alemania y Uruguay, ambos padre pueden ejercer este derecho ante los tribunales y en otras circunstancias.

---

75.Derechos y Deberes de los Padres. Incluida la Guarda de los Hijos. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Año 1969, Pág. 16.

76.Derechos y Deberes de los Padres. Incluida la Guarda de los Hijos. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Año 1969, Pág. 18.

77.Derechos y Deberes de los Padres. Incluida la Guarda de los Hijos. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Año 1969, Pág. 36.

En países como Austria, El Salvador, Francia; Grecia, Honduras, Italia, Nicaragua, Perú y Portugal, es el padre quien representa a los hijos menores de edad, en materia jurídica, la madre solo podrá hacerlo en ausencia del padre o cuando este se halle imposibilitado de hacerlo. En Grecia se provoca una situación especial, esta es que en caso de conflicto entre el padre y el hijo( conflicto de intereses), su mujer, parientes consanguíneos o políticos, pueden intervenir solicitando la intervención de un curador especial para el menor. En Francia también se le designa al menor una persona, en este caso un administrador especial, pero la designación la va a realizar un juez. En Nicaragua igualmente en caso de conflicto padre/hijo, se le nombrara a este ultimo un curador especial.

En Uruguay , los hijos de familia no pueden demandar a sus padres sino por sus intereses propios y previa licencia del juez, quien al otorgarla proveerá al hijo de un curador *ad litem*<sup>78</sup>.

En gran parte de los Estados Unidos, Canadá, Inglaterra entre otros, el hijo demanda por medio de su representante legitimo, que será generalmente algún pariente directo del menor, pero decimos generalmente por que podría serlo una persona que no tuviera este vinculo con el menor.

En Dinamarca, Noruega y Suecia, ambos padres pueden representar a los hijos en materia jurídicas que digan relación con su persona o los bienes.

---

78. Derechos y Deberes de los Padres. Incluida la Guarda de los Hijos. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Año 1969, Pág. 37.

En Europa del Este se sigue la regla anterior, en cuanto a que los padres deben representar a los hijos menores. La mayoría de las excepciones dicen relación con la prohibición del padre de representar a los hijos en todas aquellas cuestiones en que el padre no llegare a actuar exclusivamente en defensa de los intereses de los hijos, pero lo cual se presentaría como una protección natural del más débil muchas veces en esta relación.

Para cerrar el tema de la representación diremos que la tendencia en Asia se mantiene en la facultad de ambos padres de representar a sus hijos.

Otro de los puntos importantes a tratar en materia de patria potestad es: la terminación de la institución sobre la persona de los hijos.

En general, la tendencia a nivel internacional es que la patria potestad termina cuando los hijos llegan a la mayoría de edad, o bien, cuando se emancipan antes de esa edad, de las cuales la forma más común es al contraer matrimonio el hijo. Este es el caso de la mayoría de los países poseedores de la herencia del derecho romano como España, Portugal, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Alemania, Grecia, Argentina, Perú, Brasil, Ecuador, entre otros.

En Francia, los hijos que han cumplido 18 años pueden ser emancipados además si sus padres hacen una declaración conjunta ante el juez titular. Si uno de los padres ha muerto o no puede manifestar su voluntad, bastara con la declaración del otro padre. Si no hay acuerdo entre los padres, el que tenga la custodia sobre el menor podrá solicitar al juez que declare al menor emancipado.

La mayoría de los países de tradición anglosajona se rigen por la regla general, es decir, que la patria potestad termina por la mayoría de edad de los hijos o por haber contraído matrimonio estos. Existen leves modificaciones en algunos, tales como la atenuación del carácter estricto de la institución, que es el caso Escocés, o la prolongación de las obligaciones de los padres aun cumpliendo la mayoría de edad, esto es cuando los hijos son mental o físicamente incapaces, lo que se da en algunas partes de los Estados Unidos.

En Finlandia, Islandia, Suecia, Dinamarca, el factor principal a considerar para poner termino a la patria potestad es la edad, siendo los rangos principales los veintiún o dieciocho años, como edades de emancipación. Caso especial es noruega que no señala claramente en la ley a que edad debe terminar la patria potestad sobre los hijos, creyéndose que la institución debería seguir la regla de la mayoría de edad, pero sin implantarlo claramente.

Finalmente, en Israel la única causal de termino de la patria potestad es la mayoría de edad, que se alcanza a los dieciocho años, no existe ninguna otra causal que ponga fin a dicha institución.

Tras todo lo expuesto, podemos vislumbrar algunas de las tendencias en materia internacional respecto de las tratativas de distintos tópicos de la patria potestad , como afecta la independencia en nuestros tiempos de los niños, así como también la modificación de la institución formando un halo protector sobre estos. Tendiente a un creciente cuidado de un desarrollo integro de cada uno de ellos en equivalencia en cada lugar del mundo por muy remoto que sea.

#### **4. La Modernidad y La Protección de los Niños.**

He querido alejarme de el estructurado desarrollo que he practicado sobre la institución para hacer presente un tema directamente relacionado con el, que es la protección de los niños, tanto en el área jurídica, psicológica y social en nuestros días.

Como hemos podido apreciar durante el desarrollo de todo este análisis, los factores histórico-sociales están directamente relacionados con la formación de las leyes, con la regulación de las conductas y en nuestro caso con la protección de la infancia, esto necesariamente relacionado con la familia que sufre una evolución que afecta directamente a el menor, unido a el desarrollo industrial de las ciudades, migraciones, influenciados por el individualismo y el racionalismo, nociones provenientes ya desde la revolución francesa y que se proyectan en los cambios fundamentales del siglo veinte.

Parece más que nada un cúmulo de ideas, pero como podría afectar esto a la protección de la infancia?, claramente lo afecta. Ya a comienzos del siglo veinte y como consecuencia de la industrialización, y de la explotación de los menores como mano de obra barata, se busco regular estas materias, y no dejar a los niños enfrentar una suerte cruel. Empiezan a aparecer documentos a nivel internacional como la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, del año 1924, comenzando todo un desarrollo de la normativa dirigida a no dejar los niños a la suerte de una sociedad que evolucionaba más rápido de lo esperado. La declaración Universal de Derechos humanos, del año 1948, que proclama que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales( tal como plantea Mauricio Mizrahi), pasando por la Declaración de los Derechos del Niño, del año 1959, hasta la Convención sobre los Derechos del Niño, del año 1989. Esta ultima contiene una serie de menciones dirigida a la protección del menor y a velar por el interés superior del niño, entregando la obligación al núcleo familia, al estado no solo el reconocimientos de ciertos derechos pertenecientes a los niños, sino también reconociendo

obligaciones, el deber de proteger al menor y de adoptar medidas necesarias para su integro desarrollo.

El derecho a la no discriminación, a preservar la identidad del niño, de expresar su opinión, derecho de reunirse libremente, de desarrollar actividades culturales, a no ser explotados económicamente, libertad de religión, derecho a una vida digna, a un trato justo e igualitario, derecho a la educación, derecho al descanso y al juego, y cuantos otros más, suenan incluso a muchos innecesarios de señalar, por que obviamente le pertenecerían naturalmente a un niño, igualmente que el decir que los padres tiene la responsabilidad primordial de ser los representantes del hijo y de la crianza de este , tal como de proporcionar las condiciones necesarias para el desarrollo del niño, también suena naturalmente ser obligaciones de los padres. Pero muchas veces eso no es recordado. Aun pensando que en nuestra sociedad actual existe una sobreprotección de los niños, una tendencia a la conducción de sus vida desde un punto de vista positivo, esto no es tan así. Efectivamente es muy difícil controlar y exigir la protección de los menores en todo campo de la vida, un castigo puede transformarse en abuso, la familias modernas muchas veces sacrifica el interés de los hijos por el de los padres, dejando el interés superior del niño a un lado, protecciones legales ambiguas, incumplimientos de las normativas, falta de recursos de las instituciones protectoras de la infancia, hogares de acogida, y de actividades de reinserción social, niños victimas de delitos sin tratamiento, a llevado que la imagen de protección de la infancia, no se pueda hacer efectiva en la realidad.

El camino es largo, se puede lograr muchísimo si no olvidamos que muchos de estos deberes están en nuestras manos, y ayudar a los demás a recordar también que es deber de todos proteger a los más débiles, a quienes no lo pueden hacer por si mismos, y quienes seguirán el camino que nosotros hemos ido creando.

### Conclusión.

Se a recorrido un extenso camino buscando los orígenes de la patria potestad, camino lleno de influencias y tendencias. Hemos conocido la visión de culturas antiguas, muchas veces tan distantes y diversas que jamás imaginamos que estas podían tener algo en común con la nuestra.

Así también llama la atención que una institución al parecer fruto de tiempos modernos, se remonte a orígenes tan antiguos, otorgando poderes prácticamente de dominio respecto de los niños que espero no se repitan jamás en nuestra historia.

Pero como toda institución, evoluciono, pasando del derecho romano a diversas culturas, incluso encontrando a la patria potestad en culturas que no tendrían contacto con el imperio romano, pero si fuertes estructuras familiares que configuraban el derecho de los padres sobre la persona de los hijos.

El reconocimiento de los derechos de los individuos, ya prácticamente en la modernidad, da paso a reconocer derechos a los niños, y más que nada reconocerlos como niños, esto ya que a través de la historia se pudo vislumbrar que no recibían un trato diferencial, sino que igual que adultos, incluso menoscabados ya que se trataban como mano de obra barata y su muerte era de casi nula importancia, siendo fácilmente remplazados. Y esto se relacionó directamente con la evolución de la patria potestad ya que nos llevo del cambio de poder sobre los hijos a entregárseles obligaciones a los padres respecto de estos.

Sin poder quedar al margen de todos estos cambios, llega a nuestro país esta institución, como consecuencia del desarrollo de años del derecho indiano, formándose un derecho propiamente local y acorde a nuestra realidad.

De esta forma, la evolución de nuestro propio derecho nacional lleva a la institución a formar parte del primer Código Civil, lugar por esencia natural al cual debía pertenecer la tratativa de la institución, llegando así a sobrevivir hasta nuestros días variando en cuanto su contenido y fuerza, pero manteniendo su existencia, ya

que no es una institución de poco peso, nada que diga relación con los derechos de los niños debería serlo.

Creo que nuestra normativa a dejado de lado el elemento emocional tan necesario en estas materias. Cuando he realizado el estudio y análisis en otros países de la patria potestad en la actualidad, he podido observar que naciones con apariencias más estructuradas y altamente reglados dan cabida a elementos psicológicos y emocionales para la determinación de la tratativa de determinadas facultades que otorga la patria potestad, por ejemplo en los casos de diferencias entre padre e hijo, en materias de representación.

Hablamos de orígenes, de evolución y de actualidad, prácticamente un viaje a través del tiempo y la historia, tratando de incluir visiones no tradicionales del derecho, de provocar el interés en cambios de perspectiva, mirar la institución desde una óptica distinta.

Solo espero haber despertado la curiosidad en ustedes, el interés por mirar las instituciones más allá de las normas que contienen, sino también la historia que guardan detrás de ellas, y como estas normas tiene un fin tan elevado como es la protección de la infancia y velar por los intereses de los niños .

### Bibliografía Fundamental

1. Derecho Romano, Francisco Samper, Edición Universitaria de Valparaíso, 1982.
2. Derecho Romano, Francisco Jorquera, Editorial Jurídica de Chile, 1953.
3. Derecho Romano: Fundamentos para la Docencia, Aldo Topasio, Editorial Latinoamericana, 1992.
4. Derecho Privado Romano, Alejandro Guzmán Brito, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
5. Derecho Romano, Juan Iglesias, Ediciones Ariel, 1972.
6. Manual de Derecho Romano, Maximiliano Errazuriz E., Editorial Jurídica de Chile, 1991.
7. Manual de Derecho Romano, Carlos Sánchez Peguero, Editorial Librería General, 1940.
8. Manual de Derecho Romano, Luis Rodolfo Argüello, Editorial Astrea, 1976.
9. Manual de Derecho Romano, Alfredo Di Pietro y Ángel LaPieza E., Ediciones Desalma, 1992.
10. Curso de Derecho Romano, Carlos Maynz, Editorial Marcelino Godoy, 1913.
11. Instituciones del Derecho Romano, Vincenzo Arangio-Ruiz, Ediciones Desalma, 1986.
12. Ley de las XII Tablas, Cesar Rascón y José García González, Editorial Tecnos, 1993.
13. El Digesto de Justiniano, Tomo I, Justinianus I, Emperador, Traducción Alvaro D'ors, Editorial Aranzandi, 1968.
14. Las Siete Partidas, Alfonso X, Traducción Ernesto Livocic Gazzano, Editorial Andrés Bello, 1982.
15. Manual de Historia del Derecho, Juan Beneyto Pérez, Editorial Librería General, 1940.
16. Manual de Historia del Derecho, Carlos Hamilton D., editorial Jurídica de Chile, 1948.
17. Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho Propiamente Indiano, José María Ots, editorial Losada, 1945.
18. Manual de Historia del Derecho Español, Francisco Tomás y Valiente, editorial Tecnos, 1981.

19. Esquema del Derecho de Familia Indiano, Antonio Dougnac Rodríguez, Edición del Instituto de Historia del derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2003.
20. Historia del Derecho, Jaime Eyzaguirre, Editorial Universitaria, 1995.
21. Historia del Derecho, Italo Merello, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1996.
22. Historia del Derecho, Aldo Topasio F., EDEVAL, 1996.
23. Fuentes del Derecho Chileno en la Codificación, Aldo Topasio F., Colección de estudios y Monografías, Universidad de Valparaíso, 1990.
24. Fuentes del Derecho Chileno en la Precodificación, Aldo Topasio F., Colección de estudios y Monografías, Universidad de Valparaíso, 1986.
25. Familia, Matrimonio y Divorcio, Mauricio Luis Mizrahi, Editorial Astrea, 1998.
26. Derecho de Familia, Antonio de Ibarrola, editorial Porrúa, 1978.
27. Derecho de Familia, Tomo II, Rene Ramos P., Editorial Jurídica de Chile, 2003.
28. Manual de derecho de Familia y Tribunales de Familia, Carlos López Díaz, Editorial Librotecnia, 2005.
29. El Patrimonio de los hijos Sujetos a Patria Potestad, Eugenio Llamas Pombo, Editorial Trivium, 1993.
30. Tratado de la Tuición y Derechos del Niño, Alejandro Cid Droppelmann, Editorial Parlamento, 2005.
31. Derechos y Deberes de los padres, Incluido la Guarda de los hijos, Informe del Secretario general de las Naciones Unidas, 1969.
32. Código Civil Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Edición 2000, Apéndice actualizado 2003.
33. Cuidado Personal de los Hijos, Fabiola Lathrop, Editorial Punto Lex S.A., 2005.