

**COMENTARIO ACERCA DE LA LEY 18.802 DE 1989 QUE
MODIFICÓ EL CÓDIGO CIVIL, EL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA
LEY 16. 618, Y QUE REFORMA EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA
MUJER CASADA, SEPARACIÓN DE BIENES - AUTORIDAD
PATERNA - PATRIA POTESTAD - RÉGIMEN SUCESORIO.**

PROF.: CLAUDIA SCHMIDT H.

— EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Para estudiar las modificaciones que introduce la ley 18.802 al sistema de separación de Bienes distinguiremos entre la separación Convencional, legal y judicial y en cada caso entre la separación total y la parcial.

- I. Separación convencional total: En esta materia, los arts. 1.715 al 1.723 inclusive, no han sido modificados. Lo único que cambia, son los efectos que produce la separación de bienes, pues el art. 1.720 se remite a los arts. 158 y sgtes., que sí sufren modificaciones.

Los efectos de la separación total de bienes regulados en los arts. 158 y sgtes., son los mismos que se producen frente a cualquier sistema de separación de bienes, salvo algunas excepciones como son los casos del divorcio perpetuo, del patrimonio reservado etc. Por este motivo, se abordarán al final.

- II. Separación convencional parcial: Como es sabido, ésta tiene su origen en el art. 1.720 inc. 2° en relación al art. 167. Ambos artículos no han sido modificados, pero el art. 167 se remite al art. 166, el cual a su turno se remite a los arts. 158 y sgtes., que regulan los efectos de la separación de bienes, efectos que sí son modificados según veremos.

Cabe agregar respecto de este punto, que esta clase de bienes pasa a responder de las deudas que contraiga la mujer, junto con los bienes de los arts. 150 y 166, en los actos que celebre, para los cuales la ley la considera plenamente capaz.

III. Separación legal total: como es sabido ella se produce en los casos del art. 135 inc. 2° y del art. 170 y sgtes.

A. Análisis del Art. 135 Inc. 2° modificado: El Código Civil disponía, con bastantes problemas de interpretación, que los que se han casado en país extranjero y pasaren a domiciliarse en Chile, se mirarán como separados de bienes, a menos que en conformidad a la ley del país en que se casaron, haya habido entre ellos sociedad de bienes.

El nuevo art. 135 inc. 2°, dispone que: "Los que se han casado en país extranjero, se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago y pacten en ese acto sociedad conyugal, dejándose constancia de ello en dicha inscripción.

Sobre esta modificación podemos señalar importantísimas diferencias:

1° Rige la separación legal total, sin necesidad que los que se hayan casado en país extranjero, constituyan domicilio en Chile lo que, en relación al artículo 14 CC. hace concluir que estas personas, aunque estén de paso transitorio en nuestro país, se entienden separadas de bienes, lo que puede producir conflictos desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado. Nos parece que, al parecer, ello fue un olvido del legislador.

2° Es injusto que se imponga la separación de bienes, idea que fué recogida por este proyecto, en el sentido que dá la posibilidad que estas personas que se han casado en país extranjero, inscribiendo su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, puedan pactar en este acto sociedad conyugal.

3° También cabe señalar que por primera vez en Chile, la sociedad conyugal va a tener origen en un pacto, en una convención y con posterioridad al matrimonio, con lo cual necesariamente debió haberse modificado el art. 1.721 inc. final, lo que no se hizo. Sin embargo, de acuerdo a las normas de interpretación legal, este pacto del art. 135 inc. 2° debe considerarse plenamente válido a pesar del problema de técnica jurídica que se advierte.

4° La formalidad del pacto es idéntica a la que tienen las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el acto del matrimonio es decir, debe dejarse constancia del pacto en el momento en que se inscribe este matrimonio en Chile.

B. Análisis de los artículos 170 y sgtes. modificados: se modificó el art.170 más que nada en aspectos objetivos, no realmente sustantivos. Sin embargo, en esta materia relativa a la separación que origina el divorcio perpetuo, hay una modificación sustancial en el sentido que este sistema de separación legal total se transforma en irrevocable. El art. 178 establecía el restablecimiento de la sociedad conyugal en caso de reconciliación y cumpliéndose los demás requisitos legales. El actual art. 178 señala que al divorcio se aplicará lo dispuesto en el art. 165.

El art. 165, que regulaba el establecimiento de la sociedad conyugal, también fue modificado señalando que la separación de bienes es irrevocable, no puede dejarse sin efecto por resolución judicial, ni por acuerdo de los cónyuges.

Cabe señalar que la modificación del art. 178 no produce una derogación tácita del art. 28 de la ley de matrimonio Civil, según el cual el divorcio y sus efectos cesan por la reconciliación, porque como es sabido, la reconciliación por sí sola no producía el restablecimiento a la sociedad conyugal.

IV. Separación legal parcial: Como es sabido ésta se produce en los casos de los arts. 166 y 150.

A. Análisis del art. 166 modificado:

1° Se modifica su inciso 1°, en el sentido que se elimina la necesidad de que la mujer que acepta la herencia, legado o donación que se le han hecho con la condición de que su marido no la administre, requiera la autorización de éste o del juez en subsidio. La mujer puede aceptar por sí misma, como consecuencia de la derogación de su incapacidad relativa.

2° Se elimina la regla primera, por la cual el marido tenía la facultad de exigir que la herencia se aceptara con beneficio de inventario, como consecuencia de que la mujer es considerada plenamente capaz, por lo cual también se deroga el inciso final del art. 1225, relacionado con esta materia.

3° La regla segunda, que actualmente pasa a ser primera, y que se refiere a los efectos de esta separación, los veremos al final, porque estos son siempre los mismos cualquiera que sea la clase de separación de bienes.

B. Análisis del Art. 150 modificado: En esta materia, cambia la redacción del inc. 1° del art. 150, en el sentido que se eliminan las expresiones "no obstante lo dispuesto en el artículo 137". Se elimina también la posibilidad que el juez en juicio sumario y a petición del marido, le prohíba a la mujer el desempeño de alguna actividad de cualquier naturaleza. En consecuencia, se deroga el inc. 2° del art. 150 que regulaba los requisitos que debía cumplir la sentencia judicial que prohíba a la mujer dedicarse a una actividad profesión o empleo, y por lo tanto, se deroga también el art. 11 del Código de Comercio.

Sin embargo, cabe señalar que el patrimonio reservado sólo se forma cuando la mujer trabaja separada del marido. Si la mujer trabaja en colaboración o junto al marido, no hay patrimonio reservado y todo lo adquirido en esta actividad entrará al haber social, aplicándose las reglas generales. Nos parece que ello debió haber sido eliminado, porque si la idea era asimilarla al menor adulto, debió haberse hecho en todo sentido.

Por otro lado, en conformidad al nuevo inciso 5° del art. 150 CC, los actos o contratos celebrados por la mujer en esta administración separada, obligan los bienes reservados, los bienes del art. 166 y los bienes del art. 167. Con anterioridad a la reforma, estas deudas sólo podían perseguirse en los bienes reservados, pues con-

forme al antiguo art. 150 inc. final, hoy derogado, sólo disuelta la sociedad conyugal, las deudas de este patrimonio podrán perseguirse sobre todos sus bienes. Es decir, responden las deudas, bienes que no forman parte del patrimonio reservado, con lo cual cabe señalar que, si antes criticábamos "patrimonio" hoy además debemos criticar la expresión "reservado".

- V. **Separación judicial:** En esta materia, se introducen bastantes modificaciones importantes. Cabe señalar que la facultad de pedir la separación judicial sigue perteneciendo a la mujer y es, además, irrenunciable.

Los artículos 152, 153, 154, y 155 no son modificados.

Las modificaciones que se introducen son las siguientes:

1° **En materia de causales:** las causales que existían antes permanecen iguales, pero se crean otras, a saber:

a) Se establece en el art. 155 modificado, que puede decretarse la separación si el marido, por su culpa, no cumple con las obligaciones que le imponen los arts. 131 y 134, es decir si no cumple con el deber de fidelidad, ayuda mutua, socorro y si no cumple con el deber de respeto y protección.

b) Pasan a ser causales de separación judicial, todas las causales de divorcio perpetuo y temporal, excluyéndose solamente las de los n° 5 y 10 del art. 21 de la de Matrimonio Civil. El N° 5 establece la avaricia del marido y el N° 10 la enfermedad grave contagiosa e incurable.

Cuando se trata de la causal N° 8 del art. 21 de la ley de Matrimonio Civil, esto es la ausencia del marido, se acorta el plazo de 3 años que exige a 1 año. Esta causal es importante, porque soluciona el problema de la separación de hecho. A propósito de esta causal, se agrega al art. 155 un inc. 2°, según el cual el juez, a petición de la mujer, podrá tomar providencias conservativas antes de que se demande la separación de bienes, procediendo para ello con conocimiento de causa y exigiendo si así lo estima conveniente, caución a la mujer, con lo cual se resuelve un problema práctico.

Cabe señalar que en la práctica, cuando se solicita la separación judicial, se llega de un sistema de sociedad conyugal a un sistema de separación total. Pero este mismo efecto se logra con la sentencia de divorcio perpetuo (art. 1764 N°3°), por ello cuando se demanda el divorcio perpetuo no se requiere pedir la separación judicial de bienes, porque la sentencia conduce a ella. Pero, si se pide divorcio temporal, igualmente se debe pedir la separación judicial de bienes.

c) Se deroga el art. 164 que planteaba la posibilidad, previo decreto judicial y cumplimiento de las demás formalidades legales, de restablecer la sociedad conyugal, si la separación judicial fue decretada por el mal estado de los negocios del marido.

EFFECTOS DEL SISTEMA DE SEPARACION DE BIENES.

(art. 159-163)

Se deroga el inc. 2° del art. 159, lo cual es muy positivo, pues era absurdo que la mujer tuviera que pedir autorización al marido para ejercer la guarda, aún estando separada de bienes.

El art. 160, que se refiere al deber de socorro en el régimen de separación de bienes, se mantiene.

El art. 161 se modifica sólo en su inciso final. Este artículo consagra el principio del enriquecimiento injusto, pues, a pesar de la separación de bienes, es posible que los actos del marido beneficien a la mujer y viceversa y que los acreedores tengan derecho a perseguir no sólo al cónyuge que contrató, sino al que se beneficia. El inciso final del art. 161 sustituido establece que rigen las mismas normas para la mujer separada de bienes, respecto de las obligaciones contraídas por el marido.

El art. 162 que se refiere al contrato de mandato otorgado por la mujer al marido, se mantiene. Sin embargo, debió haberse hecho extensivo al marido.

El art. 163 se reemplaza por otro bastante importante, que dice relación con las guardas y que dispone que al marido y a la mujer separados de bienes, se va a dar un curador para la administración de sus bienes, en todos los casos en que siendo solteros, necesitarían de un curador para administrarlos: casos de minoría de edad, sordomudez, etc. Cabe señalar sí, que se mantiene el art. 148, que se establece la necesidad de nombrar un curador al marido menor de edad. El art. 163, modificado, hay que complementarlos con los arts. 342, 344, 450, 349, y 503. En conformidad al art. 342, que no se modifica, se dan curadores generales a los menores adultos, pródigos interdictos dementes interdictos y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. El art. 344 que definía a los curadores adjuntos se modifica en el sentido de que se elimina la referencia a la potestad del marido. En consecuencia, a la mujer casada debe nombrársele un curador, general.

El art. 450 no se modifica, por lo cual la mujer no puede ejercer la guarda de su marido disipador. Por último el art. 503 modificado, establece que cuando los cónyuges están separados totalmente de bienes no pueden ser curadores el uno del otro, inhabilidad que no rige en el caso del art. 135 inc. 2°, cuando la separación es convencional y cuando el juez así lo decida. Por lo tanto cuando hay separación parcial y en régimen de sociedad conyugal, los cónyuges pueden ser curadores el uno del otro, lo que parece negativo en el caso de la separación legal parcial del art. 166.

LA AUTORIDAD PATERNA Y LA PATRIA POTESTAD.

A. En materia de **autoridad paterna** se introducen 4 modificaciones:

1. Tratándose de la **tuición**, la regla general, conforme al art. 222, es que corresponde a ambos padres ejercerla de consumo. Ese artículo no se modifica.

Sin embargo, el artículo 223 modificado, establece que la tuición corresponde a la madre, en caso de divorcio, sobre todos sus hijos menores, eliminándose entonces las distinciones en materia de edad y sexo.

Se priva la tuición a la madre, igual que antes, frente a su inhabilidad física o moral. El adulterio de la madre, al igual que antes, no es determinante para quitarle la tuición.

Inhabilitada la madre, la tuición pasa al padre, según art. 223.

El art. 224 se derogó por innecesario.

El art. 225 se modifica sólo en su inciso final, modificaciones que sólo tienen por fin adecuar este artículo a la derogación del art. 224.

Tampoco se derogan los arts. 226 y 227. Sin embargo, este último que se refiere al Derecho de visita, debemos relacionarlo con el art. 49 de la ley de Menores (Ley 16.618) que es modificado y con el art. 50 de dicha ley que es derogado. Según el art. 49 antiguo, se requiere la autorización del padre o de la madre que tenía Derecho de visita para que el menor saliera del país o se ausentara del lugar de su residencia por más de 15 días. Si embargo, en la práctica, lo que ocurría por una interpretación errada de esta disposición que cautelaba el derecho de visitas es que se exigía siempre la autorización paterna, en atención a la patria potestad ejercida por el padre en instancias que este problema no tiene nada que ver con la patria potestad, sino que con la autoridad paterna. Este art. 49, mal aplicado, fue modificado por la ley con bastante acierto, regulando todo tipo de casos y vinculando este problema exclusivamente a la tuición, protegiendo también el derecho de visita, estableciéndose además una sanción práctica. Sin embargo, hay un problema, pues ahora el derecho de visita estaría desprotegido cuando se trata de que el menor se ausente del lugar de su residencia por más de 15 días, o sea por largo tiempo. La ley nada dice. Por ej. si estando los padres separados de hecho, la madre tiene la tuición, y el padre tiene Derecho de visita, pueda ésta salir con el menor sin autorización del padre dentro del territorio nacional.

En lo demás es una buena norma que ha aclarado problemas de interpretación.

2. **Modifica la ley la facultad de corrección y castigo moderados**, regulados en los arts. 233 y 234 con el único fin de hacer participar a la madre en esta facultad.

Estas modificaciones son meramente nominales, pues según lo expresaron los autores de la reforma, frente a un desacuerdo entre padre y madre en esta materia, prima la voluntad del padre, pues el art. 219 no se modifica y es el que refleja el espíritu de la ley.

Esto es más grave tratándose de los hijos naturales, por cuanto el art. 276 no se modifica y ese artículo hace aplicables a los hijos naturales el art. 219 y otros, entonces incluso en ese caso, el hijo natural está especialmente sometido a su padre, aunque éste lo haya reconocido en forma forzosa.

Respecto de esta modificación, también cabe señalar que no se recoge la idea de una autoridad paterna que debe ejercerse en beneficio de los menores y no con aquél sometimiento concebido por Don Andres Bello y, en consecuencia, la palabra "castigo", aparecen desacorde con las nuevas tendencias mundiales en esta materia.

3. Respecto del Derecho de dirigir la Educación, se modifican los arts. 235 y 236, al igual que el caso anterior, en el sentido de hacer a la madre participar conjuntamente con el padre en este derecho, También se consagra la idea de que se trata de un derecho-deber es decir, más que un derecho existe un deber de dirigir la educación, idea que se recoge en el art. 235. Pero como sigue existiendo el art. 219, frente a un desacuerdo en esta materia, prima la voluntad del padre. A juicio de los autores de esta reforma, esto fue "para no descabezar a la familia".
4. El art. 239 que se modifica (lo que tiene bastante importancia práctica) señalaba que: un hijo abandonado por sus padres ha sido alimentado y criado por otra persona y si los padres quieren recuperarlo, deben previamente pagar las costas de crianza y educación, tasadas por el juez. El nuevo art. 239, agrega dos cosas:
 1. Si los padres quieren recuperar a ese hijo, previamente deben pedir autorización judicial, y
 2. el juez dará esa autorización sólo en la medida que existan razones graves para concederla.

Todas estas reformas se aplican a los hijos legítimos y obviamente a los hijos naturales. Sin embargo, este último sigue encontrándose en una situación bastante precaria y así por ejemplo, sigue careciendo de representante legal.

B. Modificaciones a la Patria Potestad:

Según un documento emanado de la Segunda Comisión Legislativa, las modificaciones a la patria potestad tienen por finalidad concordar esta institución con la plena capacidad civil de la mujer casada en sociedad conyugal. Sin embargo, en nuestro juicio la plena capacidad o la incapacidad de la mujer nada tiene que ver con el problema de la patria potestad, es decir, la madre no tiene patria potestad por ser incapaz, pues la madre separada de bienes tampoco la tiene. Hecha esta reflexión, veamos cuales son esas modificaciones.

1. **Problema de la titularidad de la patria potestad:** En conformidad al art. 240 modificado, la patria potestad es ejercida por el padre y pasa a la madre legítima cuando falta el padre, y el padre falta en los mismos casos previstos por el Código Civil no modificado. Los avances que en esta materia se producen, son los siguientes:
 - a) El art. 240 inc. penúltimo en su nueva redacción, establece que cuando la tuición de los hijos ha sido confiada por el juez a la madre, ella puede pedir que se le otorgue también la patria potestad. Es decir, la patria potestad no pasa de pleno derecho a la madre cuando se le ha confiado a ella la tuición, ella debe pedirlo y si lo pide, como debe hacerlo a través de un procedimiento de menores, el padre puede deducir oposición. Si lo hace, se transforma la gestión en un asunto contencioso y se aplican las normas del juicio sumario con las modificaciones señaladas en la ley de Menores.
 - b) La madre viuda que pasa a segundas nupcias, conforme al art. 240 inciso final antiguo, perdía la patria potestad, lo que se deroga y en consecuencia, se derogan los arts. 130 y 266 N° 8. Por lo tanto, si la madre pasa a segundas nupcias, no pierde la

patria potestad, pero la ley le aplica el impedimento de segundas nupcias que afectaba al varón viudo, regulado entre los arts. 124 al 127.

- c) Cuando se suspendía la patria potestad, en conformidad al art. 262 relacionado con el art. 252 se le nombraba al hijo un curador y la patria potestad no pasaba a la madre. La nueva ley agregó un nuevo inciso al art. 262 y estableció que en estos casos (demencia, prolongada ausencia, etc.) la patria potestad la ejercerá la madre, respecto de quién se suspenderá también si cae en demencia, prolongada ausencia, etc. La modificación anterior hizo necesario modificar la redacción del art. 263, haciéndolo extensivo a la madre.
- d) El art. 251, que no se modifica, establece que habrá derecho para quitar al padre de la familia la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo o de grave negligencia habitual. Enseguida el art. 252 establecía que debía nombrarse al hijo un curador adjunto y, aún en este caso, el padre conservaba el usufructo, deducidos sólo los gastos de administración. La nueva ley dispone, en el art. 252 modificado, que en los casos a que se refiere el art. 51, la administración y el usufructo pertenecen a la madre.

Es un buen avance, pero aquí hay un problema; por ej. el padre incurre en grave negligencia habitual y se le quita la administración en virtud del art. 251, la ley dispone que la administración y el usufructo corresponde a la madre, pero ¿quién tiene la patria potestad? Según la ley el padre, lo que era lógico antes, pues el padre conservaba el usufructo, pero no ahora en que tiene una patria potestad sin facultades, pues estas las tiene la madre. En este caso debió haberse establecido un caso de emancipación judicial respecto del padre, pasando la patria potestad a la madre.

2. Revisión de las facultades de la patria potestad y su variación.

- a) **Facultad de usufructo:** el art. 243 distinguía tres clases de peculios, el profesional, el adventicio ordinario y el adventicio extraordinario. Esta diferencia se hacía para saber sobre que bienes el padre tenía el usufructo. El padre tenía el usufructo sobre los bienes del peculio adventicio ordinario.

El legislador eliminó el peculio adventicio ordinario y el extraordinario, a su juicio, para simplificar las cosas y mantuvo el peculio profesional o industrial. Esto ocurrió al parecer porque el legislador hizo participar a la madre en el usufructo tratándose de los bienes que conforman el peculio adventicio extraordinario, siempre y cuando ella estuviese separada de bienes.

El art. 243 modificado, señala en su inciso 1º, que el padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia con excepción de los que señala. Ese inc. 1º es idéntico al antiguo, por lo tanto, para fines didácticos lo llamaremos peculio adventicio ordinario.

Enseguida, en el Nº 1º se refiere al peculio personal, igual como lo hacía antes. La única diferencia está en que el legislador en el mismo Nº 1º lo llama peculio profesional o industrial del hijo.

En N° 2 está igual y corresponde a la primera partida del peculio adventicio extraordinario. Se refiere a los bienes que adquirió el hijo a título de herencia, legado o donación, con la condición de que el padre no usufructúe.

El segundo rubro de peculio adventicio extraordinario, es el N° 3 y se refiere a las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad, indignidad del padre o por haber sido éste desheredado. La ley agrega que el usufructo lo va a tener la madre separada de bienes.

(A pesar de esta modificación, conviene seguir llamándolo peculio adventicio ordinario, pues la ley hizo esa clasificación atendiendo a si el padre tiene o no este usufructo).

La ley le da el usufructo a la madre separada de bienes, no exigiendo que la separación sea total, pero en verdad siempre ha de serlo, pues si la madre está separada parcialmente, esos frutos no podrían entrar al art. 150, tampoco al 166 y menos al 167 y por lo tanto, por aplicación de las reglas generales si los consideramos por ej. bienes propios, los administraría el marido y los usufructuaría la sociedad conyugal y lo mismo ocurriría si lo consideramos bienes sociales. Por lo tanto, hay que concluir que el legislador se refiere a la mujer totalmente separada de bienes, ya que si no se desvirtúa la idea del legislador.

Luego, existe en el art. 243 un inciso final, al que le pondremos "N° 4" y que se refiere a los bienes que pasan al hijo cuando el donante o testador ha dispuesto que *el padre no tenga el usufructo de ellos, caso en el cual el usufructo corresponderá a la madre, si está separada (totalmente) de bienes.*

Falta aún como rubro del peculio adventicio extraordinario, el del art. 268, que no se modifica. Antes ese artículo era sencillo, pues la madre jamás participaba en el usufructo, pero ahora hay que concluir que en el caso del art. 268, o sea cuando se estipula la condición de que el hijo se emancipe, es la ley la que entiende cumplida la condición privando al padre del usufructo. Pero, relacionando ese artículo con el 243 inciso final nuevo, ese usufructo lo tendrá la madre, siempre que esté separada de bienes.

- b) Facultad de administración: el principio lo establece el art. 247 modificado, aquél de los padres a quien la ley da el usufructo de los bienes del hijo, tendrá su administración o sea la ley quiere que usufructo y administración vayan unidos.

Veremos 4 casos distintos:

- 1) Administración ejercida por el hijo al igual que antes, administra los bienes del peculio profesional o industrial. Los arts. 246 y 255 no han sido modificados.
- 2) Bienes administrados por el padre: el padre administra los bienes del peculio adventicio ordinario (pues sobre ellos tiene el usufructo). Fundamento legal: arts. 243 inc. 1° y 247. Casos especiales.

- I. El padre administra, aunque no tenga el usufructo por establecerlo así expresamente el nuevo art. 248, los bienes del art. 243 N° 2, es decir, aquellos bienes legados o donados al hijo con la condición que usufructo lo tenga el hijo.
- II. El padre administra los bienes del art. 268, donde la ley lo priva de usufructo, pero no obstante ellos los administra por lo dispuesto en el inc. 2° de dicha norma.
 - 3) **¿Cuándo administra la madre?:** el art. 247 da la pauta al decir que aquel de los padres a quien la Ley da el usufructo de los bienes del hijo, los administra. Por lo tanto la madre administra los bienes en los cuales la ley le da el usufructo, y se le da en los siguientes casos:

a) art. 243 N° 3;

b) art. 243 # 4, si está separada de bienes; sin embargo, en el caso del art. 268, en que la madre tiene el usufructo por disponerlo así la ley, tendrá también la administración cuando ésta se la haya quitado expresamente al padre por el testador o donante.

4) **Administración ejercidos por el curador:** art. 252, según el cual procede:

- I. cuando la suspensión de la patria potestad afecta a ambos padres;
- II. cuando ambos han sido privados de la administración por dolo o grave negligencia habitual.

En esos casos según el art. 252, la administración corresponde a un curador, que será el curador adjunto (art. 344) y la propiedad plena para para el hijo.

- III. cuando se ha privado a ambos padres de las facultades de usufructo y de administración (art. 248) pasando la propiedad plena al hijo.

A pesar de lo expuesto pueden producirse casos no resueltos por la Ley: por ej. el padre no tiene el usufructo porque se trata de un bien que paso al hijo por desheredamiento del padre y la madre tampoco lo tiene, porque supongamos que está casada en sociedad conyugal. En ese caso deberíamos concluir que el usufructo es para el hijo, es decir ejerce propiedad plena, pero ¿quién administra? Pensamos que para ese bien, habría que nombrarle un curador adjunto al hijo.

Pensamos que para evitar tantas distinciones que pueden llevar a toda clase de confusiones prácticas, debe otorgarse en un futuro cercano, la patria potestad a ambos padres, como es por lo demás la tendencia mundial.

c) **Facultad de representación:** El CC nunca mencionó la representación como una facultad de la patria potestad, sólo reguló algunos casos de representación, tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y ello porque la consideró implícita.

Al respecto, el art. 43 cambia en su redacción esta materia relativa a los hijos, pues antes señalaba que eran representantes legales el padre, la madre, etc. Ahora dice que

son representantes legales el padre o la madre legítimos... En verdad esto no tiene mucho sentido práctico, pues la madre tendrá la representación sólo en los casos vistos.

En materia de representación, los arts. 253 y 254, que se referían al plano extrajudicial, no cambian en la parte sustantiva es decir ¿qué pasa si el hijo actúa con la autorización o sin ella? Pero lo que cambia, es la redacción, en que se incluye entre los representantes a la madre, lo cual no tiene mucha trascendencia, pues ya el art. 240, antes y ahora, señala todo lo que se dice en los artículos siguientes respecto del padre, se aplica también a la madre. Sin perjuicio que si tiene relevancia en aquellos casos en que, no obstante tener el padre la patria potestad, la madre usufructúa ciertos bienes; en este caso ella deberá actuar o dar la autorización en su caso, respecto de esos bienes.

Por su parte los arts. 257 al 260, que se refieren al ámbito judicial, no son modificados.

Modificaciones Introducidas por la Ley 18.802 en materia de Derecho Sucesorio

En primer lugar veremos algunas modificaciones secundarias:

1º: Se modifica la redacción de los arts. 969 y 970, que se refieren a las indignidades para suceder, en el sentido de que el primero de ellos se hace aplicable también a la mujer y el segundo excluye de su penúltimo inciso la referencia a la potestad marital. Estas modificaciones no dicen relación propiamente con el problema de la capacidad o incapacidad de la mujer casada, se trata de las indignidades para suceder, las que se aplicaban en general a toda mujer.

2º: Se derogan los incisos finales de los arts. 1.225 y 1.236, que si dicen relación con el problema de la capacidad o incapacidad de la mujer.

3º Se derogan los arts. 1.273 y 1.274, insertos en el albaceazgo.

La derogación del 1.273, obedece a la derogación de la incapacidad civil de la mujer.

En cambio el objetivo de la derogación del art. 1.274, es distinto. Esta inhabilidad que señalaba la ley, se parecía a la de los arts. 240 y 130, o sea al hecho que perdía la patria potestad la mujer por pasar a segundas nupcias. En el art. 1.274, la mujer viuda dejaba de ser albacea del marido difunto por pasar a segundas nupcias, cualquiera fuere el régimen del matrimonio.

— **Principales modificaciones al Derecho Sucesorio:** Cabe aclarar que estas modificaciones favorecen al conyuge sobreviviente. No tienen nada que ver con la capacidad de la mujer y su único objeto es favorecer al conyuge sobreviviente, sea marido o mujer.

1) Modificaciones en materia de cuarta de mejoras: Se modifican los arts. 1.184, 1.195, 1.201, 1.204 y 1.221.

En la nueva redacción del art. 1184, se sustituyó su inciso final por otro, que dice que habiendo tales descendientes (legítimos), la masa de bienes, el acervo respectivo, se va a dividir en 4 partes: 2/4 para la mitad legitimaria, 1/4 para la cuarta de mejoras y 1/4 de libre disposición.

En materia de cuarta de mejoras, se incluyó como posible asignatario de cuarta de mejoras, además de los ya conocidos, al cónyuge sobreviviente.

Alcance esta reforma: el real alcance de ella, es que el cónyuge sobreviviente será posible asignatario de cuarta de mejoras, sólo cuando hay descendientes legítimos. Fundamentos para sostener esa conclusión.

1. Ello debe concluirse del tenor literal del art. 1.184 . (Actualmente casi nadie pone en duda que los hijos naturales son asignatarios de cuarta de mejoras, aunque no hayan descendientes legítimos, pero ello se discutió, porque la ley 10.271 (1.952) olvidó modificar el inc. 2° del art. 1.184, en relación al inciso 3°. Este problema, en relación al cónyuge, fue resuelto por la nueva ley, que limitó la cuarta de mejoras del cónyuge, sólo al caso en que haya descendientes legítimos.
2. El art. 1.167 N° 4 no cambió en su redacción. No incluyó al cónyuge sobreviviente como posible asignatario de 1/4 de mejoras.
3. El art. 1.204 modificado, que se refiere al pacto de no disposición, incluye al cónyuge como otra persona que puede celebrarlo, pero y cuando se encuentre el el caso del art. 1.178 inc. 2° es decir cuando haya descendencia legítima.

Este último fundamento, es concluyente para reafirmar que la cuarta de mejoras a favor del cónyuge, sólo tiene cabida cuando hay descendencia legítima.

Esta situación. ¿es justa o injusta? Para contestar esta interrogante hay que distinguir :

1. Supongamos que sólo hay ascendientes legítimos del difunto o sólo hay padres naturales que lo conocieron voluntariamente, la herencia se divide en 2 partes: una mitad para la mitad legitimaria y otra mitad de libre disposición.

Aquí no hay problema, pues el o la testadora pueda dejar la mitad de los bienes al cónyuge por testamento.

2. Si hay descendientes legítimos o hijos naturales, o sólo descendencia legítima, la herencia se divide en 4 partes: 2/4 para la mitad legitimaria, 1/4 para la cuarta de mejoras, y 1/4 de libre disposición. No hay problema tampoco.
3. El testador o la testadora sólo dejó hijos naturales o descendientes legítimos que a la sazón sean legitimarios, la herencia se divide en 4 partes: 2/4 para la mitad legitimaria (hijos naturales) 1/4 para la cuarta de mejoras sólo para los hijos naturales, y 1/4 de libre disposición.

Conclusión: cuando el testador o la testadora sólo tiene hijos naturales o descendientes legítimos de éstos que sean a la vez legitimarios, el cónyuge sobreviviente resulta perjudicado en caso de testamento, porque si en esa misma situación el difunto no testa rigen las nor-

mas de la sucesión intestada y se aplica el art. 990, según el cual, si el difunto no ha dejado descendencia ni ascendencia legítima. la herencia se divide en 6 partes: los hijos naturales sólo llevarán la mitad, el cónyuge 2/6 y los hermanos 1/6 y si no hay hermanos, el cónyuge lleva la mitad. Por lo tanto, esta situación es injusta para el cónyuge, por lo que la cuarta de mejoras debió ser siempre asignación forzosa para él o la cónyuge.

Las modificaciones de los artículos 1.201, 1.195, 1.204 y 1.221 sólo tienen como fin incluir al cónyuge sobreviviente (para hacer posible asignarlo) de cuarta de mejoras si hay descendencia legítima.

2) Modificaciones en materia de **porción conyugal**:

La porción conyugal teórica, en el caso que no haya descendencia legítima y a la que se refiere el art. 1178 inc. 1° en relación al art. 959 N° 5, es y sigue siendo con la reforma, 1/4 de los bienes que se calcula sobre la base del acervo ilíquido, al cual se han hecho previamente las deducciones o bajas de los N° 1 a 4 del art. 959.

La porción conyugal varía sólo cuando hay descendencia legítima, es decir se modifica el art. 1.178 inc. 2°, en relación al art. 1.191 inc. 3 y en relación al art. 1.193.

El art. 1.178 Inc. 2° reformado, establece que la porción conyugal se va a calcular no sobre la base de la legítima rigurosa, sino que sobre la base de la legítima efectiva. Es decir, que si el testador no dispuso de la cuarta de mejoras y/o de la cuarta de libre disposición, o esa disposición no ha tenido efecto, ambas cuartas o alguna de ellas según el caso, acrecen las legítimas rigurosas y ahora acrece también la porción conyugal.

Como consecuencia de ello, se derogó el inc. 3° del art. 1.191. según el cual, este acrecimiento descrito no aprovechaba al cónyuge sobreviviente en el caso del art. 1.178 inc. 2°.

Como consecuencia de lo anterior, debió modificarse el art. 1.193 según el cual si lo que se ha dado o lo que se da en razón de legítimas exceda a la mitad del acervo imaginario, ese exceso se imputaba a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse por partes iguales entre los legitimarios, si algo sobraba (se dividía porque acrecía su legitimidad rigurosa) y se excluía al cónyuge sobreviviente en el caso del art. 1.178 inc. 2°.

La redacción del art. 1193 fue modificada en el sentido que esa parte que sobre de la cuarta de mejoras, va a aprovechar también al cónyuge sobreviviente.

3) Se deroga el art. 1190 Inc. 2°: El art. 1.190 regula el acrecimiento que se produce dentro de la mitad legitimaria si falta un legitimario. En ese caso, su porción acrece la de los otros y ese acrecimiento favorece al cónyuge sobreviviente, pues la porción conyugal se calculaba en base a la mitad legitimaria.

¿A qué se refería el art. 1.190 inc. 2°?: la porción conyugal efectiva es la que realmente llevará el cónyuge y puede que sea menor que lo que le corresponde por porción conyugal teórica. La norma decía que la parte que no llevaba, esto, es, las deducciones de la porción conyugal, vuelven a la mitad legitimaria y se discutía si favorecía ello o no al cónyuge. Esto fue derogado, pero no tiene nada que ver con el problema que analizábamos.

Sin embargo, ahora pensamos que esas deducciones no favorecen al cónyuge sobreviviente.

Vigencia de la ley.

El art. 5° de la ley estableció en materia de vigencia, un período de vacancia legal de 90 días, que expira a las 24:00 hrs. del día 7 de Septiembre, o sea, la ley empezó a regir el 8 de Septiembre de 1989 a las 0:00 hrs.

Esta norma general no se aplica en las modificaciones que dicen relación con la cuarta de mejoras y con la porción conyugal. Sólo para estas materias la ley entró en vigencia el 9 de Junio de 1989, día de su publicación en el Diario Oficial.

Es indispensable considerar la vigencia de esta ley desde el punto de vista de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. En materia sucesoria, debemos tener presente sus arts. 18 y 19 de los cuales podemos deducir que las reformas en materia de mejoras y de porción conyugal, se aplican atendiendo a la fecha de la muerte del testador. Como la ley entró a regir el 9 de Junio, si el causante falleció el 8 de Junio, su sucesión no está regida por ella, en cambio si falleció el 10 de Junio, sí.

Con respecto del Derecho de Familia y al resto de la Reforma la ley comenzó a regir el 8 de Septiembre.

En materia de capacidad y en general en materia de efectos del estado civil de casados, rige la ley posterior desde su entrada en vigencia, es decir desde el 8 de Septiembre en adelante. Desde ahí la mujer será capaz. Así se deduce del art. 2° de la ley en comentario, en relación al art. 3° de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las leyes.

- ¿Es retroactiva o no esta ley? : no es retroactiva. Hay que considerar este punto según las teorías que hay al respecto, esto es la teoría Paul Robier y la Teoría Clásica.
- ¿Qué pasa con los actos celebrados por la mujer que adolecen de nulidad relativa?. Siguen adoleciendo de nulidad relativa pues ésta se sana sólo por transcurso del tiempo o por la ratificación.
- Según el art. 1696, la prescripción se cuenta desde que cesa la incapacidad, por lo tanto los 4 años se cuentan desde el 8 de Septiembre de 1989 en adelante, pues ese día cesó la incapacidad de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal.